

Diritto all'informazione amministrativa

Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?

di Gianluca Gardini

In seguito all'approvazione del d.lgs. 33/2013 si è compiuto, in Italia, un passaggio qualitativo, e la trasparenza è divenuta «una cosa diversa dalla trasparenza quale risulta dalla legge n. 241/1990», trasmutando da strumento di difesa e mezzo di partecipazione individuale a metodo generale per la prevenzione della corruzione amministrativa. Da un raffronto con il modello europeo e con il modello FOIA, si può concludere che l'informazione amministrativa, nel Codice della trasparenza, non è considerata come bene della vita in sé, meritevole di tutela in quanto tale, ma è funzionale al controllo sull'uso del potere e delle risorse pubbliche. In altri termini nel nostro ordinamento il diritto all'informazione amministrativa non è riconosciuto nell'interesse del singolo (*uti singuli*), per la soddisfazione di un diritto fondamentale o per la protezione di un bene della vita dell'individuo, ma è strumentale solo ad un interesse generale (*uti cives*). Per di più, la concezione della trasparenza come fine in sé arriva a porsi, inevitabilmente, in tensione con la riservatezza dei dati contenuti nelle informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria, riaccendendo un dibattito mai sopito tra i sostenitori di questi diversi valori (trasparenza vs. *privacy*), per loro natura contrapposti e perennemente alla ricerca di un equilibrio sostenibile.

Il diritto all'informazione amministrativa

Riconoscere il “diritto all'informazione amministrativa” e garantirne l'azionabilità giuridica è meno facile di quel che si pensi. In primo luogo perché la seconda guerra mondiale e la guerra fredda hanno rinforzato una cultura di governo opaca, dovuta essenzialmente a ragioni di pubblica sicurezza, da cui l'Europa è stata dominata per decenni¹. In secondo luogo, non è cosa facile per via di una peculiarità tutta italiana, che scaturisce direttamente da un “difetto” di formulazione della nostra Carta costituzionale: in un certo senso, si potrebbe dire, la difficoltà di garantire il diritto dei cittadini ad accedere alle informazioni in possesso dell'amministrazione affonda le proprie radici nella Costituzione italiana. Così, le debolezze dell'art. 21 Cost. vengono proiettate, come altrettanti vizi d'origine, sulle leggi che si sono succedute nel corso degli anni per realizzare l'obiettivo della “trasparenza amministrativa”.

Com'è noto la nostra Costituzione si cura esclusivamente del profilo attivo della libertà di espressione, trascurando o comunque affidando all'opera degli interpreti l'affermazione di uno speculare *diritto passivo di essere informati* (o riflessivo di informarsi). A dispetto dell'impostazione monodimensionale, assai limitata rispetto ad altre Carte costituzionali e alle più importanti Dichiarazioni dei diritti internazionali, questo ulteriore profilo del diritto di informazione merita una protezione altrettanto forte di quello attivo: in proposito basti pensare che la libera formazione dell'opinione pubblica, da cui dipende direttamente il corretto funzionamento dell'intero sistema democratico, impone il riconoscimento da parte dell'ordinamento - sia sul piano concettuale sia su quello del diritto positivo - della pretesa a ricevere informazioni, a conoscere quante più idee, opinioni e informazioni sia possibile, in modo da favorire il sorgere nei cittadini di una coscienza critica e di un'opinione consapevole. Come è stato incisivamente

¹ L. Sartori, *Open government: what else?*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013, 759

affermato, «l'essere informati rappresenta una premessa indispensabile del buon funzionamento di un regime liberal-democratico». Al punto che senza un diritto di ricevere informazioni «non potrebbe neppure fondarsi ed esistere una democrazia del tipo in cui si colloca l'Italia, perché il voto non sarebbe libero, il controllo sugli organi di Governo diverrebbe impraticabile, la vita politica stessa risulterebbe svuotata dei suoi contenuti essenziali»². Né si può dimenticare che l'esistenza di un diritto *all'informazione* amministrativa rappresenta un'importante garanzia per il funzionamento delle istituzioni democratiche, visto che il dovere informativo dei pubblici poteri è espressione diretta della *sovranità popolare*. Tutti i poteri pubblici, infatti, dovrebbero essere tenuti ad esercitare un potere visibile e palese, controllabile da parte dei cittadini: secondo una notissima espressione, ormai entrata a far parte del sapere comune, il governo della democrazia si caratterizza infatti come «potere pubblico in pubblico»³.

Il diritto a informarsi e ad essere informati, inoltre, serve ad attenuare l'asimmetria informativa che separa l'amministrazione dal cittadino, consentendo una funzione di controllo e vigilanza sull'esercizio del potere: come insegnano gli studi di Joseph Stiglitz sulle implicazioni economiche delle asimmetrie informative, l'accesso diseguale alle informazioni dà modo ai funzionari pubblici di «perseguire politiche che sono ideate più nel loro interesse che nell'interesse dei cittadini. L'incremento nell'informazione e nelle regole che ne disciplinano la diffusione può ridurre la portata di questi abusi»⁴. In quest'ottica, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'Assemblea generale dell'ONU del 1948 (e dunque coeva alla Costituzione italiana) garantisce la libertà di informazione in riferimento a ogni profilo in cui essa si manifesta, stabilendo che «ogni individuo ha diritto alla libertà di opinione e di espressione incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere». In modo ancor più netto la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali stabilisce che «Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee *senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche* e senza limiti di frontiera» (corsivo mio).

Nel nostro ordinamento, il vuoto costituzionale in tema di libertà passiva (e riflessiva) di informazione finisce per scaricare l'intera problematica sugli interpreti, alla cui opera ricostruttiva è affidata in ultima istanza la possibilità di un riconoscimento di questo diritto fondamentale. Per quanto concerne la libertà di *ricevere* informazioni da altri diffuse, l'opinione prevalente ritiene che essa goda direttamente delle garanzie di cui all'art. 21, comma 1, Cost., dal momento che, se non potesse predicarsi la libertà di ricevere, verrebbe logicamente ridotta anche la libertà di diffondere informazioni tra gli interessati. Per quanto concerne la libertà di attivarsi per *ricercare* e acquisire notizie e informazioni, ancorché non spontaneamente diffuse (cd. libertà riflessiva), alcuni evidenziano la «strumentalità necessaria» che questa libertà riveste rispetto all'esercizio della libertà attiva di informare, da cui deriverebbe un'automatica estensione alla prima delle garanzie previste per la seconda: ci troveremmo in presenza, in altri termini, di una figura unitaria, un'unica libertà (attiva e riflessiva), cui presiede un'identica garanzia costituzionale⁵. I sostenitori di questa tesi fanno notare, in via esemplificativa, che l'attività giornalistica di diffusione non potrebbe svolgersi se non attraverso una previa (e strumentale) attività di indagine e ricerca delle notizie da pubblicare: cosicché non avrebbe senso tutelare intensamente la prima libertà, lasciando invece scoperta la seconda, che ne costituisce il presupposto logico.

Tuttavia, l'affermazione teoretica di una libertà di ricevere o ricercare informazioni non risolve il problema relativo alla *natura* della pretesa a ricevere o ricevere informazioni: mentre alcuni sostengono che essa abbia spessore di semplice *interesse costituzionalmente rilevante*, solo indirettamente protetto dall'art. 21 Cost. e tutelabile in giudizio nella misura in cui il legislatore ordinario vi appresti specifiche garanzie (per esempio, in materia di accesso ai mezzi informativi), altri vi riconducono un vero e proprio *diritto soggettivo all'informazione*, azionabile in giudizio nel caso di lesione, cui corrisponde uno speculare

² L. Paladin, *Problemi e vicende della libertà di informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in Id. (a cura di), *La libertà di informazione*, Torino, 1979.

³ N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984.

⁴ J. Stiglitz, *Transparency in Government*, in World Bank Institute, *The Right To Tell: The Role of the Mass Media in Economic Development*, Washington, D.C., 2002, 28.

⁵ A. Lojodice, *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Jovene, Napoli, 1969.

obbligo di informazione da parte dello Stato. Una questione quanto mai spinosa, visto che non necessariamente a una libertà, ancorché costituzionalmente garantita, può ricondursi un corrispondente diritto in senso tecnico, tutelabile giudizialmente.

L'esempio europeo

In questo senso l'approccio utilizzato dalla Corte costituzionale italiana e quello della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, l'organo giurisdizionale previsto dalla CEDU per tutelare e interpretare la Convenzione stessa, divergono sostanzialmente:

1) la Corte costituzionale giunge al massimo a riconoscere l'esistenza di un «interesse costituzionale generale» ad essere informati, che si realizza attraverso un processo continuo di «informazione e formazione consapevole della volontà del cittadino utente» (sent. n. 155/2002). I principi fondanti del nostro ordinamento esigono infatti che la democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale (sent. n. 112/1993). In questo senso, un *diritto* in senso proprio ad essere informati può essere rivendicato nei confronti del potere pubblico, rispetto al quale il singolo vanta alcune pretese giuridicamente tutelate in riferimento ad ambiti specifici e sulla base di norme *ad hoc*: diritto all'informazione rispetto agli obblighi fissati dalla legge penale⁶, diritto alla comunicazione istituzionale⁷, diritto all'informazione ambientale⁸. Ma si tratta pur sempre di «diritti di settore», fondati su normative puntuali che prevedono specifici obblighi di informazione dell'amministrazione e, pertanto, configurano altrettante pretese tutelate a favore del cittadino. In assenza di obblighi specifici si ripropone il problema dell'esistenza di un generale diritto all'informazione amministrativa.

2) Nel 2006, la Corte di Strasburgo ha stabilito per la prima volta che il rifiuto di dare accesso ai documenti amministrativi rappresenta una indebita «ingerenza da parte delle Autorità» nel diritto di essere informato del cittadino⁹. Seguendo questo orientamento, la Corte ha quindi affermato che l'art. 10 della CEDU racchiude un diritto *generalizzato* di accesso ai documenti amministrativi in possesso delle amministrazioni pubbliche. Si noti che, inizialmente, la Corte europea non riteneva che la libertà di ricevere informazioni comprendesse anche un obbligo di diffondere informazioni o di garantire l'accesso alle informazioni pubbliche; nel 2009 la Corte EDU ha riconosciuto apertamente di essersi orientata a favore di una «nozione più ampia del diritto di essere informati, che ricomprende anche il diritto di accesso ai documenti pubblici»¹⁰.

In parallelo, la Convenzione adottata dal Consiglio di Europa il 27 Novembre 2008 ha sancito per la prima volta (nel senso che si tratta del primo atto internazionale vincolante) un obbligo generale di *disclosure*, riconoscendo un «diritto di accesso ai documenti pubblici detenuti dalle amministrazioni», confermando che il diritto internazionale considera oggi la pretesa di ricevere informazioni come un *diritto fondamentale* dell'individuo¹¹. Alcuni anni prima, la *Joint Declaration* dei Rapporteurs ONU- OSCE del 2004 aveva fatto presente che «The right to access information held by public authorities is a *fundamental human right* which should be given effect at the national level through comprehensive legislation (for example Freedom of Information Acts) based on the principle of maximum disclosure, establishing a presumption that all information is accessible subject only to a narrow system of exceptions»¹².

In sostanza, nel quadro europeo e internazionale il diritto di accesso alle informazioni pubbliche rappresenta un *diritto fondamentale* dell'individuo, mentre la trasparenza amministrativa è solo un carattere che deve accompagnare l'esercizio del potere pubblico¹³. Non solo. La «nuova» lettura dell'art. 10 CEDU,

⁶ V. Corte cost., sent. n. 364/1988

⁷ Si pensi alla legge n. 150/2000

⁸ Si pensi alla legge n. 349/1986 e al Codice dell'ambiente

⁹ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, *Sdrúžení Jihočeské Matky v. Czech Republic*, 10 luglio 2006

¹⁰ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, 14 Aprile 2009

¹¹ Sul punto M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *questa Rivista*, 8-9/2013

¹² *The Right to Open Public Administration in Europe: Emerging Legal Standards*, Sigma Paper n. 46, OECD, 2010

¹³ A. Pajno, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, Relazione al 59° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 19-21 settembre 2013, pubblicato su www.astrid-online.it.

nell'interpretazione assunta dalla Corte di Strasburgo a partire dal 2006 (diniego di accesso ai documenti amministrativi come indebita "ingerenza da parte delle Autorità" nel diritto di essere informato del cittadino), mette in luce un "concorso" di fonti nazionali e sovranazionali in riferimento al diritto all'informazione amministrativa. Dinanzi alla richiesta del privato di conoscere informazioni amministrative non rientranti tra quelle che devono essere obbligatoriamente pubblicate ai sensi del d.lgs. n. 33/13, dunque, si pone il problema di individuare la norma applicabile. Si tratta di un concorso di fonti peculiare, a ben vedere: le sentenze della Corte di Strasburgo, per effetto dell'incorporazione della CEDU nel diritto comunitario primario, si collocano nel sistema delle fonti ad un livello sovraordinato rispetto alla norma nazionale (d.lgs. n. 33/13), posto che, al pari del diritto UE, anche il diritto EDU è integrato dalle sentenze della Corte specificamente preposta alla sua tutela e interpretazione autentica. Del resto, il recepimento della CEDU nel diritto comunitario primario non può che essere integrale e deve ritenersi esteso non solo alla Convenzione, ma anche al diritto EDU derivato che, ~~senza dubbio~~, è formato (anche) dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Senza voler giungere, lungo questa strada, a ventilare possibili profili di incostituzionalità del d.lgs. n. 33/13 per effetto del contrasto con una norma costituzionale interposta (art. 10 CEDU, nell'interpretazione più recente della Corte EDU), occorre quanto meno chiedersi se l'obbligo di "interpretazione conforme" al diritto EDU, scaturente dal vincolo costituzionale al rispetto degli obblighi internazionali posto dall'art. 117 Cost., non debba orientare i giudici domestici (in questo caso i Tar che giudicano in giurisdizione esclusiva) a favore di una progressiva apertura nei confronti di richieste di accesso individuali, a fini di controllo e trasparenza, aventi ad oggetto documenti o informazioni non ricomprese nella lista delle pubblicazioni obbligatorie fissata dal d.lgs. n. 33/13. Ad opinione di chi scrive, la coerenza intrinseca al sistema giuridico europeo, che si vuole integrato e multilivello, lo esige già da tempo, ben prima del varo del "Codice della trasparenza".

La trasparenza come strumento del diritto all'informazione amministrativa

Per essere esatti, la trasparenza è una *tecnica* che serve a garantire il diritto di essere informati: i due concetti stanno, tra loro, in un rapporto di mezzo a fine. La trasparenza è forse "il migliore disinfettante in democrazia", secondo l'icastica definizione del giudice Louis Brandeis¹⁴; ma resta, in ogni caso, uno strumento del diritto di essere informati, un mezzo di partecipazione alla vita pubblica e di controllo sul potere, e non diviene mai un *fine in sé*, a cui l'ordinamento tende in quanto tale.

La trasparenza si persegue mediante diverse strategie, che, a seconda dei casi, vedono l'amministrazione in posizione maggiormente attiva (obblighi di pubblicazione) o maggiormente passiva (diritto di accesso): come si è fatto notare, un sistema giuridico può scegliere di mettere a disposizione i dati in proprio possesso mediante la pubblicazione, oppure di renderli accessibili, cioè acquisibili da parte di determinati soggetti, attraverso particolari procedure di visione e estrazione di copia¹⁵. *Disponibilità vs. accessibilità*: la prima ispirata al metodo dell'iniziativa d'ufficio, la seconda al principio dispositivo delle parti. Tanto la posizione "interventista" quanto quella "astensionista" contribuiscono a svolgere la funzione informativa a cui è tenuta la pubblica amministrazione¹⁶, completandosi e integrandosi a vicenda.

Il metodo astensionista (accessibilità), a sua volta, presenta alcune variabili. Un primo tipo di accessibilità si sostanzia nella pretesa di accedere ai procedimenti amministrativi a fini partecipativi, quale diritto (o interesse legittimo che dir si voglia)¹⁷ condizionato dalla legittimazione personale del richiedente¹⁸. Questo

¹⁴ Louis D. Brandeis fu un giudice della Corte suprema USA, noto per essere il padre putativo del diritto alla riservatezza insieme a Samuel D. Warren. Nel 1891, i due giuristi pubblicarono un saggio a quattro mani, dall'eloquente titolo *The Right to Privacy*. La citazione sulla trasparenza è rinvenibile all'indirizzo www.brandeis.edu/legacyfund/bio.html

¹⁵ A. Bonomo, *Il codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2013, 727

¹⁶ F. Merloni, *L'informazione della pubblica amministrazione*, Maggioli, 2002, 69 e ss.

¹⁷ Il Consiglio di Stato (Ad plen., 18 aprile 2006, n. 6) ha ritenuto non utile pronunciarsi in merito alla natura giuridica della posizione fatta valere dall'interessato all'accesso, legittimando così tanto le pronunce favorevoli alla configurabilità dell'accesso in termini di diritto soggettivo, quanto quelle favorevoli alla sua configurabilità in termini di interesse legittimo.

¹⁸ Concetto ben riassunto da una recente pronuncia del Consiglio di Stato, secondo cui la situazione giuridicamente rilevante che è a fondamento dell'esercizio del diritto di accesso «è nozione diversa e più ampia rispetto all'interesse all'impugnativa», e pertanto non presuppone necessariamente una posizione soggettiva qualificabile in termini di diritto soggettivo o interesse legittimo, ma va riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti procedurali oggetto dell'accesso abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica (VI, 9 marzo 2001, n. 1492).

tipo di accessibilità rappresenta in sostanza un corollario del diritto alla difesa, affermatosi in funzione del *due process* in Europa continentale e nel Regno Unito (con eccezione dei paesi scandinavi), dove ha assunto un ruolo centrale e pressoché esclusivo fino agli anni Novanta del secolo scorso.

Un secondo tipo di accessibilità, affermatosi soprattutto negli ordinamenti di matrice angloamericana e nei paesi scandinavi, ha invece portata molto più vasta e disciplina il diritto di accedere ai documenti ufficiali come parte del più ampio *diritto di informazione dei cittadini*. In questa seconda accezione l'accesso alle informazioni pubbliche riveste una funzione precipuamente di controllo ed è riconosciuto ai cittadini in quanto tali, a prescindere da una specifica legittimazione. A ben vedere, solo questo secondo tipo di accesso soddisfa i requisiti imposti dalla normativa europea e internazionale, sopra ricordati, per il riconoscimento e la tutela del *right to know* a favore del singolo.

L'idea centrale che sta dietro l'accesso generalizzato alle informazioni pubbliche (*tutto a tutti*) è quella per cui le amministrazioni pubbliche detengono un gran numero di informazioni non nell'interesse proprio, ma nell'interesse *del pubblico*. In questa veste di "archivisti" le pubbliche amministrazioni agiscono come *custodi* dell'interesse generale: ragione per cui, tutte le informazioni nella disponibilità delle amministrazioni dovrebbero essere rese accessibili al pubblico, ad eccezione di quelle espressamente escluse dalla legge in ragione di un prevalente interesse alla riservatezza o al segreto (cd. *exemptions*). In sostanza, il diritto all'informazione amministrativa discenderebbe direttamente dalla premessa principale secondo cui l'amministrazione è posta *a servizio del pubblico*.

Una conferma di questa impostazione concettuale di questo tipo si trova codificata nella Dichiarazione di Principi sulla Libertà di Espressione adottata nell'ottobre 2002 dalla *African Commission on Human and Peoples' Rights*. La Dichiarazione incorpora esplicitamente il diritto di accesso alle informazioni in possesso delle amministrazioni pubbliche, quale parte integrante della più ampia *Freedom of information*, e radica la pretesa all'accesso generale direttamente nella funzione di "custode" dell'interesse pubblico a cui sono tenute le amministrazioni: (IV - Freedom of Information) «Public bodies hold information not for themselves but as custodians of the publicgood and everyone has a right to access this information, subject only to clearly defined rules established by law»¹⁹.

Analoga impostazione è fatta propria dal Commissario Speciale (Special Rapporteur) della *Inter-American Commission on Human Rights*, il quale, nella sua Relazione annuale alla *Commission* (1999), rileva che «in un sistema rappresentativo (...) le informazioni appartengono all'individuo che ha delegato ai propri rappresentanti la gestione degli affari di interesse pubblico. Informazioni che lo Stato utilizza e produce con il denaro dei contribuenti»²⁰.

Una prospettiva diversa: l'informazione come bene della vita

Sulla scia di questo ragionamento si può arrivare a dire che, nel custodire informazioni e dati, l'amministrazione agisce nell'interesse di terzi, ossia dei cittadini, i quali rappresentano in ultima analisi i veri titolari del "bene" informazione. Le informazioni, infatti, possono essere apprezzate anche come "beni della vita" che soddisfano interessi meritevoli di tutela (eventualmente patrimoniali) dell'individuo, oltre che come oggetti di conoscenza su cui si esercita la libertà di informazione in senso riflessivo o passivo del cittadino. In altri termini, negando l'accesso generalizzato alle informazioni pubbliche, oltre che alla *libertà* si reca anche una lesione al *patrimonio* del singolo. L'angolatura che si vuole qui tentare di mostrare non è poi così insolita, se si pensa che anche il diritto alla riservatezza (*right to privacy*), all'origine, venne ancorato al diritto di proprietà nell'ordinamento nordamericano²¹.

Nella prospettiva delle scienze economiche l'informazione può considerarsi un *bene* per la sua capacità di soddisfare un bisogno di conoscenza di cui tutti, senza eccezioni, siamo portatori. Prima caratteristica di un bene in senso economico infatti è la sua attitudine a soddisfare i bisogni dell'uomo. In particolare, la (disponibilità di) informazione può iscriversi tra quei beni che nella terminologia economica vengono

¹⁹ Tony Mendel (ed.), *Freedom of Information: a Comparative Legal Survey*, UNESCO, Paris, 2008.

²⁰ *Annual Report to the Commission*, 1999, nota 32, 24.

²¹ La transizione dalla *privacy property* alla *privacy dignity* fu innescata proprio dallo scritto di Warren e Brandeis, sopra ricordato: nondimeno, nella concezione nordamericana residuano evidenti le tracce di un'accezione proprietaria della *privacy*, che deriva da una concezione ampia di proprietà intesa come appartenenza. In tema, A. Baldassarre, *Privacy e costituzione: l'esperienza statunitense*, Bulzoni, 1974.

definiti come *public goods*. Si tratta di beni definiti ‘pubblici’ per via del fatto che i benefici da essi derivanti sono fruiti da parte del pubblico nel suo complesso, o da parte di alcuni gruppi sociali. I *public goods* presentano due caratteristiche: in primo luogo, il consumo di questi beni da parte di un utente non diminuisce la possibilità di consumo da parte di altri utenti; in secondo luogo, è impossibile o troppo costoso per il fornitore escludere dai benefici del consumo gli utenti che non pagano (e questo spiega il ricorrente fenomeno di *free riding* per questi beni)²². L’esempio che viene spesso fatto in proposito è quello della difesa nazionale, che fornisce un servizio di sicurezza pubblica per tutti i cittadini, indipendentemente dalla effettiva fruizione maggiore o minore da parte di alcuni di essi, concentrati in determinate aree del territorio, e senza possibilità di escludere da tale servizio coloro che non partecipano al mantenimento del sistema di difesa attraverso il proprio contributo fiscale. Ma è evidente che il complessivo servizio di informazione fornito dalle pubbliche amministrazioni (partendo dall’informazione televisiva, passando per gli Urp e arrivando sino all’accesso ai documenti amministrativi) può rientrare in questa definizione.

Nella prospettiva delle scienze giuridiche, invece, le informazioni possono considerarsi beni “immateriali e pubblici”. Ad esse è possibile ricondurre gli stessi caratteri che, a partire dagli anni Settanta, la dottrina ha attribuito ai beni culturali²³: le informazioni sono beni immateriali in sé, per il fatto che non si identificano e immedesimano con il loro supporto materiale. Ma sono beni immateriali anche con riferimento al valore di cui esse sono portatrici: come i beni culturali (che, al contrario, non sono immateriali in sé) le informazioni sono strumenti di diffusione e sviluppo delle idee, delle opinioni, della cultura. La pubblicità delle informazioni, invece, va considerata non con riferimento al regime proprietario, bensì alla destinazione pubblica del valore di cui le informazioni sono portatrici²⁴. In questa sede potrebbe dunque ripetersi per l’informazione quanto è stato autorevolmente affermato con riferimento al bene culturale: «è pubblico in quanto bene di fruizione, non di appartenenza»²⁵. A queste considerazioni si potrebbe aggiungere, come avvenuto appunto in relazione ai beni culturali, che le informazioni svolgono anche una “funzione sociale”, consistente nella diffusione e di sviluppo delle idee e della cultura²⁶. Ciò, naturalmente, ove si voglia dare spazio ad una visione funzionalista, contrapposta a quella individualista, nel trattare di una libertà fondamentale dell’individuo qual è quella di informarsi ed essere informato²⁷.

Con qualche forzatura, le informazioni potrebbero anche considerarsi *res communis omnium*, cioè beni che la natura offre in quantità, se non proprio illimitata, certamente superiore ai bisogni dell’uomo o alle possibilità di utilizzazione nelle attività umane. Così la luce del sole, l’aria dell’atmosfera, l’acqua del mare, le energie che sono insite in questi elementi naturali e che l’uomo è in grado di sfruttare. Di queste cose, proprio per la loro abbondanza, tutti possono fruire a volontà: l’uso che ciascuno ne fa, per ampio che sia, non impedisce il contemporaneo uso da parte degli altri. Nel diritto romano erano definite come “le cose comuni di tutti” (*res communes omnium*), che appartengono a tutti o, ciò che è lo stesso, che non appartengono a nessuno, per la semplice ragione che nessuno ha interesse a stabilire con esse un rapporto di appartenenza, che ne riservi a sé l’uso con esclusione dell’uso degli altri. L’impossibilità di stabilire un rapporto di appartenenza esclusiva con le informazioni non significa che esse non siano idonee a soddisfare un bisogno e capaci di arrecare utilità (anche patrimoniali) all’uomo. Sono dunque beni nell’accezione economica, sopra ricordata. Il problema di un’impostazione che consideri le informazioni “cose di tutti”, semmai, è quello di non poterle considerare al tempo stesso cose che possono formare oggetto di diritti, e

²² A.I. Ogus, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Oxford, Clarendon, 1994, . 33 ss.

²³ M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 3 e ss.; M. Aini, M. Fiorillo, *I beni culturali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, II ed., *Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003, II, 1449 e ss.

²⁴ L. Casini, *Beni culturali (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 680

²⁵ M.S. Giannini, *I beni culturali*, cit.

²⁶ G. Rolla, *Beni culturali e funzione sociale*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Milano, 1988, 563 e ss.

²⁷ Coloro che intendono la libertà di manifestazione del pensiero come un valore supremo dell’individuo rispetto al tutto, una qualità o una proprietà della persona, interpretano la libertà di informazione principalmente come assenza di impedimento o di costrizione, libertà negativa, autonomia e autodeterminazione dell’individuo: come tale è compatibile con i soli vincoli che mirano a evitare lesioni della medesima libertà - o di un’altra libertà sancita a un livello equiparabile dall’ordinamento - spettante a un altro individuo. A quest’orientamento possono iscriversi studiosi come Esposito, Fois, Paladin, Pace. All’opposto, coloro che vedono nella libertà di manifestazione del pensiero un valore supremo del tutto rispetto all’individuo, che del tutto rappresenta solo una parte, ritengono che la libertà di informazione spetti all’uomo nella sua qualità di membro di una comunità, per la funzione che in essa il singolo deve esplicare, e come tale può essere assoggettata a tutti i vincoli e le restrizioni che al bene comune si ricollegano. A questo secondo orientamento, cd. funzionalista, possono iscriversi autori come Mortati, Sandulli, Barile, Chiola, Cuomo.

dunque suscettibili di rendere determinate utilità all'individuo: conclusione che non è funzionale all'idea di una lesione per mancata accessibilità alle informazioni pubbliche, che si vuole qui sostenere.

Ma poco importa l'etichetta formale che si attribuisce alle informazioni, ciò che conta ai fini del ragionamento è che esse vengano viste come beni tutelati dall'ordinamento, in grado di soddisfare le esigenze umane, capaci di recare utilità all'uomo. Beni in senso sostanziale, o beni della vita, per riprendere una nota espressione della Corte di Cassazione²⁸. Muovendo da questa prospettiva è possibile stabilire un'analogia tra la tutela dell'accesso alle informazioni pubbliche e la tutela del cittadino nei confronti dei ritardi dell'amministrazione: fintanto che il *tempo* non è stato riconosciuto come bene della vita in sé, il giudice amministrativo non ha potuto offrire una tutela adeguata (risarcitoria, nella specie) nei confronti dei ritardi della pubblica amministrazione, a meno che il ricorrente non fosse in grado di dimostrare la fondatezza della istanza a cui l'amministrazione non aveva risposto o aveva risposto con ritardo. Nel caso di richiesta di accesso alle informazioni pubbliche la situazione è analoga, se non identica: l'informazione deve essere considerata quale "bene della vita", oggetto di una pretesa *uti singuli* del cittadino, oltre che come mezzo di controllo e trasparenza nell'interesse della collettività (*uti cives*). La disponibilità delle informazioni, prima ancora che oggetto della libertà fondamentale di informazione (nel versante riflessivo o passivo), rappresenta un bene in sé. È una risorsa, un'utilità che serve a garantire al cittadino partecipazione, consapevolezza, vantaggi competitivi rispetto ai suoi simili. Si prenda quanto affermato dal giudice amministrativo in riferimento al tempo, trattando del danno da ritardo: «il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica». Di conseguenza «ogni incertezza sui tempi di realizzazione di un investimento si traduce nell'aumento del c.d. "rischio amministrativo" e, quindi, in maggiori costi, attesa l'immanente dimensione diacronica di ogni operazione di investimento e di finanziamento»²⁹. Ebbene, queste considerazioni - oggi sempre più diffuse presso i giudici amministrativi³⁰ - potrebbero essere estese senza difficoltà alla pretesa di conoscenza che il cittadino vanta nei confronti dell'amministrazione pubblica, sostituendo il termine "tempo" con il termine "informazione". In entrambi i casi siamo dinanzi a beni della vita immateriali (il tempo, l'informazione), che, grazie alla tutela giuridica offerta dall'ordinamento, divengono "beni in senso giuridico"³¹; in entrambi i casi, la lesione del bene della vita in sé (il tempo, l'informazione) genera un autonomo diritto al risarcimento a favore del titolare.

Dunque, per trarre una prima indicazione concreta da questo accostamento, si può concludere che la mancata accessibilità alle informazioni pubbliche da parte del privato determina un danno *in re ipsa*, in quanto l'informazione rappresenta un bene della vita in sé, che ha un valore indipendente dall'uso delle informazioni così acquisite³². Inoltre, se si accetta che le informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni sono effettivamente patrimonio di tutti, beni immateriali e pubblici (come i beni culturali, si è detto) rispetto ai quali le pubbliche amministrazioni svolgono mera funzione di archivisti, la possibilità di agire per il risarcimento non può essere limitata alle sole informazioni che il d.lgs. n. 33 del 2013 impone di pubblicare, ma la logica risarcitoria va estesa a tutte le informazioni pubbliche in quanto tali, senza distinzioni di sorta.

Una tutela indiretta, e dunque minore

L'idea di rendere l'amministrazione più trasparente, e dunque più controllabile dall'esterno, non è certamente nuova. Nel corso dell'ultimo trentennio, infatti, una crescente domanda di trasparenza nei

²⁸ Cass. sez. un., 22 luglio 1999, n. 500

²⁹ CGA Regione Siciliana, n. 1368 del 2010

³⁰ Fino al 2010, la giurisprudenza è prevalentemente contraria al risarcimento del danno da mero ritardo. Poi, la pronuncia del CGA della Regione siciliana introduce l'idea del tempo come "bene della vita in sé", a cui si richiamano molte pronunce successive. Cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 21 marzo 2011 n. 1739; sez. V, 21 giugno 2013, n. 3405; Tar Bari Puglia sez. I, 19 luglio 2013, n. 1148; Tar Campobasso Molise sez. I, 30 maggio 2013, n. 357

³¹ S. Pugliatti, *Beni (teoria generale)*, in EdD, Milano, 1959

³² Un concetto non molo dissimile, in fondo, è espresso dal Consiglio di Stato laddove osserva che il diritto d'accesso come *diritto alla trasparenza dell'azione amministrativa* «non costituisce una pretesa meramente strumentale alla difesa in giudizio, essendo in realtà diretto al conseguimento di un *autonomo* bene della vita così che la domanda giudiziale tesa ad ottenere l'accesso ai documenti è indipendente non solo dalla sorte del processo principale nel quale venga fatta valere l'anzidetta situazione ma anche dall'eventuale infondatezza od inammissibilità della domanda giudiziale che il richiedente, una volta conosciuti gli atti, potrebbe proporre». Cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2010, n. 1067

confronti dell'agire pubblico ha condotto all'introduzione di una serie di provvedimenti legislativi volti ad assicurare ai privati la possibilità di conoscere le informazioni in possesso dell'amministrazione pubblica. Si è giunti, per questa strada, alla codificazione del cd. diritto di accesso ai documenti amministrativi, che riconosce, a chiunque vi abbia un interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, la facoltà di esaminare ed copiare i documenti nella disponibilità delle pubbliche amministrazioni³³. Nello schema di legge originariamente presentato dalla Commissione Nigro la legittimazione all'esercizio del diritto di accesso era riconosciuta a *tutti* i cittadini, senza ulteriori qualificazioni, nell'intento di dar vita ad una vera e propria azione popolare. Alla base del disegno di legge c'era evidentemente un'esigenza diffusa di conoscenza, svincolata da una specifica legittimazione ad agire. In seguito, la volontà pratica di limitare le ricadute dell'accesso "allargato" sulla macchina amministrativa spinse il legislatore a intervenire sul piano soggettivo/sostanziale della pretesa, e, nell'accorpore il disegno di legge sull'accesso a quello più generale sul procedimento amministrativo, la legittimazione all'esercizio del diritto di accesso venne ristretta a coloro che possono dimostrare una posizione di interesse qualificato alla conoscenza del documento³⁴.

Ma, nel nostro ordinamento, le misure per la trasparenza pubblica non si risolvono nell'accesso documentale, individuale e a richiesta di parte. La pubblicazione *ex officio* di informazioni, a ben vedere, era già prevista nella stessa legge n. 241 del 1990, laddove stabilisce che «sono pubblicati, secondo le modalità previste dai singoli ordinamenti, le direttive, i programmi, le istruzioni, le circolari e ogni atto che dispone in generale sulla organizzazione, sulle funzioni, sugli obiettivi, sui procedimenti di una pubblica amministrazione ovvero nel quale si determina l'interpretazione di norme giuridiche o si dettano disposizioni per l'applicazione di esse» (art. 26).

Già da qualche anno, inoltre, il Codice dell'amministrazione digitale (Cad, d.lgs. n. 82/2005) prevede che i siti delle pubbliche amministrazioni centrali debbano contenere alcuni dati considerati pubblici, rispetto ai quali evidentemente si opera una retrocessione del diritto di riservatezza degli interessati: tra questi, i nomi dei dirigenti responsabili dei singoli uffici, il nome del responsabile e l'unità organizzativa responsabile dell'istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale, l'elenco completo delle caselle di posta elettronica istituzionali attive, ecc. (art. 54). Il motivo è evidente: la pubblicità e la trasparenza dei dati rende il funzionario esposto all'opinione popolare, lo dissuade dal malaffare, fa sì che diventi parte di una nuova relazione giuridica ideata per permettere il controllo da parte della collettività. In base a questa norma, i dati pubblici contenuti nei siti delle pubbliche amministrazioni sono fruibili in rete gratuitamente e senza necessità di autenticazione informatica³⁵. Inoltre la medesima disposizione obbliga le pubbliche amministrazioni a garantire che «le informazioni contenute sui siti siano conformi e corrispondenti alle informazioni contenute nei provvedimenti amministrativi originali dei quali si fornisce comunicazione tramite il sito»³⁶. Il Codice introduce quindi una nuova dimensione informativa, diversa dall'accessibilità su richiesta: quella della *disponibilità* dei dati e delle informazioni pubbliche³⁷.

In questa scia, il decreto legge n. 112 del 2008 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge 6 agosto 2008, n. 133) stabilisce un obbligo generale di pubblicazione degli incarichi conferiti e delle autorizzazioni rilasciate ai dipendenti, con l'indicazione dell'oggetto dell'incarico e del compenso lordo previsto o presunto³⁸. Anche la riforma del pubblico impiego del 2009 (legge n. 15/2009, cd. Brunetta), poi, contribuisce ad aumentare il grado di trasparenza dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, nonché a migliorare il controllo sull'operato delle pubbliche amministrazioni: oltre a definire la trasparenza come «livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a norma dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione», la riforma in parola stabilisce che «la trasparenza è intesa come *accessibilità totale*, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti internet delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il

³³ Legge 7 agosto 1990, n. 241, in particolare artt. 22-25

³⁴ Cons. Stato, ad gen., par. 17 febbraio 1987, n. 7 in *Foro it*, 1998, III, col. 22, reso sullo schema di legge per la disciplina del procedimento amministrativo.

³⁵ Cfr. art. 54, c. 3, d.lgs. n. 82/2005

³⁶ Cfr. art. 54, c. 4, d.lgs. n. 82/2005

³⁷ A.M. Bonomo, *Informazione e pubbliche amministrazioni*, Bari, 2012, 345

³⁸ Cfr. art. 61, c. 4, d.l. 112 del 2008

perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta in proposito dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità»³⁹. Il d.lgs. n. 150 del 2009, nell'attuare la delega per la riforma del pubblico impiego, sviluppa ulteriormente questa idea, dettagliando gli obblighi di pubblicazione e introducendo lo strumento del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità⁴⁰.

Ma è solo con la recente legislazione «anticorruzione» che il legislatore nazionale mette in campo uno sforzo concreto per rendere effettivo il concetto di «accessibilità totale». In seguito all'approvazione del d.lgs n. 33/2013 si compie un passaggio qualitativo, e la trasparenza diviene «una cosa diversa dalla trasparenza quale risulta dalla legge n. 241/1990»⁴¹, trasmutando da strumento di difesa e mezzo di partecipazione individuale a metodo generale per la prevenzione della corruzione amministrativa. Senza poter qui entrare nel dettaglio del d.lgs. n. 33/2013, basterà osservare che questa normativa impone alle pubbliche amministrazioni un obbligo di pubblicazione di documenti, dati e informazioni, generando, come corrispettivo, un generale «diritto alla conoscibilità», che coincide con la garanzia, accordata a chiunque, di conoscere, fruire gratuitamente, utilizzare e riutilizzare i dati pubblicati. L'amministrazione ha l'obbligo di pubblicare informazioni e dati sui propri siti web, e il cittadino ha diritto di poter accedere ad una vasta messe di informazioni pubbliche, classificate in 66 tipologie e sottosezioni diverse, specularmente a quest'obbligo di pubblicazione.

A questo proposito, è molto interessante un primo raffronto con i *Freedom of Information Acts* (FOIA) adottati negli altri ordinamenti. Nel modello Foia è il cittadino che si attiva alla ricerca delle informazioni che gli servono, per tutelare i propri interessi e controllare democraticamente l'amministrazione⁴². Nel modello di trasparenza proposto dal d.lgs. n. 33/13, al contrario, è l'amministrazione che si attiva *ex officio* per la pubblicazione delle informazioni in suo possesso. Al di là della tecnica utilizzata (interventista anziché astensionista, proattiva anziché dispositiva), ciò che balza all'occhio è l'inversione concettuale che viene realizzata: si ribalta il rapporto tra regola (*disclosure*) eccezione (*exemptions*) tipico dei Foia. Nell'ordinamento italiano il diritto all'informazione dei cittadini si esercita solamente sui documenti oggetto dell'obbligo di pubblicazione, mentre al di fuori di questo perimetro continua ad applicarsi il tradizionale diritto di accesso procedimentale *ex art. 22 e ss., legge n. 241/90*⁴³. La pubblicità è considerata regola di stretto diritto positivo, non un principio generale, ed è garantita nella misura in cui sia prevista da una norma. La regola del sistema dunque resta il segreto, mentre le eccezioni (obblighi di pubblicazione e corrispondente accesso alle informazioni amministrative) vanno interpretate restrittivamente.

Nel d.lgs. n. 33 del 2013 il diritto di accesso civico si radica direttamente in capo alla persona, al chiunque: sotto il profilo soggettivo, dunque, la disciplina italiana è sostanzialmente allineata a quella dei FOIA americano e inglese. Sotto il profilo oggettivo, però, l'ambito di applicazione del nostro diritto all'informazione amministrativa è assai più ristretto, ed è soprattutto condizionato alla esplicita previsione

³⁹ Cfr. art. 4, c.i 6 e 7, legge n. 15 del 2009 (corsivo mio).

⁴⁰ Cfr. art. 11, c. 8, d.lgs. n. 150 del 2009

⁴¹ A. Pajno, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, cit.

⁴² In base a quanto previsto dal *Freedom of Information Act* statunitense (RTI Law 1966), «Fatta eccezione per i documenti pubblicati o comunque resi obbligatoriamente disponibili, ogni ente governativo, in presenza di ogni singola richiesta di documenti che li descriva ragionevolmente e (sia stata fatta in ottemperanza alle regole pubblicate che specifichino tempo, luogo, oneri (se ce ne sono), e procedure da seguire, deve rendere i documenti immediatamente disponibili a chiunque. Il cittadino ha diritto di accedere alle informazioni pubbliche» [§ 552, 3(A)]. Analogamente, il *Freedom of Information Act* approvato in Gran Bretagna nel novembre 2000 sancisce un vero e proprio «diritto di accesso» alle informazioni in possesso dell'autorità pubblica, dotato di protezione giurisdizionale (*statutory right*). Tale facoltà è riconosciuta a «chiunque» (*any person*) presenti una richiesta di accesso a informazioni in possesso dell'amministrazione, la quale a sua volta è tenuta a rispondere per iscritto ed, eventualmente, trasmettere le informazioni richieste all'interessato entro un termine massimo di 20 giorni lavorativi dalla presentazione della richiesta. La legge fa riferimento semplicemente alle «informazioni detenute in ogni forma» (section 84), che siano in possesso dell'amministrazione al momento del ricevimento dell'istanza (section 1(4)). La normativa inglese, a differenza di molti altri FOIA, non contiene una lista di informazioni che le amministrazioni pubbliche devono pubblicare d'ufficio, in assenza di una istanza da parte dei cittadini. Tuttavia, si prevede che le amministrazioni pubbliche debbano realizzare, rendere noto e sviluppare uno schema di pubblicazione, indicando le tipologie di informazioni che verranno pubblicate, la forma di pubblicazione, e gli eventuali costi (section 19): nell'adottare questo schema, le amministrazioni devono tener conto in particolare dell'interesse dei cittadini ad accedere alle informazioni (includendo in esso le tipologie di informazioni più richieste, ad esempio)

⁴³ Come fa giustamente notare Marzuoli, «L'accesso non è il rovesciamento della segretezza, ma l'apertura di una (ancorché larga) breccia in una (peraltro al tempo stesso ribadita) condizione di oggettiva segretezza». C. Marzuoli, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, part. p. 51)

legislativa. Nei FOIA le informazioni pubbliche sono considerate *patrimonio del pubblico* (v. sopra), e le amministrazioni mere *custodi* di questo patrimonio: nel nostro ordinamento, invece, il diritto all'informazione amministrativa rappresenta un diritto riflesso, occasionalmente protetto, esercitabile solo nei confronti delle informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria. Solo queste informazioni sono davvero pubbliche, le altre informazioni possono essere pubblicate: e se vi è facoltà per l'amministrazione, non vi è diritto per il cittadino.

Per riprendere quanto sopra rilevato, si può concludere che l'informazione, nel modello italiano di trasparenza, non è considerata come bene della vita in sé, meritevole di tutela in quanto tale, ma è funzionale al controllo sull'uso del potere e delle risorse pubbliche. In altri termini il diritto all'informazione amministrativa non è da noi riconosciuto nell'interesse del singolo (*uti singuli*), per la soddisfazione di un diritto fondamentale o per la protezione di un bene della vita dell'individuo, ma è strumentale solo ad un interesse generale (*uti cives*). Le due prospettive, beninteso, non si escludono necessariamente, ben potendo integrarsi a vicenda: ma è significativo notare che mentre nell'ottica individualista (quella dei FOIA) il singolo finisce per svolgere un servizio a favore della collettività nel tutelare il proprio interesse particolare, nella prospettiva funzionalista (quella italiana) si viene a garantire in modo pieno solo l'interesse generale alla trasparenza amministrativa.

In base al d.lgs. 33 del 2013, quando fa valere il proprio "diritto di accesso civico" (art. 5) il cittadino agisce in via surrogatoria rispetto ad altri suoi concittadini per ottenere il rispetto di uno specifico dovere della pubblica amministrazione, che soddisfa un interesse generale alla trasparenza amministrativa. Come si è già avuto modo di segnalare, il diritto di accesso civico è riconosciuto dall'ordinamento italiano solamente *uti cives*: la trasparenza è il fine ultimo protetto dalla normativa, mentre il diritto all'informazione amministrativa (*right to know*) è tutelato solo in via riflessa, occasionale. La pretesa del singolo alla pubblicazione ovvero alla conoscenza circa l'avvenuta pubblicazione si configura come una istanza di avvio di un procedimento amministrativo, pur se concernente un diritto pacificamente qualificato come soggetto perfetto, rivolta al responsabile per la trasparenza dell'ente. Nell'azionare il diritto di accesso civico (ossia il diritto di chiunque di richiedere le informazioni nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione) il singolo si sostituisce alla collettività, svolgendo una "azione popolare surrogatoria": il modello è quello dell'art. 9 TUEL, secondo cui «Ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune e alla provincia». L'azione popolare surrogatoria prescinde dalla legittimazione a ricorrere, e si giustifica in base alla ~~sulla~~ qualità generica di elettore o cittadino. Il singolo diviene esponente della collettività, come vuole appunto la logica dell'azione popolare, e agisce non per la tutela di un interesse proprio, differenziato e qualificato, bensì per la tutela di interessi semplici o diffusi che dir si voglia.

Anche la (per verità scarsa) giurisprudenza amministrativa sino ad oggi emersa sembra cogliere questa prospettiva, ponendo in evidenza come il d.lgs. n. 33/2013 miri a realizzare il *diritto ad una buona amministrazione*, inteso come interesse di tutti⁴⁴: il diritto di accesso civico è in realtà un interesse diffuso, con una legittimazione fissata *ex lege* in capo ai singoli cittadini. In questo modo, però, il diritto del cittadino a conoscere i documenti e le informazioni a cui egli è realmente interessato rischia di rimanere insoddisfatto: basti dire che, nell'unica vicenda significativa in cui la giurisprudenza è stata chiamata ad applicare l'istituto dell'accesso civico alle informazioni pubbliche (nella fattispecie gli atti interni di alcune procedure valutative per l'accesso al dottorato, svoltesi in un determinato arco temporale) il Consiglio di Stato ha ritenuto che le informazioni richieste dal ricorrente fossero escluse dagli obblighi di pubblicazione ex d.lgs. n. 33/2013⁴⁵.

Viene da chiedersi quale sorte avrebbe una richiesta di risarcimento danni in sede giudiziale per violazione del diritto di accesso civico. Probabilmente, come nel modello dell'azione popolare surrogatoria ex art. 9 Tuel, il diritto al risarcimento, ove venisse mai accertato dal giudice (si tratta pur sempre di un illecito extracontrattuale), andrebbe comunque a favore dell'ente pubblico, che vede la propria immagine "trasparente" danneggiata a seguito della violazione dei doveri di pubblicazione. Il giudice contabile

⁴⁴ «Col citato d.lgs. n. 33/2013, infatti, si intende procedere al riordino della disciplina, intesa ad assicurare a tutti i cittadini la più ampia accessibilità alle informazioni, concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, al fine di attuare "il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche", quale integrazione del diritto "ad una buona amministrazione", nonché per la "realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino" (Cons. Stato, sez. VI, , 20 novembre 2013, n. 5515)

⁴⁵ Cons. Stato, sez. VI, ,20 novembre 2013, n. 5515

probabilmente si limiterebbe a condannare il funzionario inadempiente al ristoro del danno all'immagine recato alla pubblica amministrazione⁴⁶, ma di sicuro il giudice amministrativo (che ha giurisdizione esclusiva su «Le controversie relative agli obblighi di trasparenza previsti dalla normativa vigente») non si spingerebbe a ordinare la riparazione patrimoniale del diritto di essere informato a favore del cittadino (il "right to know"), poiché questo diritto non risulta direttamente tutelato dalla legge. Anche l'impianto sanzionatorio (artt. 46-47, d.lgs. n. 33/2013) testimonia chiaramente che ciò che viene protetto dalla legge è in realtà un interesse dell'amministrazione (danno all'immagine dell'amministrazione, responsabilità per mancato raggiungimento del risultato da parte del dirigente), prima ancora che un diritto soggettivo del cittadino. Il cittadino è posto al servizio del valore/fine trasparenza, ma questo rapporto mezzo-fine andrebbe invertito, ossia la trasparenza dovrebbe essere considerata come strumento per la realizzazione del diritto a conoscere del cittadino. Non è dunque vero che, nel nostro ordinamento, si è passati dal *need to know* al *right to know*, come è stato affermato all'indomani dell'approvazione del decreto trasparenza⁴⁷.

In dottrina vi è anche chi dubita persino che i giudici amministrativi ammetteranno mai le richieste di accesso civico del "chiunque", rilevando come né l'art. 5, né l'art. 50 del d.lgs. n. 33/13 usino le espressioni solitamente impiegate dal legislatore per istituire le azioni popolari, quali, ad es.: "è ammesso ricorso [...] da parte di tutti i cittadini"; "chiunque può ricorrere contro [...]"; o altre consimili. A suffragio di questa tesi viene richiamata la vicenda della cd. "sentenza del chiunque": dopo qualche anno dall'entrata in vigore della legge-ponte n. 765 del 1967 - a norma della quale *chiunque* poteva prendere visione presso gli uffici comunali della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto e ricorrere contro il rilascio della concessione edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale - il Consiglio di Stato negò recisamente che tale fattispecie corrispondesse ad una figura di azione popolare⁴⁸. Pertanto, secondo questa ricostruzione, l'accesso civico riceverebbe dal d.lgs. n. 33/2013 la *tutela tipica dell'interesse legittimo*: la soddisfazione dell'interesse soggiace ad una procedura formale di accesso; le relative controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; il rito, camerale, è lo stesso previsto per l'accesso ai documenti amministrativi. Come per il diritto di accesso ex art. 22, l. n. 241/90 anche per il diritto di accesso civico ci troveremmo dinanzi ad una violazione dei termini di un rapporto giuridico intersoggettivo, bilaterale, che riduce a pura apparenza la proclamazione della accessibilità totale vista quale controllo diffuso sulla pubblica amministrazione⁴⁹. Si tratta di una tesi che fa leva, essenzialmente, sul modello di giurisdizione prescelto per la garanzia dell'accesso civico, inferendo conclusioni di natura sostanziale dalla disciplina processuale della pretesa: pur avvertendo una sorta di inversione logica in questa argomentazione, e ben sapendo che l'attuale assetto processuale è reversibile mediante un semplice correttivo al Codice della trasparenza, non si può sottacere che anche questo elemento testimonia contro l'introduzione nel nostro ordinamento di un vero diritto di informazione amministrativa del cittadino.

Di sicuro vi è che la trasparenza, da mezzo di tutela di tutela dell'interesse individuale alla conoscenza e all'informazione, si è trasformato in *servizio pubblico*, prestazione dell'amministrazione a cui è espressamente associato il carattere di "livello essenziale" che deve essere garantito in modo uniforme sull'intero territorio nazionale⁵⁰. La trasparenza per legge non tutela il diritto a conoscere i documenti e le informazioni che non siano oggetto di pubblicazione obbligatoria, per cui l'interesse del cittadino alla

⁴⁶ La normativa contempla la possibilità di una responsabilità per danno (erariale) all'immagine dell'amministrazione. Si tratta però di un'ipotesi abbastanza remota dal momento che il legislatore (d.l. 78/2009 art. 17, c. 30-ter e l. 97/2001 art. 7) ha stabilito che questo tipo di responsabilità è subordinata alla sussistenza di un delitto contro la amministrazione accertato con sentenza penale divenuta irrevocabile. Quindi se non c'è un reato accertato, la Corte dei conti non può esercitare l'azione contro il dipendente responsabile dell'omissione

⁴⁷ In questo senso B. Ponti (*Il codice della trasparenza amministrativa*, Maggioli, 2013, p. 97) il quale osserva che «Consapevole, per altro, della capacità "attrattiva" dimostrata nel corso degli anni del diritto di accesso soggettivamente limitato, il legislatore ha reso inequivocabile l'opzione per un accesso effettivamente generalizzato ("totale", per usare le parole di cui all'art. 1), chiarendo esplicitamente che "la richiesta di accesso civico non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente" e "non deve essere motivata". Ciò che conferma l'alternativa tra un regime che garantisce l'accesso (solo) a ciò che è necessario per la tutela di una specifica, differenziata situazione giuridica soggettiva (il *need to know*), e un regime che riconosce l'accesso in termini di *diritto pieno* (il *right to know*), che non richiede di essere giustificato (anzi: le motivazioni che muovono al suo esercizio risultano del tutto *irrilevanti*, in termini giuridici)

⁴⁸ Cons. Stato, V, 9 giugno 1970, n. 523

⁴⁹ M. Magri, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Istituzioni del federalismo*, 2103, 425 e ss.

⁵⁰ In questo senso, A. Pajno, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, cit.

conoscenza viene tutelato non *ex se*, ma nella misura in cui coincide con gli obblighi di pubblicazioni fissati dalla legge. Anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 33/2013 la conoscibilità non è la regola generale, e può essere affermata solo entro il perimetro delle previsioni di legge: dove non c'è la norma si riespande il regime della segretezza, abbinato all'accesso procedimentale classico⁵¹.

Alla ricerca di un centro di gravità permanente: pubblicità vs. riservatezza

Come è stato giustamente notato, la riservatezza non è un diritto "sacro" e immutabile, ma contingente, legato alle esigenze sociali di certi momenti storici⁵².

Nel corso dell'ultimo trentennio, il pendolo della tutela giuridica di questo diritto si è spostato prima dal polo della comunità verso quello dell'individuo; in seguito, l'emergere di nuove esigenze sociali legate alla sicurezza e all'ordine pubblico ha invertito radicalmente la direzione di questo movimento, riportando il baricentro della tutela verso i diritti della comunità. Si pensi, per esempio, alle limitazioni alla tutela della privacy che l'ondata di terrorismo internazionale successiva all'11 settembre 2001 ha imposto in molti Stati democratici, nei quali sono state tempestivamente reintrodotte misure di controllo sugli individui (negli aeroporti, nelle stazioni ferroviarie, attraverso la videosorveglianza nelle strade, la raccolta di dati personali sensibili, le intercettazioni telefoniche e delle comunicazioni elettroniche, ecc.) per garantire la sicurezza e l'incolumità personale dei cittadini⁵³. Di recente, però, l'uso sempre più frequente delle tecnologie informatiche nel trattamento dei dati personali ha rimesso in discussione l'equilibrio tra riservatezza e ordine pubblico. Nell'ottobre 2013, dopo l'ennesimo scandalo legato alle rivelazioni sulle attività di intercettazioni informatiche e telefoniche da parte di potenze straniere (dopo *Wikileaks* esplose *Datagate*, sulle attività di intercettazione degli Stati Uniti a danno di cittadini europei), la Commissione europea ha proposto una disciplina specifica per la protezione dei dati personali, volta a sanzionare le società di comunicazione che non tutelino adeguatamente i dati dei cittadini europei in loro possesso. Già in precedenza, il 25 gennaio 2012, la Commissione europea aveva presentato ufficialmente all'Europarlamento un progetto di regolamentazione in materia di protezione di dati, in sostituzione della direttiva 95/46/CE. L'impiego dello strumento "forte" del regolamento in luogo della direttiva, l'estensione della nuova disciplina ai dati personali trattati all'estero da imprese attive sul mercato unico, la volontà di armonizzare quanto più possibile le discipline nazionali sul trattamento dei dati personali, il rafforzamento e l'unificazione delle autorità nazionali preposte alla loro protezione, la formalizzazione di nuovi diritti dell'individuo (ad es. il diritto all'oblio), sono tutti elementi che testimoniano come, per il diritto UE, l'obiettivo primario sia attualmente quello di garantire la riservatezza contro le interferenze tecnologiche: l'Unione europea vuole una maggiore riservatezza per i cittadini europei, soprattutto per gli utenti della rete Internet. A questa serie di iniziative legislative va ad affiancarsi la recentissima (e già molto discussa) decisione della Corte di Giustizia, nel caso *Google Spain SL vs. Agencia Española de Protección de Datos* (depositata il 13 maggio 2014). In questa pronuncia la Corte imprime una virata netta alla disciplina europea in materia di trattamento dei dati personali in direzione della responsabilità degli Internet Provider, capovolgendo radicalmente (o quasi) il parere dell'avv. generale Niilo Jääskinen: nell'ottica di preconstituire un responsabile certo per il trattamento dei dati personali in rete, viene imposto al gestore del motore di ricerca (Google, in questo caso) l'obbligo di cancellare dalla propria indicizzazione i *links* alle pagine-fonte contenenti dati personali non corretti o non attuali, individuando in questa figura il principale responsabile per il trattamento dei dati personali anche da parte di terzi (siti web, testate online, pagine informative generiche etc.)⁵⁴.

Alla difficoltà per l'interprete di comprendere questa continua oscillazione del pendolo della riservatezza tra comunità ed individuo, si è aggiunta, in questi ultimi anni, l'emersione di fenomeni di corruzione sempre più gravi. La scoperta di nuove e pericolose sacche di corruzione pubblica ha prodotto, molti ordinamenti europei, una forte spinta alla trasparenza delle informazioni pubbliche (*disclosure*), al fine di permettere un

⁵¹ Cfr. C. Marzuoli, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, cit.

⁵² M. G. Losano (a cura di), *La legge italiana sulla privacy. Un bilancio dei primi cinque anni*, Roma-Bari, 2001

⁵³ Nell'ordinamento statunitense la dottrina cd. comunitarista considera la *privacy* come un diritto individuale qualsiasi, da trattare alla stregua degli altri, che in quanto tale deve essere bilanciato paritariamente con il diritto alla salute, alla sicurezza ecc. Cfr. A. Westin, *Privacy and Freedom*, Bodley Head, London, 1987; A. Etzioni, *The Limits of Privacy*, Basic Books, New York., 1999

⁵⁴ Causa C-131/12, Mario Costeja González

controllo diffuso sull'esercizio del potere e sulla spesa del denaro pubblico, prevenire fenomeni corruttivi, esercitare l'azione di responsabilità nei confronti dei funzionari, legittimare l'azione politica e pubblica in genere. Questa spinta alla trasparenza finisce per porsi, inevitabilmente, in tensione con la riservatezza dei dati contenuti nei documenti e nelle informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria da parte delle amministrazioni. Ne scaturisce l'esigenza di individuare un nuovo punto di equilibrio tra questi valori, in continua evoluzione nel tempo.

Nel sistema italiano il bilanciamento tra obblighi di pubblicazione e diritto di privacy è operato, a monte, dal legislatore, anziché caso per caso: si può dire, estremizzando il concetto, che le informazioni e i dati dei quali si impone la pubblicazione a fini di controllo diffuso sull'organizzazione e sull'attività amministrativa non godono della protezione normalmente accordata ai dati personali dall'ordinamento. Il Garante della privacy ha espresso molte critiche e riserve a proposito di questa logica di "prevalenza ex lege", suggerendo varie modifiche allo schema del decreto 33/2013 (solo in parte accolte)⁵⁵. Resta il fatto che è l'impostazione stessa dell'attuale disciplina sulla trasparenza a porsi in antitesi logica rispetto alla riservatezza: dove c'è pubblicità, evidentemente, non ci può essere spazio per la privacy, e solo a prezzo di una forzatura concettuale queste due finalità possono essere rese compatibili.

Il d.lgs. 33/2013 cerca di realizzare questo difficile compromesso richiamando - senza peraltro circostanziarlo a dovere - "il rispetto dei principi sul trattamento dei dati personali" tra i limiti alla trasparenza. La trasparenza pubblica, si legge nel testo della norma, «integra una finalità di rilevante interesse pubblico», ma deve sempre essere armonizzata con una finalità pubblica altrettanto rilevante, rappresentata dalla protezione della privacy degli individui. Questa affermazione di principio solleva dubbi sostanziali nell'interprete. La pubblicazione obbligatoria di una serie rilevanti di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni deve infatti avvenire, secondo il decreto, «attraverso i siti istituzionali (...), secondo modalità che ne consentono la indicizzazione e la rintracciabilità tramite i motori di ricerca web ed il loro riutilizzo» (art. 4). Non vi è dubbio che la modalità di pubblicazione via web rappresenti la forma più invasiva per la diffusione di dati riguardanti la sfera personale: una volta pubblicata in rete e indicizzata, un'informazione personale - che viene resa nota, ad esempio, in relazione ad un incarico pubblico temporaneamente ricoperto - può essere rintracciata da chiunque tramite i motori web generali (google, yahoo, virgilio etc.) semplicemente digitando il nominativo dell'interessato; e, da quel momento in avanti, riutilizzata a piacimento, senza limitazioni temporali o vincoli modali, anche attraverso l'elaborazione e l'incrocio con altre informazioni reperite sul web. Questa misura draconiana di pubblicità può forse giustificarsi nell'ottica della massima trasparenza sull'attività e l'organizzazione pubblica, ma risulta difficilmente compatibile con i principi ispiratori della legislazione posta a tutela dei dati personali. Il d.lgs. n. 196 del 2003 (cd. Codice sulla privacy) richiede infatti che l'utilizzo dei dati personali non risulti mai "eccedente" rispetto alle finalità della raccolta e del trattamento dei dati, e avvenga sempre nel rispetto del principio di proporzionalità che governa, sopra ogni altro, ogni ipotesi di trattamento di dati personali. Si può benissimo comprendere (ma non condividere) che il legislatore abbia fissato la prevalenza, una volta per tutte, del valore-trasparenza sul valore-riservatezza, ai fini di un efficace controllo sull'uso del potere e delle risorse pubbliche. Ciò che riesce più difficile comprendere, invece, è come questa prevalenza possa poi essere conciliata, se non a prezzo di una evidente contraddizione logica, con "il rispetto dei principi sul trattamento dei dati personali" richiesto dalla legge. I principi fissati dal Codice sulla privacy esigono infatti proporzionalità, pertinenza, necessità, non eccedenza, indispensabilità (per dati sensibili o giudiziari) nel trattamento di dati personali: pare evidente che nessuno di questi principi può essere salvaguardato dalla diffusione dei dati attraverso la rete globale, aperti all'indicizzazione dei motori web e al riutilizzo, secondo il modello *open data*⁵⁶. La de-contestualizzazione dei dati è intrinseca al modello *open data*, ne rappresenta il fondamento concettuale, mentre il Codice sulla privacy consente la raccolta di dati solo se compatibili con lo scopo dichiarato della raccolta (principio finalistico): la riutilizzabilità si pone dunque in contrasto insanabile con il principio finalistico. Non solo: la diffusione attraverso la rete, unita all'indicizzazione nei motori generali del web, può determinarne la permanenza in rete per un tempo illimitato e l'incancellabilità di dati personali ~~e - e - anche - sensibili~~: ciò, in conflitto con la temporaneità del trattamento richiesto dal

⁵⁵ Garante per la protezione dei dati personali, "Parere del Garante su uno schema di decreto legislativo concernente il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni da parte delle PA", n. 49/2013.

⁵⁶ Sui paradigmi dell'*open data* (disponibilità e accesso, riutilizzo e ridistribuzione, partecipazione universale) si veda, di recente, si veda E. Carloni, *L'amministrazione aperta, Regole strumenti limiti dell'open government*, Maggioli, 2014, 271 e ss.

Codice sulla privacy e con il diritto all'oblio dell'interessato, nel caso di informazioni potenzialmente lesive o comunque utilizzabili in senso lesivo per l'interessato.

Il regime di diffusione dei dati personali fissato all'art. 4 del d.lgs. n. 33/2013 appare quindi sproporzionato *ex se*, e non vi è alcun modo di renderlo compatibile o di armonizzarlo con i principi del Codice sulla privacy. Di questo si è subito reso conto il Garante, che ha cercato con vari suggerimenti di temperare l'impatto della disciplina sulla trasparenza sulla riservatezza degli individui. Individui che ricoprono cariche pubbliche o sono a vario titolo inseriti nell'organizzazione pubblica, si dirà, e per questo devono accettare una riduzione della loro riservatezza: tuttavia, anche ragionando in questo modo resta difficile comprendere come possa ritenersi "compatibile" con i principi che governano il trattamento dei dati personali la pubblicazione dell'intero "stato patrimoniale" di un soggetto investito di una carica pubblica sulla bacheca globale del web. Si pensi, per fare un esempio, quale proporzionalità può mai esservi nel fatto che il consigliere di un piccolo comune, il garante dell'infanzia di una regione, il consigliere di amministrazione di un ateneo, per garantire la trasparenza nell'uso delle risorse pubbliche, siano costretti a pubblicare in rete, indicizzandole, tutte le informazioni riguardanti il proprio reddito, le proprietà immobiliari, le azioni e obbligazioni, i fondi di investimento, i fondi pensioni, le SICAV, i titoli di stato, le assicurazioni sulla vita, i mobili registrati di cui essi sono titolari. Quale proporzionalità può mai esservi tra simili regole di trasparenza e la circostanza che alcuni malintenzionati, o anche semplicemente il coniuge con cui l'interessato ha in atto una causa di divorzio, possono liberamente entrare in possesso di questi dati digitando un nome su Google. Per non dire dei rischi di *voyeurismo* amministrativo, da parte di chiunque abbia accesso al web, che scaturiscono da queste modalità di pubblicazione⁵⁷. La proporzionalità, evidentemente, non può rinvenirsi nell'uso di simili misure, che si giustificano unicamente in un'ottica di *assolutizzazione* della trasparenza a scapito di altri diritti dell'individuo⁵⁸. E, comunque, anche a voler a sostenere l'opportunità astratta di estendere il modello *open data* ai dati pubblici, non può non colpire la sproporzione - in concreto - di alcune misure introdotte dal Codice della trasparenza. Per evitare lesioni eccessive e irreparabili al diritto di riservatezza, quantomeno, si sarebbe dovuto consentire la rintracciabilità di questi dati solo mediante motori interni al sito-fonte e vietare la riutilizzabilità *tout court* dei dati personali.

Le "Linee guida in materia di trattamento di dati personali", appena pubblicate dal Garante per la protezione dei dati personali⁵⁹, provano a contenere queste distorsioni, introducendo nuovi elementi interpretativi per riequilibrare il rapporto tra trasparenza e riservatezza. Le indicazioni ivi contenute hanno lo scopo di definire un primo quadro unitario di misure e accorgimenti che i soggetti pubblici sono tenuti ad applicare laddove effettuano, in attuazione delle disposizioni normative vigenti, attività di comunicazione o diffusione di dati personali sui propri siti istituzionali per finalità di trasparenza, pubblicità dell'azione amministrativa. In quest'ottica, le linee guida stabiliscono che «le pubbliche amministrazioni sono (...) tenute a mettere a disposizione soltanto dati personali esatti, aggiornati e contestualizzati (art. 11, c. 1, lett. c), del Codice)». Ma, soprattutto, nelle indicazioni del Garante si precisa che il concetto di «formato di tipo aperto», avente il significato di riutilizzabile senza programmi particolari, si distingue nettamente da quello di «dato di tipo aperto» che attiene invece, più propriamente, alla disponibilità unita alla riutilizzabilità del dato da parte di chiunque, anche per finalità commerciali e in formato disaggregato (art. 52, comma 2, e art. 68, comma 3, lett. b), del CAD). Ne consegue che, in base all'interpretazione del Garante per la privacy, i dati personali oggetto di pubblicazione obbligatoria non sarebbero liberamente riutilizzabili da chiunque per qualsiasi ulteriore finalità.

⁵⁷ Com'è stato giustamente osservato, «Il diritto alla conoscibilità delle informazioni e dei dati si spinge così fino a veder garantite non solo le condizioni del loro reperimento da parte di chi è interessato ad essi, ma anche quelle del loro ritrovamento e/o della loro connessione "casuali", ispirati al limite dalla mera curiosità, con il rischio che l'accessibilità delle informazioni finisca con il favorire, anziché la trasparenza dell'amministrazione e la realizzazione del diritto all'informazione, l'esercizio di una sorta di "voyeurismo" amministrativo da parte di chiunque abbia accesso al web». M. Bombardelli, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in Istituzioni del federalismo, 2013, p. 670

⁵⁸ A ciò si aggiunga che, secondo quanto dispone la direttiva UE sul riutilizzo di informazioni nel settore pubblico (recepita in Italia con il d.lgs. 36/2006), il riutilizzo di documenti pubblicati nei siti istituzionali non deve pregiudicare il livello di tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali fissato dalle disposizioni di diritto europeo e nazionale.

⁵⁹ Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, "Linee guida in materia di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati", deliberazione n. 243 del 15 maggio 2014. In precedenza il Garante aveva pubblicato linee guida analoghe (2 marzo 2011) che hanno dovuto però essere aggiornate a seguito dell'approvazione del d.lgs. 33 del 2013

L'argomento testuale sembrerebbe fornire un valido appiglio per attenuare l'impatto della trasparenza amministrativa sul diritto di riservatezza di tutti coloro che, a vario titolo, entrano a contatto con l'amministrazione pubblica⁶⁰. Tuttavia, il contenuto dispositivo del d.lgs. 33/13 sembra difficilmente superabile attraverso l'aggancio interpretativo al solo CAD, operato dalle linee guida del Garante: il d.lgs. n. 33/13 dispone esplicitamente, e senza lasciare grandi margini all'interpretazione, che «Tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli» (art. 3); un riutilizzo che deve avvenire effettivamente secondo il "formato" di tipo aperto regolato dal CAD, ma che deve però essere garantito «senza ulteriori restrizioni diverse dall'obbligo di citare la fonte e di rispettarne l'integrità» (art. 7). Nonostante lo sforzo di mediazione del Garante sia apprezzabile, risulta difficile credere che le sue Linee guida riescano a limitare il riutilizzo pieno, da parte di chiunque, dei dati resi pubblici attraverso la pubblicazione in rete e l'indicizzazione nei motori di ricerca generali: il riutilizzo libero (secondo il modello *open data by default*) è la finalità che sembra avere avuto in mente, sin dall'origine, il legislatore con il "Codice della trasparenza"⁶¹. Senza trascurare che il Garante per la protezione dei dati personali ha perso il primato e l'esclusività sulla materia, dal momento che la trasparenza ha ora una propria autorità di riferimento (ANAC), per cui il bilanciamento tra riservatezza e trasparenza non potrà che essere definito dall'interazione tra questi due organi di garanzia indipendenti.

In conclusione, la proliferazione di banche dati, pubbliche e private, unita alla tendenza sempre più massiccia alla raccolta occulta di informazioni attraverso le intercettazioni elettroniche, sta generando forti reazioni nell'opinione pubblica mondiale. Il pendolo sembra aver nuovamente ripreso ad oscillare, riportando al centro del dibattito planetario il diritto dell'individuo alla riservatezza, e la funzione strumentale ad altre libertà fondamentali che tale diritto riveste.

Nel 2013, tuttavia, ~~il nostro paese~~ il legislatore sembra aver preferito, una volta per tutte, la trasparenza rispetto alla riservatezza. Da questi corsi e ricorsi storici emerge con chiarezza una sola verità: occorre guardarsi dai rischi di lesione della privacy allo stesso modo in cui bisogna evitare gli eccessi retorici dei fautori della trasparenza a oltranza, non meno deleteri dei primi in termini sociali. La regolamentazione della relazione tra riservatezza e trasparenza deve essere vista come una materia in perenne evoluzione, e il punto di bilanciamento tra questi due poli deve essere continuamente riplasmato in funzione delle esigenze e della struttura della società in cui l'uomo abita. Pensare di assolutizzare la superiorità della trasparenza pubblica sulla pretesa individuale di riservatezza, in ragione una congiuntura storica particolare, può rivelarsi un grave errore. Per un motivo pratico, oltre che per una ragione concettuale: le lesioni alla riservatezza personale, una volta verificatesi, sono irreversibili e irreparabili.

Per un vero diritto all'informazione amministrativa: l'esigenza di un FOIA italiano

Il diritto d'accesso va dunque concepito come «un capitolo applicato del diritto dell'informazione»⁶², e non solo quale precipitato dei principi di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.). Nel FOIA statunitense e britannico si parte infatti dal diritto soggettivo, dalla libertà individuale, mentre l'obbligo di pubblicità è la conseguenza del diritto di conoscere. Nella legge italiana il meccanismo è rovesciato: il punto di partenza non è il *right to know*, ma l'obbligo di pubblicare delle pubbliche amministrazioni⁶³. Occorre valorizzare le implicazioni che discendono dal diritto costituzionale di informazione, quale diritto fondamentale dell'individuo di conoscere e ricercare informazioni, e ricavare da questo diritto fondamentale un'applicazione specifica, che porti ad affermare un *diritto di accesso di tutti a tutto*. In fondo, nello schema di legge originariamente presentato dalla Commissione Nigro, la legittimazione all'esercizio del diritto di accesso era riconosciuta a *tutti* i cittadini, senza ulteriori qualificazioni.

⁶⁰ Il rischio è che la trasparenza come "antidoto al potere" finisca per imprimere una colorazione pubblicistica a tutto ciò (persone, beni, mezzi) che entra in contatto con l'amministrazione, al fine di "illuminare" e rendere controllabile l'uso del potere, con buona pace dei diritti fondamentali dell'individuo.

⁶¹ Rispetto ai dati soggetti ad un regime di pubblicazione, la regola generale del *copyright* è ribaltata. «Il cittadino può, infatti, pienamente disporre, utilizzare e riutilizzare questi dati: la questione decisiva, soprattutto in termini democratici ma anche di valorizzazione economica, è la quantità e la qualità di queste informazioni, ed il loro rispondere alle esigenze conoscitive "essenziali" di una comunità» E. Carloni, *op. ult. cit.*, p. 266.

⁶² M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, p. 959; A. Lojodice, *Informazione*, in Enc dir., XXI, Milano, 1974

⁶³ M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, cit.

Per soddisfare il diritto all'informazione amministrativa dei cittadini non è sufficiente l'affermazione di un diritto *uti cives* di conoscibilità mediante l'introduzione di obblighi di pubblicazione per le amministrazioni, ma si avverte l'esigenza di introdurre anche un diritto *uti singuli* di accedere alle informazioni in mano pubblica. Occorre affermare il diritto di accesso *del chiunque*⁶⁴, esteso alla generalità dei cittadini ma pur sempre soggettivo, rispetto alla generalità dei documenti e delle informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni, fatta eccezione per quelli espressamente esclusi dalla legge per ragioni di prevalente interesse pubblico o individuale. Il diritto d'accesso *del chiunque* è pur sempre un diritto soggettivo, considerato che, come si è ben dimostrato, la qualificazione giuridica di un interesse non è un carattere che dipenda dal numero dei soggetti che possono esserne in astratto o in concreto titolari⁶⁵. Un diritto di accesso *del chiunque* riconosciuto sia a fini di controllo, nell'interesse collettivo, sia a fini partecipativi, nell'ottica della difesa personale. Il paradigma di riferimento, in questo senso, può essere rappresentato dall'accesso cd. ambientale, che prevede un'estensione generale dei soggetti legittimati (chiunque richieda queste informazioni, senza bisogno di dimostrare un interesse qualificato e particolare rispetto ad esse) e del contenuto delle informazioni accessibili (le informazioni ambientali implicano anche un'attività elaborativa dell'amministrazione).

L'affermazione di un vero diritto all'informazione amministrativa, tutelato in sé e non in via occasionale, richiede il riconoscimento della *soggettività* della pretesa di conoscenza, e, conseguentemente, il pieno dispiegarsi del principio dispositivo. La soggettività implica libertà, spontaneità nell'accedere ad un dato specifico che è oggetto di interesse ~~soggettivo~~ per il singolo, non ad una massa di informazioni che l'amministrazione è tenuta a pubblicare, ma che al singolo possono benissimo non interessare. La pubblicazione obbligatoria è una tecnica sicuramente utile ai fini di realizzare la trasparenza amministrativa, ma assai meno utile a soddisfare il diritto a sapere, ad essere informati del cittadino. Senza considerare i rischi di "opacità della trasparenza"⁶⁶, collegati alla pubblicazione di una messe di informazioni poco rilevanti agli occhi degli interessati: com'è stato acutamente osservato, la conoscenza non è proporzionale alla quantità di informazioni rese disponibili⁶⁷. In questo senso, è molto più importante per il cittadino poter accedere ai pochi dati che gli interessano, che non vedere pubblicati molti dati a cui non è affatto interessato. Le due tecniche possono senz'altro integrarsi proficuamente, come avviene in altri ordinamenti (ad es. negli Stati Uniti o in Francia e, in parte, in Gran Bretagna). In ogni caso, la piena realizzazione del diritto all'informazione amministrativa richiede che l'accesso sia garantito a *chiunque* (*erga omnes*) rispetto a *tutti* i dati in possesso della PA (*omnia*), e si incentri su un atto d'iniziativa del privato, sulla sua volontà di conoscere, anziché su un dovere di pubblicare fissato *ex lege* in capo all'amministrazione.

Inoltre, come si è cercato di dimostrare, l'informazione può anche essere considerata un "bene della vita" in sé, ossia una risorsa scarsa che, al pari del "tempo esistenziale", viene pregiudicata dalle inefficienze e dai comportamenti illeciti della pubblica amministrazione: le informazioni pubbliche soddisfano un interesse alla conoscenza di cui il cittadino è portatore a titolo personale (*uti singuli*), oltre a rappresentare un efficace mezzo di controllo e trasparenza nell'interesse della collettività (*uti cives*). La disponibilità delle informazioni, ~~oltre che oggetto della libertà fondamentale di informazione in senso riflessivo o passivo,~~ rappresenta un bene economicamente valutabile e, in caso di danno ingiusto, è fonte di obbligazione risarcitoria secondo lo schema generale della responsabilità extracontrattuale. Eventualmente, per il mancato accesso alle informazioni pubbliche si potrebbe ipotizzare una soluzione specifica, modellata sulla falsariga di quanto previsto per i ritardi delle pubbliche amministrazioni: a partire dal 2013, infatti, la legge stabilisce un diritto degli interessati ad ottenere un indennizzo quando l'amministrazione non agisca nei tempi previsti dalle norme. E' pur vero che questa misura sanzionatoria è stata applicata raramente, se non addirittura mai, e che gravano su di essa una serie di limiti⁶⁸. Ma è altrettanto vero che il legislatore, introducendo un dovere di indennizzo per i ritardi nell'agire pubblico, ha lanciato un segnale importante di

⁶⁴ C. Marzuoli, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 45.

⁶⁵ C. Cudia, *Il diritto alla conoscibilità*, in B. Ponti (a cura di), *Il codice della trasparenza amministrativa*, cit., 72

⁶⁶ Su cui, da ultimo, A. Bonomo, *Il codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, cit.

⁶⁷ E. Carloni, *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 779 ss

⁶⁸ G. Vesperini, *L'indennizzo da ritardo: l'ennesima promessa mancata*, in GdA 2014, p. 445, il quale evidenzia come la presenza nella norma di limiti sostanziali, temporali e procedurali abbia finito sostanzialmente per rendere inapplicabile l'indennizzo da ritardo

legalità, di garanzia nei confronti di comportamenti della pubblica amministrazione che possono pregiudicare beni preziosi, ancorché immateriali, dei privati. In futuro si potrebbe pensare di introdurre una soluzione analoga per il rifiuto (o anche per il ritardo) della amministrazione nel rilascio di informazioni pubbliche, dal momento che questo comportamento, al pari del ritardo nell'agire amministrativo, lede un bene della vita spettante a chiunque operi in una società complessa come la nostra: la conoscenza.

Questa prospettiva, tuttavia, appare ancora molto lontana. Pur senza voler qui aderire alla tesi che considera l'accesso civico come interesse legittimo⁶⁹, è chiaro che il nostro ordinamento rimane distante dai livelli di tutela garantiti dai FOIA, oggi in vigore in molti paesi. Non è un caso, infatti, che i promotori dell'iniziativa per l'adozione di un *Freedom of Information Act* in Italia⁷⁰, anche dopo l'introduzione del "decreto trasparenza", seguitino a esortare il Presidente del Consiglio, Matteo Renzi, affinché rispetti l'impegno assunto alla fine del 2012 per l'adozione di un FOIA in Italia. Con una lettera consegnata il 23 luglio 2013 alla Presidente della Camera Boldrini, i promotori dell'iniziativa chiedono infatti di eliminare: 1) la restrizione che consente l'accesso ai documenti pubblici solo a coloro che hanno un interesse diretto concreto ed attuale; 2) l'obbligo di motivare la richiesta di accesso ai documenti; 3) il divieto di accedere ai documenti per esercitare un controllo diffuso sull'operato delle pubbliche amministrazioni.

Segno del fatto che, per i sostenitori di un FOIA italiano, la disciplina attuale sulla trasparenza non è adeguata a "rivoluzionare l'impostazione del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadini, ponendolo su un piano di parità e ritrovata fiducia"⁷¹. E così è anche per chi scrive: solo il regime dell'accessibilità totale garantisce il diritto all'informazione dell'individuo, laddove la pubblicità obbligatoria serve a soddisfare una domanda di trasparenza sempre più diffusa in tempi di crisi economica, sociale e politica. In fondo, per chiudere il cerchio del ragionamento che si è cercato qui di sviluppare, abbiamo bisogno di un FOIA italiano non solo per assicurare la trasparenza, ma anche per garantire meglio la *privacy* dei cittadini: un accesso a richiesta individuale consente un controllo migliore, un contemperamento più mirato, ritagliato sul singolo caso, tra due valori che hanno sì segno opposto, ma che devono trovare la giusta armonia all'interno di una democrazia matura.

⁶⁹ M. Magri, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, cit.

⁷⁰ Tra cui si contano numerosi docenti di discipline pubblicistiche che, in momenti e con sensibilità diversi, hanno approfondito il tema dell'accesso, quali ad es. Gregorio Arena, Enzo Cheli, Valerio Onida, Aldo Sandulli

⁷¹ Come si legge nella lettera dal 23 luglio 2013, indirizzata alla Presidente della Camera