

Enrico Carloni

L'Open Government

Lezioni di Diritto della comunicazione pubblica

I PARTE



Perugia, marzo 2013

© Enrico Carloni

LEZIONE 1.

Il tonno e l'apricatole

Introduzione all'open government



Sommario: 1. Il tonno e l'apricatole. – 2. Open Government e trasparenza. – 3. “Apertura” e modelli di amministrazione. – 4. Finalità, dimensioni e strumenti della trasparenza. – 5. I confini della trasparenza: quale idea di “pubblico”. – 6. Tendenze e resistenze.

1. *Il tonno e l'apricatole*

L'idea di una piena conoscibilità del potere, e del suo esercizio, è un'antica aspirazione, dai nobili antesignani, che segue ed accompagna l'evolversi delle istituzioni democratiche, ma conosce un'accelerazione molto forte nell'età della rete.

Wikileaks mostra in modo plastico la contrapposizione tra la segretezza e l'opacità del funzionamento delle istituzioni e la trasparenza come piena conoscibilità resa possibile, ed auspicata, da gruppi ed individui che operano nel world wide web. Un fenomeno, questo, nel quale la trasparenza viene “forzata” dall'esterno, grazie ad informazioni acquisite in ogni modo, anche in contrasto con le leggi che, nei vari paesi, ne disciplinano la circolazione.

La contrapposizione tra il “bene” del tutto conoscibile ed il “male” di ogni forma di riserbo è però semplicistica, per quanto vada in ogni caso mantenuta la tensione verso la maggiore apertura possibile delle istituzioni alla conoscenza da parte dei cittadini, se è vero che la democrazia richiede che si dia conto delle azioni poste in essere al “popolo sovrano” e, quindi, trasparenza.

Questa esigenza di conoscere si è espressa attraverso una serie di immagini molto efficaci, che vertono intorno all'idea di far vedere, disvelare, aprire. Si tratta pur sempre di metafore, ma utili per comprendere il fenomeno in sé e la sua percezione: a partire da quella, più frequentemente utilizzata nel dibattito pubblico e scientifico, non solo italiano, della *trasparenza*, appunto (come proprietà dei corpi suscettibili di essere attraversati dalla luce) cui si collega l'immagine evocativa della “casa di vetro” pubblica.

Un'altra metafora ricorrente, soprattutto nell'esperienza nordamericana, è quella della illuminazione: la *luce del sole* come “miglior disinfettante”, l'esposizione alla piena luce (*in the sunshine, au grand jour*). *Sunshine laws* sono dette, tanto per esemplificare, le leggi americane sulla trasparenza.

Non meno efficaci, ed anzi ricorrenti anche nel recente dibattito politico italiano, le immagini che evocano un'idea di *apertura* (e, quindi, di *open government*).

Val la pena di riprendere, in questo senso, le metafore del leader del Movimento 5 Stelle, Beppe Grillo, che nel riferirsi all'esigenza di apertura e conoscenza (e, se vogliamo, di partecipare per conoscere) dichiara l'intenzione di aprire il Parlamento "come una scatola di tonno" (intervista al Corriere del Ticino, 21 febbraio 2013), nonché a quella di aprire e rovesciare i cassetti (quasi come atto di conquista, una volta entrati nella "torre d'avorio" del potere).¹ L'apriscatole diventa, nella più recente stagione politica, la metafora che più efficacemente mostra non solo l'esigenza di conoscere, ma anche il contenuto "rivoluzionario", quasi traumatico, connesso a questo processo, che si annuncia imminente, di disvelamento.²

Sia pure con ricorso a metafore diverse, la "trasparenza" è, però, la parola chiave di larga parte delle forze politiche, specie nell'attuale stagione delle nostre istituzioni.

Così, Mario Monti, nel formare il proprio governo, aveva opposto intenti di "trasparenza assoluta" a chi lo accusava di potenziali conflitti di interesse, suoi e di altri membri del suo esecutivo (Corriere della sera, 29 novembre 2011), già allora ribadendo la centralità di un termine che, in anni recenti, è stato enfatizzato per contenere sperperi ed inefficienze, limitare la corruzione, dare effettiva tutela a diritti.

A dar retta ai proclami, alle dichiarazioni programmatiche ed alle interviste rese dai protagonisti della vita pubblica italiana (e non solo italiana), non vi sarebbero dunque dubbi di sorta sull'inevitabile

¹ Vale, però, qui, l'acuto ammonimento di Gramellini (La Stampa, 2 marzo 2013) a "risolvere l'intima contraddizione fra la trasparenza della base e l'oscurità della catena di comando. A cosa serve accendere una webcam in Parlamento se poi l'ufficio della Casaleggio & Associati, in cui si scrivono le regole e si decide la strategia, rimane ostinatamente al buio?", il che ci riporta di nuovo al tema della trasparenza e della tentazione irresistibile del potere, di qualunque potere, all'opacità.

² All'insediamento delle Camere dopo il voto del 24-25 febbraio, la metafora della scatola di tonno viene ribadita, con la forza delle immagini, attraverso la circolazione di foto che mostrano i candidati grillini "armati" di apriscatole. [...]

affermazione di un rinnovato rapporto tra “potere” e cittadini, caratterizzato dal diritto di questi ultimi a conoscere se non tutto, certo gran parte del funzionamento delle istituzioni pubbliche. Efficace, nel mostrare questa tensione che è legata in particolare all’utilizzo di risorse pubbliche è il “vi conteremo anche le caramelle” rivolto da Grillo ai parlamentari dell’attuale legislatura (21.3.2013)

Tra le aspirazioni (ora vere, ora solo propagandate) e la pratica la distanza è (stata) spesso rilevante, ed i meccanismi di trasparenza (qui ci soffermeremo sui principali) si sono spesso “inceppati” alla prova dei fatti. Detto in altri termini, quella della trasparenza troppo spesso è apparsa un’idea “astratta”(A. Orsi Battaglini, 1988, pp. 569 ss.), disattesa proprio da quegli istituti che avrebbero dovuto assicurarla, il che è solo uno dei numerosi paradossi della via italiana alla trasparenza.

2. Open government e trasparenza

Open government è un’espressione cui, con crescente frequenza, si fa riferimento nel dibattito pubblico, in documenti ufficiali, così come anche a livello legislativo è invalso l’uso di formule verbali come “amministrazione aperta”. Sempre più diffuso è il ricorso a concetti ed espressioni che rimandano all’idea di *openness*: a partire dalla formula dell’open data, ma già in ambiti più specifici come quello dell’open source. Nell’esperienza italiana, però, questi contenuti e queste esigenze di conoscenza, conoscibilità ed apertura si innestano in larga parte nel “paradigma-trasparenza”: si pongono cioè come arricchimenti e corollari del concetto più forte (quello di trasparenza, appunto), sufficientemente ampio e flessibile per ospitarli.

Il tema dell'Open Government si pone, in effetti, in termini tradizionalmente coincidenti con quelli della trasparenza, delle amministrazioni e più complessivamente delle istituzioni pubbliche: racchiude, in sostanza, un concetto “avanzato” di trasparenza, come complessiva condizione di conoscibilità ed *accountability* in favore della generalità dei cittadini.

In questo senso, ad esempio, in un recente documento, la Commissione per la valutazione, l'integrità e la trasparenza (Civit, istituita dalle riforme “Brunetta” del 2009), contrappone i paradigmi dell'*open government*, che presuppongono forme di conoscibilità generalizzata, ad istituti di trasparenza quali il nostro diritto di accesso che hanno (come vedremo meglio) una prospettiva molto più limitata. L'*open government*, secondo questa accezione, coincide con *una certa accezione* di trasparenza: una trasparenza qualificata, potremmo dire, nella quale le istituzioni sono realmente poste (utilizzando un'altra metafora) alla luce del sole, *au grand jour*.

L'*open government*, quindi, come modello che si ricava in termini critici rispetto ad una nozione riduttiva di trasparenza sottesa ad un diritto di accesso: un modello più avanzato di trasparenza (o accessibilità) totale.

“L'accessibilità totale presuppone, invece, l'accesso da parte dell'intera collettività a tutte le ‘informazioni pubbliche’, secondo il paradigma della ‘libertà di informazione’ dell'*open government* di origine statunitense” (Civit, Delibera n. 105 del 2010, Linee guida per la predisposizione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità)

Secondo questa accezione, *open government* e trasparenza (in una sua certa accezione ampia) sono concetti largamente coincidenti.

In una diversa, più recente, accezione, questa coincidenza si riduce, mentre resta evidente una larga sovrapposibilità (vale a dire: il concetto di *open government* ricomprende, ma non coincide, con quello di trasparenza). Secondo questo approccio, con *open government* si fa riferimento infatti ad un modello di amministrazione improntato non solo a principi di conoscibilità (e, dunque, alla trasparenza), ma anche a dinamiche di comunicazione e a modelli di relazione “aperti”, e quindi a “forme di interazione basate su bidirezionalità, condivisione e partecipazione ai processi decisionali dell’amministrazione”³, resi ora possibili (e più agevoli) grazie ai nuovi strumenti digitali.

Seguendo riferimenti più “ufficiali”, si può citare al riguardo il Memorandum “Obama”, e quindi il modello statunitense, secondo il quale con *open government* si fa riferimento ad un’azione amministrativa ed istituzionale improntata ai principi di trasparenza, partecipazione e collaborazione, principi che costituiscono le “pietre angolari” di un’amministrazione aperta.⁴

³ In questi termini la definizione di Open government nell’edizione italiana di Wikipedia (7 febbraio 2013: it.wikipedia.org/wiki/Open_government).

⁴ “Transparency promotes accountability by providing the public with information about what the Government is doing. Participation allows members of the public to contribute ideas and expertise so that their government can make policies with the benefit of information that is widely dispersed in society. Collaboration improves the effectiveness of Government by encouraging partnerships and cooperation within the Federal Government, across levels of government, and between the Government and private institutions”



Pres. Barack Obama, Memorandum on Transparency and Open Government, 1/21/09

Nel quadro della dottrina dell'open government, tutte le attività delle pubbliche amministrazioni non solo devono essere *“aperte e disponibili per favorire azioni efficaci e favorire il controllo diffuso sulla gestione della cosa pubblica”*.

Ma è lo stesso rapporto tra amministrazione e cittadino ad essere ridefinito, *“spostando il focus della relazione da un approccio orientato all'erogazione dei servizi, in cui il cittadino è mero fruitore delle prestazioni erogate dall'amministrazione, ad uno basato sulla collaborazione in cui il cittadino partecipa alle scelte di governo”*.⁵

Il documento *“Transparency and Open Government”*⁶ può essere dunque preso a riferimento per declinare il valore di questi principi nella costruzione di un nuovo modello di amministrazione:

Government should be transparent. Transparency promotes accountability and provides information for citizens about what their Government is doing. Information maintained by the Federal Government is a national asset. [...] Administration will take appropriate

⁵ In questo senso si v. la definizione di Open Government in F. De Toffol, A. Valastro, Dizionario di democrazia partecipativa, Perugia, Regione Umbria, 2012, 115.

⁶ Memorandum for the heads of executive departments and agencies www.whitehouse.gov/the_press_office/TransparencyandOpenGovernment)

action, consistent with law and policy, to disclose information rapidly in forms that the public can readily find and use. Executive departments and agencies should harness new technologies to put information about their operations and decisions online and readily available to the public. Executive departments and agencies should also solicit public feedback to identify information of greatest use to the public.

Government should be participatory. Public engagement enhances the Government's effectiveness and improves the quality of its decisions. Knowledge is widely dispersed in society, and public officials benefit from having access to that dispersed knowledge. Executive departments and agencies should offer Americans increased opportunities to participate in policymaking and to provide their Government with the benefits of their collective expertise and information. Executive departments and agencies should also solicit public input on how we can increase and improve opportunities for public participation in Government.

Government should be collaborative. Collaboration actively engages Americans in the work of their Government. Executive departments and agencies should use innovative tools, methods, and systems to cooperate among themselves, across all levels of Government, and with nonprofit organizations, businesses, and individuals in the private sector. Executive departments and agencies should solicit public feedback to assess and improve their level of collaboration and to identify new opportunities for cooperation.”

3. *“Apertura” e modelli di amministrazione*

L’apertura si pone, a ben vedere, come “chiave di lettura” del complessivo evolvere dell’amministrazione, e quindi del rapporto tra istituzioni ed individui e, in particolare, tra burocrazia e cittadino. Se

poniamo al centro dell'attenzione il sistema amministrativo, allora la trasparenza e l'open government assumono una valenza specifica, dal momento che rappresentano la cartina di tornasole del cambiamento complessivo del modello di amministrazione.

Centrando l'ottica sulla pubblica amministrazione, Gregorio Arena ben evidenzia, infatti, il progressivo succedersi di modelli di azione pubblica attraverso un processo nel quale l'affermarsi di istituti di trasparenza e partecipazione segna il declino del "paradigma bipolare" (S. Cassese), il quale rifletteva "l'idea ottocentesca dell'amministrazione come macchina anonima e imparziale", un'amministrazione "separata dalla società, ma ad essa subordinata" (G. Arena, 2008, 38). In questo *modello bipolare*, un polo è il potere pubblico (gli amministratori) e l'altro, separato, distante e diverso, è dato dai cittadini (gli amministrati), ed il segreto è un chiaro segnale di questa separazione e di questa distanza.

In questi termini, l'approvazione della legge n. 241 del 1990 è spesso visto come lo snodo fondamentale, che segna il passaggio ad un diverso modello di un'amministrazione in cui questo bipolarismo è mitigato (da cui l'espressione "*modello bipolare temperato*"), da una serie di diritti del cittadino (a partecipare al formarsi delle decisioni pubbliche, ad accedere ad informazioni) che rendono permeabile la barriera che separa la burocrazia dalla società. Nel complesso, ciò si va costruendo, attraverso le leggi che hanno articolato il principio di trasparenza, è un'idea di istituzioni pubbliche ed amministrazioni "aperte", alla conoscenza, alla partecipazione ed alla collaborazione (di *open government*, appunto), che segna una discontinuità rispetto all'immagine tradizionale della burocrazia, il che vale anche (e deve valere a maggior ragione) per quella italiana.

L'Open Government è, dunque, espressione di un diverso modello di trasparenza, ma anche di un diverso approccio al nodo della partecipazione, nel quale l'accento si sposta dalla (tradizionale) democrazia rappresentativa a favore di modelli di democrazia partecipativa e, entro questi, di democrazia deliberativa.

L'ulteriore evoluzione (largamente da realizzare e che caratterizza al più alcuni "pezzi" del sistema pubblico), porta in alcuni contesti all'affermazione di modelli che si distaccano ancora maggiormente dall'impianto tradizionale, verso una *amministrazione condivisa*, policentrica, pluralistica e paritaria (G. Arena, 2008, 41-42). In particolare, l'ingresso dei cittadini attivi nella cura di interessi pubblici conduce, secondo questo approccio, attraverso il principio di sussidiarietà orizzontale (previsto dall'art. 118 della Costituzione ed in base al quale i poteri pubblici *"favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà"*) al delinearsi di un modello ancora più avanzato, di amministrazione condivisa: è una prospettiva che, nel campo dell'informazione e dei diritti a conoscere, si lega al fenomeno, recente, dell'*open data*, vale a dire l'utilizzo da parte di cittadini organizzati delle potenzialità conoscitive dei dati di provenienza pubblica, diffusi in formato aperto e suscettibili di riutilizzo, con finalità di trasparenza o con altre finalità di interesse pubblico (oltre che, eventualmente, con finalità più prosaicamente commerciali).

Questa idea, di collaborazione, contenuta tra i paradigmi dell'*open government*, nell'esperienza non solo italiana rimanda anche ad un'altra parola-chiave delle trasformazioni che hanno interessato il sistema pubblico nel corso dell'ultimo quindicennio, quella di *"governance"* (un concetto sul quale torneremo), ad intendere da un

lato la collaborazione necessaria tra la pluralità di soggetti pubblici coinvolti in (quasi) ogni intervento pubblico (concetto che si lega, dunque, a quello di una distribuzione di funzioni tra livelli di governo in base al principio di sussidiarietà verticale dell'art. 117 Cost.) e dall'altro la collaborazione che deve essere ricercata, da parte degli attori pubblici, con i cittadini singoli ed associati per l'esercizio di attività di interesse generale (principio di sussidiarietà orizzontale: v. art. 118 Cost.).

Un concetto, però, quello di *governance*, che nel lessico della scienza politica rimanda più complessivamente a “modalità di azione e di governo reticolare e sinergica” e quindi al coinvolgimento di tutte le componenti che operano in un sistema politico ed amministrativo (favorendo dunque la partecipazione di soggetti altrimenti esclusi dalle istituzioni rappresentative “tradizionali”, cui è più strettamente ancorato il concetto di government).⁷

Al di là di queste più recenti tendenze del sistema italiano, i diversi modelli di amministrazione non solo sono rappresentativi di una evoluzione dei rapporti tra amministrazioni e cittadini, ma convivono nell'amministrazione contemporanea gli uni a fianco degli altri (basti pensare ad amministrazioni profondamente diverse, come quella della sicurezza e dell'ordine pubblico, da un lato, o quella delle autonomie locali, dall'altro).

4. Finalità, dimensioni e strumenti della trasparenza

In un impianto tradizionalmente orientato al segreto, l'idea di trasparenza e, quindi, conoscibilità, ha un carattere rivoluzionario,

⁷ Si v. De Toffol, Valastro, Dizionario di democrazia partecipativa

eppure (o proprio per questo) a partire dalla seconda metà del novecento questo concetto diviene una delle fondamentali frontiere di riforma dell'amministrazione: la metafora della trasparenza, al pari di quella dell'apertura o della luce del sole, si accompagna ai tentativi di rimodulare il rapporto tra amministrazione cittadini, rafforzando la posizione di questi ultimi riconoscendogli il diritto a conoscere ed il parallelo dovere delle amministrazioni di far conoscere.

L'idea di trasparenza sottende, inevitabilmente, l'idea di un rapporto "bipolare", ma attenuato dalla possibilità di conoscere, tra amministrazione e cittadino: per quanto "trasparenti" la casa di vetro ha pareti che separano l'interno (l'amministrazione) dall'esterno (i cittadini). La trasparenza cui pensiamo è, dunque, "orizzontale", od esterna, nel senso che vive nel rapporto tra Stato e società, ma una dimensione comunque significativa (per quanto più tradizionale) è quella "verticale", all'interno delle organizzazioni pubbliche e tra queste ed i vertici del potere statale.

Le due dimensioni sono concettualmente separate (la trasparenza interna ricorre nei sistemi dittatoriali non meno che in quelli democratici, mentre lo stesso non può dirsi della trasparenza esterna), ma in concreto fortemente imbricate: la presenza di meccanismi di trasparenza interna, ad esempio, attraverso la organizzazione di dati e la produzione di informazioni pone le precondizioni indispensabili per la conoscenza da parte dei cittadini (che riescono a comprendere l'azione pubblica chiedendo di prendere visione di relazioni, rapporti, atti ispettivi interni, e così via). In un sistema democratico e pluralistico, peraltro, il confine tra "interno" ed "esterno" è sfumato: si pensi ai poteri conoscitivi di assemblee ed organismi (quali le commissioni parlamentari di inchiesta) in cui sono rappresentate anche le minoranze, alle prerogative riconosciute a singoli rappresentanti dei

cittadini (come il diritto all'informazione dei consiglieri comunali), od al fatto che i diversi "pezzi" del sistema pubblico possono avere differenti indirizzi politici o possono rapportarsi in modo diverso ed antitetico rispetto allo stesso fatto (la Sovrintendenza ai beni culturali rispetto all'Anas in ordine alla realizzazione di una strada; ma ancora più marcata la "distanza" che può esserci tra amministrazioni corrispondenti a livelli di governo diversi).

Si pensi, da una diversa angolazione, al fatto che spesso i diritti a conoscere sono riconosciuti solo a quegli individui che "partecipano" al formarsi della decisione pubblica e, quindi, sono in qualche modo già inseriti nel procedimento amministrativo, cosicché questa trasparenza (esterna) non è sottratta a dinamiche "interne", e risente anch'essa di logiche di mediazione e di scambio" (A. Orsi Battaglini,).

Articolata quanto a declinazioni, la trasparenza è complessa quanto a finalità, nel senso che attraverso la trasparenza il sistema pubblico, ed in primo luogo il legislatore, mirano a dare soddisfazione ad una pluralità di istanze.

La trasparenza si pone, infatti, all'intersezione di una serie di esigenze e si presenta, in questo senso, come strumento volto a perseguire una serie di finalità diverse (F. Merloni, 2008): attraverso la trasparenza si mira a rafforzare la posizione dei cittadini, ed è quindi meccanismo per la tutela delle posizioni degli individui, per la garanzia dei loro diritti, ma è anche strumento per migliorare l'efficienza e ridurre le disfunzioni, per garantire l'imparzialità e l'integrità nell'azione pubblica, per agevolare la fruizione di servizi, per controllare i costi e la spesa pubblica. Il che, detto in altri termini, vale ad affermare il valore necessariamente relativo della trasparenza, che in quanto strumento vale per quanto valgono le finalità che mediante la conoscibilità sono assicurate.

Restando a livello di metafore, però, è evidente che da questa polifunzionalità emerge come la trasparenza sia un antibiotico a largo spettro, che funge da cura nei confronti ora dell'arbitrio pubblico, ora dell'inefficienza, ora della corruzione e dei conflitti di interesse: seguendo uno slogan che si accompagna alle regolazioni statunitensi in materia, "*sunshine is the better disinfectant*", rispetto a mali diversi che vanno dall'inefficienza all'autoreferenzialità, dall'arbitrarietà alla corruzione. Nell'esperienza italiana questa pluralità di finalità è chiara e porta con sé uno stratificarsi di regole sulla trasparenza, che pur nascendo con obiettivi differenti si sommano le une alle altre arricchendo i diritti a conoscere ed ampliando il novero delle informazioni conoscibili. Di trasparenza, per fare qualche esempio, parlano le normative contro la corruzione e quella sul conflitto di interessi, la riforma "efficientista" del Ministro Brunetta, la legge sul procedimento amministrativo nel riconoscere il diritto di accesso degli interessati ai documenti amministrativi.

Se esiste una "casa di vetro", questa condizione è dunque frutto di una pluralità di previsioni: la trasparenza è sì un principio guida nelle politiche di riforma dell'amministrazione, ma è in primo luogo una condizione complessiva: "più che rappresentare un istituto giuridicamente preciso, riassume un modo di essere dell'amministrazione, un obiettivo, un parametro cui commisurare lo svolgimento dell'azione amministrativa" (R. Villata, 1987, 528).

La trasparenza (molta o poca che sia) è dunque una condizione dell'amministrazione, che si ottiene attraverso l'applicazione di strumenti, disciplinati da leggi e, sulla base di questi, da regolamenti: tradizionalmente, il principale strumento di trasparenza amministrativa è individuato nel diritto di accesso ai documenti, e nel suo archetipo, il *freedom of information* statunitense (G. Arena, 2006, *). Sarebbe però

riduttivo ricondurre la trasparenza a quest'unico meccanismo: la partecipazione del cittadino all'attività dell'amministrazione, la motivazione degli atti amministrativi, la pubblicità (in albi, gazzette, ora nei siti *web*), sono alcuni degli strumenti che si affiancano all'accesso ai documenti nel garantire la conoscibilità dell'organizzazione, del funzionamento e dell'azione delle pubbliche amministrazioni.

Restando nella metafora della casa di vetro, la condizione di conoscibilità è frutto di un lasciapassare riconosciuto ad alcuni, che grazie a questo potranno entrare in ogni stanza (il diritto di accesso), ma discende anche dal fatto che in alcuni ambienti le finestre sono spalancate e chiunque può guardare dentro (la pubblicità, le informazioni diffuse in rete), dal fatto che in alcune stanze si tengono riunioni aperte al pubblico, e così via.

5. I confini della trasparenza: quale idea di "pubblico"?

Trasparenza delle istituzioni pubbliche e del potere (pubblico), dunque, per quanto la metafora, che rimanda alla caratteristica dei corpi che sono attraversati dalla luce, possa applicarsi (ed in concreto sia stata applicata) anche in altri contesti: trasparenza dei mercati, ad esempio, specie finanziari, o trasparenza delle condizioni di contratto, trasparenza della pubblicità, trasparenza nei rapporti politici. La trasparenza è, complessivamente, antidoto al potere: "aprire porte e finestre" significa "illuminare" e quindi rendere controllabile il potere.

Se questo è vero, il paradigma-trasparenza può essere calato in ogni ambito nel quale esistono rapporti di potere che possono (e spesso devono) essere riequilibrati proprio favorendo flussi di conoscenza dall'alto verso il basso: dal produttore nei confronti del consumatore,

dal venditore nei confronti dell'acquirente, dal fornitore di servizi bancari ed assicurativi al cliente, e così via. Prevedere, a livello legislativo, obblighi di trasparenza presuppone di abbandonare l'idea che nei rapporti tra privati viga una condizione "ideale" di parità, per ammettere che anche quello che si instaura nelle relazioni contrattuali "civili" sia, in realtà, spesso un assetto di rapporti di potere, con una parte "forte" ed una parte "debole": dinamiche di potere delle quali il sistema nel suo complesso non può disinteressarsi.

Una prima traccia di queste esigenze può essere rinvenuta già nel tradizionale sistema dei rapporti civilistici (e, quindi, già nel Codice civile) dove troviamo meccanismi di "trasparenza", consistenti sia in misure di pubblicità a vantaggio della collettività (obblighi di rendere noti, attraverso apposite forme, dati che l'ordinamento ritiene rilevanti per fondare rapporti tra privati: pensiamo alle misure di pubblicità cui sono sottoposte le società) che diritti di informazione in capo ad alcuni (potere attribuito ad alcuni soggetti di chiedere ed ottenere informazioni: pensiamo ai diritti dei soci).

Un campo nel quale, nell'ambito dei rapporti tra privati, troviamo uno sviluppato sistema di regole "di trasparenza" è, ora, quello della protezione dei consumatori (si v. in particolare ora il Codice del consumo, d.lgs. n. 206 del 2005), a partire dagli obblighi di "veridicità dell'informazione" ed al divieto di pubblicità ingannevole, oltre che al dovere di fornire dichiarazioni corrette rispetto alle caratteristiche specifiche dei prodotti in particolare nella pubblicità e nella etichettatura. Da notare, al riguardo, che gli "obblighi di trasparenza" in campo pubblicitario non si limitano a sanzionare le menzogne, ma proteggono anche da "omissioni ingannevoli" e quindi impongono di fornire le informazioni rilevanti delle quali il consumatore medio ha bisogno per prendere una decisione consapevole. L'art. 2, comma 2,

del Codice del consumo riconosce, dunque, al consumatore il diritto “ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità”.

I campi nei quali è possibile applicare una simile linea di ragionamento sono molteplici. Così, ad esempio, con l’espressione trasparenza bancaria si indica l’insieme degli accorgimenti volti a rendere chiaro e comprensibile (ad un utente di media istruzione) il funzionamento dei rapporti con un istituto di credito.

Un campo, collegato a quest’ultimo, nel quale si è posta l’esigenza di prevedere specifiche regole di trasparenza è quello degli intermediari finanziari e dei mercati mobiliari, in una parola della finanza. Un ambito, questo, nel quale sono presenti specifiche regole di trasparenza e che, però, anche per la loro inadeguatezza, continua a manifestare profonde criticità legate al permanere di modalità di azione opache. La crisi dei “mutui sub-prime” è stata vista come una crisi frutto in primo luogo della opacità ed i (limitati, peraltro) meccanismi di trasparenza presenti nei mercati regolamentati (in Italia, in particolare, attraverso la Consob) hanno spinto all’incremento di scambi finanziari al di fuori dei circuiti delle borse (attraverso, sempre per restare sulle metafore, le c.d. “dark pools”, letteralmente “piscine oscure”, piattaforme, spesso elettroniche, alternative a quelle tradizionali).

Si tratta di un campo che richiederebbe specifica attenzione, ma queste riflessioni ci portano fuori dai confini del “government” (ovvero, delle istituzioni pubbliche), per quanto non possa tacersi l’importanza della trasparenza in ambiti che, ancorché non pubblici sono *di interesse pubblico*. Merita un cenno, in questo quadro, il fatto che la trasparenza possa essere vista anche come meccanismo di riequilibrio che consente la riduzione dell’intervento pubblico in

ambiti nei quali le dinamiche puramente “private” potrebbero favorire il contraente forte (e, quindi, diviene possibile liberalizzare un mercato

6. Tendenze e resistenze.

Anche mantenendo l'attenzione al campo delle istituzioni pubbliche, il paradigma trasparenza risulta di straordinaria attualità.

L'affermazione di un modello di amministrazione aperta, partecipata, trasparente, in un'ottica costituzionale assume una valenza centrale: segna sì il (tendenziale) venir meno di due poli, ma, soprattutto, colloca il rapporto tra amministrazioni e cittadini non solo nello Stato di diritto, ma più compiutamente nel sistema democratico. Le resistenze, ad un nuovo modello di amministrazione e, quindi, ad un nuovo modello di cittadino (informato, consapevole, in grado di incidere sull'azione e di controllarne lo sviluppo, di verificare la correttezza e l'adequatezza delle condotte degli amministratori, di far valere i propri diritti) non mancano e non sono mancate, tanto che le conquiste dell'*open government* sono tuttora spesso inadeguate e devono, comunque, essere difese e protette giorno per giorno.

L'enfaticizzazione di alcuni limiti al diritto a conoscere (la riservatezza, ad esempio), l'interpretazione restrittiva che riduce l'efficacia di alcuni strumenti di conoscenza (come è avvenuto per il diritto di accesso), costituiscono alcune delle minacce con cui si confronta l'affermazione in concreto del paradigma della trasparenza.

Minacce non minori vengono, però, da altri processi: l'espandersi di aree di azione sottratti alle regole ordinarie di funzionamento delle amministrazione (si pensi, in particolare, ai meccanismi di emergenza, dove l'azione pubblica si sviluppa sulla base di ordinanze di protezione civile in deroga alle normali previsioni, tra le quali, spesso, quelle

sulla trasparenza e la partecipazione), lo spostamento di attività e funzioni al di fuori dell'area del "pubblico" (con la conseguenza dell'attenuarsi delle regole di garanzia e di controllo su queste attività esternalizzate), la spinta alla semplificazione che porta con sé, di nuovo, la riduzione di alcuni meccanismi di garanzia.

Una trasparenza, in ogni caso, che non ha sempre visto un'adeguata corrispondenza tra affermazioni e prassi, ma che nondimeno è sempre più spesso vista dal legislatore come un coltellino svizzero: uno strumento buono per ogni esigenza. Lo scopo di questo libro è indagare questo fenomeno, e la distanza, tra teoria e pratica, tra principi e loro attuazione, che ne ha accompagnato la storia recente, esaminare questo strumento ed il suo concreto, ed attuale, funzionamento: mettere alla luce del sole la trasparenza, se ci è consentita questa doppia metafora.

La trasparenza costituisce il baricentro intorno al quale ruota un nuovo modello di amministrazione, un'amministrazione per la quale l'apertura non si esaurisce però con la conoscibilità, ma rimanda all'idea della capacità dei soggetti pubblici di articolare nuove modalità di approccio e relazione con i cittadini, attraverso dinamiche comunicative che coinvolgono i processi decisionali pubblici, ovvero rapporti di interazione fondati su bidirezionalità, condivisione e partecipazione. Si tratta di trasformazioni nelle quali l'innovazione amministrativa si accompagna alle innovazioni tecnologiche, attuabili mediante i nuovi strumenti digitali, e nelle quali i processi materiali, le pratiche amministrative, sono assecondati e spesso imposti dalle leggi sull'amministrazione, che disegnano una rinnovata centralità del cittadino, un'amministrazione partecipata e trasparente, che apre sempre più le proprie informazioni alla pubblicità ed alla condivisione attraverso il web.

Al di là dei proclami e delle aspirazioni, però, l'amministrazione resta spesso autoreferenziale, e largamente opaca. Aumentano, però, in modo incessante se non esponenziale, i dati sull'amministrazione: sulla sua organizzazione, sul suo funzionamento, sui risultati della sua azione. Che tra quantità dei dati e trasparenza vi sia corrispondenza diretta è dubbio, come è dubbio che qualità e quantità della conoscenza sull'amministrazione coincidano: però è anche vero che una simile massa di dati, un tale patrimonio di conoscenza sull'amministrazione, non possono essere sottovalutati e rubricati nella casella della irrilevanza.

LEZIONE 2.

L'amministrazione "trasparente"

Teorie e principi costituzionali



Sommario: 1. Il paradigma trasparenza. – 2. Democrazia e potere visibile: le basi teoriche. – 3. La Costituzione e la lenta affermazione del right to know. – 4. Diritto di informazione e trasparenza. – 5. 5. Il dovere di trasparenza tra imparzialità e responsabilità delle pubbliche amministrazioni.

1. Il paradigma trasparenza

Da un'amministrazione chiusa, opaca, ad un'amministrazione aperta, trasparente: l'*open government* resta un obiettivo, ma è anche un modo di essere (e dover essere) dell'amministrazione, risultato di un percorso di riforme, intenso e recente, anche se non privo di contraddizioni.

Per quanto il riconoscimento del diritto dei cittadini a conoscere e, quindi, l'affermazione di meccanismi che rendono effettiva la trasparenza nell'amministrazione attraverso il libero accesso all'informazione pubblica, abbia una lunga

tradizione in area scandinava ed in particolare in Svezia, e sia stato quindi oggetto di leggi statunitensi (*Freedom of Information Act*, del 1966, rivisto e rinforzato nel 1976) e francesi (1978), è solo intorno agli anni '90 del secolo scorso che l'*open government* e la trasparenza si diffondono in Europa, ed in Italia, oltre che nei rapporti tra cittadini ed istituzioni europee.

Questa "esplosione globale" dell'*open government* coincide in larga parte con la proliferazione di legislazioni che prevedono un diritto di conoscere (*right to know*) da esercitare accedendo alle informazioni detenute da istituzioni pubbliche. In questo senso, è dunque recente la circolazione a livello internazionale del principio dell'*open government*

Il "caso svedese", che continua ad essere preso a riferimento, è di un certo interesse, perché è già a livello costituzionale che troviamo il diritto di accedere ad ogni fonte di informazione, da parte della stampa: la Legge sulla libertà della stampa costituisce, tradizionalmente, una delle parti fondamentali dell'impianto costituzionale svedese, e ne contribuisce a definirne la forma di governo ed il carattere democratico

L'influenza esercitata dal modello statunitense del FOIA è stata decisiva in primo luogo per l'adozione di legislazioni di *open government* in vari paesi extraeuropei di area anglosassone (in particolare, tra il 1982 ed il 1983, Australia, Canada e Nuova Zelanda).

Il risveglio dell'Europa è stato dunque relativamente tardivo. La Francia aveva fatto da apripista, introducendo nel 1978 una

legislazione che appare oramai datata. L'Italia ha adottato una disciplina, sul diritto di accesso ai documenti (del 1990) che, come accennato e come vedremo meglio, solo parzialmente risponde ai dettami dell'*open government*: un diritto di accesso peraltro oggetto nel corso del tempo di ritocchi ed interpretazioni in senso restrittivo, che hanno fatto passare nel complesso il paese (su questo versante, perlomeno) in una posizione di retroguardia.

Norme ispirate al modello *Freedom of Information Act* sono state altresì adottate nell'ultimo decennio in Europa: il Regno Unito ha provveduto nel 2000, le istituzioni dell'Unione europea nel 2001, la Germania nel 2006. Ma i leggi sul "FOIA" sono ormai diffusi anche nei paesi "minori": ad esempio, in Portogallo (1993), in Repubblica Ceca (1999), in Estonia (2000), in Polonia (2001), in Romania (2001), in Slovenia (2003) e in altri ancora. E' anzitutto alla luce di queste previsioni (e, quindi, con una sostanziale coincidenza tra i concetti di *freedom of information* e di *open government*, dal momento che il secondo si realizza essenzialmente attraverso la prima), che la trasparenza viene vista nello scenario internazionale e comparato come nuovo paradigma delle istituzioni democratiche.

Pure a fronte di queste solenni affermazioni, la pratica della trasparenza conosce, anche nei paesi dotati di una legislazione sul modello del *freedom of information*, gradi diversi di effettiva realizzazione. Come riportato in una interessante ricostruzione giornalistica di pochi anni addietro, il "modello svedese" di trasparenza resta dunque sostanzialmente all'avanguardia, tanto che alla richiesta di un giornalista di accedere agli stessi 20 documenti presso il governo svedese e presso le istituzioni europee, i risultati sono stati fortemente diversi (mentre dal governo svedese è riuscito ad ottenerne 18, dall'unione europea ne ha ottenuti soltanto 4).

L'esperimento non era esteso all'Italia, ma appare verosimile ritenere che l'accesso sarebbe stato consentito a poche unità di documenti (v. Report, "*Trasparenze svedesi*", puntata del 28.10.2007). Resta, comunque, il dato di un diritto a conoscere che è di norma garantito a chiunque, a prescindere da ogni specifico interesse, che come tale si configura come strumento di *open government*, inteso come controllo dell'attività amministrativa e di partecipazione dei cittadini ai meccanismi decisionali.

2. Democrazia e potere visibile: le basi teoriche

In una prospettiva teorica, il più autorevole (e forse più noto) alfiere della trasparenza del potere è Immanuel Kant, che (non a caso in una prospettiva di "pace universale") afferma la necessaria pubblicità e conoscibilità del potere pubblico: il filosofo di Königsberg, "punto di partenza di ogni discorso sulla necessità della visibilità del potere" (N. Bobbio, 1984, *), pone la pubblicità al cuore del diritto pubblico ("tutte le azioni relative al diritto di altri uomini la cui massima non è conciliabile con la pubblicità sono ingiuste") (I. Kant, 1795, 300).

Un principio rivoluzionario, ed intimamente democratico, tanto che il criterio della pubblicità per distinguere il giusto dall'ingiusto, l'illecito dal lecito "non vale per chi, come il tiranno, pubblico e privato coincidono in quanto gli affari dello stato sono i suoi affari personali e viceversa" (N. Bobbio, 1984, 100).

Filosofi e pensatori non meno autorevoli hanno però sostenuto le opposte ragioni del segreto e persino della menzogna (il "mendacio utile"): l'idea di ragion di Stato è tutt'una con l'idea di segreto, in una prospettiva nella quale la salvezza della repubblica, minacciata da continue guerre, aggressioni, sedizioni, richiede necessariamente di

tenere celati al “nemico” i processi decisionali e le stesse decisioni, salvo che sia scelta del governo di manifestarsi. Richiede, in sostanza, dei segreti, degli *arcana imperii*, come ci segnalano con forza Hobbes, Bodin, Machiavelli, ma più in generale tutto un filone (prevalente, fino a tutto l’800: N. Bobbio, 1984, *; R. De Mattei, 1960) di pensatori “realisti”. Seguendo l’impostazione di Jaspers, il segreto è “principio di comportamento” nei rapporti col nemico (K. Jaspers, *), ed il segreto è strumento per difendere i sudditi, “dalla guerra e nella guerra” (R. Sorrentino, 2011, 30).

La necessità di proteggere la repubblica nei confronti dei nemici in un’epoca di “Stati combattenti” si coniuga con un diffuso scetticismo sulle capacità del popolo, del volgo, di comprendere le ragioni delle decisioni pubbliche, il che giustifica l’idea di limitare la circolazione delle informazioni, od addirittura quella di mentire ai sudditi: come un medico con un malato, o un adulto con un bambino, “non bisogna risparmiare né le belle parole né le promesse” (J. Bodin, 1576).

Il potere d’*ancien regime* è, dunque, un potere non trasparente (coscientemente e strutturalmente opaco) e questo retaggio continua a riaffiorare, specie nell’esercizio di funzioni “sovrane” legate alla difesa interna ed esterna, ai rapporti tra Stati, allo stato di eccezione o di guerra. Ma, si noti, non per questo è un potere invisibile o nascosto, è anzi un potere che si mostra, si ostenta, si rappresenta: Versailles, da questo punto di vista, è paradigmatico di un potere che coniuga la massima apparenza e la massima segretezza.

In questi termini, la tematica è stata ben analizzata da Bobbio (N. Bobbio, 1984) e tra gli altri, più recentemente, da Sorrentino (R. Sorrentino, 2011): la questione centrale è, però, il passaggio costituito dalla formazione di ordinamenti democratici, che rinnegano la guerra, nei quali il potere pubblico è limitato ed esercitato in nome e per conto

del popolo, cui appartiene. In un simile scenario, vengono meno molti degli argomenti propri dell'età dei disordini o di epoche in cui la legittimazione del potere non era riconducibile ai cittadini: un governo popolare richiede un'adeguata informazione pubblica, richiede trasparenza e conoscibilità, od altrimenti siamo di fronte "al prologo ad una farsa, o ad una tragedia, od entrambe", come già ammoniva Madison (J. Madison, 1822).

La legittimazione "ascendente" (dal basso, dai cittadini) del potere, l'idea di un "contratto" tra cittadini e governanti, minano dalle fondamenta la giustificazione del segreto nel diritto pubblico.

Per dirla con Bobbio, dunque, la democrazia è il potere del pubblico in pubblico (N. Bobbio, 1984, *) ma questo principio (necessario, ed ineludibile), valido in via teorica ma spesso oggetto di restrizioni nella pratica, si smorza e si attenua allorché dai piani "alti" (Parlamento, governo) si scende ai piani "bassi", ovvero alla burocrazia, alla pubblica amministrazione.

Qui, il fascino sottile del segreto, della "ragion di Stato", si intreccia e si confonde, scendendo nella piramide del potere pubblico, con l'essenza del fenomeno burocratico: un potere, esercitato in virtù di una conoscenza "propria", dei funzionari e dell'amministrazione, che male accetta di condividere questa conoscenza ed è perciò naturalmente portato ad operare in un ambiente "opaco", dove il segreto non è più segreto di Stato ma, più banalmente, segreto di ufficio.

L'idea di un "regime burocratico", caratterizzato dalla insondabilità delle decisioni pubbliche è un *topos* ricorrente nella letteratura, specie nelle anti-utopie: dal castello di Kafka alla grande fratello di Orwell, il rapporto tra conoscenza e diritti e, quindi, tra segretezza e potere, si interseca spesso con l'immagine di una burocrazia nascosta,

incomprensibile, alienante e disumanizzante, di fronte alla quale il cittadino è, al contrario, “trasparente” nelle sue azioni se non anche nei suoi pensieri. Il fluire della conoscenza è un meccanismo di potere: di riequilibrio, se a giovarne è il cittadino, di dominio, se a goderne è chi detiene il potere: in questo senso, la trasparenza amministrativa è una conquista democratica, un segnale dell’ingresso dei principi della democrazia nell’organizzazione burocratica, un indice di quel “trionfo democratico” cui, però, come ci ammonisce Dahl, cui occorre guardare “con cautela” (R.A. Dahl, 1998, 173).

Il segreto di ufficio, intimamente connesso all’organizzazione burocratica del potere, come riscontrato tra gli altri da Karl Marx e Max Weber, si confronta dunque anch’esso, problematicamente, con il carattere democratico delle istituzioni. In un governo democratico la regola generale, il criterio “ordinario”, deve essere infatti la trasparenza: il segreto è l’eccezione (un’eccezione, per di più, che richiede di essere giustificata).

Le soluzioni del costituzionalismo ottocentesco, quali la “parlamentarizzazione” del potere, la pubblicità delle leggi e dell’amministrazione della giustizia, la proceduralizzazione dell’esercizio del potere legislativo e di quello regolamentare, hanno inciso solo in parte, ed in effetti spesso debolmente, sull’amministrazione pubblica, cosicché quello della trasparenza nell’amministrazione è stato, a lungo, un problema irrisolto nell’ordinamento (non solo) italiano.

La storia dell’affermazione di questo principio a livello amministrativo è, dunque, una storia più recente, che si tende a far risalire all’auspicio di Filippo Turati, poco più di un secolo addietro (“dove un superiore pubblico interesse non imponga un segreto momentaneo la casa dell’amministrazione dovrebbe essere di vetro”

(F. Turati, 1908, 22962). L'approccio liberale al problema del segreto è centrato essenzialmente sull'esigenza di tutelare gli individui e, quindi, si inserisce appieno nel rapporto autorità-libertà, ma questo approccio (per quanto fondamentale) è limitativo rispetto alla complessità delle declinazioni della trasparenza e delle ragioni che sono sottese alla sua affermazione.

3. La Costituzione e la lenta affermazione del right to know

Nella costruzione di un modello di amministrazione aperta, trasparente, un passaggio fondamentale è la Costituzione repubblicana, del 1948. Per quanto spesso criticata, in quanto vista come scarsamente innovativa rispetto all'esigenza di disegnare un'amministrazione diversa da quella liberale e, soprattutto, fascista, la Costituzione contiene, seppur sinteticamente, i germi di un nuovo modello: germi che però hanno impiegato anni per sbocciare.

Sul tronco di un'amministrazione in larga parte immutata rispetto al ventennio fascista, gli innesti operati dalla costituzione hanno faticato a produrre l'effetto di ribaltare la tradizionale logica del segreto d'ufficio, quale regola generale e criterio ordinatore dei rapporti tra amministrazione e cittadini.

Eppure, non può dirsi che la Costituzione sia passata sull'amministrazione senza toccarla, o che (per quello che qui più direttamente interessa) sia passata sul segreto amministrativo senza inciderlo.

Il primo, ed essenziale, riferimento, va rinvenuto già nel primo articolo della Costituzione, che afferma il carattere democratico del sistema italiano, un sistema nel quale "la sovranità appartiene al popolo", che la esercita tramite i suoi rappresentanti (e nel quadro dei

limiti definiti dalla Costituzione stessa): cittadini, non sudditi, detentori della sovranità e, quindi, doverosamente informati e nei confronti dei quali non può applicarsi l'argomento della protezione dell'incapace da se stesso, quale giustificazione per segreti generalizzati se non addirittura menzogne "a fin di bene".

1. L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro.

La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.

Né il segreto dell'autoritarismo, né quello del paternalismo, hanno cittadinanza in una democrazia, quali criteri idonei a reggere i rapporti tra amministrazione, potere pubblico e popolo: ricalcando nuovamente la tesi di Madison, solo una farsa, od una tragedia, si celano dietro una democrazia che non si accompagna ad una conoscenza pubblica adeguata. La tesi che sembra potersi sostenere è che, in un sistema democratico connotato da principi generali di pubblicità e trasparenza, laddove l'informazione non è direttamente conoscibile da chiunque (pubblicità in senso proprio), essa è comunque suscettibile di conoscibilità indiretta/mediata/parziale/ successiva da parte di alcuni soggetti (pubblici o privati), il che ne determina, pure in modi diversi, la sottrazione all'area della non conoscibilità che è l'area del segreto, della irresponsabilità, del potere "che occulta e che si occulta" (N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, cit., part. p. 96).

Pure a fronte di questa tesi, e della sua piena sostenibilità nel quadro delle istituzioni repubblicane, è solo a fatica che riusciamo a rintracciare nel testo costituzionale la trasparenza, se intesa come diritto e libertà di informazione nei confronti del potere (*freedom of information*), mentre le tracce sono più chiare se intendiamo la

trasparenza come dovere delle amministrazioni e criterio di organizzazione delle strutture amministrative.

4. Diritto di informazione e trasparenza

L'articolo 21 della Costituzione, nel disciplinare il diritto all'informazione, ne esplicita soltanto il versante attivo, il diritto di informare (la libertà di espressione: "*Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione*"), ma è oramai acquisito il fatto che questo diritto sottintende anche un versante *passivo* (il diritto ad essere informati) ed uno "*riflessivo*" (il diritto ad informarsi) (in questo senso v. es. G. Gardini, 2005) che può essere fatto valere nei confronti dei poteri pubblici, sempre però nel quadro di leggi che diano gambe, e forza, a questo *right to know*.

A differenza di quella svedese, la Costituzione italiana non prevede un espresso rilievo costituzionale del diritto a conoscere, anche se tentativi di introdurre norme in questo senso non mancarono nell'Assemblea costituente: la commissione per gli studi per la organizzazione dello Stato (v. in particolare la relazione di cui fu estensore Antonio Sorrentino) ebbe a sottolineare, infatti, l'opportunità dell'inserimento, nella Costituzione di disposizioni che "sancissero il diritto degli appartenenti alla collettività ad avere visione o copia dei documenti amministrativi" (Cons. St., ad. gen., 19 febbraio 1987, n. 7).

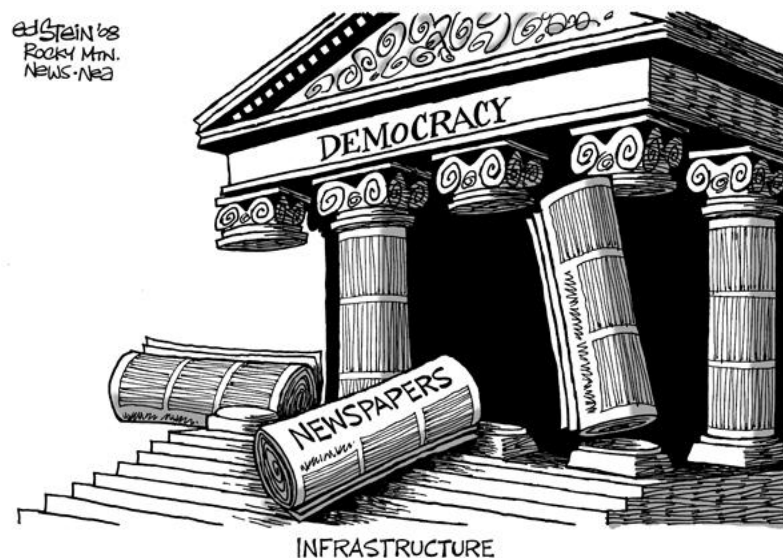
Una importante chiave di lettura per rileggere, ed interpretare in senso evolutivo, la libertà di espressione dell'art. 21, che ci aiuta nella direzione di rendere questa previsione in grado di contenere sia il diritto di conoscere il funzionamento delle istituzioni sia il dovere delle istituzioni di rendere pubblico il proprio operato, è data dalle Carte dei

diritti, internazionali ed europee. Il valore di queste previsioni è cogente anche nell'ordinamento interno, per più ragioni: l'Italia è tenuta a conformarsi alle regole del diritto internazionale generalmente riconosciute (art. 11 Cost.); l'Italia acconsente, in condizioni di parità, alla cessione di sovranità a vantaggio di istituzioni sovranazionali, come l'Unione europea (art. 10 Cost.) le cui norme sono dunque vincolanti per l'Italia come per gli altri paesi aderenti; la legislazione interna, dello Stato e delle regioni, è tenuta a rispettare i vincoli internazionali e comunitari (art. 117 Cost.).

Per quanto non possa, e non debba, ravvisarsi un contrasto tra la nostra Costituzione e le Carte internazionali dei diritti, queste ultime possono dunque essere utilizzate (in via generale e, qui, in particolare in riferimento all'art. 21, per consentirne un'interpretazione più ricca). Le carte internazionali ed europee dei diritti ed i trattati comunitari (tutte fonti che hanno rilievo costituzionale), sono infatti più espliciti nell'affermare il diritto a conoscere dei cittadini. L'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ora allegata al testo consolidato del Trattato sull'Unione Europea), prevede una libertà di espressione ed informazione che *“include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche”*. Ma nella direzione del nostro ragionamento è soprattutto esemplare l'art. 28 della Convenzione internazionale dei diritti dell'uomo, delle Nazioni Unite, che afferma il diritto degli individui di *“cercare, ricevere e diffondere informazioni”*.

Va segnalato il fatto che, per quanto ampliato in via interpretativa, l'art. 21 non è di per sé in grado di porre direttamente un diritto a conoscere, da far valere nei confronti delle istituzioni pubbliche, che richiede necessariamente di essere quindi disciplinato dalla legge: in

questo senso, è chiara la distanza rispetto a previsioni quale quelle contenute, sin dal 1766, nella costituzione svedese, dove il diritto di informarsi è una prerogativa collegata alla libertà della stampa ed è inteso come una delle architravi del sistema democratico scandinavo, non a caso culla della trasparenza pubblica e dell'*open government*.



Nella legge italiana sulla stampa (del 1948, la l. n. 47) e nella legge “professionale” del giornalismo (n. 63 del 1969) il diritto-dovere di informare è collegato ad un’esigenza di verità che sottintende attività di ricerca e, quindi, accesso a fonti. Se esiste, in altri termini, un interesse generale alla informazione, “questo interesse implica, in un regime di libera democrazia, pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee” (Corte cost., sentenza 15 giugno 1972 n. 105)

5. Il dovere di trasparenza tra imparzialità e responsabilità delle pubbliche amministrazioni

Per quanto riguarda l'organizzazione della burocrazia, un principio di trasparenza e pubblicità si ritiene sia sotteso ad almeno altri due articoli della Costituzione italiana: l'articolo 28, che afferma il principio di responsabilità (della pubblica amministrazione e dei funzionari, in caso di violazione di diritti); l'articolo 97, che prevede i principi di imparzialità e buon andamento delle pubbliche amministrazioni.

Art. 28 Cost. "I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici".

Art. 97 Cost. "L'amministrazione è organizzata secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione".

Il rapporto tra responsabilità (art. 28) e trasparenza è evidente, e diretto: l'idea di un'amministrazione chiusa ed opaca si scontra con i diritti dei cittadini e, quindi, con l'esigenza che questi possano conoscere le regole dell'azione (per valutarne la legittimità e quindi l'antigiuridicità), i funzionari che l'hanno posta in essere (o che, pur dovendo, hanno ommesso di farlo).

Un riferimento fondamentale, però, è soprattutto, l'articolo 97, che pone il principio di imparzialità. Se la responsabilità presuppone la conoscibilità e lo stesso può dirsi della imparzialità (della quale la

trasparenza è garanzia, e presupposto organizzativo): la trasparenza è, in sostanza, un corollario di altri principi costituzionali e, seppure mai esplicitato, è intimamente radicato nella nostra carta fondamentale.

Nel fissarne queste modalità organizzative e di azione, la legge dovrà quindi prevedere adeguate forme di trasparenza quale preconditione di imparzialità ed efficienza delle strutture pubbliche. In altri termini, la trasparenza deve diventare un principio organizzativo capace di pervadere le istituzioni pubbliche, sostituendosi in questo al tradizionale, e superato, nonché opposto, principio organizzativo del segreto.

L'imparzialità, inoltre, richiede e presuppone non solo conoscenza, ma anche partecipazione: solo attraverso il coinvolgimento degli interessati (che, partecipando, colmano il gap informativo di cui soffre l'amministrazione) la decisione sarà realmente imparziale in quanto adottata tenendo in debita considerazione tutte le posizioni coinvolte. Facendo conoscere i suoi processi decisionali e consentendo ai cittadini di intervenire, l'amministrazione riduce la sua autoreferenzialità e realizza, dunque, i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e, complessivamente, l'aspirazione ad una "giustizia nell'amministrazione" che da tempo (S. Spaventa) caratterizza la riflessione sui caratteri necessari di un moderno sistema amministrativo.

Anche sotto questo versante, i riferimenti europei ed internazionali aiutano a leggere (ed ampliare) le previsioni costituzionali. Di specifico interesse, in questo senso, l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che prevede il principio di buona amministrazione che comprende, in particolare, *"il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda"* e *"l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni"*.

La stessa Carta prevede poi il diritto di accesso ai documenti (art. 42): si tratta di principi che hanno valore nei riguardi delle istituzioni comunitarie, nei confronti delle amministrazioni nazionali che operano nei campi di interventi dell'unione, ed ora (in base alla legge italiana sul procedimento, che prevede i principi del diritto comunitario come principi che reggono l'azione delle amministrazioni italiane) anche al di fuori di questi.

Articolo 41 - Diritto ad una buona amministrazione

1. Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione.
2. Tale diritto comprende in particolare:
 - a) il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio;
 - b) il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale;
 - c) l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni.
3. Ogni persona ha diritto al risarcimento da parte della Unione dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri.
4. Ogni persona può rivolgersi alle istituzioni dell'Unione in una delle lingue dei trattati e deve ricevere una risposta nella stessa lingua.

Articolo 42 - Diritto d'accesso ai documenti

Ogni cittadino dell'Unione nonché ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di

accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto.

LEZIONI 3 E 4

Le leggi sulla trasparenza

Dal procedimento alle attività di informazione e comunicazione



Sommario: 1. La trasparenza e le leggi. - 2. La legge 241 del 1990 e il procedimento come “disvelamento” dell’azione amministrativa. – 3. Il responsabile del procedimento e la partecipazione. – 4. Il versante organizzativo e l’istituzionalizzazione delle attività di informazione e comunicazione. – 5. Le professioni della comunicazione nella legge 150 del 2000.

1. *La trasparenza e le leggi*

Il quadro dei principi di rango costituzionale che spingono all’apertura delle amministrazioni alla conoscenza dei cittadini è dunque ampio: la legislazione, che è chiamata ad attuare questi principi secondo un modello di amministrazione retto e regolato dalla legge, ha però tardato e tuttora è spesso ambigua nel declinare questi principi,

cosicché la storia della trasparenza amministrativa è recente (e tuttora travagliata) e questo principio trova la sua prima compiuta affermazione solo a partire dal 1990, con la legge sul procedimento non a caso nota anche come legge sulla trasparenza. Una legge, peraltro, significativamente anticipata da due provvedimenti di pochi anni prima: la legge n. 816 del 1985, sul diritto alla informazione negli enti locali (una previsione poi ripresa dalla legge n. 142 del 1990) e la legge n. 349 del 1986, che ha previsto la più ampia divulgazione delle informazioni ambientali, nonché il riconoscimento in capo a qualsiasi cittadino del diritto di accesso alle informazioni disponibili sullo stato dell'ambiente.

Sarebbe semplicistico ritenere che le diverse leggi che sono intervenute nel corso del tempo abbiano contribuito univocamente a delineare la progressiva (e quindi “irresistibile”) affermazione di un modello più aperto e trasparente di amministrazione. Se è indubitabile una tendenza di fondo che spinge (sia sulla base di fattori normativi, cioè di leggi, sia sulla base di fattori tecnologici) all'ampliamento dei meccanismi e degli ambiti di conoscibilità e partecipazione, sono infatti presenti nell'ordinamento anche elementi che si muovono in senso contrario (basti pensare, a partire dalla metà degli anni '90, all'affermazione del diritto alla privacy, visto ed interpretato spesso come antagonista della trasparenza) ed inoltre non può nascondersi la ricorrente distanza tra affermazioni del legislatore e loro effettiva traduzione in un cambiamento delle modalità di azione delle strutture pubbliche.

In ogni caso, alle leggi è stato affidato il compito di sviluppare, “inverare” ed attuare (aggiornandoli) i principi costituzionali, nella prospettiva (dichiarata frequentemente, ma non sempre effettivamente perseguita) dell'affermazione di un'amministrazione aperta,

trasparente, partecipata. Il dover essere dell'amministrazione è disegnato, infatti, nel sistema italiano, dalle leggi, così come interpretate e sistematizzate dai giudici e, quindi, dalla giurisprudenza, specie quella dei tribunali amministrativi.

E' dunque nella legge che i principi costituzionali devono trovare sviluppo, ed attuazione: per quanto sarebbe illusorio pensare che la disciplina legale di un fenomeno coincida con la sua effettività, la legge (unitamente alle regole poste sulla base di queste, specie i regolamenti) costituisce l'orizzonte fondamentale per comprendere se non già l'amministrazione così come è, perlomeno l'amministrazione così come dovrebbe essere.

A fini di schematizzazione, possiamo individuare quattro macro-processi di regolazione, che corrispondono sia a specifici ambiti materiali (il procedimento amministrativo, l'organizzazione delle attività di comunicazione, l'amministrazione digitale, gli obblighi di trasparenza "totale"), sia a specifiche "stagioni" delle politiche di regolazione (i primi anni '90 del secolo scorso, la seconda parte degli anni '90 [riforme "Cassese" e "Bassanini"], il periodo intorno al 2005 [riforma "Stanca"], le riforme del 2009 [riforme "Brunetta"]). Processi, questi, che convergono e vengono (sia pure parzialmente) completati e sistematizzati attraverso le riforme dell'ultimo biennio, portate avanti dal governo "tecnico" presieduto da Mario Monti.

I primi due processi costituiscono le basi normative per l'affermazione di un sistema di trasparenza e comunicazione delle pubbliche amministrazioni e disegnano, nel loro complesso, la prima stagione (il "decennio d'oro" della comunicazione, a dar retta alla dottrina) di trasformazione ed apertura del sistema pubblico. Le riforme più recenti, strettamente imbricate ai processi di innovazione tecnologica, saranno oggetto di analisi nel prossimo capitolo.

2. La legge 241 del 1990 e il procedimento come “disvelamento” dell’azione amministrativa

La principale legge sull’amministrazione pubblica è, probabilmente, quella che regola il procedimento amministrativo e detta principi che valgono per la complessiva azione dell’amministrazione: questa legge, la n. 241 del 1990, ha segnato uno spartiacque nella modernizzazione del sistema amministrativo italiano ed è lo snodo fondamentale cui guardare in uno studio che voglia indagare l’affermazione dei principi di apertura e di trasparenza. Una legge, peraltro, per alcuni aspetti anticipata da un provvedimento di poco precedente, la legge n. 142 del 1990 sull’ordinamento autonomie locali (comuni e province), che ha previsto, riprendendo una regola posta dalla legge n. 816 del 1985, che, di norma, *“tutti gli atti dell’amministrazione comunale e provinciale sono pubblici”* ed ha affidato ad appositi regolamenti di queste amministrazioni il compito di regolare il diritto di accesso, assicurando *“il diritto dei cittadini di accedere, in generale, alle informazioni di cui è in possesso l’amministrazione”* (art. 7: una previsione confluita ora nel testo unico degli enti locali, d.lgs. n. 267 del 2000).

Di trasparenza la legge parla, *ora* (dopo un’importante riforma della legge, con la l. 15 del 2005), in più occasioni: pubblicità e trasparenza sono principi generali dell’azione, come affermato già nell’articolo 1 (*Principi generali dell’attività amministrativa*), comma 1, della legge.

1.1. “L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente

legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario”

La trasparenza, inoltre, è uno degli obiettivi alla cui realizzazione concorre il diritto di accesso ai documenti. La legge, però, è in realtà nel suo complesso un insieme di meccanismi di riequilibrio del rapporto “asimmetrico” tra cittadini ed amministrazione: la legge riduce la distanza (e quindi “tempera” il modello bipolare) dotando i cittadini di legittime pretese da far valere nei confronti della pubblica amministrazione cui corrispondono in particolare diritti “a conoscere”, “a partecipare”, ad essere informati. In altri termini, la legge segna sotto più angolazioni il superamento di un modello di amministrazione opaca (se non segreta) ed “anonima”.

In questo senso la legge, pur con i suoi limiti, resta un passaggio fondamentale in primo luogo in termini culturali.

In un libro di un decennio addietro, facendo un bilancio della legge, ci si chiedeva se quella della l. n. 241 fosse stata “vera gloria”⁸ ed è, questo, un dubbio che può colpire anche oggi, ad oltre vent’anni da quella riforma: anche se l’amministrazione italiana è, ancora, spesso inefficiente, talora opaca, e non è sempre riuscita a porsi quale fattore di sviluppo del paese, la risposta non può che essere positiva. La legge sul procedimento, che è in primo luogo lo “statuto dei diritti del cittadino” nei confronti dell’amministrazione, ha operato una frattura profonda in un modello, datato ed obsoleto, ma straordinariamente resistente, di amministrazione “chiusa”, “opaca”, retta dai criteri ordinatori della superiorità e del segreto: dopo la legge, il modello di un’amministrazione aperta, partecipata, trasparente, inizia (faticosamente, invero) ad affermarsi.

⁸ Arena G. et al. (a cura di), Legge 241, fu vera gloria?, Napoli, ESI, 2001.

Per quanto si tenda ad immaginare che il valore (in termini di *openess*) della legge risieda essenzialmente sul diritto, che questa afferma, di accedere ai documenti amministrativi (art. 22), la l. 241 contiene una lunga serie di istituti che costruiscono il procedimento amministrativo come rapporto di comunicazione e informazione tra amministrazione e cittadino.

Lo stesso “principio del procedimento”, che presuppone e predica una razionalità di percorso, un ordinato sviluppo dell’attività secondo uno schema iniziativa-istruttoria-decisione, garantisce un formarsi graduale, e quindi già perciò maggiormente trasparente, della decisione.

Ma è complessivamente, che la legge 241 come “legge sulla trasparenza” ha meritato questa definizione, se non come punto di arrivo certo come punto di passaggio verso l’effettiva affermazione del principio di conoscibilità della organizzazione e dell’attività delle pubbliche amministrazioni.

Questo a partire dall’art. 2, che contiene due principi rilevanti ai nostri fini, l’obbligo di conclusione del procedimento con l’adozione di un provvedimento espresso (cioè esplicito) e quello di concluderlo entro un termine definito (di norma 30 giorni, salva diversa previsione contenuta nei regolamenti delle diverse amministrazioni, e comunque non oltre 90 salvo casi eccezionali). Il significato, in termini di trasparenza, di una previsione di questo tipo è evidente se pensiamo, al contrario, a modelli di azione amministrativa nei quali era legittimo, e tutt’altro che infrequente,

2.1. Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d’ufficio, le pubbliche amministrazioni

hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso. [...]

2.2. Nei casi in cui disposizioni di legge ovvero i provvedimenti di cui ai commi 3, 4 e 5 non prevedono un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il termine di trenta giorni.

Non meno significativo, nella nostra ottica, il successivo articolo 3, che prevede l'obbligo di motivare il provvedimento (cioè l'atto adottato dall'amministrazione, in esito ad un procedimento amministrativo, destinato a produrre effetti esterni, nei confronti di specifici cittadini, determinati o determinabili, sia in termini ampliativi che restrittivi). Con "provvedimento" si fa riferimento ad ogni atto che incide su specifiche situazioni giuridiche dei cittadini (quindi non atti "a contenuto generale" o normativo): un'autorizzazione, una concessione, una sovvenzione, un atto di esproprio, una sanzione, ecc.: ognuno di questi provvedimenti deve contenere al suo interno (e, quindi, nel "testo" del documento) una parte nella quale l'amministrazione dovrà illustrare, con formule più o meno ampie, il "perché" di una determinata scelta (o, detto più tecnicamente, le "ragioni di fatto e di diritto": ad esempio, in un'ordinanza, il "fatto" che una certa falda acquifera è inquinata ed il "diritto", ad es. il codice dell'ambiente, che affida ad una certa pubblica amministrazione la funzione di controllo dello stato delle acque ed il potere di adottare i provvedimenti conseguenti; in una multa, il "fatto" che qualcuno ha parcheggiato in una certa via dove c'è il divieto ed il "diritto" come previsto dal codice della strada).

3.1. Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2 [*atti normativi ed atti a contenuto generale*]. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

3. Il responsabile del procedimento e la partecipazione

Altra previsione di un certo interesse è quella (cui è dedicata una parte della legge, il Capo II, artt. 4, 5 e 6) relativa al “responsabile del procedimento”. Il *responsabile* (non necessariamente anche del provvedimento e quindi del contenuto della decisione, quanto del buon andamento della procedura che condurrà alla decisione) è un dipendente dell'amministrazione, individuato ed il cui nominativo è comunicato agli interessati, che si pone come “interfaccia” e referente “fisico” dell'amministrazione. La disciplina contenuta nella legge 241 definisce i compiti del responsabile, che sono legati essenzialmente alla fase dell'istruttoria del procedimento (la fase in cui l'amministrazione raccoglie le informazioni, sente gli interessati, in vista della decisione finale): il responsabile valuta la presenza dei presupposti, accerta di ufficio i fatti, richiede la documentazione necessaria, richiede pareri, riunisce le amministrazioni coinvolte (con la “conferenza dei servizi”), garantisce il tempestivo ed efficace dispiegarsi dell'iter amministrativo.

E', ai nostri fini, un istituto destinato a far venire meno quel velo dell'anonimato che “ha da sempre occultato agli occhi del cittadino il reale funzionamento della pubblica amministrazione” (G. Palma, 1996)

e quindi, come tale, un fondamentale meccanismo di trasparenza e garanzia. La legge sul procedimento prevede in primo luogo (art. 4) l'obbligo per ogni amministrazione di individuare, relativamente ad ogni procedimento di propria competenza, la "unità organizzativa" (settore dell'amministrazione cui è preposto un dirigente). All'interno di questa "unità organizzativa" il dirigente dovrà individuare, per ogni singolo procedimento, il relativo responsabile (art. 5) e se non lo fa sarà lo stesso dirigente a doversi far carico di questa "responsabilità".

5.1. Il dirigente di ciascuna unità organizzativa provvede ad assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all'unità la responsabilità della istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento nonché, eventualmente, dell'adozione del provvedimento finale. [...]

5.3. L'unità organizzativa competente e il nominativo del responsabile del procedimento sono comunicati ai soggetti di cui all'art. 7 [*i destinatari della comunicazione di avvio*] e, a richiesta, a chiunque vi abbia interesse.

Un ulteriore aspetto rilevante contenuto nella l. 241 è legato alla disciplina della "partecipazione al procedimento", cui è dedicato il Capo III della legge. Qui gli elementi di interesse sono molteplici, e possono essere solamente elencati brevemente. Il rapporto tra partecipazione ed "apertura" è articolato: da un lato, partecipare consente di conoscere (e c'è, quindi, una sostanziale coincidenza, sotto questo versante, tra i meccanismi della partecipazione e quelli della trasparenza); dall'altro la partecipazione è, in sé, come visto, uno dei paradigmi e principi fondamentali dell'*open government*. Nell'ambito della disciplina del procedimento, i meccanismi di partecipazione

consentono sia di conoscere, sia di modificare l'andamento del procedimento e quindi il contenuto del provvedimento finale (fino a concordarne il contenuto sulla base di accordi, secondo quanto previsto dall'art. 11 della legge). La partecipazione presuppone, ad ogni modo, in primo luogo di essere informati del fatto che è in corso un procedimento che ci riguarda e questo attraverso una "comunicazione di avvio del procedimento", prevista dalla legge nel regolare i meccanismi partecipativi: la comunicazione di avvio è una sorta di "avviso" del fatto che l'amministrazione ha avviato un procedimento in esito al quale potrebbe essere adottato un provvedimento che ci riguarderà direttamente o che produrrà effetti sui nostri diritti ed interessi.

Salve situazioni particolari, legate all'urgenza di provvedere (pensiamo, ad esempio, ad un'ordinanza di sgombero di un edificio pericolante), l'avvio del procedimento (cui sono dedicati gli articoli 7 ed 8 della legge) deve essere comunicato *"ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire"*: questa comunicazione dovrà contenere le informazioni fondamentali relative al procedimento (qual è l'amministrazione competente, l'oggetto del procedimento, l'ufficio e la persona responsabile del procedimento, il termine entro il quale il procedimento deve concludersi, l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti). Si tratta di una comunicazione personale, destinata agli interessati, che può però essere sostituita da altre *"forme di pubblicità idonee"*, stabilite di volta in volta dall'amministrazione, quando i destinatari siano molto numerosi.

La funzione è informativa, ma strettamente legata alla conseguente possibilità di intervenire nel procedimento e, partecipando, mutarne potenzialmente l'esito. La comunicazione di avvio è, in altri termini,

un meccanismo che è necessario (e, quindi, sarà annullabile da parte del giudice amministrativo il provvedimento adottato in sua assenza) nella misura in cui la partecipazione può realmente incidere sul contenuto della decisione: se così non è (ad esempio perché l'attività è totalmente vincolata dalla legge e quindi l'esito non è suscettibile di mutare), l'omessa comunicazione di avvio non inficia la validità dell'atto adottato in sua assenza (art. 21 *octies*, sempre della legge 241/90: “ Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”).

La partecipazione, per la legge del 1990, è quindi la “facoltà di intervenire” nel procedimento, da parte dei destinatari di comunicazione di avvio del procedimento, ma anche di “*qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento*” (art. 9). La partecipazione si sostanzia, secondo quanto previsto dall'art. 10, nel diritto:

10.1. a) di prendere visione degli atti del procedimento [*fatti salvi i limiti all'accesso previsti dall'art. 24*];

b) di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento.

Nella legge sul procedimento, però, è soprattutto al diritto di accesso ai documenti, previsto dall'art. 22 (e dagli articoli seguenti), che si fa riferimento quando si parla di trasparenza dell'amministrazione. Prima della legge, e della definizione, da parte

di questa, di un generale diritto di accesso ai documenti (sul quale torneremo, e del quale vedremo i limiti), la regola generale sui rapporti di informazione tra amministrazione e cittadino risiedeva in una disposizione del testo unico degli impiegati dello Stato che prevedeva che di norma il funzionario fosse tenuto al segreto. La legge n. 241, riformulando questa previsione e raccordandola con la disciplina del diritto di accesso, ha dunque prodotto un ribaltamento del rapporto tra trasparenza ed opacità, rendendo il segreto un'eccezione, valida in una serie di ipotesi circoscritte e tipiche (la riservatezza, il segreto di stato, ecc.): in questo senso la legge ha svolto una fondamentale funzione di apertura del sistema amministrativo, anche se ad oltre vent'anni dalla sua entrata in vigore può leggersi criticamente l'enfasi con la quale era stata salutata, vista la vitalità mostrata dall'opacità amministrativa anche nel nuovo scenario.

L'aspirazione ad una disciplina nazionale del *freedom of information* si realizza attraverso la previsione di un diritto di accesso ai documenti, riconosciuto a coloro che partecipano al procedimento (che hanno diritto di rappresentare le proprie posizioni e di essere informati di quelle dell'amministrazione: la "visione" e la "voce") ed a coloro che, anche al di fuori di uno specifico procedimento, hanno interesse a conoscere determinati atti a tutela di una propria situazione rilevante (a garanzia di propri diritti, di propri interessi protetti nei confronti della pubblica amministrazione): rispetto al modello originale americano, il *Freedom of Information Act*, sin dalla approvazione della legge ed ancor più alla luce della sua attuazione (con il primo regolamento sull'accesso, il DPR n. 352 del 1992) e della sua applicazione da parte della giurisprudenza, specie dopo l'entrata in vigore della legge sulla tutela della privacy (legge n. 675 del 1996), quello italiano appare un meccanismo debole, condizionato, sottoposto

alla discrezionalità dell'amministrazione e, quindi, meno in grado di garantire un controllo democratico sul potere e sul suo esercizio.

4. Il versante organizzativo e l'istituzionalizzazione delle attività di informazione e comunicazione

L'affermazione di un modello di amministrazione aperta, portata alla partecipazione ed al confronto con i cittadini, si articola nel corso di un ventennio, dopo la legge sul procedimento, attraverso una serie di ulteriori riforme, che portano a sviluppo la dimensione organizzativa della trasparenza, vale a dire la previsione di appositi uffici cui sono affidate specifiche funzioni e specifici compiti di "apertura" al cittadino.

La legge 241 del 1990, nel regolare il diritto di accesso ai documenti, aveva previsto che le pubbliche amministrazioni adottassero le "misure organizzative" necessarie a renderlo effettivo. Il successivo regolamento attuativo (dPR 352 del 1992) ha quindi previsto, per la prima volta, la possibilità di prevedere appositi uffici (art. 6, comma 2):

6.2. "Le singole amministrazioni valutano altresì l'opportunità di istituire un ufficio per le relazioni con il pubblico e comunque individuano un ufficio che fornisca tutte le informazioni sulle modalità di esercizio del diritto di accesso e sui relativi costi".

Questo primo spunto, allo sviluppo del "versante organizzativo" (e, quindi, alla definizione di appositi uffici e specifiche figure professionali), trova completamento attraverso due successivi processi

di modernizzazione dell'amministrazione, che caratterizzano il decennio successivo all'approvazione della legge sul procedimento.

Nel 1992-1993, nel quadro delle riforme promosse dal Ministro della funzione pubblica dell'epoca, Sabino Cassese, il decreto n. 29 del 1993 (noto, tra l'altro, per aver "privatizzato" il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni e poi confluito in una sorta di testo unico, il d.lgs. n. 165 del 2001) ha previsto apposite regole relative alle organizzazioni pubbliche come strutture orientate all'informazione dei cittadini ed alla trasparenza.

In questo senso (prendendo, ora, a riferimento gli articoli nel testo vigente, così come contenuti nel d.lgs. 165 del 2001), sono varie le previsioni di interesse.

L'art. 2 del decreto, che fissa i principi di organizzazione cui si adeguano tutte le amministrazioni pubbliche (mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti: di norma mediante appositi regolamenti), che dovranno dunque ispirarsi (in particolare), al dovere di comunicazione interna ed esterna, nonché all'esigenza di:

“garanzia dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa, anche attraverso l'istituzione di apposite strutture per l'informazione ai cittadini [...].”

Si tratta, come è chiaro, di elementi di organizzazione di ciascuna amministrazione che riflettono le regole di attività fissate dalla legge sul procedimento, garantendone l'effettività. Il raccordo con la previsione del dPR 352 è chiaro soprattutto per quanto attiene alla necessità di istituire “strutture per l'informazione al cittadino”. Lo stesso decreto 165, al riguardo, pone dunque una disciplina dettagliata di queste strutture, prevedendo all'art. 11 gli “uffici per le relazioni con

il pubblico” che hanno, dichiaratamente, il ruolo di “garantire la piena attuazione della legge 7 agosto 1990, n. 241” e che ciascuna amministrazione deve individuare all’in-terno della propria struttura complessiva.

E’ soprattutto, però, con la legge n. 150 del 2000 che la dimensione organizzativa dell’informazione e della comunicazione delle pubbliche amministrazioni acquista una sua regolazione organica, ed una sua autonomia concettuale. Questa legge si preoccupa in larga parte di aspetti inerenti l’organiz-zazione delle strutture preposte alle funzioni di informazioni e comunicazione e regola, quindi, gli uffici deputati a tali attività (Urp, come visto già previsto dal decreto 29 del 1993, portavoce, ufficio stampa), nonché le relative professionalità (regolate, queste ultime, in modo specifico da un regolamento attuativo, il DPR 422 del 2001).

Frutto di un’azione di pressione delle associazioni dei comunicatori pubblici, promossa dal Ministro Frattini, la legge 150 è dedicata a disciplinare le attività di informazione e comunicazione delle pubbliche amministrazione “in attuazione dei principi che regolano la trasparenza e l’efficacia dell’azione amministrativa” e si pone l’obiettivo (ambizioso, ed in effetti non realizzato) di far sì che la comunicazione “*cessi di essere un segmento aggiuntivo e residuale dell’azione delle pubbliche amministrazioni, e ne diviene parte integrante, così come accade da decenni alle imprese che agiscono nel mercato dei prodotti e dei servizi*” (in questi termini la Direttiva sulle attività di informazione e comunicazione, del 7.2.2002, del Ministro per la funzione pubblica Frattini).

Con la legge n. 150, che conclude il “decennio d’oro” della comunicazione pubblica (Mancini, 2002, 140) viene compiutamente istituzionalizzata la funzione di comunicazione (una funzione “diffusa”

su tutta l'amministrazione, ma al tempo stesso "concentrata" in alcuni uffici: Arena, 2002) e la stessa professione di comunicatore pubblico.

La legge definisce le attività di informazione come compito cui le pubbliche amministrazioni sono tenute a svolgere attività di informazione (rivolte ai mezzi di comunicazione di massa, svolte dagli uffici stampa e dal portavoce) e di comunicazione (rivolte ai cittadini ed all'interno della amministrazione, svolte dagli uffici per le relazioni pubbliche), che nel loro complesso sono finalizzate (art. 1, comma 5) a:

- 1.5. a) illustrare e favorire la conoscenza delle disposizioni normative, al fine di facilitarne l'applicazione;
- b) illustrare le attività delle istituzioni e il loro funzionamento;
- c) favorire l'accesso ai servizi pubblici, promuovendone la conoscenza;
- d) promuovere conoscenze allargate e approfondite su temi di rilevante interesse pubblico e sociale;
- e) favorire processi interni di semplificazione delle procedure e di modernizzazione degli apparati nonché la conoscenza dell'avvio e del percorso dei procedimenti amministrativi;
- f) promuovere l'immagine delle amministrazioni, nonché quella dell'Italia, in Europa e nel mondo, conferendo conoscenza e visibilità ad eventi d'importanza locale, regionale, nazionale ed internazionale.

Si tratta, come evidenziato dalla dottrina (G. Arena, 2002; F. Merloni, 2001) di attività di comunicazione tra loro diverse, nel senso che vi rientrano sia attività "neutrali" di mera informazione (così per la "comunicazione di certezza", mediante la quale si forniscono ai cittadini alcuni parametri obiettivi di riferimento, come il contenuto di una legge), sia attività che sono suscettibili di contenere alcuni tratti di tipo soggettivo e volti a condizionare comportamenti (la

“comunicazione di servizio”, volta a favorire la fruizione dei servizi pubblici, o la “comunicazione di cittadinanza”, rivolta a rendere effettiva la fruizione di diritti), fino ad attività in cui l’intento persuasivo è più marcato (come la “comunicazione di innovazione”, orientata a supportare riforme e cambiamenti, anche attraverso forme di comunicazione interna) o nelle quali si arriva a toccare il confine con la vera e propria propaganda (come nel caso della “comunicazione di immagine”, rivolta a promuovere l’immagine dell’amministrazione e, potenzialmente, degli stessi amministratori).

Rispetto a quest’ultimo rischio (il fatto, cioè che la comunicazione istituzionale sia utilizzata come strumento di propaganda per i vertici politici delle amministrazioni), un qualche meccanismo di garanzia è contenuto nella legge sulla comunicazione politica, la legge n. 28 del 2000, che prevede limiti alle attività di comunicazione istituzionale nel periodo elettorale (art. 9).

9.1. Dalla data di convocazione dei comizi elettorali e fino alla chiusura delle operazioni di voto è fatto divieto a tutte le amministrazioni pubbliche di svolgere attività di comunicazione ad eccezione di quelle effettuate in forma impersonale ed indispensabili per l'efficace assolvimento delle proprie funzioni.

Un divieto, questo, che viene fatto rispettare dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) cui è affidato in via generale il compito di sanzionare le violazioni della normativa in materia di comunicazione politica. Un divieto, inoltre, che rende passibile di sanzione da parte della Corte dei conti i dirigenti e gli amministratori pubblici che avessero, al contrario, svolto (con dolo o colpa grave) impropria attività di comunicazione istituzionale (con conseguente

indebito impiego di denaro pubblico, che è la ragione dell'intervento della magistratura contabile).

5. *Le professioni della comunicazione nella legge 150*

L'aspetto centrale della legge 150 è però, soprattutto quello della disciplina delle "professioni" dell'informazione e della comunicazione e delle relative strutture: l'ufficio per le relazioni con il pubblico, l'ufficio stampa, il portavoce.

L'ufficio per le relazioni con il pubblico, le cui radici risalgono a disposizioni contenute nella stessa legge sul procedimento e, come visto, nel regolamento attuativo, viene previsto con legge già alcuni anni prima della legge 150.

Già il decreto legislativo n. 29 del 1993, infatti, aveva definito compiti degli URP, individuati come uffici tenuti a provvedere "anche mediante l'utilizzo di tecnologie informatiche", al supporto dell'utenza nell'esercizio dei diritti di partecipazione e di informazione previsti dalla legge 241, oltre che *"alla ricerca ed analisi finalizzate alla formulazione di proposte alla propria amministrazione sugli aspetti organizzativi e logistici del rapporto con l'utenza"* (ora art. 11, co. 2, del decreto 165 del 2001). In questa prospettiva, in base al decreto (art. 11, comma 3), già emergeva il problema della "professionalità" specifica dei comunicatori pubblici:

"agli uffici per le relazioni con il pubblico viene assegnato, nell'ambito delle attuali dotazioni organiche delle singole amministrazioni, personale con idonea qualificazione e con elevata capacità di avere contatti con il pubblico, eventualmente assicurato da apposita formazione".

Queste previsioni, maturate sin dal 1993, pongono dunque le prime basi per l'emergere di un'apposita figura professionale all'interno delle pubbliche amministrazioni, il comunicatore pubblico: personale cui le norme affidano inoltre il compito di *“promuovere iniziative volte, anche con il supporto delle procedure informatiche, al miglioramento dei servizi per il pubblico, alla semplificazione e all'accelerazione delle procedure e all'incremento delle modalità di accesso informale alle informazioni in possesso dell'amministrazione e ai documenti amministrativi”* (art. 11, comma 6). I comunicatori si pongono, in altri termini, sia come facilitatori rispetto all'esercizio di diritti di *“cittadinanza amministrativa”* ed alla fruizione dei servizi pubblici, che come fattori di trasformazione della stessa amministrazione (operano, appunto, per il *“miglioramento”* dei servizi, la *“semplificazione ed accelerazione”* delle procedure, ecc.)

Le strutture preposte alle attività di comunicazione sono state ulteriormente, e più ampiamente, disciplinate da una legge del 2000, la legge 150, che (oltre a prevedere altre strutture preposte alle attività di informazione e comunicazione), ha ampliato le competenze degli uffici per le relazioni con il pubblico ed ha più puntualmente (anche grazie al successivo regolamento attuativo, dPR n. 422 del 201) disciplinato la figura professionale dei comunicatori pubblici.

La legge 150 del 2000, all'art. 8 ha ampliato i compiti dell'URP, prevedendo che a questi uffici sia affidato, oltre al ruolo (come visto, già previsto dalle normative precedenti) di (art. 8, comma 2, lett. a) *“garantire l'esercizio dei diritti di informazione, di accesso e di partecipazione di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241”*, quelli di:

- 8.2. b) agevolare l'utilizzazione dei servizi offerti ai cittadini, anche attraverso l'illustrazione delle disposizioni normative e amministrative, e l'informazione sulle strutture e sui compiti delle amministrazioni medesime;
- c) promuovere l'adozione di sistemi di interconnessione telematica e coordinare le reti civiche;
- d) attuare, mediante l'ascolto dei cittadini e la comunicazione interna, i processi di verifica della qualità dei servizi e di gradimento degli stessi da parte degli utenti;
- e) garantire la reciproca informazione fra l'ufficio per le relazioni con il pubblico e le altre strutture operanti nell'amministrazione, nonché fra gli uffici per le relazioni con il pubblico delle varie amministrazioni.

In questo senso appare possibile suddividere le attività dell'URP in tre macroaree: *l'area delle prestazioni informative* (comunicazione esterna, attività di informazione su disposizioni normative e sui servizi offerti dall'ente, garanzia dell'esercizio dei diritti di accesso e di partecipazione, diffusione di informazioni su temi di interesse generale); *l'area dell'ascolto e della verifica* (attuazione dei processi di verifica della qualità dei servizi e della soddisfazione degli utenti, attraverso l'ascolto e mediante indagini di customer satisfaction); *l'area dell'organizzazione* (promozione di sistemi di interconnessione telematica, coordinamento delle reti civiche, sviluppo della comunicazione intraistituzionale e interistituzionale) (in questo senso, si v. www.urp.i).

La “idonea qualificazione” del personale preposto a queste strutture consiste, in base al regolamento attuativo (dPR 422 del 2001, che si applica a tutte le pubbliche amministrazioni fatte salve le regioni), consiste, per il personale di qualifica più alta (dirigenti o funzionari), nel “il possesso del diploma di laurea in scienze della comunicazione,

del diploma di laurea in relazioni pubbliche e altre lauree con indirizzi assimilabili, ovvero, per i laureati in discipline diverse, del titolo di specializzazione o di perfezionamento post-laurea o di altri titoli postuniversitari rilasciati in comunicazione o relazioni pubbliche e materie assimilate da università ed istituti universitari pubblici e privati” (art. 2, comma 2), mentre nessun titolo specifico è richiesto per il personale con qualifiche inferiori.

Altra struttura prevista (in questo caso per la prima volta) dalla legge 150 è l’ufficio stampa, individuato e disciplinato dall’art. 9 della legge. Si tratta di un ufficio “facoltativo”, del quale le pubbliche amministrazioni possono dotarsi anche in forma associata, “la cui attività è in via prioritaria indirizzata ai mezzi di informazione di massa” (art. 9, comma 1). Secondo l’impostazione della legge 150, queste strutture sono dunque preposte alle attività di informazione, e sono costituite “da personale iscritto all'albo nazionale dei giornalisti” (art. 9, comma 2).

Si tratta di personale che può essere (stabilmente) alle dipendenze di amministrazioni pubbliche come assunto con forme contrattuali a tempo determinato, sotto il coordinamento di un capo ufficio stampa, il quale, sulla base delle direttive impartite dall'organo di vertice dell'amministrazione, cura i collegamenti con gli organi di informazione, “assicurando il massimo grado di trasparenza, chiarezza e tempestività delle comunicazioni da fornire nelle materie di interesse dell'amministrazione” (art. 9, comma 3).

Da notare, peraltro, che in quanto “giornalisti” i funzionari operanti presso gli uffici stampa restano soggetti ai doveri propri della professione, così come dettagliati (in particolare) dalla legge professionale (n. 63 del 1969) e dai Codici deontologici. Tra questi ultimi, in particolare, la Carta dei doveri del 1993 contiene il dovere di

assicurare un'informazione corretta e quello di non omettere “fatti o dettagli essenziali alla completa ricostruzione dell'avvenimento” (e, quindi, di completezza dell'informazione). L'obiettività dell'informazione è, dunque, un dovere che per i membri dell'ufficio stampa discende sia dai doveri “pubblici” (all'imparzialità), che da quelli “professionali”.

Merita attenzione il fatto che la trasparenza (e, quindi, obiettività e completezza) dell'informazione comporti anche l'esigenza di assicurare il giusto grado di separazione rispetto ai mass media: il giornalista chiamato a svolgere funzioni presso un ufficio stampa (e lo stesso vale per il portavoce, se giornalista), dunque, non può “esercitare, per tutta la durata dei relativi incarichi, attività professionali nei settori radiotelevisivo, del giornalismo, della stampa e delle relazioni pubbliche” (art. 9, comma 3).

Per quanto attiene alla figura del portavoce, la legge 150 stabilisce infatti che l'organo di vertice dell'amministrazione pubblica (es. Sindaco, Ministro, Presidente di Provincia o Regione), può essere coadiuvato da un portavoce, posto alla sua diretta collaborazione, chiamato a curare i rapporti di carattere politico-istituzionale con gli organi di informazione.

Art. 7. 1. L'organo di vertice dell'amministrazione pubblica può essere coadiuvato da un portavoce, anche esterno all'amministrazione, con compiti di diretta collaborazione ai fini dei rapporti di carattere politico-istituzionale con gli organi di informazione. Il portavoce, incaricato dal medesimo organo, non può, per tutta la durata del relativo incarico, esercitare attività nei settori radiotelevisivo, del giornalismo, della stampa e delle relazioni pubbliche.

2. Al portavoce è attribuita una indennità determinata dall'organo di vertice nei limiti delle risorse disponibili appositamente iscritte in bilancio da ciascuna amministrazione per le medesime finalità.

Si tratta, quindi, di una figura (per la quale la legge non prevede specifici titoli culturali o professionali) che opera “in staff” rispetto al vertice politico, cui è legata da un rapporto fiduciario (e, quindi, presta servizio presso l'amministrazione finché resta vivo questo rapporto di fiducia e finché resta in carica il vertice politico di riferimento).

LEZIONI 5 E 6.

La trasparenza e i suoi limiti

Le ragioni del segreto e della riservatezza



Sommario: 1. Paradossi e limiti della trasparenza. – 2. Principi ambivalenti e argomenti contro l’open government. – 3. Il segreto come criterio di organizzazione e la “regola” del segreto di ufficio. – 4. Riservatezza e protezione dei dati personali. – 5. La privacy come limite, come alibi, come criterio. – 6. Il segreto di Stato e le sue regole. – 7. L’opacità dello stato di emergenza.

1. Paradossi e limiti della trasparenza

La condizione, complessiva, di conoscibilità dei pubblici poteri, si scontra, anche nel mutare dei paradigmi, con una serie di limiti, che giustificano, più o meno razionalmente ed in modo più o meno proporzionato, equilibrato, nei diversi contesti e nelle diverse esperienze, aree di opacità. La trasparenza incontra dunque, giustamente ed inevitabilmente dei confini, che però a volte sono giustificati, a volte meno, spesso sono utilizzati strumentalmente: la

trasparenza, l'apertura, il "disvelarsi" del potere hanno molti nemici, che spesso utilizzano i limiti al di là del loro ragionevole campo di azione, e dandone un'applicazione ed un'interpretazione estensiva finiscono per ribaltare l'idea stessa del carattere "normale" e "generale" della trasparenza.

La trasparenza, tanto più quando ampia, "totale", generalizzata, pone una serie di problemi di compatibilità rispetto a contrapposte esigenze di riserbo. La questione diventa, allora, in un sistema che rifiuta l'idea di segreto come criterio generale, la giustificazione e la proporzionalità dell'opacità, e delle sue ragioni. Il problema si lega, come vedremo, anche agli specifici strumenti di trasparenza, ed in particolare al fatto di disporre di meccanismi di trasparenza "passiva" (come il diritto di accesso) od "attiva" (come le varie forme di pubblicazione): non cambia l'essenza dei limiti, ma cambiano le modalità di azione degli strumenti di trasparenza e quindi la concreta lesione (potenziale, ex post, nel caso dell'accesso; reale, ex ante, nel caso delle forme di pubblicazione) dei contrapposti interessi alla riservatezza pubblica (il "segreto") o privata (la "privacy"). Su questo diverso incidere degli strumenti di trasparenza rispetto ai valori contrapposti torneremo allorché esamineremo il funzionamento di istituti come il diritto di accesso ai documenti o la disponibilità on line di informazioni.

Trattare quasi in apertura la questione dei limiti alla trasparenza e, quindi, delle ragioni dell'opacità, può apparire un errore: il segnale di un approccio che pone nel segreto la norma e nella trasparenza l'eccezione. Così non è, ma è vero che l'opacità continua ad esercitare una formidabile attrazione, per il legislatore, per la giurisprudenza e per le stesse amministrazioni, e quindi è necessario comprendere appieno le sue ragioni ed i suoi argomenti, proprio nella prospettiva di

favorire lo sviluppo della massima trasparenza ragionevolmente possibile.

In questa ricognizione, che precede logicamente lo studio dei meccanismi che rendono possibile la trasparenza delle amministrazioni e, complessivamente, del potere pubblico, è dunque utile analizzare i limiti alla trasparenza, vale a dire le giustificazioni (necessarie, come detto, in un ordinamento democratico) del permanere di determinate informazioni in un'area di limitata conoscibilità: il segreto, in un sistema democratico, non è (non deve essere) mai assoluto, nel senso che una determinata notizia, un determinato documento, sarà conoscibile solo da altri soggetti pubblici individuati, con una speciale procedura, dopo un determinato arco di tempo... anche laddove giustificato, il segreto deve essere comunque, a suo modo, “trasparente”, anche se l'informazione sarà sottratta ai normali ed ordinari regimi di conoscibilità.

Quello della trasparenza dei segreti è un aspetto importante in democrazia: da un lato è necessario, come accennato, che nessun segreto sia realmente assoluto, come sarà più chiaro dopo aver riflettuto sulle regole del segreto di Stato; dall'altro, è necessario che le procedure di segretazione e le condizioni che giustificano la sottrazione all'area (ordinaria) di conoscibilità, siano previste dalla legge (e, quindi, prevedibili, formalizzate). In questo senso, democrazia e stato di diritto richiedono procedure trasparenti per la segretazione e la desegretazione, in assenza del quale il segreto (arbitrario, inaccessibile) fa scivolare il potere verso l'occulto (L. Giuva, 2007, 183), un rischio, questo, “contro il quale nessuno è vaccinato” (G. Salvi, 1998, 1049).

Se il segreto non è (ed anzi non deve essere) necessariamente opaco, così la pubblicità non sempre coincide con la trasparenza o, detto altrimenti, talvolta è la stessa trasparenza ad essere “opaca”.

L'immagine evocativa di una "*opacity of transparency*", rimanda a ben vedere ad almeno tre questioni: in primo luogo, il fatto che il concetto normativo di trasparenza "promette la luna" (M. Fenster, 2006), ma tra questa affermazione e l'effettiva conoscibilità di informazioni rilevanti esiste uno scarto che spesso frustra le aspirazioni dei cittadini e causa disaffezione verso i meccanismi di democrazia nell'amministrazione e, quindi, verso la democrazia in sé.

In secondo luogo, il fatto che il passaggio dal segreto alla pubblicità non è, di per sé, garanzia di conoscenza: si pensi ad esempio al caso dei bilanci comunali, la cui pubblicità non garantisce necessariamente trasparenza "essendo essi di fatto spesso incomprensibili per i cittadini" (G. Arena, 2008, 32): tra disponibilità di informazioni ed effettiva conoscibilità, conoscenza e comprensione, vi è, in sintesi, una distanza che dipende da numerosi fattori.

Un'informazione segreta è di per sé non trasparente, un'informazione pubblica "è conoscibile, ma non è detto che sia anche conosciuta, né che sia anche compresa" e, quindi, non è necessariamente trasparente (G. Arena, 2008, 33).

In altri termini, la diffusione di informazioni non necessariamente coincide con la trasparenza e può persino produrre opacità: questo perché può, ad esempio, *falsare* la comprensione

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

dell'*accountability*. Basti pensare, per fare un esempio, all'ipotesi in cui si ritardi ad arte la diffusione di determinati dati e così facendo si eviti di rientrare in "classifiche" di costi della politica od altro. Od alla diffusione solo di alcuni dati (dai quali emerge un'immagine non rappresentativa) da parte dell'amministrazione. La diffusione di informazioni (se incompleta o selezionata dal soggetto interessato) può determinare, dunque, una sorta di *sviamento* del cittadino.

In terzo luogo, il fatto che la trasparenza ha dei limiti "interni", ovvero esistono dei limiti "della" trasparenza (F. Merloni, 2008, 13), tra i quali la "sovraesposizione", vale a dire il fatto che quantità e qualità delle informazioni non coincidono e la "luce del sole" (riprendendo la metafora delle *sunshine laws*) può abbagliare, se eccessiva: in altri termini "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" (F. Merloni, 2008, 14). E', questo, un rischio che ricorre al crescere della messe di informazioni che le p.a. sono tenute a diffondere attraverso il web e che trova soluzione anzitutto nell'attività di soggetti terzi all'amministrazione che facciano da mediatori (selezionando le informazioni rilevanti), per quanto non possa escludersi il rilievo da riconoscere ad obblighi di evidenziare alcune informazioni anche aggregate, purché questo non sia frutto di scelte arbitrarie da parte delle amministrazioni interessate.

2. Principi ambivalenti e argomenti contro l'open government

Per quanto espressione di una tensione democratica e portatori di indubbi valori di rilievo costituzionale, anche i principi dell'open government possono, in certe circostanze, mostrare alcune possibili

controindicazioni e, in sostanza, il loro carattere potenzialmente ambivalente (foriero, cioè, di indubbi vantaggi ma non esente da rischi). Questo vale per ognuno dei tre paradigmi dell'open government cui ci riferivamo già in apertura: la trasparenza, la partecipazione, la collaborazione. Il che vale non già a metterne in ombra la valenza, o a suggerire la possibilità di prescindere, quanto ad evidenziare i rischi di ogni assolutizzazione e l'esigenza di valutare caso per caso. Come ben segnala Cammelli (riferendosi alle dinamiche partecipative), ad esempio, ciò che vale per i procedimenti rivolti ad esercenti commerciali non vale per procedimenti rivolti persone senza fissa dimora (M. Cammelli, 1996).

La collaborazione con i cittadini, singoli ed associati, è un paradigma fondamentale dell'amministrazione condivisa e rispecchia, come accennato, il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale. Il fatto è che anche la sussidiarietà può avere un "costo", in particolare perché può portare a depotenziare le strutture pubbliche (come nel caso, abbastanza noto, del sostegno a scuole private da "favorire" perché curano interessi della collettività, ma in un contesto di risorse scarse questo può andare a scapito delle scuole pubbliche), o deresponsabilizzare il pubblico rispetto ad attività che ne costituiscono la ragione di essere, spostando la cura di interessi pubblici in ambiti (privati) sottratti alle regole che, per quanto a volte faticosamente, mirano ad assicurare l'azione trasparente ed imparziale. Per fare un esempio, chi può garantirci che un'associazione privata che si fa carico di alcune esigenze di interesse generale ne assicuri la cura in assenza di situazioni di conflitto di interesse o garantendo completezza ed imparzialità.

La partecipazione dei cittadini è fattore di riequilibrio informativo, di legittimazione democratica della deliberazione, di miglioramento

dell'efficienza e riduzione della conflittualità, certo. Ma contribuisce, anche, a spostare l'asse della decisione a favore di chi partecipa, a scapito di chi non vuole o non può farlo, con effetti che possono essere anche di radicamento di squilibri presenti a livello sociale. Per fare un esempio, una decisione "partecipata" rispetto all'apertura o meno del centro storico alle auto favorisce i residenti organizzati (ad esempio i commercianti) a scapito di altri soggetti come i pendolari, per tacere degli individui con situazioni di disagio.

Lo stesso può dirsi per la trasparenza, rispetto alla quale anzi è possibile rinvenire in letteratura un certo numero di "argomenti" volti a limitarne la generalizzazione, o comunque a suggerirne un utilizzo "con cautela". Argomenti, come vedremo, non sempre del tutto convincenti, ma che comunque valgono a segnalare l'esigenza di valutare con attenzione le possibili controindicazioni dell'apertura a forme di conoscenza diffusa.

Uno degli argomenti (tradizionale, ma ricorrente) è relativo al possibile conflitto tra efficienza e trasparenza, che conduce in particolare a ritenere meno produttiva, o comunque più costosa, l'amministrazione aperta rispetto a quella, tradizionale, "chiusa". Che efficienza e trasparenza non siano necessariamente legati l'un l'altro è provato dal fatto che strutture gerarchiche quali quelle militari coniugano il massimo della rapidità di azione e di efficienza ed il massimo di chiusura conoscitiva. L'esempio della burocrazia nazista, chiusa ad ogni processo di partecipazione ed informazione ma drammaticamente efficiente, basta d'altra parte a dimostrarlo. Scendendo di livello, il potenziale conflitto tra buon andamento e trasparenza si pone, ad esempio, in giurisprudenza, come (unico) limite rispetto all'accesso generalizzato e non necessitante motivazione che il Testo unico degli enti locali riconosce altresì al Consigliere comunale.

Collegato a questo, una sorta di corollario o di specificazione dell'argomento "efficientista" è quello relativo al "costo" della trasparenza. E' "costosa" (o, perlomeno, è questo uno degli argomenti talora evocato per limitarne la portata), dal momento che richiede accorgimenti, attività di predisposizione di dati ed informazioni o di loro organizzazione (ad esempio, la sezione "Trasparenza" nei siti delle amministrazioni pubbliche), impegna personale (così, ad esempio, a fronte di istanze di accesso) che potrebbe essere diversamente impiegato.

Nel dibattito parlamentare che portò all'adozione della legge 241, l'esigenza di ricondurre il diritto di accesso ad alcuni soggetti (e, quindi, di evitare soluzioni "troppo avanzate") anziché a "chiunque" viene giustificato ad esempio dalla necessità di prevenire le altrimenti ineliminabili "difficoltà organizzative" (si v. G. Arena, 1991). Più recentemente, Giulio Napolitano (2002) evidenzia i "costi economici" per l'amministrazione di meccanismi di trasparenza ampia, per concluderne che a volte "less is better" e la trasparenza può essere vista come una sorta di "lusso" (oltre che, come specifica lo stesso autore, rimandando in questo però alle tradizionali tematiche della ragion di Stato, un diritto per "tempi tranquilli", quindi suscettibile di ridursi a fronte di esigenze di sicurezza e situazioni di crisi).

E' "rischiosa", nel senso (ben evidenziato, sia pure con argomenti reversibili da Lawrence Lessig) che un organismo delicato, quale può essere la stessa democrazia, non sempre è in grado di svilupparsi e rafforzarsi se continuamente esposto al controllo e, quindi, continuamente messo in discussione. Lessig porta ad esempio la divulgazione di dati sui contributi elettorali (in generale, ed in particolare con esempi riferiti ad Hillary Clinton), che conduce molti a ritenere che gran parte, se non tutte, le leggi siano adottate sulla base di

pressioni lobbistiche e valutazioni di interesse personale, anziché in risposta ad esigenze pubbliche.

“Questo è il lato oscuro della trasparenza. Questo tipo di dati aumenta lo scetticismo riguardo al funzionamento del Parlamento. L'80% delle persone in California pensa che i soldi comprano i risultati, il livello di fiducia del congresso di Stati Uniti è al livello più basso della storia. Forse c'erano più persone che erano a favore della monarchia inglese al tempo dell'Indipendenza, di quante ce ne siano ora a favore del Congresso” (L. Lessig Internet è libertà, Roma, 11.3.2010)

L'argomento non pare, però, del tutto convincente. Si tratta infatti, come credo evidente, di una china scivolosa che conduce agevolmente a quelle categorie del segreto e della menzogna utile (che non dovrebbero trovare spazio in un sistema in cui la sovranità appartiene al popolo) che sono, a loro volta, come affermava Madison, “il prologo ad una farsa, o ad una tragedia”.

Sono critiche e rischi, questi rapidamente ricordati, che non a caso affiorano nel momento in cui la trasparenza tende ad affermarsi come principio di ordine generale, posto che fin tanto che la regola generale era il segreto queste criticità restavano sostanzialmente “coperte” dal carattere indeterminato (e quindi funzionale alle diverse esigenze) del segreto, inteso come ordinario criterio di organizzazione degli apparati pubblici.

3. Il segreto come criterio di organizzazione e la “regola” del segreto di ufficio

A partire dalla riflessione weberiana intorno all'idea stessa di burocrazia, la categoria di un “segreto” collegato al disbrigo delle

pratiche d'ufficio si è affiancata e si è sovrapposta alle tradizionali visioni del segreto quale predicato del potere (M. Weber, *, 219). Il segreto, strumento del sapere specializzato dell'amministrazione burocratica, risulta coerente con un modello di amministrazione gerarchica, che coglie il rapporto tra potere pubblico e cittadini in termini di separazione e superiorità.

Weber vede nel segreto l'espressione di una "razionalità" di azione burocratica, che consente di programmare l'azione dei diversi apparati e poteri dello Stato in un contesto in cui anche gli altri soggetti facevano altrettanto. Oltre a ciò, già Max Weber segnalava però come la "passione" della burocrazia per il segreto relativamente alla propria attività andasse al di là di questa ragione di razionalità, ma fosse altresì difeso con un "fanatismo" a ben vedere giustificato da altre ragioni, quale la volontà di "proteggere dalla critica, per quanto può, ciò che essa conosce e ciò che essa fa" (1995, IV, attraverso l'opacità. Razionalità e volontà di opacità convergono nel rafforzare la spinta "interna" al segreto di ufficio come criterio di organizzazione delle strutture burocratiche.

Il segreto di ufficio, come (generale) dovere, imposto agli impiegati pubblici, di non comunicare all'esterno dell'amministrazione notizie o informazioni di cui siano venuti a conoscenza nell'esercizio delle loro funzioni, ovvero che riguardino l'attività amministrativa in corso di svolgimento o già conclusa trova, nell'ambito del diritto amministrativo italiano, una regolazione dapprima nel R.D. n. 2960/1923, e quindi nell'art. 15 del d.P.R. n. 3/1957, la cui formulazione originaria (successivamente riformulata ad opera della legge 241 del 1990) era espressione appunto di una cultura dell'amministrazione improntata al principio della segretezza.

Anche nel contesto costituzionale, dunque, il segreto ha continuato per lungo tempo, quasi naturalmente, per una sorta di “effetto di trascinamento” (Gallo, Foà, *, 3) a porsi come criterio generale: un approccio, questo, che entra in crisi con la legge sulla trasparenza del 1990, che opera un “ribaltamento”, collegando la regola del segreto di ufficio (ovvero, il dovere del funzionario pubblico di non divulgare notizie relative all’esercizio delle proprie funzioni) ad una serie di ipotesi specifiche.

Dopo la legge n. 241, in sostanza, attraverso la riscrittura (contenuta nell’art. 28 della legge) dell’art. 15 del testo unico degli impiegati pubblici (DPR n. 3 del 1957), resta il segreto di ufficio (*“l’impiegato deve mantenere il segreto di ufficio”*), come dovere di non trasmettere, a chi non ne abbia diritto, *“informazioni riguardanti provvedimenti od operazioni amministrative, in corso o concluse, ovvero notizie di cui sia venuto a conoscenza a causa delle sue funzioni”*, ma questo segreto cessa di essere una clausola indeterminata, e quindi buona per giustificare il segreto ogni qual volta l’amministrazione l’avesse ritenuto utile, o necessario, o anche soltanto opportuno o preferibile, dal momento che la sua disciplina viene ricondotta nel solco del diritto di accesso, che ammette solo ipotesi “specifiche” di segreto.

In altri termini, attraverso la riforma del 1990, il segreto d’ufficio non viene meno, ma cessa di essere “una forma sempre uguale per contenuti potenzialmente diversi” (Arena, *, 215) e, quindi, diviene, da canone fondamentale di organizzazione, uno “strumento di protezione di interessi” (R. Villata, *, 538). Se così è, il segreto d’ufficio è (ora) uno strumento, al servizio di altri segreti, previsti dall’art. 24 della legge sul procedimento a tutela di interessi pubblici (segreto di Stato, tutela dell’ordine pubblico, della sicurezza, ecc.) e privati (riservatezza di individui ed imprese).

Il segreto d'ufficio, come dovere del funzionario, trova (al pari di altri doveri di condotta di chi ricopre incarichi pubblici) un fondamento costituzionale nell'art. 54, che prevede il dovere dei cittadini "di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi" (comma 1), e che (soprattutto) nel secondo comma dispone che "*I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge*". In questo senso, coerentemente, questo dovere, strettamente legato all'esercizio della funzione, trovava sviluppo in previsioni di legge e regolamento.

La privatizzazione del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni ha fatto sì che la materia dei "doveri" del dipendente pubblico, la cui violazione sia rilevante ai fini disciplinari (e, quindi, suscettibile di sanzioni disciplinari, graduate secondo la gravità del fatto), sia ora contenuta in larga parte nei contratti di lavoro.

Il contratto collettivo dei dipendenti dei ministeri, ma lo stesso può dirsi per quelli dei dipendenti degli altri comparti, contiene dunque anch'esso un dovere al segreto (il dipendente deve "*rispettare il segreto d'ufficio*", secondo le specifiche regole previste nelle diverse amministrazioni a garanzia dei limiti alla conoscenza previsti dall'art. 24 della legge 241), ma al fianco di questi troviamo ora anche un dovere alla trasparenza ("*nei rapporti con il cittadino*", il dipendente deve "*fornire tutte le informazioni cui abbia titolo nel rispetto delle disposizioni in materia di trasparenza e di accesso all'attività amministrativa*": art. 23 del CCNL del comparto dei ministeri).

L'emergere di un dovere del dipendente pubblico alla trasparenza, e non più solo al segreto, è un segnale rilevante della transizione di modello, verso un sistema realmente orientato all'open government, che ritroviamo anche nel Codice di comportamento dei dipendenti

pubblici, dove si definisce, anche nei concreti rapporti tra impiegati pubblici e cittadini, un mutamento di paradigma. La trasparenza rientra, infatti, tra i principi che devono ispirare i comportamenti dei dipendenti, al pari dei principi di imparzialità e buon andamento.

Codice di comportamento (2013), art. 1, co. 2. Il dipendente rispetta altresì i principi di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, *trasparenza*, equità e ragionevolezza e agisce in posizione di indipendenza e imparzialità, astenendosi in caso di conflitto di interessi.

Un dovere più specifico di trasparenza è poi previsto dall'art. 9 del Codice di comportamento, nella sua nuova formulazione definita nel 2013.

Art. 9, comma 1. "Il dipendente assicura l'adempimento degli obblighi di trasparenza totale previsti in capo alle pubbliche amministrazioni secondo le disposizioni normative vigenti, prestando la massima collaborazione nell'elaborazione, reperimento e trasmissione dei dati sottoposti all'obbligo di pubblicazione sul sito istituzionale".

La protezione del segreto (d'ufficio) resta ancorata anche ad alcune previsioni del Codice penale e del Codice di procedura penale: in particolare, l'art. 326 del codice penale prevede che "*Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio, o comunque abusando della sua qualità, rivela notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, o ne agevola in qualsiasi modo la conoscenza, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni*". Anche in questo caso, però, non ci troviamo di fronte ad un segreto generico ed indeterminato, dal momento che il reato di rivelazione sussiste solo se dalla violazione del

segreto sia derivato o possa derivare un danno (specifico) alla pubblica amministrazione o a privati, dal momento che è a questa condizione generale che è subordinato il dovere di riserbo imposto dall'art. 15 del testo unico degli impiegati dello Stato.

Un'autonoma, e generale, esigenza di segreto d'ufficio può presentarsi, però, nel corso dell'azione, allorché la questione diviene quella di "posticipare" la trasparenza ad un momento successivo: si pone, a tal fine, l'istituto del "differimento", che nella legge n. 241 sembra finalizzato solo a garantire gli stessi interessi (di cui sopra) che possono giustificare il diniego di accesso, ma che il nuovo regolamento attuativo in materia di accesso (il DPR n. 184 del 2006) collega più genericamente anche ad imprecisate (ma, in effetti, spesso meritevoli di attenzione) esigenze istruttorie.

L'art. 9 del regolamento prevede, al riguardo che *"il differimento dell'accesso è disposto"*, oltre che per tutelare gli interessi elencati dall'art. 24 della legge sul procedimento, anche *"per salvaguardare specifiche esigenze dell'amministrazione, specie nella fase preparatoria dei provvedimenti, in relazione a documenti la cui conoscenza possa compromettere il buon andamento dell'azione amministrativa"*.

Nel segreto di ufficio si celano, in sostanza, due aspetti: l'uno strumentale, l'altro sostanziale.

Dal primo punto di vista, il segreto è semplicemente un "guscio", che protegge altre esigenze, uno strumento di protezione di altri interessi; dal secondo, acquista un suo valore autonomo, che però, di fronte ad un soggetto titolare di un diritto di accesso, può portare soltanto al "rinvio" del momento in cui questo potrà conoscere un determinato documento. In senso sostanziale, il segreto d'ufficio cela dunque una "riservatezza pubblica" legata alla fase istruttoria, nella

quale rientrano, in particolare, “esigenze di segretezza per non compromettere gli obiettivi dell’azione pubblica, ovvero la necessità di riservatezza sull’orientamento dei decisori prima dell’adozione della decisione” (F. Merloni, 2008, 15).

Il rapporto tra trasparenza e segretezza è definito, in via generale, dall’art. 24 della legge n. 241 del 1990, che nel porre i limiti al diritto di accesso esplicita che il questo diritto è escluso a fronte di “documenti coperti da segreto di Stato [...] e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dalle pubbliche amministrazioni [che, con proprio regolamento, devono “individuare le categorie di propri documenti sottratti all’accesso”], dal governo attraverso un apposito regolamento (previsto, per l’appunto, dall’art. 24, comma 6) quando *“dalla loro divulgazione possa derivare una lesione, specifica e individuata”*, ad una serie di interessi pubblici, quali la sicurezza nazionale, i processi di formazione, di determinazione e di attuazione della politica monetaria e valutaria, oppure *“quando i documenti riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell’ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità”*.

Il ruolo dell’art. 24 della legge sul procedimento travalica, a ben vedere, i confini del diritto di accesso, come specifico strumento di trasparenza, per assurgere a riferimento fondamentale per l’individuazione dei limiti alla conoscibilità: è a questo articolo, ed ai limiti alla trasparenza ivi previsti, che fanno riferimento le principali regole volte a promuovere l’open government (quale, per tutti, lo stesso Codice della trasparenza, approvato in attuazione della legge “anticorruzione”, n. 190 del 2012).

4. Riservatezza e protezione dei dati personali



Il declinare del segreto d'ufficio come categoria generale, fa sì che i limiti non porta con sé una generalizzazione della conoscibilità e della trasparenza anche in conseguenza del progressivo affermarsi e rafforzarsi di un altro e diverso limite, la privacy, posto a garanzia di interessi privati anziché di interessi pubblici.

Il limite della riservatezza viene previsto a partire proprio dalla legge n. 241 del 1990, che all'art. 24 consente di escludere il diritto di accesso rispetto ai documenti riguardanti *“la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono”* (ora art. 24, comma 6 della legge). Merita attenzione, peraltro, sin d'ora, il fatto che il limite della riservatezza sia, rispetto all'accesso ai documenti e quindi alla trasparenza, un limite “relativo”, in quanto suscettibile di recedere laddove le ragioni che giustificano l'accesso siano fondate ed, in ultima istanza, di pari rango rispetto alle ragioni della riservatezza (art. 24, comma 7: *“deve comunque essere garantito ai richiedenti*

l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici").

La "riservatezza" di cui parla la legge è a ben vedere un contenitore ampio, dal momento che racchiude una serie di questioni più specifiche: la *privacy* vera e propria, innanzitutto, come diritto dell'individuo alla protezione (ed in particolare non divulgazione illegittima) di propri dati personali, ma anche, tra l'altro, la garanzia della segretezza commerciale e della proprietà intellettuale. Le pubbliche amministrazioni sono di gran lunga i soggetti che detengono e raccolgono, nell'esercizio delle proprie funzioni, la maggiore quantità di informazioni, spesso relative a privati e ad aspetti fondamentali, talora particolarmente delicati, della loro vita e dei loro interessi, economici e personali: il rischio è allora quello di un'amministrazione che, per trasparenza, faccia vedere all'esterno questi elementi di conoscenza, che non sono inerenti al "potere" ma altresì agli individui.

Il tema della riservatezza, in sé e come limite alla trasparenza allorché l'interesse a conoscere sia relativo a dati personali o, come più spesso accade, a documenti contenenti anche dati personali, si afferma però soprattutto a partire dalla legge sulla tutela della *privacy*, n. 675 del 1996. Questa legge, che costruisce un complessivo sistema protezione dei dati personali, costituito non solo dalla previsione di diritti, ma anche da procedure (di autorizzazione e notificazione per raccogliere, trattare, diffondere determinati dati), strutture (in particolare, il Garante della *privacy*), responsabilità e sanzioni, risponde ad indicazioni delle comunità europee ed attua specifiche direttive comunitarie in materia: si è definito, a partire dal 1996, un regime di protezione abbastanza articolato, che è poi confluito in un

apposito codice, che ora raccoglie tutta la disciplina (Codice della privacy: decreto legislativo n. 196 del 2003).

Il campo di applicazione della tutela della privacy è molto ampio e va ben al di là della sola questione del rapporto tra riservatezza e trasparenza: *“chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano”* (art. 1 del Codice della privacy, d.lgs. n. 196 del 2013) e questa protezione è relativa a qualunque *“trattamento”* relativo a questi dati (vale a dire *“qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati”*: art. 4, comma 1, lett. a), che contiene le *“definizioni”*).

La riservatezza privata, a differenza di quella legata ad interessi pubblici, è limite al potere, è garanzia di diritti: per quanto la Costituzione italiana, a differenza di altri testi costituzionali più recenti, non preveda espressamente la tutela della riservatezza, è agevole rintracciare il fondamento di questo diritto in una serie di previsioni che tutelano una sfera individuale protetta rispetto ad intromissioni indebite (una sfera che trova esplicita tutela per una serie di aspetti, dati dal domicilio, dalla libertà personale, dalla corrispondenza, dal diritto di restare in silenzio: tutelati dagli artt. 13, 14, 15, 21 della Costituzione), sia da parte di soggetti pubblici che di altri soggetti privati. In sostanza, se, *“l'apparato della democrazia ha per regola la trasparenza, e il segreto costituisce un'eccezione. I diritti costituzionalmente garantiti al soggetto privato hanno per regola la privacy e per eccezione la pubblicità”* (P. Barile, 1987, 29).

In altri termini, riprendendo posizioni condivise da gran parte degli autori che si sono occupati del tema, il potere è democratico quanto più ne sono conosciute le ragioni, mentre il privato è democraticamente libero quanto più ne è protetta la sfera di riservatezza (Raveraira).

Riservatezza e trasparenza risultano talora valori antagonisti, nel momento in cui ciò che si vuole conoscere siano dati personali che sono rilevanti nell'azione pubblica (pensiamo, ad esempio, all'interesse di chi si trovi superato in una procedura selettiva fatta anche sulla base dei *curricula* dei candidati, od escluso da una graduatoria per contributi pubblici fatta sulla base delle condizioni familiari e di salute dei richiedenti). L'equilibrio tra i diversi valori in gioco può essere rimesso all'amministrazione, caso per caso e sulla base di una valutazione "in concreto", come avviene nel caso del diritto di accesso, od altresì essere risolta preventivamente (ed una volta per tutte) dalle regole, di legge o regolamento, che prevedano ipotesi di pubblicità di determinate informazioni.

Dal momento che è il dato personale ad essere l'oggetto della disciplina (e delle tutele) del sistema della privacy, occorre tenere presenti due questioni fondamentali, che in sostanza consentono di ridurre sensibilmente le situazioni "critiche" nelle quali dare soddisfazione alle esigenze di trasparenza significa pregiudicare quelle di riservatezza, o nelle quali avviene il contrario: in primo luogo, è necessario distinguere tra dati e documenti (i primi, se personali, tutelati dal Codice della privacy, i secondi oggetto, ad esempio, del diritto di accesso o di forme di pubblicità); in secondo luogo, occorre tenere in debita considerazione un principio fondamentale del sistema della riservatezza, fissato dall'art. 3 del Codice, il "principio di necessità", che impone di predisporre accorgimenti che riducano *"al minimo l'utilizzazione di dati personali e di dati identificativi, in modo*

da escluderne il trattamento quando le finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante, rispettivamente, dati anonimi od opportune modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità". Applicando questo principio, diviene di norma possibile assicurare, *contemporaneamente*, un'ampia trasparenza (attraverso la diffusione di dati anonimi od anonimizzati), ed un'adeguata tutela della riservatezza, il che in concreto può avvenire sia con soluzioni informatiche, a partire dalla costruzione delle banche dati, sia con soluzioni più estemporanee, come il mascheramento del documento, la limitazione nell'accesso a solo una parte di esso.

Nel "Codice della trasparenza", approvato in attuazione della legge n. 190 del 2012, il rapporto tra trasparenza e privacy trova il suo equilibrio in primo luogo attraverso l'esplicitazione dei principi di necessità, pertinenza, indispensabilità .

Art. 4. Comma 4. "Fermo restando quanto disposto ai commi 1 e 2, la conoscibilità dei dati e documenti pubblici conseguente alla pubblicazione nei siti istituzionali non può mai essere negata laddove siano sufficienti misure di anonimizzazione, limitazioni di specifici dati o parti di documento, mascheramenti o altri accorgimenti idonei a dare soddisfazione alle eventuali esigenze di segreto e di tutela dei dati personali. Le pubbliche amministrazioni provvedono a rendere non intelligibili i dati personali non pertinenti o, se sensibili o giudiziari, non indispensabili rispetto alle specifiche finalità di trasparenza della pubblicazione"

Si tratta, in sostanza, di porre in essere gli accorgimenti che consentano di assicurare le esigenze di conoscibilità ed, al contempo, quelle di protezione dei dati personali.

Nel sistema della privacy, infatti, ad essere oggetto di protezione non è l'intimità od il riserbo del singolo, il suo "diritto ad essere lasciato solo", secondo la tradizionale definizione del concetto di privacy (Brandeis, Warren), ma i "dati" in quanto personali. Tra i dati personali, poi, alcune informazioni, in quanto riferite ad aspetti della vita individuale la cui conoscenza pubblica può essere (in astratto od in concreto) causa di discriminazione, sono oggetto di una protezione rafforzata: sono i "dati sensibili", cioè *"i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale"*.

Pure "temperato" da meccanismi, come la limitazione (prevista dall'art. 25 della legge 241 del 1990 in materia di accesso) o dalla applicazione, che è regola generale, del principio di necessità, è evidente il conflitto che è connaturato al rapporto trasparenza-riservatezza, allorché ci si trovi di fronte ad informazioni di interesse pubblico, inerenti al funzionamento delle istituzioni (quindi, seguendo Barile, rette dal criterio di trasparenza), che siano al contempo anche informazioni relative ad individui od imprese private (quindi, secondo lo stesso autore, rette dal criterio di riservatezza).

Un problema parzialmente diverso è dato da quelle informazioni che sono ad un tempo "personali", in quanto riferite ad un individuo, e (variamente) "pubbliche", in quanto inerenti a "personaggi pubblici", vale a dire a soggetti che ricoprono ruoli di responsabilità nella cura dell'interesse pubblico o, più modestamente, a dipendenti e dirigenti pubblici.

Si tratta di una problematica che, a livello di corti e tribunali, si è posto tradizionalmente nel rapporto tra diritto di cronaca e diritto alla riservatezza dei personaggi pubblici (e risolto attraverso una attenuazione della privacy, per questi, in quanto le notizie che li riguardano ancorché private siano “di interesse pubblico”: un concetto quest’ultimo che rimanda all’idea di opinione pubblica e non a quello, distante, di curiosità popolare ovvero di “interesse del pubblico”), ma che ora si pone in modo significativo anche rispetto ad alcuni meccanismi di trasparenza amministrativa. E’ evidente che la riservatezza perde ogni carattere di assolutezza ed intangibilità allorché i dati personali divengono rilevanti nella prospettiva dell’azione pubblica. In questo senso, con una previsione controversa e poi abrogata, in una legge recente era stato addirittura previsto che i dati personali dei dipendenti pubblici rilevanti nei processi di valutazione del personale fossero esclusi dal campo di applicazione delle regole in materia di protezione della riservatezza: una formulazione giustamente criticata, eccessiva, che però si collegava appunto all’esigenza di favorire la trasparenza su determinati dati ritenuti di interesse pubblico anche se relativi ad individui.

5. La privacy come limite, come alibi, come criterio

La protezione dei dati personali è, dunque, un limite rispetto alla trasparenza, all’apertura delle informazioni in mano pubblica od utilizzate nell’azione amministrativa (pensiamo, ad esempio, ad un curriculum valutato in una selezione pubblica): un limite non assoluto, poiché superabile in determinate circostanze, ma comunque un limite ad una conoscenza diffusa, ad una piena sottoposizione di determinate informazioni *au grand jour*, alla luce del sole.

Un limite, come si è detto, legato a valori propri dello Stato democratico, in quanto funzionale alla tutela ed alla garanzia di diritti degli individui: un limite dunque necessario, fisiologico, nella misura in cui sia concretamente impossibile garantire la soddisfazione delle esigenze di trasparenza e, al contempo, non pregiudicare la posizione di un individuo rispetto ad informazioni la cui conoscenza diffusa potrebbe danneggiarlo. In questo senso, la privacy-limite si pone in primo luogo allorché i dati di interesse (dati da rendere accessibili a chi li richiede o da diffondere e pubblicizzare) sono “dati sensibili”, non a caso oggetto di particolare protezione nel sistema italiano ed europeo della tutela della riservatezza. La necessità di tutelare quest’area, appunto, “sensibile”, fa sì che solo in condizioni particolari (come nel caso del diritto di accesso quale strumento per la tutela di diritti costituzionali fondamentali dell’interessato) il riserbo possa essere superato, mentre di norma la trasparenza non si estenderà fino alla possibilità di conoscere anche dati sensibili. In particolare, rispetto ad ipotesi di trasparenza “generalizzata” attraverso la diffusione di informazioni in rete, questa potrà riguardare dati sensibili *“solo se autorizzata da espressa disposizione di legge nella quale siano specificati i tipi di dati, le operazioni eseguibili e le finalità di rilevante interesse pubblico perseguite”* (Garante della privacy, *Linee guida in materia di trattamento di dati personali contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato da soggetti pubblici per finalità di pubblicazione e diffusione sul web*, 2 marzo 2011). Il problema si pone, come vedremo, con riferimento ai dati personali ed ai dati sensibili, in modo diverso rispetto alle “forme” della trasparenza, dal momento che la lesione della riservatezza dipende anche dalle specifiche condizioni di conoscibilità: come chiarisce il Garante della privacy, sempre nelle Linee guida del 2 marzo 2011, questi pericoli, in particolare “si

dilatano ulteriormente quando la diffusione dei dati e la loro messa a disposizione avvenga on line”.

In sostanza, come esplicitato in queste Linee guida, che chiariscono bene il bilanciamento da operare tra le esigenze di trasparenza e quelle di riservatezza, occorre sfuggire alla tentazione di una assolutizzazione del solo valore della trasparenza pubblica: *“la diffusione indiscriminata di dati personali basata su un malinteso e dilatato principio di trasparenza può determinare conseguenze gravi e pregiudizievoli tanto della dignità delle persone quanto della stessa convivenza sociale”*. E’, questo, un timore che emerge con una certa frequenza, e talora con termini (eccessivamente) allarmati: così, nella Relazione annuale del 2009, il Garante paventa il rischio di una trasparenza *“mostruosa”*, una *“casa di vetro che è stata sempre il sogno di ogni dittatura e di ogni concezione basata sul totale prevalere dell’interesse della collettività rispetto ad ogni spazio di libertà e di autonomia del singolo”*.

La *privacy* si pone in rapporto con la trasparenza, però, perlomeno sotto due ulteriori angolazioni. In primo luogo come *alibi*, vale a dire quale limite che viene fatto valere strumentalmente, al fine di ostacolare la trasparenza e, quindi, la conoscibilità rispetto ad informazioni che l’amministrazione ritiene preferibile non far conoscere. Dal momento che la gran parte dei documenti in possesso dell’amministrazione pubblica contengono (anche) dati personali, risulta in un certo senso agevole, quasi naturale, opporre ragioni di riservatezza rispetto ad ogni richiesta da parte dei cittadini di conoscere un atto: la *privacy* diviene allora, nelle mani dell’amministrazione, una nuova manifestazione del segreto come canone generale. Possiamo riprendere qui le notazioni di Weber, che vedeva il *“fanatismo”* del segreto di ufficio giustificato essenzialmente

da una tensione dell'amministrazione a "proteggersi dall'esterno" attraverso l'opacità della sua azione: lo stesso può dirsi ora per un utilizzo strumentale della privacy, che viene spesso vista essenzialmente come limite alla trasparenza anziché come regola per la protezione del diritto alla riservatezza. Paradossalmente (ma non troppo), è stato dunque lo stesso garante della *privacy* a stigmatizzare a volte quest'approccio ed a porsi, specie nei suoi primi anni di attività (si veda in particolare la Relazione annuale del 1998) come garante della stessa trasparenza laddove le esigenze di riservatezza non siano giustificate.

La *privacy* è rilevante, infine, come criterio, nel senso che è nel quadro del Codice della *privacy* e degli interventi del Garante, che si definiscono le regole relative alle condizioni di conoscibilità e, quindi, regole e principi riferibili alla trasparenza amministrativa: tra i numerosi interventi del Garante, sono esemplari in questo senso le *Linee guida in materia di trattamento di dati personali per finalità di pubblicazione e diffusione di atti e documenti di enti locali*, del 19 aprile 2007 e le già citate *Linee guida in materia di trattamento di dati personali contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato da soggetti pubblici per finalità di pubblicazione e diffusione sul web*, del 2 marzo 2011. Attraverso questi provvedimenti, sono state fissate alcune regole generali per garantire l'equilibrio tra trasparenza e tutela della riservatezza: come chiarito dal Garante della *privacy*, Francesco Pizzetti, nella relazione annuale del 2010, "il dovere di trasparenza della Pubblica amministrazione è cosa diversa dal diritto a conoscere qualunque informazione in suo possesso" e, quindi, le regole che definiscono le condizioni di sviluppo di questo dovere sono date anche (ed in misura non secondaria) dalla disciplina in materia di *privacy*.

6. *Il segreto di Stato e le sue regole*



Un limite “assoluto” rispetto alle esigenze di conoscibilità è dato dal segreto di Stato, che costituisce il nocciolo duro di quella logica di riserbo (prima generalizzato, ora circoscritto) collegato alle questioni che un tempo si sarebbero dette di ragion di Stato. Limite assoluto, si è detto: non perché non vi siano, in qualche modo, forme di controllo e tempi e modi per il suo superamento (come vedremo tra breve, sia pure con qualche zona d’ombra), ma in quanto in presenza di questo segreto la trasparenza amministrativa, unitamente ai suoi strumenti, deve recedere.

Nel sistema costituzionale non vengono meno “ragioni di Stato”, che si ricollegano ad una serie di principi e valori che emergono in Costituzione che giustificano (sia pure talora non senza fatica) da un lato le attività di acquisizione di informazioni (la c.d. intelligence) e, per quello che qui più direttamente interessa, uno speciale regime di segretezza di determinate informazioni. Per quanto, come detto, la conoscibilità sia la regola generale riferibile a ciò che è pubblico, un ordinamento democratico deve ammettere aree di riserbo nella misura in cui determinati segreti siano meritevoli di tutela. Non potendosi, però, più ammettere in via generale il segreto in sé, come ragion di

Stato, o in altri termini come “presupposto della governabilità” (G. Miglio, *Il segreto politico*, 165), ciò che dobbiamo accettare è il segreto come strumento: da tutelare non in quanto tale ma in quanto garantisce il rispetto di altri diritti o valori” (Arconzo, ...). Un segreto, dunque, come eccezione giustificata, regolata e circoscritta rigorosamente dalla legge, a tutela di un interesse costituzionalmente rilevante (v. Corte cost., sent. 86 del 1997)

In riferimento a quest’ultimo aspetto, la dottrina e la giurisprudenza hanno individuato tali interessi nella difesa della sicurezza esterna e interna dello Stato (come garanzia e difesa dell’integrità territoriale dello Stato e protezione dell’ordinamento democratico e delle sue istituzioni da atti eversivi o terroristici): il fondamento del segreto di Stato, dunque, va ricondotto al dovere di difesa della patria (art. 52 Cost., comma 1: “*La difesa della Patria è sacro dovere del cittadino*”, una previsione che giustifica in *primis*, ma non solo, il c.d. “segreto militare”,) e nel dovere di fedeltà alla Repubblica, che è di tutti i cittadini ma, come visto, è particolarmente qualificato per chi svolge funzioni pubbliche (art. 54 Cost.) (P. Barile, 1987; recentemente T. Giupponi, 2007*).

In termini oggettivi, la Corte costituzionale parla dunque di sicurezza interna ed esterna, come “*necessità di protezione da ogni azione violenta o comunque non conforme allo spirito democratico che ispira il nostro assetto costituzionale dei supremi interessi che valgono per qualsiasi collettività organizzata a Stato*”: interessi supremi dello Stato-comunità, che vanno “*nettamente distinti da quelli del Governo e dei partiti che lo sorreggono*”: è dunque solo allorché si agisce per la salvaguardia di questi supremi, imprescindibili interessi dello Stato che può trovare legittimazione il segreto “*in quanto mezzo o strumento necessario per raggiungere il fine della sicurezza*” e dunque “*mai il*

segreto potrebbe essere allegato per impedire l'accertamento di fatti eversivi dell'ordine costituzionale" (per tutti questi incisi, si v. la sent. n. 86/1977).

Per quanto, come vedremo, la legge (ed in particolare la n. 124 del 2007) ha un ruolo fondamentale nel regolare e disciplinare le ipotesi di segreto, è stata soprattutto grazie alla giurisprudenza della Corte costituzionale che si è definito, nell'ordinamento, l'equilibrio tra il segreto di Stato (e, quindi, la stessa "ragion di Stato") e le esigenze di piena conoscibilità e controllo insite nel carattere democratico della Repubblica. In questo senso, la Corte costituzionale, è stata spesso definita come "Giudice del segreto" (P. Barile, 1987), e questo a ben vedere per due ragioni: la prima, il fatto che la normativa vigente riflette largamente principi che sono frutto della elaborazione della Corte costituzionale attraverso le sue sentenze; la seconda, il fatto che, sia pure prudentemente, la Corte si riserva, sottraendo tale possibilità agli altri giudici, il ruolo di controllore degli atti di secretazione. In particolare, la legge 124 del 2007 dispone che se l'opposizione del segreto di Stato produce un conflitto con la magistratura, a decidere sia la Corte Costituzionale, organo nei cui confronti il segreto di Stato non può, in nessun caso, essere opposto.

La legge n. 124 del 2007, su *"Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto"* cerca di coniugare le ragioni del segreto e le contrapposte esigenze di trasparenza e tutela dei diritti. Si può dire che, per larghi tratti (e fatta salva la "crepa" di cui si parlerà tra poco), quello che si definisce è un "trasparente" sistema di segretezza: le funzioni dei diversi organi, le responsabilità, le regole di archiviazione e declassificazione, le sanzioni ed i divieti di distruzione di documenti, convergono nel

disegnare un sistema “non opaco” di secretazione di documenti e informazioni.

Nell’attuale disciplina dell’apposizione del segreto (la c.d. “secretazione”), che è sostanzialmente un vincolo posto su atti, documenti, notizie, attività, cose e luoghi la cui divulgazione può danneggiare gravemente gli interessi fondamentali dello Stato, troviamo due regimi: uno, ordinario, di “segretezza” (c.d. classificazioni di segretezza), disposta con atto amministrativo delle singole amministrazioni, sindacabile dall’autorità giudiziaria, un altro, a carattere più circoscritto, che costituisce il vero e proprio “segreto di Stato”, deciso dal vertice politico del potere esecutivo (Presidenza del Consiglio dei Ministri) e suscettibile di essere “confermato” anche a fronte di una richiesta della magistratura (che impedisce anche all’autorità giudiziaria l’acquisizione e l’utilizzazione delle notizie): questa decisione, che pone il segreto in contrasto con esigenze di accertamento giudiziario rispetto a fatti che costituiscono reato, va comunicata al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (Copasir).

Il Comitato può chiedere al Presidente del Consiglio di esporre, nell’ambito di un’apposita seduta segreta, gli elementi idonei per esaminare nel merito le ragioni della conferma. Se il Copasir ritiene infondata l’opposizione, ne riferisce a ciascuna delle Camere per le conseguenti valutazioni.

Quello del “segreto di Stato” costituisce un nodo rilevante rispetto al funzionamento democratico delle istituzioni, specie in un paese, come il nostro, che ha conosciuto trame occulte, depistaggi, organizzazioni segrete: il segreto viene visto, allora, come un “muro di gomma” sul quale si infrangono le esigenze di conoscere la verità rispetto ad eventi di rilevante interesse pubblico.

Rispetto a quest'ultima ipotesi (di segreto come scelta "sovrana" del vertice politico), la Corte costituzionale, con una sentenza (giustamente) criticata (n. 106 del 2009) ha fatto salvo questo impianto, accettando dunque un assetto nel quale *"l'individuazione degli atti, dei fatti, delle notizie che possono compromettere la sicurezza dello stato e che devono rimanere segreti"* costituisce non solo il risultato di una valutazione 'ampiamente discrezionale' delle autorità pubbliche, ma anche sostanzialmente insindacabile. In particolare, alla luce di questa sentenza, deve pertanto escludersi ogni sindacato giurisdizionale, in quanto *"è inibito al potere giurisdizionale di sostituirsi al potere esecutivo e alla pubblica amministrazione, e di operare il sindacato di merito sui loro atti"*, vale a dire di verificare se l'apposizione del segreto è stata giustificata e (quindi) legittima.

In questi termini, l'esercizio del potere di secretazione resta essenzialmente sottoposto al solo controllo del Copasir, che ha una composizione "paritaria" tra i membri della maggioranza e dell'opposizione, il cui presidente è scelto tra i membri espressione della minoranza parlamentare e cui compete, in base alla legge n. 124 del 2007, verificare *"che l'attività del Sistema di informazione per la sicurezza si svolga nel rispetto della Costituzione, delle leggi, nell'esclusivo interesse e per la difesa della Repubblica e delle sue istituzioni"* (art. 30, comma 2).

Il problema non tocca soltanto le esigenze di trasparenza, dal momento che in un simile impianto sono posti in pericolo in primo luogo i diritti dei cittadini, allorché (ad esempio) l'accertamento della loro innocenza (o colpevolezza) richiederebbe la conoscenza di informazioni "secretate" in modo arbitrario od irragionevole (si v. ad esempio il caso "Abu Omar", su cui P. Pillitu, 2010). Ai nostri fini,

attraverso questa via la Corte ha di fatto accettato che nel nostro ordinamento viva un'area di opacità del segreto che, come detto, appare di per sé difficilmente compatibile con i caratteri democratici dello Stato di diritto.

E' vero che, secondo le leggi che disciplinano la materia, il segreto di Stato non può mai essere utilizzato a protezione di informazioni relative a fatti eversivi dell'ordine costituzionale (ipotesi già prevista dalla legge 801/77) o concernenti fatti di terrorismo, delitti di strage, associazione a delinquere di stampo mafioso, scambio elettorale di stampo politico-mafioso, ma l'inaccessibilità dei documenti secretati impedisce alla magistratura di verificare che i documenti non siano rilevanti nella prospettiva dell'accertamento di questi reati. In questo senso, pare condivisibile la notazione di Giuseppe D'Avanzo che vedeva in questo il "minaccioso ritorno del regno del segreto, degli *arcana (imperii e dominationis)*, della 'ragion di Stato', della mai morta Italia dei ricatti", qualcosa che non può certo giovare alla qualità della nostra democrazia (G. D'Avanzo, Repubblica, 6 gennaio 2010: "*Inutile indagare sul Sismi: è segreto di Stato*"). Non distante la posizione di Felice Casson, che ha lamentato "un uso esagerato e non corretto dell'apposizione del segreto di stato" (Repubblica, 6 gennaio 2010: "*Gravissimo Coprire la verità. Così si abusa della legge di Prodi*").

Questi segreti finiscono, allora, per trovare una loro attenuazione, che comunque esiste (e consente di definire come "non totalmente opaco" questo segreto) nel rapporto politico tra Parlamento e Governo (in una dinamica però difficilmente attivabile allorché la maggioranza parlamentare che esprime anche l'esecutivo è compatta, dal momento che anche se la composizione del Copasir è paritaria le sue decisioni sono prese a maggioranza dei membri che lo compongono, e quindi

con la necessaria partecipazione ad una scelta contrastante con quella del Governo da parte di parlamentari che lo sostengono), nell'eventuale valutazione della Corte costituzionale, e, soprattutto, nel fatto che la durata del vincolo è (in ogni caso) non più illimitata ma fissata in 15 anni, ulteriormente prorogabili dal Presidente del Consiglio (ma, comunque, non superiore a 30 anni).

Scendendo dal piano delle decisioni che toccano la “salvezza dello Stato” a questioni meno importanti, ma non per questo meno significative (anche perché assai più frequenti), il “segreto di Stato” diviene una questione “amministrativa”, frutto di scelte e dinamiche legate al funzionamento di specifici apparati preposti alla cura degli interessi di sicurezza, ordine pubblica, difesa, affari esteri.

In altri termini, il segreto di Stato in senso proprio (c.d. “segreto straordinario”) è distinto dalle classifiche di segretezza (c.d. “segreto ordinario”, disciplinate dall'articolo 42 della legge n. 124 del 2007), che *“sono attribuite dalle singole amministrazioni per circoscrivere la conoscenza di notizie, informazioni, documenti, atti, attività o cose ai soli soggetti che abbiano necessità di accedervi e siano a ciò abilitati in ragione delle proprie funzioni istituzionali”* (art. 2, comma 2, del citato DPCM 8 aprile 2008).

La classificazione di segretezza (che è disposta dall'autorità che forma il documento, acquisisce la notizia o ne è comunque responsabile) ricalca standard che sono normalmente utilizzati nelle relazioni internazionali e consiste in quattro tipologie di documento (o sua parte) o notizia: segretissimo (attribuito a informazioni la cui diffusione non autorizzata sia idonea ad arrecare un danno eccezionalmente grave agli interessi essenziali della Repubblica: Dpcm 7/2009, *Decreto in materia di livelli di segretezza e accesso ai luoghi*

militari o di interesse per la sicurezza della Repubblica), segreto (danno grave), riservatissimo (danno), riservato (danno lieve).

In relazione alla classificazione dell'informazione, o del documento, discendono conseguenze in merito alle procedure di formazione, alle regole di conservazione, alle conseguenze in caso di violazione: in particolare, agli effetti della legge penale si intendono *segreti* quelli riconducibili alle classificazioni "segreto" o "segretissimo", mentre si intendono *di vietata divulgazione* i documenti e le notizie classificati come "riservato" e "riservatissimo". La legge n. 124 del 2007 prevede peraltro un meccanismo di declassificazione automatica: dopo cinque anni si ha uno slittamento al livello inferiore di segretezza e dopo altri cinque anni cessa in ogni caso ogni vincolo. Questo automatismo non si applica in caso di provvedimento di proroga, che deve essere disposto dal Presidente del Consiglio dei ministri per giustificare il mantenimento di forme di segretezza oltre i quindici anni complessivi.

Nelle diverse ipotesi di segreto (ordinario, o straordinario), una volta declassificato il documento, in particolare per la "scadenza" collegata alle diverse ipotesi di segreto, il documento diventa conoscibile, attraverso specifiche procedure (che riproducono in larga parte le regole e i meccanismi del diritto di accesso ai documenti previsto dalla legge 241 del 1990). Di norma, secondo l'art. 39 della legge n. 124, decorsi quindici anni dall'apposizione del segreto di Stato, "*chiunque vi abbia interesse può richiedere al Presidente del Consiglio dei ministri di avere accesso alle informazioni, ai documenti, agli atti, alle attività, alle cose e ai luoghi coperti dal segreto di Stato*": si tratta di un'ipotesi speciale di accesso a documenti, oggetto di una specifica disciplina che però, per quanto attiene ai requisiti di legittimazione, non si discosta dall'attuale

regolamentazione del diritto di accesso ai documenti previsto dalla legge n. 241 del 1990.

Infatti, ai sensi dell'art. 10 del DPCM 8 aprile 2008, *Criteri per l'individuazione delle notizie, delle informazioni, dei documenti, degli atti, delle attività, delle cose e dei luoghi suscettibili di essere oggetto di segreto di Stato*, si richiede la sussistenza in capo al richiedente di “un interesse diretto, concreto ed attuale collegato all'oggetto dell'accesso, nonché meritevole di giuridico apprezzamento in relazione alla qualità soggettiva del richiedente ed alla finalità per la quale l'accesso sia richiesto”.

7. L'opacità dello stato di emergenza

Complessivamente, il rapporto tra segretezza e trasparenza non discende solo dal confronto tra esigenze e valori diversi, ma risente anche delle fasi storiche e delle dinamiche sociali e politiche: è un rapporto flessibile, influenzato dalle situazioni di tensione, dalle minacce (reali o potenziali) all'ordine costituito. In sintesi, la trasparenza è una condizione “per tempi tranquilli”, come già si è evidenziato mostrando il rapporto stringente tra il paradigma del segreto e lo stato di guerra.

In situazioni di emergenza (per l'ordine, la sicurezza) anche il valore della trasparenza rischia di recedere, e del pari rischiano di arretrare alcune conquiste della democrazia: questo è evidente nelle ipotesi belliche, quando l'ordinamento appronta regole straordinarie orientate nelle tradizionali categorie “militari”, della gerarchia e del segreto. Ma, più ampiamente, anche in altre situazioni di pericolo si rafforzano i meccanismi di opacità: un'esperienza paradigmatica, in questo senso, è quella statunitense successiva all'11 settembre.

Nel paese della libertà di informazione, del *Freedom of Information Act* e delle *Sunshine Laws*, attraverso l'utilizzo estensivo dell'eccezione relativa alla sicurezza nazionale (*Exemption 1* al *Freedom of Information*, che consente di escludere dall'area di conoscibilità informazioni “*relating to national security*”), in alcuni periodi si è assistito ad una significativa riduzione della trasparenza: si pensi al periodo tra il 1982 ed il 1995, quando, sulla base di un *Executive Order* 12356 del Presidente Reagan, venne ampliato enormemente l'ambito di informazioni sottratte al *right to know*. Questa tendenza, ripresa dal Presidente Bush Jr (del quale si ricorda, in particolare, l'*Executive Order* 13233, che limitava l'accesso alle informazioni relative all'attività degli ex Presidenti: un *Order* poi revocato da Barack Obama) dopo un periodo di maggiore apertura che aveva caratterizzato l'amministrazione Clinton (specie attraverso la revoca dell'*Executive Order* 12356), ha trovato recentemente manifestazione anche in alcuni provvedimenti del Presidente Obama. Questo conflitto, tra ragioni della trasparenza e ragioni della sicurezza, che affiora ora nel dibattito pubblico anche in seguito all'attività di Wikileaks, si lega, più recentemente, alla tragedia delle Twin Towers e, quindi, alle politiche di contrasto al terrorismo e si collega dunque ad una importante regolamentazione, il Patriot Act (*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*) del 2001.

In Italia, la questione della “emergenza” si traduce evidentemente in primo luogo nell'ampliamento del ricorso alle procedure di segretezza, ordinaria e straordinaria. L'emergenza gioca però anche un diverso ruolo, in una partita ben diversa: l'emergenza va intesa, infatti, non solo come ragione giustificatrice di una riduzione di diritti e di una “militarizzazione” dei rapporti tra Stato e cittadini, ma è,

spesso, una “emergenza” puramente formale, frutto di disfunzioni del sistema pubblico o di situazioni semplicemente “fuori dall’ordinario”, ma ben lontane da vere situazioni di pericolo per le istituzioni repubblicane o la sopravvivenza dello Stato.

Una vicenda “tutta italiana” della quale si è occupata anche diffusamente la stampa è quella della sottoposizione a segreto di Stato di fenomeni connessi al ciclo dei rifiuti. La Legge sull’emergenza-rifiuti in Campania, la 123/2008, e la Legge sulla fine della stessa emergenza, la 26/2010, ad esempio, considerano i siti di raccolta dei rifiuti come “aree di interesse strategico nazionale”, quindi sotto la fattispecie del segreto militare protetto dall’articolo 682 del Codice Penale. Sempre in tema di rifiuti, peraltro, con uno dei provvedimenti attuativi della legge 124 del 2007, il DPCM 8 aprile 2008, ultimo atto del governo Prodi, definendo in modo ampio i siti sottoponibili a segreto di stato, sono stati ricompresi in quest’ambito anche gli inceneritori-termovalorizzatori, in quanto considerati impianti di produzione di energia.

In altre circostanze, peraltro, l’opacità delle situazioni emergenziali non discende da ragioni, più o meno ammissibili, di segreto, ma dal fatto che l’emergenza giustifica l’adozione di regole derogatorie, in particolare alle regole di trasparenza. La questione diviene, allora, più semplicemente e prosaicamente, quella di regimi emergenziali utilizzati ampiamente, sia in presenza di eventi assimilabili a calamità naturali che di eventi assolutamente prevedibili (è il caso dei c.d. “grandi eventi”: grandi manifestazioni, quali il G8, ma anche la Louis Vitton Cup od i mondiali di nuoto, per la cui organizzazione si ritiene necessario procedere attraverso un regime di regole ampiamente derogatorie). In tutti questi casi, eventi calamitosi reali (per tutti: il terremoto de L’Aquila), situazioni di crisi frutto di inefficienze

pubbliche, eventi “complessi” (ad esempio, l’Expo di Milano), è ormai invalsa la pratica di procedere attraverso ordinanze di protezione civile (previa dichiarazione di stato di emergenza, da parte del Governo), della Presidenza del Consiglio o di un commissario delegato, che possono derogare alle ordinarie disposizioni di legge: la trasparenza è, in questi casi, una delle prime vittime sacrificali, anche se non l’unica(dal momento che, tra le regole che si “sceglie” di derogare vi sono in primo luogo quelle sulla partecipazione ai procedimenti, sui controlli e sulle procedure di appalto, sull’accesso e le forme di pubblicità).