

Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d.lgs. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale di amministrazione

Paola Marsocci

Abstract

La nozione di pubblicità e la nozione di trasparenza applicate all'azione delle p.a. scontano tuttora il problema della loro incerta qualificazione giuridica. Secondo l'autrice, è possibile fondare il dovere delle p.a. di rendere disponibili tutte le informazioni non legittimamente coperte da segreto o da riservatezza sull'interpretazione del modello di amministrazione prescritto dalla Costituzione. Il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 contribuisce a completare un disegno riformatore attraverso il quale, sebbene con grandi difficoltà, si è arrivati oggi a definire normativamente il nesso tra controllo pubblico sulla circolazione delle informazioni amministrative e responsabilità individuali e collettive. Nelle conclusioni si fa riferimento agli articoli 2 e 21 Cost. come fondamento delle "nuove" pretese di conoscenza disciplinate dal decreto 33/2013.

1. "Realizzare la pubblicità in senso giuridico e non solo fenomenologico": la trasparenza dell'azione amministrativa come principio o come strumento? Una premessa ancora necessaria

La recente entrata in vigore del decreto legislativo che riordina ed integra le disposizioni vigenti in materia di obblighi di trasparenza, pubblicità e diffusione di informazioni segna un'ulteriore tappa del frammentato e incerto percorso che sta portando le pubbliche amministrazioni italiane a conformarsi al principio di piena accessibilità e fruibilità, entro i limiti posti a tutela delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte, del patrimonio di conoscenze detenute o prodotte nell'esercizio della funzione amministrativa.

A partire dall'ancora problematico nodo della loro qualificazione giuridica, con questo lavoro ci si propone innanzitutto di offrire spunti per una ricostruzione critica della nozione di pubblicità e della no-

zione di trasparenza, applicate all'azione delle p.a. nell'evoluzione delle interpretazioni del giudice costituzionale e del legislatore italiano e comunitario, e di verificarne la congruenza con il modello di amministrazione prescritto della Costituzione; l'intento è poi quello di commentare come il decreto 33/2013 si inserisca e contribuisca a completare un disegno riformatore – che ha ormai una storia apprezzabilmente lunga alle spalle –, attraverso il quale, sebbene con grandi difficoltà, si è arrivati oggi a definire normativamente il nesso tra controllo pubblico sulla circolazione delle informazioni e responsabilità individuali e collettive.

Nella circolare del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione 2/2013 (18 luglio), indirizzata a tutte le pubbliche amministrazioni e finalizzata a rimarcare – insieme all'entrata in vigore del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 – obiettivi e contenuti delle nuove disposizioni, si legge che “le prescrizioni di trasparenza sono immediatamente precettive secondo quanto previsto nell'allegato A al decreto, il quale costituisce lo schema che va doverosamente seguito per realizzare la *pubblicità in senso giuridico e non solo fenomenologico*” (corsivo mio).

Sembra utile partire da questo spunto per rimarcare che, a distanza di decenni dall'avvio della riflessione sul valore giuridico da attribuire appunto al “fenomeno” della circolazione delle informazioni in mano pubblica, trasparenza e pubblicità sono nozioni che ancora oggi sono usate (a mio avviso erroneamente) a volte come endiadi, a volte come termini dal significato fungibile e non come fenomeni a cui appunto attribuire un significato distinto.

Una breve premessa si rende, dunque, ancora necessaria.

Per *pubblicizzare* è necessario individuare, distinguere e far emergere una informazione – ossia portare all'esterno l'attenzione su un patrimonio di conoscenze – sulla base di scelte normative, dunque contestualizzate storicamente e territorialmente. Per *rendere trasparente* occorre consentire la visibilità, ossia far vedere *oltre* (attraverso) gli eventuali ostacoli alla percezione di dati e informazioni disponibili, proprio in quanto precedentemente pubblicizzate.

Certamente, la prima attività (per nulla poco dinamica) porta ad un ri-

sultato statico: il dato diviene pubblico¹. Risultato perseguito in funzione di garanzia, come già la Commissione Nigro – nella relazione finale – ebbe modo di sottolineare, evidenziando l’assenza di regole in tema di “pubblicità e di comprensibilità” del procedimento. Ma è il passaggio conclusivo dell’azione del conferire pubblicità che determina il risultato della trasparenza, cui – a mio avviso – ancora oggi non è scontato attribuire automaticamente l’intenzione o la volontà di farsi carico che le conoscenze acquisibili lo siano in modo chiaro, comprensibile, efficace strumentalmente all’uso che il soggetto destinatario ne farà². Se – cosa ovviamente non scontata – si condivide questo punto di partenza è possibile trarre alcune conseguenze: per realizzare sia la pubblicità sia la trasparenza occorrono volontà e azioni consapevoli e coerenti, cui però attribuire finalità che hanno sia un senso logico sia – si vedrà – una *ratio* giuridica non del tutto coincidenti o sovrapponibili. Intendo evidenziare che solo un dato che a monte l’ordinamen-

(1) Molti invece tendono a sottolineare, assimilando a mio avviso impropriamente l’attività con i suoi effetti, che nella “staticità” della pubblicità sarebbe rinvenibile proprio la differenza con il concetto di trasparenza “che attiene ad una dinamica relazionale, alla intellegibilità e dei comportamenti amministrativi e delle scelte sottese”, V. ESPOSITO, F. DEL GRASSO, G. PASSANNANTI, *Il diritto sociale alla trasparenza tra il diritto di accesso ed il diritto civico*, in www.filodiritto.it, 8 luglio 2013. Una disamina approfondita si trova in M. OCCHIENA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA, F. SATTÀ (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 143 ss.

(2) Automatismo invece rinvenuto in molta ed autorevole dottrina amministrativistica, cfr. R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell’organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, spec. p. 418. Argomenti ripresi recentemente da F. MANGANARO, *Evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Studi in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, ES, 2012, consultabile anche in www.astridonline.it, p. 3, che afferma che la “trasparenza è un fine, per il quale sono strumentali la pubblicità e il diritto di accesso [...] un *quid pluris* [...], imponendo all’amministrazione il dovere di agire correttamente, al di là delle mere prescrizioni formali della norma, nella consapevolezza che la democrazia ha bisogno di un’esplicazione comprensibile del potere”; nello stesso senso, M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in questo fascicolo della *Rivista*, paragrafo 4. Di trasparenza come concetto metaforico, che riassume ed evoca un modo d’essere dell’azione amministrativa, “più che rappresentare un istituto giuridicamente preciso [...] un obiettivo o un parametro cui commisurare lo svolgimento dell’azione delle figure soggettive pubbliche”, ha parlato G. ARENA, *La funzione pubblica di comunicazione*, in ID. (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 2001, p. 57.

to giuridico ha considerato e ha dichiarato pubblico potrà rendersi potenzialmente conoscibile, acquisibile, valutabile e utilizzabile; solo dopo, l'organizzazione che lo detiene potrà e dovrà consentire le condizioni di trasparenza che sono (solo) il presupposto perché ciò possa verificarsi. A mio avviso inoltre, per quanto riguarda l'esercizio della funzione amministrativa è almeno auspicabile che il legislatore intervenga per garantire che le informazioni acquisibili siano anche ragionevolmente utilizzabili e che, dunque, a questo fine limiti la discrezionalità delle p.a. imponendo anche obblighi precisi in ordine alle caratteristiche o "qualità" che queste devono presentare; in questa direzione il decreto 33/2013 merita un primo giudizio positivo, come si dirà più diffusamente citando l'art. 6 del testo, a conclusione di queste brevi osservazioni.

2. Sui fondamenti costituzionali della conoscibilità dell'azione dei pubblici poteri

Dalla prospettiva giuridica del costituzionalismo democratico, sono innanzitutto le Carte nazionali, intese appunto in senso prescrittivo³, a conferire e dichiarare il carattere pubblico di soggetti, organizzazioni, procedure e atti; pur non affermando esplicitamente (e tautologicamente) il principio dell'agire pubblico dei poteri pubblici, esse stabiliscono chiaramente che la distinzione tra pubblico e privato si rinvia proprio nella esistenza stessa del potere come espressione – *esternazione* – specifica delle attribuzioni autoritative ad istituzioni, sulla base dell'ordinamento giuridico (principio della separazione dei poteri, principio della sovranità popolare espressa "nelle forme e nei limiti della Costituzione", principio democratico inteso innanzitutto come attribuzione, tramite gli istituti della rappresentanza, della legittimazione ad agire diretta o indiretta dei pubblici poteri, principio di legalità).

(3) Cfr. K. HESSE, *La forza normativa della Costituzione* (1959), trad. it. di P. COSTA, Seregno, Herrenhaus, 2008 e l'analisi, nella prospettiva anche storica, in G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero giuridico alla norma giuridica*, Milano, Feltrinelli, 2006, spec. p. 212 ss.

È fuor di dubbio che la contrapposizione tra pubblicità e segretezza e tra pubblicità e privatezza può riguardare sia la sfera dei rapporti pubblici sia quella dei rapporti tra privati, ma è solo nel primo ambito, quello appunto dove il *potere* è giuridicamente esercitato, che l'ordinamento assicura alla pubblicità la dignità di principio giuridico – che non solo prevale, ma indirizza l'azione dei soggetti coinvolti – ed agli altri due ambiti la funzione di eccezione in termini di garanzia. Tra privati, l'agire in pubblico in modo da far trasparire caratteristiche e volontà personali è invece frutto di esercizio di *diritti* e di libertà, e la segretezza e la riservatezza si impongono solo al fine di prevenire o sanzionare comportamenti individuali potenzialmente lesivi di altre posizioni giuridiche soggettive.

Sebbene sinteticamente, occorre in questa sede rimarcare che in Italia il principio di pubblicità dell'agire istituzionale è stato esplicitato nella Carta costituzionale solo con riferimento all'attività delle Camere (art. 64, comma 2, art. 72, comma 3 e art. 73, comma 2); per le altre funzioni pubbliche è necessario invece desumere la vigenza di tale fondamento dall'interpretazione di altri principi. Per quanto concerne la funzione giurisdizionale, si guarda al complesso dei principi del giusto procedimento (art. 111); per la funzione di governo – se si eccettua il potere normativo attribuito a tale organo, in quanto coperto dal principio della pubblicazione – occorre guardare soprattutto alla pubblicità “indiretta” che l'azione del governo come organo costituzionale acquista per il tramite del rapporto con le Camere, nell'espletamento della attività di indirizzo politico; per la funzione amministrativa – come si ricorderà più diffusamente tra breve – l'interpretazione ha riguardato soprattutto i principi sanciti dall'art. 97 (legalità, buon andamento, responsabilità, imparzialità)⁴.

Se – e non da ultimo – è poi possibile comunque fondare un generale principio di conoscibilità sull'interpretazione sistematica del complesso dei principi fondamentali della nostra forma di Stato (spe-

(4) Sulla copertura costituzionale del principio di pubblicità nello Stato di diritto e nello Stato sociale, sia consentito qui rinviare alle considerazioni svolte ed alla dottrina citata in P. MARSOCCI, *Poteri e pubblicità. Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Padova, Cedam, 2002, p. 57 ss. e p. 111 ss.

cialmente su democrazia, uguaglianza, rappresentanza), di cui appare il presupposto, almeno logico, imprescindibile, è tuttavia necessario ribadire che la sua assenza nel testo della Costituzione ha condizionato le scelte del legislatore, rendendo tardivo, incerto, discontinuo e frammentato il cammino che porta alla positivizzazione del principio dell'apposizione del segreto e della riservatezza solo come eccezione, in funzione di garanzia.

Consapevoli che la distinzione tra ambito pubblico ed ambito privato è alla base della costruzione storica degli Stati nella modernità e che gli apparati pubblici sono la soluzione appunto storica alle esigenze di vita delle collettività (popoli) organizzate su base nazionale, si può anche – nell'economia di questo breve contributo – solo accennare al tema degli Stati nazionali come costruzione giuridica in crisi o, per alcuni, come realtà già superata insieme alla distinzione tra i due ambiti o "sfere" appena richiamati, per osservare che ineluttabilmente la condivisione di questo punto di vista sposterebbe il problema sull'esistenza e sulla garanzia dei diritti e delle libertà individuali.

La contemporaneità pone, come è noto da molto tempo, sfide inedite agli Stati ed al loro "spazio di manovra" e le domande più ricorrenti concernono cosa comprenda oggi lo spazio pubblico, come sia necessario ridefinire al suo interno il rapporto tra libertà e autorità, chi siano e che ruolo abbiano i nuovi attori o mediatori di questo dialogo⁵. La sfida evocata ormai da tutti riguarda le trasformazioni che ruotano attorno al mutato rapporto che singoli e gruppi sociali hanno con il territorio, inteso come luogo fisico di riferimento delle proprie attività e delle proprie esperienze conoscitive; si tratta, dunque, di considerare come principali cause di trasformazione le nuove tecnologie della comunicazione e dei trasporti. Questi processi generano la perdita di centralità del territorio, perché da un lato le organizzazioni sovranazionali assorbono parte delle competenze statali e, dall'altro,

(5) Sul tema dell'apertura degli spazi politici e sulla crisi della capacità ordinante delle Costituzioni, cfr. le recenti argomentazioni di G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013, spec. p. 29 ss.; specificatamente sul tema delle istituzioni di fronte alla globalizzazione, M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000.

gli stessi Stati tendono a devolvere ampie attribuzioni agli enti sub statali⁶.

Generano però anche lo “sconfinamento” ed il radicamento a livelli spaziali molto più estesi di principi dall’indiscusso portato positivo. Infatti, con specifica attenzione alla funzione amministrativa, da tempo autorevolmente in dottrina si discute dell’impatto che ha il processo di globalizzazione, sia per valutare nel suo complesso il processo di destatalizzazione anche del diritto amministrativo, sia per individuare e analizzare la nuova strumentazione giuridica messa a disposizione (per esempio in campo contrattuale) delle p.a. da parte delle organizzazioni internazionali, e più specificatamente dei sistemi regolatori globali a tutela della libertà privata; si è arrivati così alla conclusione che sono in particolare i principi procedurali, quali la partecipazione dei privati, l’obbligo di motivazione, la trasparenza (intesa come accessibilità) a costituire oggi parti essenziali di un patrimonio comune non solo a più sistemi giuridici, ma anche di una *international rule of law* o di una *rule of law* globale⁷.

(6) La sovranità statale oggi vacilla come non mai e per il costituzionalismo questo si traduce nell’urgenza di chiarire se, al di fuori delle pur sempre rassicuranti forme della rappresentanza nazionale, questi diversi soggetti – a cui molti ormai vorrebbero aggiungere anche soggetti collettivi privati, si pensi per tutti al tema del coinvolgimento degli stessi utenti nella definizione delle regole globali per l’uso di Internet – siano pienamente legittimati a produrre principi e norme in grado di garantire l’effettività piena dei diritti (vecchi e nuovi).

(7) Sul fenomeno della circolazione degli istituti giuridici tra ordinamenti nazionali e sulla loro diffusione dal livello nazionale a quello globale, il riferimento obbligato è agli studi di S. CASSESE, in particolare, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003; *Il diritto amministrativo globale: un’introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2005, p. 331 ss., e *Universalità del diritto*, Napoli, ES, 2005, p. 14, dove tra gli esempi di diritto globale l’A. include il *due process of law* che in Italia ha comportato l’obbligo dell’amministrazione pubblica di informare il cittadino e di ascoltarlo. Cfr. anche G. DELLA CANANEA, *Dai vecchi ai nuovi principi generali del diritto: il due process of law*, in ID. (a cura di), *I principi dell’azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, Napoli, ES, 2007, p. 11 ss.; G. MORBIDELLI, *Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo*, Napoli, ES, 2012.

3. Pubblicità e trasparenza dell'agire delle pubbliche amministrazioni: la questione della loro qualificazione giuridica nel diritto positivo italiano e nell'ordinamento dell'Unione europea

Venendo ora al tema della qualificazione giuridica delle (comunque intese dal punto di vista semantico) nozioni di pubblicità e di trasparenza, è necessario ribadire che il diritto positivo le qualifica a volte come principi (di diritto amministrativo o di rango costituzionale, sebbene non esplicitati nella Carta), a volte come criteri, a volte come meri strumenti, infine come livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera *m*) della Costituzione.

A farlo è innanzitutto il legislatore nazionale, con riferimento all'organizzazione delle p.a. ed in particolare alla disciplina del procedimento amministrativo. Chiara e precisa era stata la prescrizione introdotta – si tratta come è noto anche della prima disposizione di ampia portata al riguardo – dalla legge sulle autonomie locali, 142/1990: “tutti gli atti dell'amministrazione provinciale e comunale sono pubblici”, salvo espresse eccezioni. Successivamente, è nell'art. 1 della legge 241/1990, che quello di pubblicità appare per la prima volta rubricato tra i “principi generali dell'attività amministrativa”, accanto ad economicità e efficacia, inducendo l'interprete a ritenere che si tratti di elementi normativi generali tesi a darvi forma⁸; nel testo della disposizione è tuttavia qualificato come “criterio”, ossia elemento la cui interpretazione dovrà essere discriminante per operare le scelte. Sarà poi la novella apportata dalla legge 15/2005 ad inserire anche il principio di trasparenza, evidentemente spingendo l'interprete a sottolinearne il differenziato contenuto normativo.

(8) Sulla disciplina legislativa generale dell'azione amministrativa nell'ordinamento italiano come fenomeno “recente” rispetto alla consolidata formazione del diritto amministrativo sulla base di un complesso di principi elaborati fondamentalmente ad opera del Consiglio di Stato, supportato dalla dottrina, cfr. V. CERULI IRELLI, *I principi dell'azione amministrativa e la disciplina del procedimento*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 17 s.; G. MORBIDELLI, *Note introduttive alla vigente disciplina del procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Milano, Giuffrè, 1995, II, p. 213 ss.

Anche l'accesso, da diritto soggettivo⁹ il cui riconoscimento ed esercizio è corredato da specifiche garanzie, diviene – con la novella all'art. 22 della legge 241/1990, introdotta dall'art. 11 della legge 69/2009 – “Principio generale dell'attività amministrativa” *finalizzato* a favorire altri principi, quali quelli di partecipazione, imparzialità e trasparenza. Più recentemente, infine, compare quello che molti commentatori ritengono una novità (su questo punto si tornerà oltre), il richiamo alla “accessibilità totale” (d.lgs. 150/2009), riferita ad ogni aspetto dell'organizzazione amministrativa¹⁰. Nell'art. 3 del decreto si dispone che sia l'adozione di “modalità e strumenti di comunicazione” a garantire “la massima trasparenza delle informazioni concernenti le misurazioni e le valutazioni della *performance*”; nell'art. 11, rubricato semplicemente “Trasparenza”, si dispone che essa sia “intesa” come accessibilità totale e che costituisca livello essenziale delle prestazioni erogate, ai sensi dell'art. 117 Cost. Sempre nella stessa disposizione, la si descrive come un obiettivo da realizzare, salvo poi indicarla – usando il plurale – come “principi”.

Minore incertezza è dimostrata dall'Unione europea dove si sceglie di includere formalmente la trasparenza dei processi decisionali delle istituzioni – di tutte le istituzioni – tra i principi generali del proprio ordinamento, a partire dal Trattato di Maastricht (art. 1) e dalla dichiarazione (n. 17), ad esso allegata, sul diritto di accesso alle informazioni. Gli stessi concetti sono ribaditi nel Trattato di Amsterdam (art. 1), e nelle dichiarazioni (n. 35 e n. 41) ad esso allegate. Oggi i riferimenti sono l'art. 1 della versione consolidata del TCE e l'art. 15, comma 3 del TFUE¹¹.

(9) “Diritto strumentale”, appunto, alla realizzazione dei principi generali dell'azione amministrativa, cfr. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000 (VI ed.), p. 486.

(10) Cfr. diffusamente A. BONOMO, *Il codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in questo fascicolo della *Rivista*.

(11) Le modifiche erano già presenti nel “Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa” (art. I-50) e successivamente nella sostanza sono state incluse nel Trattato di Lisbona del 2009, con significativi ampliamenti relativi alla garanzia del diritto di accesso ai documenti non solo di Parlamento, Commissione e Consiglio, ma delle istituzioni, organi o organismi dell'Unione.

Ciò consente all'interprete di considerare il contributo di tale principio nell'ambito della dotazione "costituzionale" dell'Unione, la sua specifica collocazione ed il nesso con altri principi. Le "Decisioni prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini" ed il "promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile" sono concepiti e proclamati come azioni finalizzate a rafforzare il carattere democratico delle istituzioni ed il rispetto dei diritti fondamentali sanciti dall'Unione, contribuendo in particolare al continuo rinnovamento della fiducia dei cittadini nei confronti dell'amministrazione, della sua legittimità, efficienza e responsabilità¹². L'Unione individua nel diritto d'accesso ai documenti¹³ e nel diritto all'informazione¹⁴ gli strumenti principali dell'attuazione della trasparenza, garantendo al contempo la tutela della riservatezza e l'eccezionale apposizione del segreto; prevede accanto al ricorso giurisdizionale la denuncia al mediatore¹⁵; impone, conseguentemente, al Parlamento, al Consiglio¹⁶ ed alla Commissione di redigere propri regolamenti sul tema¹⁷.

(12) L'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali – proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 – individua il "diritto ad una buona amministrazione", con i seguenti contenuti: imparzialità ed equità dei comportamenti; conclusione delle procedure entro termini ragionevoli; ascolto delle proprie ragioni, accesso ai procedimenti; motivazione delle decisioni; risarcimento dei danni. Sul tema dell'evoluzione del buon andamento della amministrazione, cfr. S. RICCI, *La "buona amministrazione": ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, Torino, Giappichelli, 2005; S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, Relazione alla giornata sul diritto alla buona amministrazione per il 25° anniversario della legge "Sindic de Grenges" della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009, consultabile in www.irpa.eu; D.U. GALLETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte essenziale di garanzie procedurali nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, p. 816 ss.

(13) Art. 255 del Trattato di Amsterdam e art. 42 della Carta dei diritti fondamentali.

(14) Art. 11 della Carta dei diritti fondamentali.

(15) Art. 43 della Carta dei diritti fondamentali.

(16) Art. 207, comma 3, del Trattato di Amsterdam.

(17) Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso al pubblico dei documenti del Parlamento, del Consiglio e della Commissione, in G.U.C.E. n. L. 145 del 31 maggio 2001. Con dichiarazione comune successiva le tre istituzioni convergono sulla necessità che "le agenzie, gli organismi simili istituiti dal legislatore, nonché le altre istituzioni o organi" si diano regole

Particolarmente accessibile ed aperta al dialogo ed alla partecipazione pubblica deve essere la procedura legislativa, considerato che le tecnologie a disposizione permettono ormai di rendere effettivamente conoscibili i dati in entrata ed in uscita relativi alle attività del Consiglio (art. 207, comma 3, del Trattato di Amsterdam) e del Parlamento (regolamento CE 1049/2001)¹⁸. Inoltre, accanto al principio della più ampia circolazione possibile dei dati disponibili, l'Unione pone il principio della "cooperazione leale nelle relazioni tra le istituzioni e gli Stati membri", con particolare attenzione alla "divulgazione delle informazioni ai cittadini"¹⁹, dimostrando di aver ben chiara la connessione tra circolazione delle informazioni in ambito extraistituzionale ed in ambito interistituzionale²⁰.

analoghe, in G.U.C.E. n. L 173 del 27 giugno 2001. Cfr. la decisione della Commissione che modifica il proprio regolamento interno, del 5 dicembre 2001, in G.U.C.E. n. 345 del 29 dicembre 2001; la decisione del Consiglio che modifica il proprio regolamento, del 29 novembre 2001, in G.U.C.E. del 30 novembre 2001; la decisione dell'Ufficio di Presidenza del Parlamento, del 28 novembre 2001, in G.U.C.E. n. C 374, del 29 dicembre 2001. Si segnalano poi la Risoluzione del Parlamento europeo del 4 aprile 2006 e il libro verde della Commissione del 18 aprile 2007, "Accesso del pubblico ai documenti detenuti dalle istituzioni della Comunità europea", COM(2007) 185 con cui si presentava il bilancio, giudicato come ampiamente positivo, dell'attuazione della normativa vigente e si proponeva di modificare ampliandola la politica di trasparenza e accesso alle informazioni, con rinnovata attenzione all'equilibrio tra le garanzie alle diverse situazioni giuridiche potenzialmente in contrasto. Gli esiti della consultazione avviata a seguito del libro verde sono riportati in un rapporto di sintesi del gennaio 2008.

(18) Nell'art. 5 si legge che "Tutti i documenti elaborati o ricevuti dal Parlamento europeo nel quadro della procedura legislativa sono resi accessibili ai cittadini sotto forma elettronica".

(19) Rispettivamente punto 15 dei considerato e art. 14 del Regolamento (CE) 1049/2001.

(20) Sul punto e più in generale sullo sviluppo della disciplina comunitaria, a partire dalla Comunicazione della Commissione per *Un nuovo quadro di cooperazione per le attività di politica dell'informazione e della comunicazione nell'Unione europea* (27 giugno 2001 – COM(2001) 357), rinvio a P. MARSOCCI, *La comunicazione delle istituzioni pubbliche nel confronto con l'Europa*, in M. VALENTINI, A. BAIOCCHI, M. MORCELLINI, F. FACCIOLI (a cura di), *Roma Laboratorio Comune. Esperienze di comunicazione in una metropoli*, Milano, Edizioni L'Abitalia, 2004, p. 102 ss. e ID, *La comunicazione per la partecipazione. Una ricostruzione normativa in Italia ed in Europa*, in F. FACCIOLI, L. D'AMBROSI, L. MASSOLI (a cura di), *Luci della ribalta. Comunicazione sociale, processi inclusivi e partecipazione*, Roma, ESI, 2007, p. 82 ss. Cfr. anche, C. ALBERTI, *La disciplina*

Con il Trattato di Lisbona, si è stabilito che sia possibile per i cittadini e le associazioni rappresentative far conoscere e scambiare con le istituzioni le loro opinioni sui settori di azioni dell'Unione (art. 11., par. 1, TUE); che le istituzioni siano chiamate a mantenere con le stesse associazioni, e con la società civile in generale, un dialogo aperto, trasparente e regolare (art. 11, par. 2, TUE); che la Commissione è chiamata a procedere ad "ampie" consultazioni delle parti interessate (art. 11, par. 3, TUE); si è previsto il c.d. diritto di iniziativa popolare, per il quale i "Cittadini dell'Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengano necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati" (art. 11, par. 4, TUE)²¹.

È ancora oggi, allora, importante ribadire che l'Unione europea non si sottrae all'enunciazione formale di un principio, quello della ampia e non immotivatamente circoscrivibile circolazione delle conoscenze detenute da qualsiasi soggetto istituzionale – e riferibili ai diversi aspetti di ciascuna specifica attività e competenza²² – e che esso deve essere interpretato ed attuato non più solo come il presupposto della formazione della volontà delle pubbliche autorità, che si tradurrà in

del diritto di accesso nel post Amsterdam tra consacrazione e limitazione, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1, 2003, p. 55 ss.

(21) Sul punto, G. ALLEGRI, *La partecipazione delle società civili nazionali ed europee all'iniziativa dei cittadini europei (ICE)*, in *attuazione dell'art. 11, par. 4 del TUE e del regolamento U.E. n. 211/2011*, in *Rivista Aic*, 2, 2012.

(22) Dunque non esclusivamente riferita all'esercizio di poteri di natura amministrativa, con funzione di esecuzione del diritto comunitario, ed agli istituti direttamente connessi, ossia il diritto all'accesso ai documenti amministrativi ed al proprio fascicolo, il principio di partecipazione al procedimento come diritto ad essere ascoltati e l'obbligo di notifica e motivazione degli atti; sul punto G. LOCCHI, *Il principio di trasparenza in Europa nei suoi risvolti in termini di Governance amministrativa e di comunicazione istituzionale dell'Unione*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it (18 agosto 2011), spec. p. 5 s. di cui si segnala anche la più generale riflessione sulla trasparenza come espressione della *governance* europea e come risposta seppure problematica alla questione del deficit democratico nell'UE (p. 7 ss.).

decisioni, ma come un obiettivo da perseguire per sostenere il modello di democrazia pluralista affermatosi in Europa nel dopoguerra. Riflettere sull'agire "in pubblico" delle istituzioni, direttamente o indirettamente rappresentative, risulta indispensabile perché permangano e si rafforzino le garanzie che caratterizzano storicamente tali forme di Stato. Questo punto di vista è poi da privilegiare per mantenere viva, per chi sia interessato a farlo, la distinzione tra poteri istituzionali e "poteri"²³ privati, e perché l'esercizio dei diritti civili e politici – nelle diverse forme di partecipazione singola e associata – continui ad avere senso, anche nelle (già ricordate) modificate forme che le tecnologie hanno permesso di fare emergere. Tuttavia, allargare l'orizzonte dall'innovazione dei servizi di informazione e comunicazione con i cittadini alla questione del potenziamento della democrazia europea attraverso la comunicazione pubblica ha costi notevoli, non solo in termini economici, ma in termini di responsabilità politica, in quanto ciò che le istituzioni e i singoli che sono al loro servizio si assumono è un preciso onere di attivare la discussione pubblica, tenendone in conto gli esiti, con procedure non autoreferenziali o meramente promozionali della propria immagine. Tali considerazioni servono probabilmente almeno a comprendere le ragioni delle incertezze e del ritardo, dentro e fuori i contesti nazionali.

4. (Segue): nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Anche dalla disamina della giurisprudenza costituzionale (ci si concentra qui sulle pronunce che riguardano l'azione amministrativa) – come già si è avuto modo di evidenziare con riferimento alla legislazione e alla dottrina – rimane difficile desumere un'interpretazione univoca circa la qualificazione giuridica della pubblicità e della trasparenza.

È possibile osservare che la Corte ha rinvenuto i fondamenti costituzionali della pubblicità e della trasparenza innanzitutto nei principi prescritti nel primo comma dell'art. 97.

Dalla seconda metà degli anni Novanta, tale giurisprudenza richiama

(23) Nel senso di "forze", economiche, ma anche politiche, collettive o individuali.

in prevalenza il principio del buon andamento come parametro di legittimità costituzionale delle scelte legislative riguardanti l'organizzazione ed il funzionamento della funzione amministrativa. Se, infatti, da un lato tale parametro si presta ad essere interpretato nel senso di ricomprendervi ogni aspetto legato ad attività pubblica, nel senso specifico della sua collocazione nella sez. II del Titolo III della Carta, esso non riguarda l'*iter* legislativo e le attività svolte nell'esercizio della funzione giurisdizionale (con l'eccezione dell'ordinamento degli uffici giudiziari). Tuttavia, concorrendo alla realizzazione delle garanzie dei diritti, la sua portata ed applicabilità è particolarmente ampia ed investe non solo le modalità di strutturazione degli apparati e degli uffici – compreso il reclutamento e lo *status* dei dipendenti –, ma la loro organizzazione e il loro funzionamento, dunque l'esercizio dei poteri, l'andamento dei procedimenti e l'adozione dei provvedimenti e degli altri atti conclusivi. Inoltre, appare quasi sempre necessario contemperare il buon andamento sia con gli altri principi esplicitati nel primo (legalità e imparzialità), nel secondo (competenza e responsabilità dei funzionari) e nel terzo comma (accesso al pubblico impiego per concorso) dell'art. 97 sia con gli altri fondamenti della funzione esecutiva che, a partire dai principi fondamentali della Costituzione, sono rinvenibili nell'intera Carta.

La giurisprudenza costituzionale, dunque, pur non offrendo “un compiuto catalogo di contenuti specifici riconducibili al buon andamento, ma solo indicazioni parziali, da cui possono desumersi regole specifiche e corollari”²⁴, ha indicato numerosi e sicuri collegamenti tra tale principio e le azioni volte alla pubblicità ed alla trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

Quanto al profilo definitorio²⁵, sono indicati come “obiettivi” ed al

(24) COSÌ I. IANNUCILLI, A. DE TURA (a cura di), *Il principio di buon andamento dell'amministrazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Nota introduttiva*, in www.cortecostituzionale.it, *Studi e ricerche*, ottobre 2008.

(25) Sulla definizione di ciascuna di queste qualificazioni e sulla loro reciproca e necessaria distinzione, per alcuni essenziali riferimenti si rinvia a N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966; G. GUARINO *L'organizzazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 1977, spec. p. 21 ss. e p. 75 ss.; S. BARTOLE, voce *Principi ge-*

tempo stesso “valori essenziali in un ordinamento democratico” quelli di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività dell’azione amministrativa che il legislatore ha voluto introdurre, al fine di dare attuazione “sia pure non esaustiva del principio costituzionale di buon andamento dell’amministrazione” (sentt. 262/1997, 40/1998, 300/2000). In altre pronunce, la Corte preferisce parlare di “criteri” riprendendo la lettera dell’art. 1 della legge 241/1990 (sent. 104/2006) o di “esigenze” (sent. 172/2005) o di “canoni” (sent. 148/2009).

Non mancano tuttavia le occasioni in cui la qualificazione è quella di “principi costituzionali” – come nel caso riferito alla disposizione di uno statuto regionale che stabilendo “il diritto di accesso, senza obbligo di motivazione, ai documenti amministrativi si conforma al principio costituzionale di imparzialità e di trasparenza dell’azione amministrativa ed è altresì del tutto coerente con l’evoluzione del diritto comunitario” (sent. 372/2004) – o “con copertura costituzionale” (sent. 175/2011), o di “principi del patrimonio costituzionale comune dei paesi europei”, con riferimento in particolare alla pubblicità del procedimento amministrativo, principio stabilito, tra l’altro, dall’art. 253 del Trattato istitutivo delle Comunità europee, che impone l’obbligo di motivazione degli atti comunitari (sent. 104/2006), o ancora di principi senza particolare aggettivazione (sent. 104/2007). La trasparenza (accanto alla imparzialità) è, infine, anche qualificata come garanzia “che circonda l’agire amministrativo” (sent. 182/2008) o mero “presupposto” dell’agire istituzionale (sent. 85/2009).

Venendo ai contenuti, o meglio alle argomentazioni, sempre con riferimento al legame tra principio costituzionale del buon andamento da un lato e pubblicità e trasparenza dall’altro (usati, come sopra rimarcato, a volte come concetti fungibili a volte distintamente), nello stesso periodo osservato (1997-2013²⁶) è possibile evidenziare come

nerali di diritto (diritto costituzionale), in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986; F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, II ed., Torino, Giappichelli, 1997, spec. p. 104 s. e p. 265 ss e *Id.*, voce *Principi generali dell’ordinamento*, in *Enc. giur.* XXIV, Roma, Treccani, 1990.

(26) Prima della cosiddetta stagione delle riforme, l’uso del parametro costituzionale dell’art. 97 è stato piuttosto timido, non essendo interpretato come vincolo di parti-

la Corte insista in particolare sull'incidenza tra tale nesso ed alcuni aspetti: l'effettività delle garanzie apprestate alle posizioni giuridiche soggettive coinvolte; la definizione concreta del rapporto tra politica e amministrazione, la semplificazione e lo snellimento dell'azione amministrativa.

Quanto al primo profilo, si pensi a quando la Corte ha affermato che "la pubblicità dell'azione amministrativa ha assunto, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), il valore di un principio generale, che attua sia i canoni costituzionali di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione (art. 97, comma 1, Cost.), sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti dell'amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.)" (l'inciso è nella sent. 104/2006, ma il tema è presente anche nelle sentt. 32/2005, 58/2009, 310/2010); ancora, quando la Corte ha sottolineato che "l'art. 24 Cost. se indubbiamente si dispiega nella pienezza del suo valore prescrittivo solo con riferimento ai procedimenti giurisdizionali, non manca tuttavia di riflettersi in maniera più attenuata sui procedimenti amministrativi, in relazione ai quali, in compenso, si impongono al più alto grado le garanzie di imparzialità e di trasparenza che circondano l'agire amministrativo" (sent. 182/2008 e precedentemente sentt. 460/2000 e 505/1995).

colare rilievo per il legislatore. Anche le incerte aperture della dottrina per desumere dall'intera "trama" costituzionale un principio di giusto procedimento – con l'intento di fondare le pretese ad un'amministrazione aperta e partecipata – si erano fino a quel momento confrontate con una sostanziale ritrosia che solo il positivo orientamento del legislatore statale (per molti determinato peraltro dal fattore esterno della forte spinta all'integrazione giuridica ed economica a livello europeo, più che da una doverosa lettura evolutiva dei fondamenti costituzionali dell'agire amministrativo) ha interrotto; cfr. F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 816 ss.; C. ROEHRSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Dir. amm.*, 1987, p. 47 ss.; S. CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, spec. p. 84 ss. Ricostruisce le possibili cause della sottovalutazione del peso costituzionale di tale principio L. BUF-FONI, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in www.forumcostituzionale.it (16 aprile 2007).

Così anche il principio dell'affidamento del cittadino – sottolineato attraverso il riferimento alla “credibilità” delle p.a. presso il pubblico – rileva come presupposto, non solo logico, per l'esercizio e la garanzia dei diritti nel rapporto con l'agire amministrativo (sentt. 206/1999, 526/2000, 145/2002, 93/2010, 257/2010).

Quanto al secondo profilo, la Corte evidenzia che risiede nella concretezza della pubblicità dell'azione cautelare, a seguito di accusa penale, a carico di un pubblico funzionario il nesso tra art. 97 ed art. 54, in quanto “si tratta certamente, in linea di principio, di un interesse della collettività meritevole di protezione dal punto di vista costituzionale, essendo riconducibile al principio di buon andamento dell'amministrazione (art. 97, primo comma, della Costituzione), e in definitiva al rapporto ‘politico’ che lega gli utenti e i destinatari dell'attività amministrativa a coloro che, occupando pubblici uffici, hanno il dovere di adempiere le funzioni pubbliche loro affidate ‘con disciplina ed onore’ (art. 54, secondo comma, della Costituzione), ponendosi ‘al servizio esclusivo della Nazione’ (art. 98, primo comma, della Costituzione)” (sent. 206/1999; argomenti ripresi poi nella sent. 172/2005).

Quanto al terzo profilo, occupandosi delle norme in tema di *spoils system*, la Corte ha ribadito che concorre a dare attuazione ai principi dell'art. 97 il fatto di “garantire la regolarità e la continuità dell'azione amministrativa e, in particolare, dei pubblici servizi, anche al mutare degli assetti politici (salva – come già notato – la rimozione del funzionario quando ne siano accertate le responsabilità previste dall'ordinamento); a quella per cui i dirigenti debbono essere sottoposti a periodiche verifiche circa il rispetto dei principi di imparzialità, funzionalità, flessibilità, trasparenza, nonché alla valutazione delle loro prestazioni in funzione dei risultati e degli obiettivi prefissati (salva, anche qui, la rimozione per la valutazione ad esito negativo)” (sent. 104/2007, si vedano anche la sent. 377/2007 e la sent. 175/2011).

L'affermazione del valore delle nozioni di pubblicità e di trasparenza permette poi all'interprete di rinvenire un motivo di coerenza interna e di armonia tra i principi prescritti nel primo comma e quelli prescritti dagli ulteriori commi sempre dell'art. 97. Si pensi al principio dell'accesso al pubblico impiego tramite concorso (tra le pronunce

recenti, le sentt. 68/2011, 30/2012, 108/2011, 7/2011, 212/2012).

Così, ancora, viene evidenziato il nesso tra le garanzie apprestate dell'art. 97 e gli altri principi sempre contenuti nella sezione II del Titolo III della Carta. In particolare sulla piena, corretta ed affidabile circolazione dei dati come presupposto per l'attuazione del principio costituzionale del controllo all'interno dell'apparato pubblico, soprattutto a seguito dell'avvio delle riforme (legge 20/1994) che hanno trasformato la Corte dei conti da organo di verifica preventiva della legittimità degli atti delle p.a. ad organo di controllo sull'efficienza, efficacia ed economicità²⁷.

Per la Corte appare essere, in sintesi e conclusivamente sul punto, proprio il principio della circolazione dei dati pubblici (la cui esclusione può essere ammessa solo per i motivati casi indicati della legge) il tramite utile a connettere il buon andamento con gli altri principi costituzionali applicabili all'azione amministrativa e rinvenibili dalla interpretazione dell'intero testo della Carta.

5. I rinnovati strumenti del controllo democratico dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 33/2013

Le aperture della giurisprudenza, gli interventi del legislatore nazionale, regionale e comunitario appena descritti confermano che il modello di amministrazione italiana, anche osservato nella prospettiva della trasparenza, è (sarebbe) tutt'altro che debole²⁸. Se dunque il caso

(27) Sul punto, con riferimento proprio all'interpretazione dell'ambito di applicazione del decreto legislativo 33/2013, si veda il parere della sezione regionale di controllo per il Lazio della Corte dei conti, del 26 giugno 2013, in tema di applicabilità alla società CO.TRA.L. delle norme in materia di procedure e regimi sanzionatori del personale pubblico. Una disamina degli orientamenti recenti della Corte costituzionale è contenuta in S. GAMBINO, *Controlli e autonomie territoriali fra (potenziamento delle funzioni della) Corte dei conti, legislazione (di riequilibrio finanziario) e giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 17, 2013.

(28) Come è stato da tempo evidenziato, cfr. L. CARLASSARE, *Politica e amministrazione nella Costituzione italiana*, in M. AINIS, A. RUGGERI, G. SILVESTRI, L. VENTURA (a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 70 s.; G. AZZARITI, *Modelli di amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in Id., *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 73 ss.

italiano ha presentato, nel dibattito internazionale, la caratteristica di un'organizzazione amministrativa particolarmente resistente (almeno nel periodo dal 1948 al 1970), poi progressivamente più permeabile (fino al 1990), fino alla accelerazione verso un sostanziale cambiamento qualitativo²⁹, per molti versi, le trasformazioni della funzione amministrativa si sono dimostrate le uniche in grado di fare da apripista alle riforme utili ad attualizzare i precetti contenuti nella definizione della nostra forma di Stato costituzionale³⁰.

Del resto, forse anche per uscire dall'*impasse* del constatare che il testo costituzionale non offre un quadro organico del fenomeno amministrativo, Carlo Esposito sosteneva, con estrema efficacia, che "chi voglia sapere come è disciplinata l'amministrazione nella nostra Costituzione, non deve leggere due soli articoli, ma l'intera Costituzione"³¹. Così i principi contenuti nell'art. 97 e nelle altre disposizioni dedicate alla "pubblica amministrazione" sono unanimemente letti dalla dottrina come ulteriore esplicitazione dei principi fondamentali contenuti nei primi articoli della Carta, con particolare evidenza di quelli di democrazia (rappresentativa e partecipativa³²), riconoscimento e ga-

(29) Nonostante sia sempre più arduo conservare livelli irrinunciabili di democrazia economica e sociale.

(30) Così U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, p. 205, riprende le note tesi di Esposito e Mortati, affermando che "perché l'ordinamento abbia carattere democratico è necessario che l'amministrazione *sia* (corsivo mio) democratica, proprio nel senso che non c'è democrazia senza che vi sia anche democraticità dell'amministrazione".

(31) *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *Jus*, 1953, p. 357.

(32) Ciò è più evidente, nelle circostanze in cui l'intervento dal basso di gruppi organizzati o di singoli individui non riguarda decisioni strettamente politiche, ma amministrative (cfr. U. ALLEGRETTI, *Verso una nuova forma di democrazia: la democrazia partecipativa*, in *Democrazia e Diritto*, 3, 2006, p. 7 ss.). La spinta alla partecipazione nella gestione della cosa pubblica da molti è letta, con un apparente paradosso, come sintomo del fenomeno della disaffezione e allentamento dei cittadini dalla politica, in quanto da un lato la globalizzazione delle economie ha ridotto notevolmente la capacità dei singoli e dei gruppi sociali organizzati di influenzare gli apparati internazionali e i governi nazionali, dall'altro ha spostato l'attenzione sull'efficienza e sull'efficacia dell'azione amministrativa, soprattutto locale (in questo senso va letto anche l'inserimento in Costituzione del pur problematico principio di sussidiarietà in senso orizzontale).

ranza dei diritti, uguaglianza. Il concetto di democrazia partecipativa in particolare permette di valorizzare il “potere” del popolo di usare strumenti di condizionamento e indirizzo delle politiche pubbliche e al tempo stesso di disvelare la finzione giuridica del “popolo sovrano” (art. 1), popolo che deve almeno condividere con le istituzioni rappresentative l’esercizio di tale sovranità e che comunque deve essere messo nelle condizioni di sviluppare la propria personalità e l’effettiva partecipazione all’organizzazione politica, economica e sociale del paese (artt. 2 e 3).

Solo se ci si pone in questa prospettiva, non esclusivamente il procedimento, ma l’intero complesso dei “comportamenti” amministrativi può essere considerato come momento della trasformazione in atto non solo del potere pubblico, ma dell’attività conoscitiva, intellettuale e volitiva di coloro che sono coinvolti o che partecipano (a vario titolo) all’assolvimento di questa funzione. Oggetto della circolazione dei dati e delle conoscenze sarà costituito dunque da ogni *prodotto* dell’attività con cui sono assolti i compiti istituzionali (atti e deliberazioni, comprese quelle a contenuto normativo o di regolazione e quelle che implicano una valutazione dei risultati), ma anche da ogni aspetto relativo a composizione, organizzazione e funzionamento.

Solo, in altre parole, se ci si pone consapevolmente dalla prospettiva di osservare in termini propriamente giuridici il fenomeno della circolazione delle informazioni in ambiente pubblico, come sostanza del principio (che ritengo preferibile definire di pubblicità) che impone alle p.a. di “rendere disponibili” tutte le informazioni non legittimamente coperte da segreto o da riservatezza, si fonda il modello di amministrazione sul complesso dei principi costituzionali.

Oggi come ieri, la circolazione dei dati e delle conoscenze si realizza attraverso: l’acquisizione delle informazioni; la loro conservazione; la loro distribuzione o rilascio; la valutazione ed utilizzazione delle conoscenze acquisite³³. Quello che nel tempo è cambiato sono gli obblighi specifici a carico delle amministrazioni (che ricorderò sin-

(33) Sul punto, cfr. F. MERLONI, *La funzione di informazione pubblica nella società dell’informazione*, in F. MERLONI (a cura di), *L’informazione delle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 2002, p. 16 ss.

teticamente tra breve) tenuto conto che di tali attività occorre anche chiarire le finalità – per così dire generali –: quella dell’assunzione della decisione finale nell’ambito del procedimento e quella relativa all’assunzione di ogni altra decisione che incida sull’organizzazione amministrativa e sul suo funzionamento, entrambe nel rispetto ed entro i limiti dei principi di legalità, di imparzialità, di buon andamento (efficienza, efficacia ed economicità) e di responsabilità.

È necessario sottolineare, tuttavia, che esistono anche finalità ulteriori e specifiche, ossia quelle che, nel corso degli anni di applicazione delle diverse riforme dell’agire amministrativo, hanno dato origine ad una vera e propria nuova attività³⁴ (e di conseguenza a specifiche professionalità, creazione e riorganizzazione di appositi uffici, utilizzo imprescindibile di determinate tecnologie), quella di informazione e comunicazione istituzionale delle pubbliche amministrazioni.

Si tratta delle finalità di certezza, di servizio, di legittimazione (o di promozione dell’immagine), educativa (o di cittadinanza). Brevemente, quella di *certezza* è garanzia del principio di affidamento del cittadino; quella *di servizio*, in un’accezione volutamente ampia, è perseguita con la diffusione di ogni informazione utile a far conoscere all’esterno composizione, funzionamento e attività delle strutture pubbliche, attivata in primo luogo dalle amministrazioni al fine di facilitare la fruizione dei propri servizi; la *finalità di promozione o d’immagine*, quella che più facilmente si presta a similitudini con le analoghe attività del settore privato e di mercato, invece è chiamata a concorrere a soddisfare un principio pubblicistico come quello della *legittimazione*, che se perseguito in modo superficiale o errato produce disaffezione, allontanamento, sfiducia; la finalità *educativa o di cittadinanza* concorre a promuovere ed orientare comportamenti individuali e collettivi (i sociologi parlano di “cambiamento cognitivo” e “cambiamento d’azione”) verso i fini e nel rispetto dei compiti individuati dall’ordinamento giuridico, anche nel rispetto ed in attuazione del principio costituzionale di solidarietà³⁵.

(34) Disciplinata, in maniera complessiva, a partire dalla legge 150/2000.

(35) Riprendendo considerazioni già sviluppate in P. MARSOCCI, *Poteri e pubblicità*, cit., p. 201 ss., cfr. anche G. ARENA, *La funzione pubblica di comunicazione*, cit., p. 31; M.

È dunque anche ragionando sulle specifiche finalità perseguite che è possibile individuare e “catalogare” gli obblighi progressivamente posti a carico delle pubbliche amministrazioni che, da tendenzialmente aperte alle istanze collaborative dei cittadini, devono progressivamente diventare capaci gestori della attività di informazione e comunicazione istituzionale, verso l'esterno dell'apparato, non meno che al suo interno. Così occorre ricordare (non elencando quelli specifici per singoli settori): l'obbligo di garantire l'accesso ai documenti ed alle informazioni su atti, procedure e provvedimenti che riguardano le autonomie locali (legge 142/1990); l'obbligo di consentire l'estrazione di copia e l'accesso agli atti ai privati su richiesta motivata (con specifico riferimento al procedimento, insieme agli obblighi di indicare il termine conclusivo, il responsabile, la motivazione dell'eventuale provvedimento, il termine e le modalità con cui è possibile inoltrare ricorso, legge 241/1990); l'obbligo di comunicazione interna ed esterna che grava su ciascun ufficio pubblico insieme all'obbligo di interconnessione mediante sistemi informatici e statistici pubblici (d.lgs. 29/1993 e poi d.lgs. 82/2005, Codice dell'amministrazione digitale, modificato dal d.lgs. 233/2010); l'obbligo di consentire il diritto di informazione formale e informale; l'obbligo di pubblicare, con qualsiasi strumento idoneo e di divulgare attivamente dati anche a prescindere da istanza del privato (legge 150/2000 e direttiva del Dipartimento della Funzione pubblica del 7 febbraio 2002 che dunque costituisce una prima apertura verso il principio della accessibilità totale).

Come si inseriscono in questo quadro ricostruttivo le disposizioni – specialmente quelle sui principi generali – del d.lgs. 33/2013 e più in generale i principi della legge di delega 190/2012 in tema di prevenzione e lotta alla corruzione ed alla *maladministration*?³⁶

DE BENEDETTO, *voce Comunicazione pubblica*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2001, p. 2. L'art. 1, comma 5, della legge 150/2000, indica in modo più generico come finalità “illustrare, promuovere e favorire l'attività amministrativa in Italia ed all'estero”. Sulle finalità precipe a cui si rivolgono i numerosi obblighi di pubblicazione imposti alle amministrazioni dal d.lgs. 33/2013, diffusamente M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, cit., par. 3.

(36) Più in generale, sulle norme anticorruzione e sulla delega contenuta nella legge 190/2012, cfr. F. MERLONI, *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni*

Nel testo del decreto la “trasparenza” è “principio generale” ed il termine pubblicità è richiamato non nel suo senso ampio di principio, ma in quanto riferito alla qualità fondamentale di tutti quei documenti, dati e informazioni che entrando nella disponibilità delle p.a. sono il contenuto del diritto di chiunque a conoscerli ed utilizzarli gratuitamente (art. 3)³⁷. La trasparenza intesa come “accessibilità totale” (art. 1, comma 1), ossia riferita ad ogni aspetto dell’organizzazione amministrativa, richiama – come si è già accennato – quanto già disposto dal d.lgs. 150/2009, ed è definita come elemento che concorre ad attuare principi costituzionali, che è condizione di garanzia dei diritti di libertà, che è utile ad integrare il diritto ad una buona amministrazione (di derivazione comunitaria) e a realizzare in senso più generale un’amministrazione aperta e al servizio del cittadino (art. 1, comma 2)³⁸.

Se, allora, nei sistemi amministrativi improntati alla democrazia procedurale, le decisioni pubbliche devono essere innanzitutto conoscibili (sia nella fase della loro determinazione sia nella fase della loro attuazione), ma devono essere anche utilizzabili, per raggiungere il primo obiettivo è necessaria l’attività di informazione, per il secondo occorre l’attività di *comunicazione*, intesa nel senso di scambio consapevolmente mirato all’ascolto e all’eventuale modifica dei propri convincimenti o comportamenti.

Chi è chiamato per dovere istituzionale o per scelta individuale e collettiva a contribuire fattivamente alla sfera (o arena o spazio, ecc.) pubblica, intesa come dimensione comunitaria e produttrice di identità collettiva, è soggetto attivo di tale processo.

e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2013, p. 351 ss.

(37) Che in dottrina è indicato come *diritto alla conoscibilità*, costituzionalmente fondato anche sull’interpretazione del profilo del diritto ad essere informati quale contenuto dell’art. 21 Cost.; di recente cfr. M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2013, p. 428; E. CARLONI, *Gli strumenti della trasparenza nel sistema amministrativo italiano e la sua effettività: forme di conoscibilità, quantità e qualità delle informazioni*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 368 ss.

(38) Cfr. C. MARZUOLI, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., p. 45 ss.

Si è consapevoli che la questione dell'inclusione degli individui e dei gruppi sociali nelle decisioni pubbliche si scontra con il dato materiale della complessità dei temi che quelle decisioni vanno a toccare e dell'“aggravamento” delle procedure – come ci ricorda proprio il catalogo di obblighi contenuto nel decreto in commento –, ma sembra sempre utile anche solo accennare alla considerazione che quando c'è aperta controversia su determinati argomenti, dunque capacità di attrarre e rendere compartecipi le componenti interessate, c'è una prova dell'effettività del regime democratico pluralista. Illustrare e “spiegare” l'agire amministrativo nei suoi contenuti e nella sua portata pratica, è utile infatti ad acquisire il consenso, ottenere il rispetto dei cittadini e l'ottemperanza dei loro doveri, ma è anche necessario per effettuare le scelte organizzative più efficaci nel realizzare i contenuti delle scelte normative (in attuazione del principio della legalità sostanziale³⁹).

In questo senso, a me pare che il decreto 33/2013 si collochi ad integrazione del disegno normativo riformatore che ha – come ho cercato di riepilogare – progressivamente chiarito come oggi sia necessario intendere il nesso tra controllo pubblico e responsabilità individuali e collettive (non solo di chi esercita una pubblica funzione) in democrazia.

Con l'espressione “controllo pubblico” si vuole mettere in evidenza il significato di vigilanza e verifica critica dei consociati sull'attribuzione e sull'esercizio del potere; il complesso delle attività, compreso l'eventuale apparato sanzionatorio⁴⁰, legittimate dall'ordinamento –

(39) La legalità, pur avendo una struttura logica unitaria, deve essere riconoscibile, questo è l'elemento che la caratterizza nel suo aspetto c.d. sostanziale e che permette l'atteggiarsi delle forme concrete del controllo pubblico in democrazia.

(40) La cui puntuale definizione non è a mio avviso indispensabile perché si realizzi il controllo pubblico diffuso; *contra* M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza*, cit., p. 448, il quale trae dall'assenza di un sistema sanzionatorio posto a garanzia specifica di un “diritto civico” – veramente esercitabile da chiunque e non solo da colui che comunque si trovi ad avere una situazione legittimante, ossia la pretesa non esaudita di adempimento da parte della p.a. dell'obbligo di pubblicazione di una informazione – la conseguenza più generale che “ancora manca nella legislazione italiana, anche solo un inizio di disciplina di un controllo diffuso sul perseguimento delle funzioni amministrative e sull'uso delle risorse pubbliche” (p. 447).

appunto tramite l'esercizio di diritti e la corrispettiva imposizione di doveri –, indirizzate a questo fine costituiscono il modo di far vivere la teoria dei limiti nel costituzionalismo democratico contemporaneo. Ne fanno a pieno titolo parte gli strumenti di accessibilità e controllo delle informazioni di fonte pubblica al servizio dell'esercizio della libertà di espressione del pensiero, cronaca e critica, del diritto di accesso alla giustizia, di partecipazione politica, ecc., come appunto la serie di obblighi e oneri, responsabilmente e correttamente adempiuti, via via introdotti dal legislatore. Nel decreto 33/2013 si sottolinea, infatti, che scopo della trasparenza è quello di “favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche” (art. 1, comma 1) e si menzionano tra i principi costituzionalmente fondati, quello di “responsabilità” e quello di “integrità e lealtà al servizio della nazione” (art. 1, comma 2)⁴¹.

Di fronte alla questione dell'etica pubblica in frantumi, il richiamo, sebbene implicito, è evidentemente al dovere di “adempiere con disciplina e onore alle funzioni pubbliche” prescritto dall'art. 54 Cost., norma di principio che va letta e interpretata però nella sua interezza, in quanto ciò che è disposto nel secondo comma trova il suo corrispettivo nel primo comma dello stesso art. 54, dove è stabilito il “dovere di tutti i cittadini di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi”.

Inoltre, la collocazione di questo articolo nel titolo relativo ai “Rapporti politici”, riferiti ai “Diritti e doveri dei cittadini”, da sola può già essere letta come presupposto non solo logico, ma giuridico della pretesa alla *fides* di chi – in nome e per conto dei cittadini – democraticamente assolve a pubbliche funzioni. Non un semplice dovere

(41) Inoltre, nella prospettiva del controllo, l'azione fattivica dei cittadini risulta più marcata (sebbene non compiutamente soddisfatta, secondo l'Autrice) con l'istituto dell'“accesso civico”, che interpretato nella sua portata più estesa “diventa strumento di collaborazione e stimolo per la pubblicazione e per l'individuazione delle modalità più appropriate per assolvere gli obblighi di pubblicazione”, A. BONOMO, *Il codice trasparenza*, cit., par. 4. Sui nuovi “doveri minimi” dei dipendenti pubblici disciplinati dal decreto legislativo 62/2013, art. 54, si veda E. CARLONI, *Il nuovo codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2013, p. 395 s.

di obbedienza, ma attiva mobilitazione individuale e sociale di costruzione della cittadinanza (dentro e fuori gli apparati dello Stato), prova concreta di adesione ideale al disegno costituzionale⁴². Ecco perché è anche importante sottolineare che tra le finalità precipue dell'attività di comunicazione istituzionale c'è quella di legittimazione (o di cittadinanza), nel senso sopra descritto.

6. La questione della “qualità” delle informazioni pubbliche ed i suoi “costi”: come cambia (digitalizzazione permettendo) la responsabilità con il decreto legislativo 33/2013

Come si è accennato, la piena accessibilità è il presupposto ineluttabile per l'utilizzabilità, altrettanto piena, dei dati detenuti o prodotti dalle p.a. Il ragionamento si sposta così verso il tema della qualità, o meglio *delle* qualità, intese come caratteri indefettibili delle informazioni pubbliche.

Nell'amministrazione pubblica, l'assenza del fondamentale indicatore d'efficacia economica, il profitto, impone la considerazione d'altri indicatori della “bontà” del servizio, che la dottrina da tempo ormai esemplifica essenzialmente nell'analisi dei costi con finalità di controllo, in funzione di una migliore efficienza complessiva. Sotto questo profilo, la fragilità della distinzione tra pubblico e privato appare particolarmente evidente rispetto al regime di *responsabilità*. Quella pubblica ha sicuri fondamenti costituzionali, anche se, riferita all'amministrazione, ha trovato una sua piena realizzazione solo con la legislazione recente ed in particolare con la definizione della responsabilità dirigenziale. Le ultime riforme rendono ora possibile applicare la distinzione tra la responsabilità di indirizzo, di controllo e sanzionatoria degli organi “politici” (la c.d. *governance*) e quella della gestione, per obiettivi e risultati, degli organi burocratici.

(42) Il “potere” della società che si organizza attivamente prima informandosi e poi partecipando, con volontà di controllo e/o di proposta, non mette di per sé in discussione le prerogative di rappresentanza dei partiti politici, anzi dovrebbe essere di stimolo per correggere gli elementi di nociva preponderanza quando non pervasività. Entrambi potenziali risorse di controllo democratico, entrambi alla ricerca della *forza* di imporre come necessarie pubblicità, trasparenza, dunque giustificazione delle azioni istituzionali; la stessa potenzialità che esprime oggi il mezzo che entrambi sperimentano con fervore, Internet.

L'analisi diventa così mirata a misurare e massimizzare il grado di soddisfazione degli utenti, a programmare le risorse, a definire degli obiettivi, e a rendere efficace il sistema di controlli, garantendo il connesso quadro informativo, anche considerato che, come noto, la trasparenza oggi “costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell’articolo 117, secondo comma, lettera *m*), della Costituzione” (art. 11 del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150).

E, anche se formalmente, con la riforma del Codice per l’amministrazione digitale, il legislatore non ha previsto oneri aggiuntivi per la finanza pubblica, introducendo il vincolo di destinazione dei risparmi conseguiti e quantificati ai sensi dell’art. 29, comma 1, del d.lgs. 150/2009⁴³, tutto questo, appunto, si riflette sul bilancio nazionale e, con urgenza sempre più pressante, solleva interrogativi sulle risorse da mettere a disposizione per l’innovazione tecnologica (amministrazione digitale appunto) come strumento a garanzia dell’effettività dei diritti dei singoli (art. 3, comma 2, Cost.). Il passaggio dalla mera informazione obbligatoriamente mediata dai mezzi tradizionali (stampa e editoria, radio e televisioni) all’informazione e comunicazione pubblica, come flusso bidirezionale che mette in rapporto diretto i soggetti coinvolti, si è potuto compiere a pieno, infatti, grazie alle risorse e potenzialità messe a disposizione dall’evoluzione di Internet caratterizzata dalla attitudine a contenere, ordinare e mettere a dispo-

(43) I risparmi sui costi di finanziamento derivanti dai processi di ristrutturazione, riorganizzazione e innovazione all’interno delle p.a., documentati nella relazione di *performance*, validati e verificati, sono destinati in diverse percentuali al personale coinvolto e all’incremento delle somme disponibili per la contrattazione collettiva; “un meccanismo astrattamente ineccepibile come strumento di promozione dell’innovazione tecnologica della pubblica amministrazione a costo zero. Tuttavia, con riferimento al diritto di fruire di servizi *online* e al miglior godimento, mediante quei servizi, del diritto alla salute e dei diritti che attengono alla sicurezza sociale (assistenza e previdenza), nei quali sono rilevanti le responsabilità [...] si tratta di uno strumento strutturalmente inidoneo a garantire l’uguaglianza sostanziale”: L. CASSETTI, S. RICCI, *L’agenda digitale europea e la riorganizzazione dei sistemi di welfare nazionale: le nuove frontiere dei diritti sociali nella Knowledge Based Society*, in *Federalismi.it*, 12 ottobre 2012, p. 8. Sul tema, cfr. anche A. PAPA, *Il principio dell’uguaglianza (sostanziale) nell’accesso alle tecnologie digitali*, in E. DE MARCO (a cura di), *Accesso alla Rete e uguaglianza digitale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 11 ss.

sizione un numero sempre più elevato di dati, facilitarne l'accesso, diversificare e rendere capillari i punti di contatto con i destinatari, affrontare e risolvere progressivamente i problemi legati alla sicurezza e riservatezza delle informazioni.

Se si è d'accordo, allora, con la comune osservazione che la comunicazione mediata dal computer non abbia come effetto obbligato il potenziamento della democrazia, appare importante sottolineare che il principio di responsabilità istituzionale, al contrario, impone che questo obiettivo sia perseguito. L'applicazione di queste tecnologie, con l'introduzione della digitalizzazione, ha imposto un modello di comunicazione sostanzialmente reticolare, da molti a molti, multimediale, ipertestuale. Diritti di cittadinanza e di partecipazione devono essere considerati sotto questa nuova luce, le cui ombre, giuridicamente niente affatto trascurabili, sono la violazione della *privacy*, i nuovi crimini, l'aumento del divario tra ricchi e poveri e tra "nuovi alfabetizzati" e non.

Sono proprio le nuove tecnologie che inducono ad elaborare, anche da un punto di vista strettamente giuridico, la tesi della "condivisione del patrimonio informativo", con l'effetto di dare un rinnovato impulso agli studi sulla *natura giuridica del bene informazione pubblica*, sul regime del suo possesso, sui limiti alla sua utilizzazione e al suo sfruttamento anche commerciale.

Come è evidente, infatti, i dati in possesso del settore pubblico possono avere origine dall'attività dei singoli organi o provenire da soggetti esterni e dalle loro conoscenze e, allo stesso modo, occorre farle circolare per fini che rientrano tra quelli istituzionali (informazioni essenziali) o anche per scopi diversi e ulteriori (informazioni non essenziali). In questo senso, le prime vanno considerate beni pubblici rientranti nel patrimonio indisponibile, in quanto destinati ad un pubblico servizio, e le seconde, beni immateriali pubblici rientranti nel patrimonio disponibile e liberamente trasferibili a privati, in base alle regole di mercato.

Nel testo dell'art. 6 del decreto 33/2013, le pubbliche amministrazioni si impegnano a garantire la "qualità delle informazioni" e ad assicurarne alcuni caratteri – che la dottrina avrà modo di commentare e che, a prima lettura, appaiono elencati in ordine piuttosto casuale e comun-

que non esaustivo⁴⁴. L'adempimento degli obblighi indicati in questo articolo del decreto sono tuttavia un elemento che permette di fare un salto in avanti verso l'effettività del principio del controllo pubblico per il tramite della più ampia possibile accessibilità alle informazioni. La disposizione ha inoltre senz'altro il merito di evidenziare che il fattore della contestualizzazione temporale – soprattutto considerate le peculiarità tecniche dell'immissione di dati su supporti telematici – è uno degli obiettivi cui più devono tendere le p.a., impegnate nella puntuale immissione dei dati e nel loro costante aggiornamento. Se, come credo sia opportuno, il principio di responsabilità deve fare i conti con la peculiarità del mezzo tecnologico e con i delicati interrogativi che esso pone all'ente pubblico, nel momento in cui l'ente stesso è chiamato a garantire il diritto all'eguale accesso alle informazioni, è necessario dunque che esse presentino i caratteri (*qualità*), giuridicamente qualificanti, della certezza (rispetto alla fonte); della attendibilità (rispetto al contenuto); della intellegibilità (rispetto alla forma) e della utilità (rispetto alle finalità).

Nel costituzionalismo contemporaneo dovrebbe comunque essere sempre vivo il confronto su come sia possibile descrivere il volto reale con cui lo Stato di diritto liberal-democratico-sociale si presenta ai nostri occhi e alle nostre menti, come esso viene rappresentato, appunto tramite la circolazione delle informazioni, e come esso è percepito e “compreso” dai cittadini. Sfida enorme (e onerosissima finanziariamente) per gli Stati e la comunità internazionale, considerato che se le nuove e nuovissime tecnologie permettono una distribuzione potenziale delle informazioni più ampia e generalizzata, è indispensabile ricordare che la maggior parte della popolazione (e non solo quella dei paesi poveri) di fatto non ne beneficia, e con esse non beneficia della ricchezza economica che tale merce immateriale produce, risul-

(44) Sul tema della qualità delle informazioni pubblicate attraverso i siti istituzionali, ampi spunti già in M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, cit., par. 3. Cfr. l'analisi di E. CARLONI, *I principi del codice della trasparenza (art. 1, commi 1 e 2, 2, 6)*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*, Rimini, Maggioli, 2013, p. 49 ss.

tando discriminata da un punto di vista sostanziale. Non casualmente, è infatti proprio sul tema del diritto di accesso alla Rete e della sua natura di diritto fondamentale oppure di diritto sociale (dunque finanziariamente da sostenere) che si sta concentrando l'attenzione della dottrina costituzionalistica, a dimostrazione che ancora oggi l'analisi della struttura dei diritti è cuore delle riflessioni sulla tenuta e sull'auspicabile sviluppo dei nostri sistemi democratici⁴⁵.

7 . *Considerazioni conclusive*

Le precedenti brevi osservazioni a commento delle disposizioni contenute nell'art. 6 del decreto 33/2013 possono anche offrire spunti per lo sviluppo del tema della possibile qualificazione giuridica del diritto di accesso alla conoscenza, a mio avviso includibile tra i diritti di ultima generazione, come fattore decisivo per il mantenimento della democrazia sostanziale. In queste, altrettanto brevi quanto interlocutorie, considerazioni conclusive accennerò ad alcune questioni legate al delicato tema delle nuove pretese all'informazione pubblica e del loro possibile inquadramento costituzionale.

Mi sembra necessario ribadire che, nel contribuire all'attuazione del complesso dei principi generali di diritto amministrativo introdotti dalla legge sul procedimento (tra cui spicca quello di "pubblicità"), un ruolo niente affatto marginale ha la legge 150/2000 (Disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni). È in questa legge – che non può considerarsi di settore, in

(45) Cfr. S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet*, in *Politica del diritto*, 3, 2010, p. 339 ss.; M. PIETRANGELO, *Il diritto di accesso ad Internet*, Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia (Roma, 30 novembre 2010), Napoli, Iovene, 2011; P. COSTANZO, voce *Internet*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, aggiornamento, Torino, Utet, 2012. Cfr., tutti pubblicati nel n. 2/2011 di *Costituzionalismo.it*, i tre saggi di G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, p. 5 s.; G. DE MINICO, *Diritti Regole Internet*, p. 2 ss.; P. MARSOCCI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, p. 9 ss. Cfr. anche P. TANZARELLA, *Accesso ad Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, in Atti del convegno annuale del "Gruppo di Pisa", *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, consultabile in www.gruppodipisa.it; L. NANNIPIERI, *Costituzione e nuove tecnologie: profili costituzionali dell'accesso ad Internet*, relazione al secondo seminario annuale del "Gruppo di Pisa", su *Lo studio delle fonti del diritto e dei diritti fondamentali in alcune ricerche dottorali*, consultabile sul sito www.gruppodipisa.it, 20 settembre 2013.

quanto è riferita alla generalità degli ambiti materiali da amministrare – che, “fatta salva la disciplina vigente relativa alla pubblicità legale od obbligatoria degli atti pubblici” (art. 1, comma 2) e “nel rispetto delle norme vigenti in tema di segreto di Stato, di segreto d’ufficio, di riservatezza dei dati personali e in conformità ai comportamenti richiesti dalle carte deontologiche” (art. 1, comma 4), è stato introdotto nell’ordinamento giuridico *un dovere generale di circolazione di dati, conoscenze, informazioni* sia all’interno di ogni singola struttura amministrativa, sia all’interno del complessivo sistema amministrativo, sia all’esterno, ossia verso i privati (evidentemente cittadini e non cittadini) e verso gli altri enti e soggetti pubblici. In tale normativa, grande rilievo hanno in particolare le disposizioni tese alla riorganizzazione degli uffici per le relazioni con il pubblico in quanto strutture che sono al servizio – insieme a molteplici e delicate altre competenze – dell’esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi *ex art. 22 della legge 241/1990*; ma non sono le sole cui occorre guardare. In altri termini, il legislatore italiano da quel momento in poi ha stabilito che il modo di intendere il modello di amministrazione nel nostro sistema democratico, una volta venuto meno il segreto d’ufficio come norma di principio, considera lo scambio delle informazioni non come mero presupposto logico del buon funzionamento di ogni organizzazione sociale che lavora, ma come specifica “attività” amministrativa cui attribuire le finalità precise che ho ricordato nel paragrafo 5. Continuo a credere che già la tappa segnata dalla legge 150/2000 e dai suoi regolamenti di attuazione sia stata determinante per sostenere giuridicamente le pretese individuali sia alla *disponibilità* delle informazioni amministrative sia alla loro *utilizzabilità* finalizzata ad una efficace comunicazione (scambio di informazioni), base imprescindibile perché si realizzi sia la partecipazione sia il controllo da parte dei cittadini. Evidentemente, si tratta di pretese ancora non abbastanza forti, ma pur sempre corredate di nuove garanzie giuridiche, sebbene indirette, quali: l’introduzione di specifici obblighi di riorganizzazione degli uffici amministrativi, in particolare ma non solo di quelli direttamente titolari di competenze di informazione e comunicazione (URP, uffici stampa, uffici comunicazione), l’introduzione degli obblighi di formazione professionale imposti ai dipendenti ed ai

funzionari coinvolti e degli obblighi di potenziamento delle dotazioni strumentali informatiche, l'istituzione di un apposito capitolo di bilancio per le spese, oggi peraltro ampiamente ridotto. L'effettività di tali garanzie, non giurisdizionali, dipende dall'ottemperanza (tempestiva e completa) di tali obblighi, o meglio dell'insieme di tali obblighi.

Inoltre, quando si discute della relazione tra conoscibilità e controllo democratico, è vero che occorre tenere in conto la disposizione in base alla quale "non sono ammissibili istanze di accesso preordinato ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni" (art. 24, comma 3, della legge sul procedimento amministrativo) e che la giurisprudenza ancora oggi ritiene che su questa base le p.a. doverosamente respingano le richieste di accesso a specifici documenti provenienti da soggetti privi dei requisiti di legittimazione, ma questo non comporta se non che il legislatore abbia voluto escludere che lo strumento per esercitare un generale controllo sulla attività amministrativa da parte degli amministrati sia il diritto di accesso così come strutturato (pretesa di prendere visione o estrarre copia di specifici atti o documenti sulla base di una legittimazione soggettiva motivata) dall'art. 22 della stessa legge⁴⁶. Se non fosse stata introdotta una disposizione esplicita di questo tenore l'azione amministrativa sarebbe stata così di fatto aggravata e non semplificata nel senso dell'efficienza ed economicità.

Si può dunque sostenere che l'art. 24 della legge 241/1990 e la sua condivisibile *ratio* escluda *a priori* ed in assoluto la possibilità di un controllo (nell'accezione che ho indicato nel paragrafo 5) degli amministrati singoli od associati, cittadini e non cittadini sull'azione amministrativa? Oppure che non sia possibile costruire modi di realizzazione della circolazione delle informazioni che, sebbene pur sempre

(46) È sempre necessario premettere l'esame degli elementi strutturali di questa posizione soggettiva quando la si intende mettere a confronto con le nuove pretese al rilascio delle informazioni, come di recente ribadiscono – arrivando però a conclusioni non convergenti – M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza*, cit., p. 432 ss.; B. PONTI, *Il regime dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria (artt. 4, 5, 7-9, 52, commi 2 e 3, 53)*, in ID., *La trasparenza amministrativa*, cit., p. 97 ss.; C. CUDIA, *Il diritto alla conoscibilità (art. 3)*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., p. 62 s.; A. BONO-MO, *Il codice trasparenza*, cit., par. 1.

onerosi (non potrebbe essere altrimenti!), siano utili potenzialmente a soddisfare le pretese non solo a ricevere informazioni pubbliche, ma a ricercarle attivamente a qualunque scopo, purché non esplicitamente in contrasto con l'ordinamento giuridico?

Direi di no, sia sulla base delle considerazioni appena fatte sulla legge che disciplina informazione e comunicazione, in quanto tesa all'obiettivo di spingere le p.a. a rendere comunque disponibili ed anzi a far circolare le conoscenze in loro possesso (nei limiti più volte richiamati), a prescindere dalle eventuali puntuali richieste di accesso, sia sulla base delle norme che riconoscono un diritto di accesso generalizzato (alle informazioni ambientali e alle informazioni nell'ambito degli enti locali) che potenzia molto in quei settori specifici il regime generale di disponibilità, sia con gli interventi che si devono al Codice dell'amministrazione digitale e poi al d.lgs. 150/2009, sia – e ovviamente non da ultimo – sulla base del riconoscimento dei fondamenti costituzionali del principio di pubblicità dell'agire istituzionale e in special modo amministrativo, cui il legislatore è chiamato a dare forma e sostanza⁴⁷. Tali informazioni, una volta pubblicate o rese disponibili, possono essere utilizzate dai singoli con qualsiasi finalità: a tutela, anche processuale, di un interesse individuale giuridicamente

(47) In Assemblea costituente fu presentato, ma non illustrato in quanto concetto quasi tautologico perché universalmente accolto, un emendamento a firma La Rocca-Togliatti che avrebbe aggiunto al futuro art. 97 questo comma: “la legge determina i modi e le forme in cui si esercita il controllo popolare sulla pubblica amministrazione”. L'episodio, ricordato anche recentemente da M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza*, cit., p. 448 ss. permette all'autore di osservare condivisibilmente che “l'art. 5 del decreto 33/2013 avrebbe avuto ben diverse conseguenze se fosse stato così formulato: anche in mancanza di obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni, chiunque ha il diritto di richiedere documenti, informazioni e dati”, ossia si fosse introdotto il diritto di accesso civico corrispondente ad un generale dovere di pubblicazione, palesando così l'intenzione di interpretare e dare attuazione al principio di pubblicità in modo forte e più vicino, sebbene non coincidente, ai sistemi che adottano un modello di *openness* – quale quello statunitense –. L'accesso comunque è da intendersi come richiesta esplicita e puntuale di una informazione e va tenuto distinto dal concetto di disponibilità, come compiutamente argomentato da A. BONOMO, da ultimo nel contributo in questa rivista (a cui rinvio) e anche in *Informazione e pubbliche amministrazioni dall'accesso ai documenti alla disponibilità alle informazioni*, Bari, Cacucci, 2012, spec. p. 301 ss.; sulla comparazione con le diverse esperienze di altri ordinamenti, *ibidem*, spec. p. 86 ss.

rilevante, ma anche *uti cives* per l'esercizio delle libertà costituzionalmente garantire (cronaca e critica, diritti politici, libertà ad esercizio collettivo, ecc.).

Con l'entrata in vigore del decreto 33/2013, a mio avviso, le pretese soggettive riferite alla circolazione delle informazioni che riguardano la funzione amministrativa, a prescindere dalla loro possibile qualificazione giuridica, possono essere considerate come forme oggi più vigorose di attuazione del principio di pubblicità dell'agire amministrativo, ed il riordino ed ampliamento degli specifici obblighi di pubblicazione a carico delle p.a. si può dire che concorrono in maniera importante a potenziare le garanzie della effettività di tali diritti o interessi.

Prima però di fare qualche commento più specifico al riguardo, occorre ricordare che la più autorevole dottrina costituzionalistica parte dalla considerazione che, diversamente da altre, la Costituzione italiana non collega alla proclamazione dei diritti fondamentali (art. 2) alcune "precise conseguenze giuridiche", come ad esempio la tutelabilità in via diretta davanti alla Corte costituzionale; ugualmente c'è unanimità nell'ammettere che il legislatore, quando disciplina contenuti, limiti e strumenti dei diritti di libertà, sia comunque sovrano nel dare attuazione, interpretandolo, al sistema delle prescrizioni costituzionali contenute nei principi fondamentali e nella prima parte della Carta e, quindi, sia sovrano nel dare ai diritti costituzionali "la 'consistenza' dell'interesse legittimo anziché del diritto soggettivo"⁴⁸, cui la Costituzione comunque garantisce sia la tutelabilità giudiziaria sia la tutelabilità per via non giurisdizionale.

(48) Così A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte generale*, Padova, Cedam 1990, p. 8. Il riconoscimento costituzionale di un diritto – come anche di un dovere – ha efficacia immediata e generale e la stessa unanimità si riscontra di fronte alla affermazione che ai diritti corrispondano necessariamente doveri e che "così come i diritti costituzionalmente riconosciuti non esauriscono il numero e la varietà dei diritti configurabili dal legislatore ordinario, altrettanto deve ritenersi per i doveri", *ibidem*, p. 15. Sulla interpretazione dell'art. 2 come norma a fattispecie aperta o a fattispecie chiusa, e più in generale sul nodo del metodo della interpretazione costituzionale, rinvio almeno al durevole dialogo tra ALESSANDRO PACE e FRANCO MODUGNO ospitato, in parte, su *Costituzionalismo.it*, nei numeri 2 e 3 del 2005.

Credo (purtroppo!) che ancora ci sia molto da discutere sull'interpretazione della complessa problematica della *libertà di informazione* e che ancora non si riesca a convincere – contro ogni ragionevole dubbio – chi non lo è nel rinvenire sicuri fondamenti costituzionali della generale pretesa dei cittadini (e non solo) a ricevere – lato c.d. passivo – o cercare (e dunque trovare) – lato c.d. riflessivo – ogni informazione che si possa qualificare come pubblica, né che tali pretese siano qualificabili sempre come diritti soggettivi ad ottenere dati e notizie a qualunque titolo detenute in mano pubblica, ancorché fatte salve le eccezioni disciplinate espressamente.

Di conseguenza è comprensibile, sebbene non condivisibile, che non si ritenga di qualificare come doverosa nella sua generalità l'attività istituzionale (almeno di organi e enti soggettivamente pubblici) di rilascio delle informazioni, fintanto almeno che l'ordinamento giuridico non introduca obblighi con riguardo a specifiche situazioni; si pensi, per fare solo un esempio banale, alla "riservatezza" che presiede gli stessi lavori di un Consiglio dei ministri, di cui è possibile conoscere ad oggi solo l'o.d.g. e il comunicato stampa finale, salvo poi accedere al contenuto integrale del risultato finale degli incontri, solo nella misura in cui si concretizzino in provvedimenti normativi. A molti non appare dirimente nemmeno l'argomento che, nel caso dei soggetti che esercitano una funzione pubblica, non vale la cautela che si deve quando il diritto a ricevere o cercare le informazioni deve tener conto del necessario bilanciamento con la tutela costituzionale accordata al diritto d'informare – c.d. lato attivo –, di cui solo gli individui privati godono e che non può mai essere a tal punto compresso da divenire un dovere generale (neanche nel caso della professione giornalistica che pure ha un ruolo sociale relevantissimo).

È anche alla luce di queste considerazioni che ritengo preferibile inquadrare le "nuove" pretese di conoscenza, in special modo quelle che siano tese a dare sostanza al controllo *su* ciascun potere pubblico, non solo alla luce dell'interpretazione dell'art. 21, ma dell'interpretazione "aperta" dell'art. 2 della Costituzione e più in generale del complesso dei principi che denotano la nostra forma di Stato, tra cui non a caso la disposizione appena citata rientra e spicca per la forza evocativa dei fondamenti del costituzionalismo moderno.

Si tratta, in altri termini, di capire se le nuove pretese di conoscenza siano configurabili come *diritti funzionali* – in qualche modo *condizionati* o connessi all'utilità sociale e quindi riconosciuti ai singoli non nel loro esclusivo interesse, ma perché determinanti per qualificare come pluralistica la nostra democrazia – il cui fondamento costituzionale sarebbe comunque rinvenibile prioritariamente proprio nello stesso art. 2, anche perché, in questa prospettiva, sarebbe più evidente il nesso diretto tra diritto alla conoscenza ed altri diritti funzionali, primi tra tutti quelli politici⁴⁹.

Tuttavia, a conclusione di queste brevi considerazioni sull'inquadramento del riordino degli obblighi di rilascio delle informazioni pubbliche nel modello costituzionale, è proprio con riguardo alla funzione amministrativa che, ancor di più oggi, si può ribadire che nuove pretese alla conoscenza siano state accolte e garantite dall'ordinamento vigente.

Se veniamo, infine, a considerare quelle che unanimemente la dottrina ha già considerato novità degne di sicuro apprezzamento, a mio avviso il legislatore quando ha prescritto il diritto alla conoscibilità da parte di chiunque rispetto a qualunque dato oggetto di pubblicazione⁵⁰ in base alla normativa vigente (art. 3 del decreto 33/2013)

(49) È, infatti, nella prospettiva di questa norma costituzionale che le formazioni sociali (ossia le aggregazioni tra individui) costituiscono una valida premessa per il riconoscimento della soggettività giuridica di un gruppo, laddove – tramite legge – si sia disposti a prevederla, stabilendo i meccanismi di imputazione delle volontà individuali al gruppo. Certamente, ma non è qui possibile andare oltre nello sviscerare le delicate e puntuali questioni che si presenterebbero ad una analisi complessiva, per accreditare tale tesi si dovrebbe almeno ragionare sulla possibilità teorica di considerare collettività l'intero gruppo degli amministrati.

(50) Come ho accennato all'inizio del commento, in democrazia è necessario che un dato sia dichiarato "pubblico" dai soggetti legittimati dall'ordinamento positivo; valutazione, appunto, normativa, che può cambiare nel tempo. Non necessariamente però tutti i dati di cui è stato dichiarato il valore pubblico sono oggetto di pubblicazione legale, come giustamente osserva anche A. BONOMO nel suo contributo in questo numero della *Rivista* (par. 3), mentre la lettura della disposizione dell'art. 3 sembra invertire questo rapporto, disponendo che siano pubblici e chiunque abbia diritto a conoscerli, di fruirne gratuitamente e di utilizzarli e riutilizzarli "tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria" o, meglio, la disposizione induce a pensare che un dato per essere qualificato come pubblico debba essere pubblicato. Tuttavia,

ha interpretato il fondamento costituzionale dell'art. 21, guardando al lato c.d. riflessivo, ossia al diritto ad informarsi; quando ha indicato l'accesso civico come pretesa individuale ad un fare dell'amministrazione che non abbia già provveduto a dare seguito a specifici obblighi di pubblicazione (art. 5 del decreto) ha guardato al lato c.d. passivo, ossia al diritto a ricevere informazioni⁵¹.

In questa direzione il legislatore, con la legge delega anticorruzione prima e con il decreto legislativo 33/2013 poi, ha concorso a radicare più stabilmente pretese individuali alla conoscibilità dei meccanismi di funzionamento (nella accezione più ampia possibile) degli apparati amministrativi che – soprattutto perché non legate indefettibilmente ad interessi immediatamente e, direi, squisitamente individuali⁵² – nel momento della loro soddisfazione realizzano contestualmente un interesse potenzialmente vantabile dall'intera collettività (cosa distinta dall'interesse pubblico)⁵³ e un interesse che quel singolo individuo

non introduce un generale dovere di pubblicazione, rinviando solo agli obblighi specifici già introdotti o che lo saranno in futuro.

(51) Nell'economia di questo lavoro, non è possibile analizzare compiutamente tale delicata e complessa questione, ma solo, tra gli altri, rinviare al recente ed interessante dibattito della dottrina amministrativistica contenuto in più interventi in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit. e nel n. 2/2013 di questa *Rivista*. Considerato che l'interesse legittimo può sussistere solo in rapporto ad atti e ad attività soggettivamente ed oggettivamente riferibili alla pubblica amministrazione, o meglio alla attribuzione per legge di una specifica competenza della p.a., e che, invece, quando il legislatore intende apprezzare una situazione giuridica come portatrice di un interesse individuale immediatamente e direttamente protetto, la cui tutela non è condizionata dalla necessaria conformità dell'interesse individuale con l'interesse pubblico e che è pienamente reintegrabile a seguito della pronuncia di un giudice, allora è possibile formulare come ipotesi che il diritto alla conoscibilità (*ex art. 3 del decreto*) possa essere qualificato come diritto soggettivo pieno e l'accesso civico (*ex art. 5*), almeno con riferimento al regime della sua tutela giurisdizionale, come interesse legittimo.

(52) Anche se non per questo slegati o isolati dal valore più generale che comunque l'esercizio di un diritto ha in un ordinamento democratico, su cui si fonda in specie il diritto di accesso agli atti ed ai documenti *ex legge 241/1990*.

(53) Altrimenti non realizzabile o almeno non altrettanto efficacemente, a meno che l'ordinamento non introduca specificatamente ipotesi di *class action*, ipotesi che il diritto di accesso civico *ex art. 5 del decreto 33/2013* non sembra configurare, come a mio avviso correttamente argomenta M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza*, cit., p. 435 ss.; *contra* B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., p. 106.

fa valere proprio per ribadire la sua appartenenza o partecipazione a quella collettività. In questo senso, precedentemente, ho voluto richiamare il nesso tra responsabilità individuali e responsabilità collettive come (almeno) indizio del buon funzionamento del modello di democrazia delineato nel nostro sistema costituzionale.