



UNIVERSITÀ DI PISA

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

**LA TRASPARENZA NELLA PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE**

Candidata:
Lavinia Barsanti

Relatore:
Chiar.mo Prof. Carmelo D'Antone

Anno Accademico 2013/2014

Sommario.

Introduzione.....	2
Cap. 1. La trasparenza ed il suo percorso evolutivo.....	5
1.1. L’attuale principio di trasparenza.	5
1.2. La trasparenza ed i suoi rapporti con l’accesso nella L. 241/1990.....	8
1.3. La trasparenza come accessibilità totale nel D. Lgs 150/2009.	14
1.4. Trasparenza e prevenzione della corruzione del D. Lgs. 33/2013.	21
Cap. 2. La trasparenza nel D. Lgs. 33/2013.	32
2.1. Il nuovo principio generale di trasparenza amministrativa.	32
2.2. I nuovi contenuti del circuito informativo e il Programma triennale per la trasparenza e l’integrità.	35
2.3. I nuovi confini della pubblicazione obbligatoria e gli obblighi di pubblicazione nei settori speciali.....	44
2.4. La struttura organizzativa di vigilanza sul rispetto degli adempimenti in tema di trasparenza ed il sistema sanzionatorio.	52
Cap. 3. L’ open data.	58
3.1. Trasparenza intesa come pubblicità: evoluzione del modello italiano.	58
3.2. Definizione di “Open data” alla luce del D. lgs. n. 33/2013 e del contesto europeo.	60
3.3. Sviluppo della cittadinanza digitale: i progetti italiani di e- democracy.....	66
3.4. Open data e Codice dell’ Amministrazione Digitale.....	70
3.5. Open data grazie alla presenza pubblica sul web.	79
Cap. 4. L’accesso civico.	88

4.1. L'art. 5 del D. lgs. 14.03.2013, n. 33: l'accesso civico e la sua portata innovativa.	88
4.2. Rapporto tra accesso civico e il modello FOIA.....	96
4.3. Profili problematici.....	101
Cap. 5. Trasparenza e privacy.	106
5.1. Tappe evolutive del rapporto tra accesso e riservatezza: dalla l. n. 241/1990 al Codice della Privacy.....	106
5.2. Accesso ai documenti concernenti dati personali comuni, dati supersensibili, dati sensibili e giudiziari e dati psico-attitudinali alla luce del Codice della privacy e delle legge n. 241/1990 così come novellata dalla legge n. 15/2005.....	127
5.3. Il ruolo della Civit e quello del Garante dei dati personali nel rapporto tra trasparenza e riservatezza alla luce del D. lgs. 150/2009.	136
5.4. Decreto n. 33/21013 e intervento del Garante: indicazioni accolte e criticità rimaste; ridefinizione della disciplina sulla privacy alla luce dell'art. 4.....	140
Conclusioni.....	150

Introduzione.

La trasparenza amministrativa nel corso degli ultimi anni ha progressivamente assunto un ruolo centrale all'interno del nostro ordinamento. L'importanza di creare una pubblica amministrazione trasparente trova fondamento nella Costituzione, con riferimento ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che, all'art. 41, eleva la buona amministrazione, quale conseguenza della trasparenza, da "principio" a "diritto".

La trasparenza è un tema assolutamente moderno in termini di lotta alla corruzione all'interno delle pubbliche amministrazioni. In questo senso si orientano le norme che prevedono l'obbligo di rendere note tutte le spese delle pubbliche amministrazioni come i compensi per calcolare il costo del personale, le valutazioni delle performance dei dipendenti, le procedure di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, ecc.

In materia di trasparenza il nostro ordinamento ha compiuto passi in avanti verso il modello del Foia statunitense, il Freedom of information act, introducendo disposizioni relative agli Open data nell'ottica di realizzare un'amministrazione aperta ed al servizio del cittadino;

tramite l'accesso ai dati delle amministrazioni statali e locali il cittadino può interagire con l'amministrazione.

Quindi il tema trattato in questa tesi, ad avviso di chi scrive, risulta moderno e attuale soprattutto alla luce della portata innovativa del decreto legislativo 14 marzo 2013 n. 33.

Cap. 1. La trasparenza ed il suo percorso evolutivo.

1.1. L'attuale principio di trasparenza.

Il principio della trasparenza amministrativa rappresenta il diritto “per tutti i cittadini di avere accesso diretto all’intero patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni”¹, costituendo uno strumento fondamentale per alimentare il rapporto di fiducia tra pubblica amministrazione e cittadini e, al contempo, promuovere il principio di legalità e la prevenzione della corruzione. La trasparenza come attuazione del principio democratico è rappresentata dalla “accessibilità totale alle informazioni concernenti l’organizzazione e l’attività delle pubbliche amministrazioni”, al dichiarato scopo di “favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche” (art.1, co. 1 D Lgs 33/2013); inoltre la trasparenza è qualificata come “condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali”, oltre che espressione di quel “diritto ad una buona amministrazione”(art.1, co.2 D Lgs 33/2013) affermato nell’ art.41 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, che eleva appunto la buona amministrazione da principio a diritto. Conseguentemente in controtendenza rispetto alla tradizione giuridica

¹ Garofoli, R., Il contrasto alla corruzione. La l. n. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto di trasparenza e le politiche necessarie, in www.giustizia-amministrativa.it del 30 marzo 2013.

italiana, che fino ad ora non aveva concepito l'esistenza di "diritti fondamentali nei confronti della amministrazione"², anche la trasparenza amministrativa diventa finalmente un diritto del cittadino e non più una concessione delle pubbliche amministrazioni³. Nel perseguire l'obiettivo di rafforzare lo strumento della trasparenza, concepito come un vero e proprio diritto alla conoscibilità della azione amministrativa, il decreto legislativo n.33 del 14 Marzo 2013 riordina in un corpus normativo unitario gli obblighi di trasparenza e di pubblicità a carico delle pubbliche amministrazioni sanciti da numerose disposizioni vigenti; inoltre introduce nuovi rilevanti obblighi di informazione riguardanti l'organizzazione dell'attività delle pubbliche amministrazioni (Capo II), l'uso delle risorse pubbliche (Capo III), le prestazioni offerte ed i servizi erogati (Capo IV) ed infine gli obblighi di pubblicazione in settori speciali (Capo V).

Tale concetto di trasparenza amministrativa deve essere temperato con l'esigenza di un'adeguata tutela della riservatezza; infatti nell'applicazione del decreto sono esclusi gli obblighi di pubblicazione relativi alle categorie di dati sensibili e giudiziari.

Riguardo alle modalità con cui tali informazioni vengono rese pubbliche il decreto prevede una standardizzazione della pubblicazione

² Rimarchi, M., L' art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina della attività amministrativa in Italia, in *Dir. Amm.*, 2011, 547.

³ Canaparo, P., Il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: i nuovi confini della trasparenza pubblica e il diritto alla conoscibilità della azione amministrativa, in www.giustizia-amministrativa.it, marzo 2013.

dei documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria, la quale deve essere realizzata tempestivamente sul sito istituzionale della amministrazione in formato di tipo aperto e rielaborabile (art. 7), nell'ambito della apposita sezione denominata "Amministrazione trasparente" (art. 9, co. 1), per un periodo di cinque anni e comunque fino a che gli atti pubblicati producono i loro effetti (art.8, co. 3).

Infine a tali obblighi di pubblicazione corrisponde, simmetricamente, il diritto di chiunque "di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli" (art. 3), fatto salvo l'obbligo "di citare la fonte e di rispettarne l'integrità" (art. 7), con accesso diretto ai siti, senza necessità di autenticazione ed identificazione (art. 2, co. 2). Per la tutela di tale diritto alla conoscibilità dell'azione amministrativa il decreto introduce un sistema articolato di garanzie, la cui principale innovazione è rappresentata dall'istituto dell'accesso civico.

Questo istituto segna un'ulteriore tappa del percorso avviato con l'avvento della Costituzione repubblicana del 1948 che ha posto le basi per ridisegnare il rapporto tra stato e cittadino introducendo l'idea di una amministrazione al servizio della collettività e non più dello stato, nella consapevolezza che il cittadino costituisca la giustificazione della esistenza stessa della amministrazione.

Tale percorso è stato proseguito dal legislatore da oltre venti anni con la approvazione della L. n. 241/1990 che possiamo individuare come prima tappa alla quale hanno fatto seguito, nel corso degli anni, altri

due principali momenti legislativi che consistono rispettivamente nel D.Lgs 150/2009 e nel sopra citato D.Lgs 33/2013, che rappresenta l'attuale disciplina.

1.2. La trasparenza ed i suoi rapporti con l'accesso nella L. 241/1990.

La legge 241/1990 ha finalmente coinvolto “anche l'amministrazione nelle trasformazioni in senso democratico del nostro ordinamento”⁴. Infatti l' introduzione di una legge generale sul procedimento amministrativo ha segnato l'abbandono del segreto amministrativo, evidente manifestazione di un distacco tra la amministrazione ed i cittadini e conseguentemente di una posizione di supremazia della amministrazione stessa, su cui si era sviluppata l'attività amministrativa fino a quel momento.

Per secoli “lo Stato e il diritto pubblico sono stati dominati dal conflitto Stato-cittadino, due poli irriducibili ed in contrasto tra di loro a causa della superiorità di uno sull'altro”⁵.

La Legge 241/1990 segna nel nostro ordinamento una vera e propria “rivoluzione copernicana” in quanto modifica i rapporti tra amministrazione e cittadini e garantisce a questi una posizione

⁴ Pubusa, F., Diritto di accesso ed automazione. Profili giuridici e prospettive, cit., 80.

⁵ Cassese, S., L' arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo stato, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 2001, 602 ss.

soggettiva più tutelata attraverso il riconoscimento della pubblicità e della trasparenza, criteri generali della azione amministrativa realizzati grazie all' introduzione del diritto di accesso ai documenti amministrativi. Il diritto di accesso è disciplinato nel Capo V della Legge in questione ed ha un ruolo primario nell' ambito delle misure finalizzate al raggiungimento dell' obiettivo della trasparenza nell' azione dei pubblici poteri, in quanto espressione di una concezione democratica e paritaria del rapporto amministrazione-cittadini.

Il diritto di accesso ai sensi dell' art. 22 della Legge 241/1990 viene definito come il potere/diritto degli interessati di richiedere, prendere visione ed, eventualmente, ottenere copia dei documenti amministrativi.

Il requisito per effettuare il diritto di accesso risiede in un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l' accesso. Sono previste due modalità di esercizio di tale diritto, infatti l' accesso può essere informale oppure formale. Il primo si esercita mediante una semplice richiesta, anche verbale, all'ufficio dell'amministrazione competente a formare l'atto conclusivo del procedimento; la richiesta è esaminata immediatamente e senza formalità. Quindi l'accesso informale è utile per acquisire informazioni nell'immediato. L'accesso formale si esercita attraverso una richiesta formale compilando un apposito modulo oppure scrivendo

autonomamente l'istanza; la richiesta deve essere depositata oppure inviata all'ufficio Protocollo della amministrazione e questa deve in ogni caso rilasciare ricevuta. L'accesso formale offre una garanzia maggiore anche se richiede più tempo. Infatti in questo caso la richiesta ha valore di atto pubblico e può essere utile per rivendicare un diritto disatteso o per controbattere l'affermazione della amministrazione.

Il diritto di accesso può essere esercitato nei confronti delle amministrazioni di Stato, delle aziende autonome, degli enti pubblici e dei concessionari di pubblici servizi. L'accesso è escluso per i documenti coperti da segreto di Stato, nonché nei casi di segreto o divieto di divulgazione, secondo quanto previsto dall'ordinamento. Così il segreto perde la valenza di principio generale relativo all'operato della pubblica amministrazione e diviene un'eccezione alla regola della trasparenza⁶.

Inoltre il diritto di accesso può essere negato se la divulgazione di un documento può comportare una lesione alla sicurezza e alla difesa nazionale oppure in caso di documento relativo alla vita privata delle persone fisiche e/o giuridiche.

Dal momento in cui l'ufficio della amministrazione competente ha ricevuto la richiesta il termine entro cui il procedimento deve

⁶ Ferrucci, A., Diritto di accesso e riservatezza: osservazioni sulle modifiche alla l. 241/1990.

concludersi è indicativamente quello di 90 gg a meno che l'amministrazione stessa non abbia emanato un apposito regolamento in cui è previsto un termine diverso. La legge 241/1990 prevede che, una volta trascorso il termine, la domanda si intende accettata, quindi vale la regola del silenzio assenso. Nel caso di rigetto dell'istanza la amministrazione deve fornire una valida motivazione al diniego. Qualora l'amministrazione intenda rispondere positivamente dovrà informare eventuali controinteressati che potrebbero essere pregiudicati dall'esercizio del diritto di accesso. Inoltre il successivo art. 25 stabilisce che il giudice amministrativo (ovvero il TAR in primo grado e il Consiglio di Stato in appello), se sussistono i presupposti, ordini l'esibizione dei documenti richiesti, avvalendosi di un rito particolarmente celere con termini dimezzati.

I titolari del diritto di accesso ai sensi dell'art. 22 della Legge 241/1990 sono tutti i soggetti interessati, ovvero i soggetti privati, anche portatori di interessi diffusi, che abbiano "un interesse giuridicamente rilevante" nei confronti dell'atto oggetto del diritto di accesso.

In particolare l'oggetto del diritto di accesso è il documento amministrativo definito ai sensi dell'art. 22 come "ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni, formati dalle

pubbliche amministrazioni o, comunque utilizzati ai fini della attività amministrativa”.

L'amministrazione garantisce l' esercizio del diritto di accesso indicando dove poter trovare la pubblicazione delle notizie richieste, mostrando i documenti richiesti, rilasciando copia integrale o estratti significativi e tramite altre modalità di accesso.

Per garantire piena attuazione della legge è intervenuto il D. Lgs. n. 29 del 3 febbraio 1993 con cui le Pubbliche Amministrazioni provvedono a istituire Uffici per le Relazioni con il Pubblico (URP); questi Uffici si occupano del servizio all'utenza, per i diritti di partecipazione di cui al Capo III della legge 7 agosto 1990 n.241, e forniscono informazioni in merito agli atti e allo stato dei procedimenti (art. 12 D. Lgs. 29/1993).

Successivamente la legge 7 giugno del 2000 n. 150 (Disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni) ha rimarcato l'obbligo da parte delle Pubbliche Amministrazioni di dotarsi di URP, stabilendo che le attività di informazione si realizzassero attraverso il portavoce e l' ufficio stampa e, quelle di comunicazione, attraverso l'ufficio per le relazioni con il pubblico (art. 6 legge 150/2000).

Inoltre l' art. 25 della legge 241/1990 stabilisce che in materia di diritto di accesso il cittadino possa ricorrere di persona al TAR contro il

diniego o silenzio inadempimento della pubblica amministrazione, tuttavia, in sede di giudizio di ottemperanza, è comunque necessario che il cittadino ricorrente si faccia rappresentare da un avvocato in veste di procuratore⁷.

Concludendo possiamo affermare che nonostante il principio di trasparenza sia un principio generale della azione amministrativa con un solido fondamento costituzionale, il diritto di accesso ai documenti amministrativi, per come disciplinato dalla legge 241/1990, attribuisce alla trasparenza carattere di principio generale ma non illimitato poiché esso incontra limiti soggettivi, oggettivi e funzionali come ad esempio, il divieto di controllo generalizzato sull' operato della Pubblica Amministrazione. Così questo istituto non si configura propriamente come uno strumento di controllo democratico del processo decisionale della amministrazione da parte della società civile, ma solo come “un'arma in più degli amministrati nei confronti della amministrazione per tutelare i propri interessi all'interno di un rapporto bilaterale e conflittuale”⁸.

⁷ Attualmente la tutela del diritto di accesso è contenuta negli artt. 31 e 116 del Codice del processo amministrativo approvato con il D. lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

⁸ Così Arena, G., *Trasparenza amministrativa*, cit., 5953.

1.3. La trasparenza come accessibilità totale nel D. Lgs 150/2009.

La suddetta prospettiva è destinata a cambiare completamente con l'entrata in vigore dell' art. 11 del decreto legislativo n. 150/2009. Questo segna la seconda fondamentale tappa dell'evoluzione del principio della trasparenza amministrativa. Così la trasparenza assume finalmente una diversa e più ampia configurazione traducendosi nella accessibilità totale (e non più limitata) alle informazioni (e non più ai soli documenti amministrativi) relative ad ogni aspetto della azione e della organizzazione delle amministrazioni, anche se strettamente legate al controllo delle performance, allo scopo di favorire forme di controllo diffuso. Tali nuove forme di controllo non sono più rivolte solo a specifici documenti amministrativi ma assumono caratteri generalizzati con la finalità di perseguire l'interesse generale alla trasparenza amministrativa.

Infatti il D. Lgs. 150/2009 contiene un gruppo di norme con l'obiettivo di assicurare la totale accessibilità dei dati relativi ai servizi resi dalla Pubblica Amministrazione tramite pubblicità e trasparenza degli indicatori e delle valutazioni assicurando, a tal fine, anche la disponibilità immediata mediante reti internet di tutti i dati su cui si basano le valutazioni operate dalla Pubblica Amministrazione; inoltre è prevista la adozione da parte di ogni singola amministrazione di

programmi triennali per la trasparenza da rendere pubblici attraverso gli appositi siti internet.

E' importante sottolineare come la accessibilità totale sia solo uno degli aspetti della trasparenza enucleati nel decreto in questione: in esso la trasparenza appare come un concetto multiforme.

La trasparenza infatti in parte è concepita come un aspetto strumentale di un più ampio e generale diritto di partecipazione dei cittadini alle attività delle pubbliche amministrazioni, in parte appare invece volta ad assicurare forme di controllo penetrante da parte dei cittadini e delle loro associazioni in merito ai sistemi di valutazione e al raggiungimento degli obiettivi dichiarati ed, infine, in parte, essa assume il carattere di una finalità di accessibilità totale da parte dei cittadini relativamente ai servizi resi dalle pubbliche amministrazioni.

Anche in questa ultima accezione della trasparenza si parla di accessibilità totale ottenuta in modo trasversale attraverso pubblicità e trasparenza degli indicatori e delle valutazioni operate dalle singole pubbliche amministrazioni⁹.

L'elemento comune a tutti i suddetti profili è l'obbligo della diffusione delle informazioni sui siti web delle amministrazioni e l'uso di internet. Infatti la promozione dell'uso dei siti web risulta essere uno degli aspetti centrali della attività dell'istituendo organismo centrale,

⁹ Pizzetti, F., Trasparenza e riservatezza nella Pubblica Amministrazione.

la CIVIT, acronimo della “Commissione per la valutazione, la trasparenza e l’integrità delle Amministrazioni Pubbliche”. Attraverso l’uso di internet la pubblicità e conseguentemente la conoscibilità assumono il valore di un obiettivo fondamentale in sé.

Focalizzando l’attenzione sulla CIVIT questa è stata istituita il 15 dicembre 2009 ed il 22 dicembre è stata realizzata la sua prima seduta di insediamento; il 25 febbraio successivo essa, con la delibera n. 6 del 2010, ha provveduto a dettare le sue prime linee guida in materia di trasparenza e integrità. Tutto il sistema del decreto legislativo basato sulla trasparenza è rimesso in amplissima parte alla attività della CIVIT; essa ha il compito di dettare le linee guida per garantire che il piano triennale per l’ integrità e la trasparenza sia conforme alle numerose prescrizioni che riguardano il suo contenuto e le sue modalità di redazione.

Relativamente alla suddetta delibera n. 6 del 2010, adottata dalla CIVIT, essa pur avendo carattere preliminare adotta comunque alcune prime determinazioni. Innanzitutto stabilisce di chiedere informazioni alle Amministrazioni Pubbliche per verificare se e come queste stanno dando attuazione ai nuovi obblighi di legge; successivamente decide di avviare i rapporti con una serie di Autorità o di soggetti istituzionali titolari di competenze che devono essere armonizzate con quelle della Commissione. Su questo punto la delibera stabilisce di creare contatti con la Corte dei Conti, il Garante per la protezione dei dati personali,

l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici dei lavori, servizi e forniture e il Dipartimento per la funzione pubblica allo scopo di coordinare le rispettive competenze in tema di trasparenza e integrità delle amministrazioni pubbliche. Infine tale delibera chiede alle associazioni dei consumatori e degli utenti di formulare osservazioni e proposte di successive iniziative. Da questa delibera emerge l’attenzione della CIVIT rivolta ad impostare le sue attività in base alla cultura della legalità e della integrità ed a creare una interconnessione tra trasparenza e riservatezza, entrambe espressione di valori fondamentali dell’ ordinamento. Nella parte iniziale della premessa di questa delibera la CIVIT definisce il valore della trasparenza e afferma: “Le pubbliche amministrazioni hanno l’ obbligo di essere trasparenti nei confronti dei cittadini e della collettività. La trasparenza è uno strumento essenziale per assicurare i valori costituzionali della imparzialità e del buon andamento delle pubbliche amministrazioni, per favorire il controllo sociale sulla azione amministrativa e sul rispetto del principio di legalità ed ha portata generale, tanto che l’ adempimento degli obblighi di trasparenza da parte di tutte le amministrazioni rientra, secondo la legge, nei livelli essenziali delle prestazioni disciplinati nella Costituzione (art. 117 comma 2, lettera m)”.

Poi continua: “il rispetto pieno e diffuso degli obblighi di trasparenza è anche un valido strumento di prevenzione e di lotta alla corruzione,

rende visibili i rischi di cattivo funzionamento, facilita la diffusione delle informazioni e delle conoscenze e consente la comparazione fra le diverse esperienze amministrative”. Notiamo come essa sia una lettura molto ampia del dettato normativo dovuta dalla definizione di trasparenza come concetto multiforme da parte del legislatore delegato ed inoltre è importante sottolineare come la Commissione, attraverso la delibera in esame, dia un’ idea di trasparenza molto “forte” in quanto posta in relazione con i suddetti valori costituzionali del buon andamento e della imparzialità delle pubbliche amministrazioni; in questo modo il valore della trasparenza assume un diretto fondamento costituzionale.

Concludendo e tornando a focalizzare l’attenzione sul contenuto del D. Lgs. 150/2009 esso ha una visione oggettivamente plurima della trasparenza; essa sul piano macro può dirsi finalizzata agli specifici obiettivi di seguito riportati.

- 1) Efficienza, conseguentemente abbiamo le disposizioni sulla trasparenza delle performance.
- 2) Prevenzione della corruzione ed in generale ai fenomeni di *maladministration*, a cui fa riferimento la metodologia cd. della mappatura dei rischi nei procedimenti e negli assetti organizzativi.

- 3) Miglioramento dei servizi pubblici, a cui è finalizzata l'adozione di standard qualitativi e quantitativi nella logica del "miglioramento continuo della prestazioni".
- 4) Responsabilizzazione delle pubbliche amministrazioni che ispira i sistemi di misurazione e di valutazione.

Quindi con il D. Lgs. 150/2009 la trasparenza assume tali finalità e da questo discendono alcuni corollari che definiscono il sistema. Infatti in presenza di tale base normativa la regola è quella di pubblicare tendenzialmente tutto e così diventa necessario evitare le forme di opacità per i bisogni della collettività¹⁰.

Le novità introdotte dal decreto legislativo sono indubbiamente notevoli ma manca una definizione della trasparenza veramente omnicomprensiva; le nuove forme di trasparenza e le prescrizioni in merito alla diffusione dei dati non sono comunque sufficienti per essere configurati nell'ordinamento italiano come un vero e proprio diritto soggettivo, sulla scia di quanto è avvenuto invece negli ultimi anni in numerosi Paesi. Infatti recentemente ha avuto ampia diffusione la cultura anglosassone, promotrice di un vero e proprio diritto all'informazione, il cosiddetto "Freedom of Information", ovvero un diritto soggettivo dei cittadini a conoscere non solo l'attività delle pubbliche amministrazioni, ma anche le informazioni di cui queste sono in possesso. Anche questo diritto incontra nella pratica dei limiti

¹⁰ Patroni Griffi, F., La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità e totale riservatezza, in www.federalismi.it, del 17 aprile 2013.

in quanto deve essere bilanciato con l'altrettanto rilevante e riconosciuto diritto alla riservatezza dei dati personali (*Right to privacy*) ed anche con esigenze di sicurezza, ovvero di tutela del segreto, nei casi in cui questo è previsto.

Inoltre pur nella sua interpretazione estensiva neanche la CIVIT è giunta a sostenere di poter individuare nel nostro ordinamento un vero e proprio diritto soggettivo dei cittadini a conoscere tutte le informazioni di cui le amministrazioni sono in possesso.

Tutte le suddette considerazioni hanno due importanti conseguenze; la prima è che in Italia, alla luce del D. Lgs 150/2009, continua a mancare il pieno riconoscimento di un diritto fondamentale a conoscere, che invece, molti paesi tendono sempre più a valutare come requisito essenziale per uno Stato e un sistema amministrativo davvero rispettoso dei diritti dei cittadini. La seconda considerazione riguarda invece il rapporto tra trasparenza e riservatezza, caratterizzato da un evidente squilibrio; infatti la trasparenza ha solo un fondamento costituzionale che risiede nel dovere di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione, mentre il diritto alla riservatezza è un diritto fondamentale individuale di ogni cittadino riconosciuto ed affermato a livello internazionale dal Trattato di Lisbona, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dal Trattato sull'Unione e da quello sul Funzionamento dell'Unione.

Meritevole di considerazione è poi l'aspetto delle conseguenze gravi che può avere la diffusione dei dati personali relativamente alla dignità delle persone con riflessi sulla convivenza sociale. Ovviamente tali pericoli sono destinati ad amplificarsi con la diffusione e conseguente messa a disposizione di tali dati on line.

Quindi la materia, in base al decreto legislativo in esame, mostra la necessità di essere nuovamente trattata con maggiore chiarezza e definizione alla luce della esperienza degli altri paesi che si sono uniformati al principio della "Freedom of information". Inoltre la trasparenza dovrà sempre più essere utilizzata come strumento per combattere i crescenti fenomeni di corruzione negli apparati della Pubblica Amministrazione italiana. Il vero salto qualitativo consiste nel cambiamento del modo di ragionare intorno al concetto di trasparenza: da considerarla una "caratteristica" delle amministrazioni al ritenerla un diritto fondamentale dei cittadini a conoscere per garantire una democrazia ben funzionante e pienamente rispettosa dei diritti dei cittadini stessi.

1.4. Trasparenza e prevenzione della corruzione nel D. Lgs. 33/2013.

Il decreto legislativo n. 33/2013, denominato "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni", segna

l'evoluzione di un modello di trasparenza volta a realizzare, attraverso l'open data, l'open government, ovvero la partecipazione attiva dei cittadini alle scelte amministrative “sul presupposto di un'amministrazione aperta che renda fruibili alla collettività le informazioni di cui è in possesso”¹¹.

Il modello di riferimento è quello del “Freedom of information act”, la legge sulla libertà di informazione emanata negli Stati Uniti il 4 luglio 1966 dal presidente Lyndon B. Johnson, che introduce regole per permettere a chiunque, anche senza un interesse qualificato, di conoscere come opera il Governo Federale.

La nuova trasparenza amministrativa permette a chiunque di avere accesso alle informazioni delle pubbliche amministrazioni statali e locali; la trasparenza pubblica è stata ricondotta tra i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili, politici e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, a norma dell' art. 117 secondo comma lett. m. della Costituzione.

Così la trasparenza amministrativa intesa come trasparenza totale comporta l'abbandono delle misure restrittive sull' accesso proprie della legge 241/1990 in un percorso evolutivo già intrapreso con il D. Lgs. 150/2009 che introdusse, come già approfondito in precedenza, gli obblighi di pubblicazione dei dati sui siti istituzionali. Infatti a

¹¹ Patroni Griffi, F., La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza, cit.

partire dal decreto del 2009 si delinea il passaggio “dal diritto di accesso, come diritto degli individui ad accedere ai documenti o alle informazioni che li riguardano, alla pubblicità delle informazioni, che le amministrazioni hanno l’obbligo di rendere note a tutti i cittadini, spesso senza bisogno che nessuno lo chieda”¹². La trasparenza diviene quindi un diritto del cittadino e non più una concessione delle Pubbliche Amministrazioni, alla luce di un rapporto bi-direzionale: da un lato la pubblica amministrazione ha l’obbligo di pubblicare le informazioni e dall’altro il cittadino può eventualmente anche attivarsi per richiedere la pubblicazione di atti pubblici senza limitazioni soggettive. Il confine e l’oggetto di pubblicazione obbligatoria è andato sempre più ad ampliarsi per consolidare anche nel nostro ordinamento il c.d. “*rule of law*”, locuzione con cui nel linguaggio anglosassone si fa riferimento alla pari dignità di ogni persona di fronte alla legge e alla tutela da qualsiasi forma di arbitrio che ne possa ledere i diritti fondamentali¹³. E’ evidente l’ utilità che i cittadini traggono dal poter accedere ad un’ ampia gamma di informazioni e dati della Pubblica Amministrazione perché questo permette loro di poter partecipare alle politiche che incidono sulla qualità della loro vita, quindi determinanti per il loro futuro e di prevenire e contrastare fenomeni di corruzione e illegalità. Da questo punto di vista il D. Lgs.

¹² Mattarella B. G., La prevenzione della corruzione, in Giorn. Dir. Amm., 2013, 2, 123ss.

¹³ Canaparo, P., Il decreto legislativo del 14 marzo 2013, n. 33: i nuovi confini dell’azione amministrativa, in www.giustizia-amministrativa.it, marzo 2013.

33/2013, emanato in attuazione della delega contenuta nella legge n. 190/2012 (Legge anticorruzione), rappresenta un passo importante per prevenire e contrastare fenomeni di corruzione e illegalità. Così la trasparenza viene ad essere intesa come la possibilità per tutti i cittadini di avere accesso all'intero patrimonio informativo delle Pubbliche Amministrazioni e costituisce un mezzo fondamentale per prevenire la corruzione, imponendo una rendicontazione pubblica nei confronti degli *stakeholders*, agevolando sistemi di *accountability* e limitando il rischio di situazioni di illiceità in settori delicati dell' agire amministrativo. In tale ottica è necessario sottolineare che il riferimento è verso un termine ampio di corruzione legato alla credibilità delle Pubbliche Amministrazioni nell'ambito di una prevenzione del malcostume politico e amministrativo. Quindi il termine trasparenza sintetizza altri valori come la coerenza, l'equità, la linearità e l'immediatezza della azione amministrativa. Si noti come la legge anticorruzione non contenga una definizione di "corruzione"; sul tema interviene quindi la circolare n. 1 del 2013 della Funzione pubblica¹⁴, per cui il concetto di corruzione deve essere inteso in senso lato coordinandolo con l' esercizio della attività amministrativa e quindi con l'abuso da parte di un soggetto del suo potere pubblico per ottenere vantaggi privati.

¹⁴ In www.funzionepubblica.gov.it.

Le situazioni rilevanti in questo senso sono quindi più ampie della fattispecie penalistica disciplinata negli artt. 318, 319, 319-ter c.p. e comprendono non solo tutti i delitti contro la pubblica amministrazione ma anche le situazioni in cui, a prescindere dalla rilevanza penale, emerge un malfunzionamento della amministrazione a causa di un uso scorretto dei poteri attribuiti. Queste situazioni comportano danni economici elevati e ledono i valori fondamentali di un ordinamento democratico come l'uguaglianza, la fiducia nelle istituzioni pubbliche, il funzionamento di queste e la legittimazione democratica. In questo modo se cala la fiducia negli apparati pubblici si diffondono comportamenti di devianza nelle Pubbliche Amministrazioni e conseguentemente si contrae la capacità sociale di percepire il disvalore stesso del fenomeno.

Il riconoscimento della accessibilità totale alle informazioni pubbliche quindi garantisce il controllo sociale su legalità, qualità ed appropriatezza dell'operato delle pubbliche amministrazioni. Questo allo scopo di prevenire fenomeni di corruzione e di incrementare il rispetto di principi di efficacia, efficienza ed economicità della azione amministrativa (legalità sostanziale). Inoltre la accessibilità totale concorre, insieme ovviamente ad altri interventi di semplificazione, liberalizzazione, digitalizzazione della spesa e del perimetro pubblico (la c. d. *spending review*), al recupero di produttività nel settore delle Pubbliche Amministrazioni, intese come il momento finale di

erogazione dei servizi ai cittadini e alle imprese, affinché l'operato delle pubbliche amministrazioni costituisca un elemento di promozione dello sviluppo e della competitività del paese.

In particolare il concetto di trasparenza totale che emerge con il decreto in questione si riferisce ai precedenti obblighi di pubblicazione on line introdotti con il D. Lgs. 150/2009, in quanto il D. Lgs. 33/2013 ha il compito di "riordinare" e di sistemizzare gli obblighi di pubblicazione che gravano sulle pubbliche amministrazioni; inoltre il principio di trasparenza totale è alimentato nel D. Lgs. 33/2013 stesso poiché esso introduce aggiuntivi e rilevanti obblighi di informazione. Il fattore che accomuna tutte le informazioni consiste nel fornire dati relativi alle risorse utilizzate dalla amministrazione (umane e strumentali) e che rivelino le modalità di utilizzo di tali risorse.

Questi dati possono essere classificati nelle categorie di seguito riportate.

- Dati informativi relativi al personale (*curricula* e retribuzioni, tassi di assenza e presenza, codici di comportamento, ecc.).
- Dati relativi a incarichi e consulenze.
- Dati sulla gestione economico finanziaria dei servizi pubblici (contratti integrativi, relazione tecnico finanziaria, ecc.).
- Dati sulla gestione dei pagamenti (indicatore tempi medi di pagamento).

- Dati informativi sull' organizzazione e sui procedimenti (organizzazione degli uffici, elenco caselle di posta elettronica, tipologie e termini dei procedimenti amministrativi, carte dei servizi, ecc).

Inoltre nella parte relativa agli obblighi di pubblicazione in settori speciali, sono previsti maggiori obblighi di pubblicità *on line* in materia di opere pubbliche (art. 38) e contratti pubblici (art. 37), attività di pianificazione e governo del territorio (art. 39), servizio sanitario nazionale (art. 41), interventi straordinari e di emergenza che comportano deroghe alla legislazione vigente (art. 42).

Riguardo alle modalità tecniche di pubblicazione ci sono dei requisiti di forma da rispettare relativi al formato e delle indicazioni sulla reperibilità con lo scopo di favorire la ricerca delle informazioni e dei dati.

Tutto ciò è rilevante nell'ambito del rapporto tra amministrazione e cittadino e negli spazi relativi alla c.d. democrazia amministrativa. Su questo piano infatti il decreto introduce un' importante novità consistente nell' istituto dell' accesso civico che verrà trattato in modo approfondito nei successivi capitoli.

Da sottolineare inoltre che Il D. Lgs. 33/2013 prevede delle sanzioni corrispondenti alla trasgressione degli obblighi di pubblicazione; le tipologie sanzionatorie variano a seconda del destinatario della

sanzione e vanno dalle sanzioni disciplinari, alle sanzioni per responsabilità dirigenziale, a quelle derivanti da responsabilità amministrativa, a quelle propriamente amministrative e di pubblicazione e alle sanzioni a carico di enti od organismi che consistono nel mancato trasferimento di risorse ad essi.

In particolare nel decreto ci sono alcuni articoli che si occupano di queste e rispettivamente essi sono l' art. 15, l' art. 22, l' art. 28, l' art. 46 e l' art. 47.

L'art. 15, intitolato “Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi dirigenziali e di collaborazione o consulenza”, tratta della responsabilità a carico di dirigenti o funzionari e la sanzione è prevista in seguito alla omessa pubblicazione dei dati di cui all' art. 15, comma 2.

L'art. 22, intitolato “Sanzioni a carico degli enti pubblici vigilati, enti di diritto privato in controllo pubblico e partecipazioni in società di diritto privato”, prevede sanzioni a carico degli enti pubblici o privati vigilati dalla Pubblica Amministrazione, messe in atto a causa della mancata pubblicazione, sul sito della Amministrazione vigilante, dei dati relativi a:

- 1) ragione sociale;
- 2) misura della partecipazione della p.a., quindi l'onere gravante sul suo bilancio;

- 3) numero di rappresentanti della p.a. negli organi di governo e il loro trattamento economico;
- 4) risultati di bilancio negli ultimi tre esercizi;
- 5) incarichi di amministratore dell'ente e relativo trattamento economico;
- 6) o incompleta pubblicazione dei dati da parte degli enti pubblici o privati vigilati relativamente a quanto previsto dagli artt. 14 e 15 per componenti degli organi di indirizzo e soggetti titolari dell'incarico.

La sanzione prevista consiste nel divieto di erogare a favore di tali enti somme di qualsiasi titolo da parte della p.a. vigilante.

L'art. 28, intitolato "Pubblicità dei rendiconti dei gruppi consiliari regionali e provinciali", prevede sanzioni a carico dei gruppi consiliari regionali e provinciali. Infatti alla omessa pubblicazione dei rendiconti corrisponde la sanzione della riduzione del 50% delle risorse da trasferire o da assegnare nel corso dell'anno.

L'art. 46, intitolato "Violazione degli obblighi di trasparenza-Sanzioni", prevede la responsabilità a carico del responsabile della trasparenza, dei dirigenti e dei funzionari; ovviamente il responsabile non è sanzionabile se prova che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile. La disposizione in esame afferma che nel caso di inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla

normativa, oppure nel caso di mancata predisposizione del Programma Triennale per la Trasparenza e l'Integrità scatta la valutazione della responsabilità dirigenziale sia in termini di responsabilità per danno all'immagine della P.A., sia ai fini della corresponsione della retribuzione accessoria di risultato e della retribuzione accessoria legata alla performance individuale del responsabile.

L' art. 47, intitolato "Sanzioni per casi specifici", individua tre gruppi di responsabilità e conseguenti sanzioni. Il primo gruppo fa riferimento alla responsabilità a carico di organi di indirizzo politico che sorge nel caso di violazione degli obblighi di comunicazione dei dati previsti all'art. 14 a cui corrisponde una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 10.000 euro a carico del responsabile della mancata comunicazione e la pubblicazione del provvedimento sanzionatorio sul sito internet dell' amministrazione o degli organismi interessati. Il secondo gruppo prevede un' ipotesi ulteriore, oltre a quella dell' art. 46, di responsabilità a carico del responsabile della trasparenza, dei dirigenti e dei funzionari nel caso di violazione degli obblighi di pubblicazione di cui all' art. 22, comma 2, relativi agli enti pubblici vigilati, agli enti di diritto privato in controllo pubblico e alle società, per cui è prevista una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 10.000 euro a carico del responsabile della violazione. Infine il terzo gruppo prevede sanzioni amministrative pecuniarie da 500 a 10.000 euro a carico degli amministratori di società in caso di mancata

pubblicazione da parte di questi ai propri soci dei dati relativi al proprio incarico, al relativo compenso e alle indennità di risultato percepite.

Cap. 2. La trasparenza nel D. Lgs. 33/2013.

2.1. Il nuovo principio generale di trasparenza amministrativa.

Il D.Lgs. 14 marzo 2013 n. 33 provvede al riordino della disciplina in merito agli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni; si tratta di un provvedimento che riunisce in maniera organica le varie e disomogenee previsioni normative su queste materie. L'elemento comune alle varie fonti normative è, senza dubbio, il principio di trasparenza che deriva direttamente dal canone di buon andamento di cui all' art. 97 della Costituzione ed informa l'amministrazione nel suo complesso fino a renderla, con il decreto in questione, una vera e propria "casa di vetro" accrescendone l'efficienza.

La trasparenza è intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e le attività delle pubbliche amministrazioni al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche. In particolare le disposizioni del decreto definiscono gli obblighi a carico dei soggetti pubblici e di conseguenza le modalità per garantirne l'effettività. Un altro importante elemento comune consiste nel patrimonio informativo pubblico ovvero l'insieme di documenti, dati ed informazioni in possesso dell'amministrazione. Tale patrimonio

immateriale si presenta spesso come frammentato, disorganico e poco conosciuto anche dalle stesse amministrazioni che ne sono detentrici e pertanto il Decreto in questione ha lo scopo di aumentarne la visibilità. Come sopra anticipato il D. Lgs. 33/2013 effettua un riordino in quanto in esso confluiscono filoni normativi distinti che possiamo riepilogare come segue.

- Contrasto alla corruzione.
- Efficienza e innovazione nella P.A.
- Amministrazione digitale.
- Procedimento amministrativo.
- Sviluppo economico.

Tra questi punti emerge come il decreto sia stato emanato in seguito alla delega contenuta nella L.190/2012, Legge anticorruzione che, in tema di lotta contro l'illegalità, pone le amministrazioni sulla via della trasparenza e dell'integrità obbligandole ad adottare un apposito programma triennale.

Relativamente al tema della efficienza amministrativa il Decreto impone agli enti di provvedere, annualmente, ad individuare i servizi erogati agli utenti finali ed intermedi, determinando le basi per la riduzione del costo dei servizi e per il risparmio del costo del lavoro.

I soggetti coinvolti nel Decreto comprendono le amministrazioni di cui all' art.1, c. 2, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, anche se con diverse sfumature, le autorità indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione secondo le disposizioni dei rispettivi ordinamenti, le società partecipate da enti pubblici e le società da esse controllate anche se solo relativamente alla attività di pubblico interesse secondo quanto disposto dalla legge n. 190/2012.

Comunque, riassumendo i principi generali della materia, la trasparenza concorre ad attuare il principio democratico e quelli costituzionali di buon andamento, imparzialità, efficienza ed efficacia nell'utilizzo delle risorse pubbliche, di lealtà ed integrità nel servizio della pubblica amministrazione. Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, sostiene il diritto ad una gestione capace della cosa pubblica e contribuisce a realizzare il concetto di amministrazione aperta, posta al servizio del cittadino. Conseguentemente tutte le informazioni, i dati ed i documenti, oggetto di diffusione obbligatoria, sono pubblici e pertanto il cittadino può conoscerli e fruirne gratuitamente. Inoltre le P.A. sono libere di pubblicare sul proprio sito anche ulteriori dati rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria. In questo senso l'attenzione è rivolta anche alla qualità dei dati che devono corrispondere ad una gamma di standard relativi alla integrità, alla completezza, al costante aggiornamento, alla tempestività nella

diffusione, alla semplicità di consultazione, alla comprensibilità e omogeneità, alla facile accessibilità, alla indicazione della loro provenienza e alla riutilizzabilità degli stessi.¹⁵

2.2. I nuovi contenuti del circuito informativo e il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità.

Grazie al suddetto rafforzamento dei contenuti del principio della trasparenza amministrativa in termini di accessibilità totale alle informazioni, in merito all'organizzazione e all'attività delle P.A., il decreto legislativo n. 33/2013 ha conseguentemente ridefinito gli obblighi di pubblicazione, producendo un'estensione ed una razionalizzazione del circuito informativo sui siti istituzionali, in attuazione della richiamata delega contenuta nella legge 190/2012. Tale legge infatti ha individuato specifiche ipotesi di pubblicazione obbligatoria relative ai bilanci, ai conti consuntivi ed ai costi unitari di realizzazione di opere pubbliche e di produzione di servizi erogati ai cittadini secondo uno schema redatto dalla Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP)¹⁶. A queste si aggiungono gli obblighi di pubblicazione riguardanti i settori specifici per i quali occorre rafforzare le condizioni di massima trasparenza relativamente ai procedimenti di autorizzazione, di scelta del contraente per

¹⁵ Lazzaro F. M., La trasparenza delle amministrazioni pubbliche, in www.leggiditalia.it, 2013.

¹⁶ Art. 1, comma 15, della l. n. 190 del 2012.

l'affidamento di lavori, servizi e forniture, di concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, di attribuzione di vantaggi economici di ogni genere a persone ed enti pubblici o privati; condizioni di massima trasparenza dovranno essere consolidate anche relativamente a concorsi e/o prove selettive per scelta di personale e per le progressioni di carriera.¹⁷ In particolare, relativamente ai procedimenti di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, le stazioni appaltanti sono tenute, in ogni caso, a pubblicare sui propri siti web istituzionali i seguenti dati: la struttura proponente, l'oggetto del bando, l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte, l'aggiudicatario, l'importo di aggiudicazione, i tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura e l'importo delle somme liquidate. Dopo la pubblicazione dei suddetti dati seguono poi adempimenti stringenti. Entro il 31 gennaio di ogni anno le informazioni relative all'anno precedente devono essere pubblicate in tabelle riassuntive, liberamente scaricabili in un formato digitale standard aperto, che consentano di elaborare ed analizzare, anche a fini statistici, i dati informatici. Le stesse informazioni devono essere trasmesse, in formato digitale, alla Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che le pubblica sul proprio sito web in una sezione, liberamente consultabile da tutti i cittadini, catalogandole in base alla tipologia di stazione appaltante ed alla regione. Entro il 30 aprile di ogni anno tale

¹⁷ Art. 1, comma 16, della l. n. 190 del 2012.

Autorità deve trasmettere alla Corte dei Conti l'elenco delle amministrazioni che hanno omesso di trasmettere e/o pubblicare, in tutto od in parte, le informazioni in formato digitale standard aperto.¹⁸ Tutte le suddette informazioni pubblicate sui siti internet, successivamente, devono essere trasmesse alla CIVIT, quale Autorità nazionale anticorruzione;¹⁹ la loro mancata od incompleta pubblicazione costituisce violazione degli standard qualitativi ed economici con conseguente avvio della c.d. class action nei confronti della pubblica amministrazione inadempiente²⁰ e valutazione del profilo della responsabilità dirigenziale; analogamente anche eventuali ritardi dell'aggiornamento dei contenuti sugli strumenti informatici comportano sanzioni dei responsabili del servizio.²¹

Alla previsione di questi specifici obblighi di pubblicazione la L. n. 190 del 2012 ha aggiunto la delega esercitata con il decreto legislativo n. 33 del 2013 determinando il riordino di tutte le normative preesistenti in merito agli obblighi di pubblicazione delle informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni. Quindi, come già affermato in precedenza, l'obiettivo del Decreto è quello di rendere facile la fruizione, da parte dei cittadini, delle informazioni in possesso

¹⁸ Art. 1, comma 32, della l. n. 190 del 2012.

¹⁹ Art. 1, comma 27, della l. n. 190 del 2012.

²⁰ La class action amministrativa, esperibile innanzi al giudice amministrativo, con riferimento a interessi di consumatori o utenti nei confronti delle pubbliche amministrazioni o dei concessionari di servizi pubblici, è stata introdotta con il d. lgs. n. 198 del 2009, in attuazione della delega contenuta nell' art. 4 della l. n. 15 del 2009, ed è finalizzata al ripristino del corretto svolgimento della funzione o alla corretta erogazione del servizio.

²¹ Art. 1, comma 33, della l. n. 190 del 2012.

delle amministrazioni ed oggetto di pubblicazione obbligatoria. Questa finalità era già stata individuata come una vera e propria esigenza dalla CIVIT nella relazione sull'attività svolta nel 2012 ed, inoltre, questa esigenza di semplificazione è stata ancora più necessaria anche alla luce dei diversi provvedimenti legislativi adottati nel 2012, provvedimenti che hanno ampliato l'ambito dei soggetti obbligati ad alcuni importanti adempimenti includendo, ad esempio, le aziende speciali o le società in-house, oppure i gestori di servizi pubblici. In questo senso il legislatore ha commesso un errore introducendo una disciplina tendenzialmente generale, senza norme speciali.

Inoltre il Decreto in questione cerca anche di porre rimedio all'asimmetria in materia di trasparenza dovuta dalla presenza di un contraente forte, l'amministrazione, ed uno debole, il cittadino, attraverso la selezione dei dati rilevanti e sempre nell'ambito del suddetto obiettivo di semplificazione. In questa direzione lo strumento più utile è certamente costituito dal Programma triennale per la trasparenza e l'integrità²² che ciascuna amministrazione, previo ascolto delle associazioni rappresentanti nel Consiglio Nazionale dei consumatori e degli utenti, è obbligata ad adottare. Il Programma, in attuazione della complessiva strategia di contrasto ai fenomeni di corruzione ed illegalità disegnata dalla L. n.190 del 2012, costituisce una sezione del Piano triennale di prevenzione della corruzione che, inoltre, deve individuare "specifici obblighi di trasparenza ulteriori

²² Il programma era già previsto all' art. 11 del d. lgsl. n. 150 del 2009.

rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge”.²³ In collegamento con questo ultimo Piano il Programma per la trasparenza è chiamato ad indicare e definire, anche da un punto di vista organizzativo, le modalità, i tempi di attuazione, le risorse dedicate e gli strumenti di verifica della efficacia delle iniziative assunte da ciascuna amministrazione al fine di garantire la trasparenza, la legalità e l’integrità della azione amministrativa. Il Programma per la trasparenza deve essere aggiornato con cadenza annuale. Gli obiettivi del Programma sono definiti in collegamento strategico con il Piano delle performance previsto dal decreto legislativo n. 150 del 2009. In tal modo i dati e le informazioni forniti, in attuazione degli obblighi di trasparenza, sono utilizzati ai fini della misurazione e valutazione delle performances sia organizzativa che individuale del Responsabile della trasparenza e dei dirigenti dei singoli uffici tenuti alla trasmissione dei dati. In particolare il Decreto 33 del 2013 precisa le funzioni ed i compiti dei Responsabili della trasparenza e degli Oiv. Esso dispone che la funzione del Responsabile della trasparenza sia “di norma” assolta dal Responsabile per la prevenzione della corruzione²⁴ e il suo nominativo venga indicato nel Programma triennale per la trasparenza e l’integrità.²⁵ Quindi è di pertinenza delle amministrazioni stabilire la coincidenza o la distinzione delle due figure. Il Responsabile ha il compito di controllare in merito all’adempimento, da parte delle

²³ Art. 1, comma 9, lett. f, della l. n. 190 del 2012.

²⁴ Art. 1, comma 7, della l. n. 190 del 2012.

²⁵ Art 43, comma 1, del d.lgs. n. 33 del 2013.

amministrazioni, degli obblighi di pubblicazione e di aggiornamento del programma triennale per la trasparenza e l'integrità. Gli Oiv invece sono tenuti a verificare la coerenza tra gli obiettivi previsti nel programma triennale per la trasparenza e l'integrità e quelli indicati nel piano delle performance, valutando così l'adeguatezza dei relativi indicatori.²⁶

Il decreto legislativo n. 33 del 2013 è entrato in vigore il 20 aprile del 2013; la previsione concernente il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità è contenuta nell'articolo 10 dove è previsto l'obbligo, da parte delle amministrazioni, di adottare ed aggiornare annualmente il Programma in base alle linee guida elaborate dalla CIVIT. Il 4 luglio 2013 la CIVIT, con l'adozione della delibera n.50 recante "Linee guida per l'aggiornamento del programma triennale per la trasparenza e l'integrità 2014-2016", stabilisce gli indirizzi per la redazione del Programma concentrandosi sugli aspetti di seguito riportati.

- Il processo di elaborazione.
- I contenuti.
- La forma e le modalità di pubblicazione.
- Il monitoraggio.

²⁶ Art. 44, d.lgs. n. 33 del 2013.

Inoltre nella parte conclusiva la CIVIT fornisce un sintetico riepilogo di carattere ricognitivo sulle modalità operative dell' istituto dell'accesso civico.

Al processo di elaborazione provvede il Responsabile della trasparenza e con riferimento a tale figura la CIVIT precisa che, qualora la funzione di Responsabile per la prevenzione della corruzione sia affidata ad altra persona, l'amministrazione deve garantire un coordinamento tra i due Responsabili. La novità introdotta dal Decreto n. 33 e richiamate dalla CIVIT in questa delibera riguarda il profilo della responsabilità. In caso di inottemperanza agli obblighi di pubblicazione il Responsabile deve inoltrare una segnalazione all'organo di indirizzo politico dell'amministrazione, all'Oiv, alla CIVIT e, nei casi più gravi, all'ufficio di disciplina ai fini dell' eventuale attivazione del procedimento disciplinare e di altre forme di responsabilità. Tali forme di responsabilità sono valutate ai fini della responsabilità dirigenziale, della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili, con eventuale responsabilità per danno all'immagine dell' amministrazione.²⁷La delibera precisa che tali responsabilità non ricadono unicamente sul Responsabile della trasparenza: da una parte il D.Lgs. N. 33 prevede l'obbligo per i dirigenti responsabili degli uffici dell'amministrazione di garantire "il

²⁷ Art. 46, comma 1, d.lgs. n. 33 del 2013.

tempestivo e regolare flusso delle informazioni da pubblicare ai fini del rispetto dei termini stabiliti dalla legge”;²⁸ dall’altra il responsabile non risponde per l’inadempimento degli obblighi di pubblicazione o di predisposizione del Programma se dimostra che ciò è dipeso da causa a lui non imputabile.²⁹Sotto tale profilo la CIVIT declina il principio di trasparenza in chiave organizzativa sottolineando l’opportunità che le amministrazioni con una “organizzazione complessa” realizzino un proprio atto organizzativo interno per individuare tutti i soggetti responsabili anche con riferimento agli uffici periferici. Inoltre è previsto che nelle stesse amministrazioni possa essere individuata la figura dei “referenti per la trasparenza” ed in questo caso le modalità di coordinamento tra i referenti ed il Responsabile dovranno essere indicate nel Programma triennale. Da segnalare che la delibera non affronta il profilo problematico di eventuali responsabilità condivise.

Il secondo aspetto affrontato nella delibera è quello relativo ai contenuti. Su questo punto essa richiama il rispetto delle disposizioni in materia di protezione dei dati personali concentrandosi sull’aspetto della pubblicazione facoltativa attribuita alla discrezionalità delle amministrazioni che, in attuazione del principio della “accessibilità totale”, possono indicare un elenco di dati ulteriori da mettere a disposizione sul sito istituzionale nella sottosezione “altri contenuti”, entro l’anno e nel triennio. Inoltre la Commissione sottolinea come

²⁸ Art. 43, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013

²⁹ Art. 46, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013.

ovviamente tali “dati ulteriori” devono essere “utili” per i portatori di interesse, visto che l’ amministrazione sopporterà dei costi per l’ individuazione e la pubblicazione degli stessi.

Per quanto riguarda la forma e le modalità di pubblicazione la Commissione esorta alla “chiarezza espositiva” e alla “comprensibilità dei contenuti” in base al presupposto che il Programma triennale è il principale documento rivolto alle imprese e ai cittadini con cui le amministrazioni rendono noti gli impegni in materia di trasparenza. Il programma dovrà essere disponibile sul sito istituzionale della amministrazione nella sezione “Amministrazione trasparente”. Le amministrazioni statali, gli enti pubblici non economici nazionali, le Agenzie, le Università e le Camere di Commercio devono comunicare alla CIVIT il link del Programma.

Infine relativamente al monitoraggio la CIVIT anticipa alcune prime indicazioni utili a rendere omogenee le attività di verifica degli Oiv. Per l’anno 2013 l’attestazione sull’assolvimento degli obblighi di pubblicazione ha avuto ad oggetto l’avvenuta pubblicazione dei dati e la qualità degli stessi in termini di completezza, aggiornamento e apertura. Inoltre agli Oiv delle amministrazioni statali e degli enti pubblici non economici sono richiesti adempimenti ulteriori: entro il 28 febbraio 2014 devono comunicare alla CIVIT gli esiti dei riscontri effettuati relativamente all’avvio del ciclo della trasparenza,

verificando in particolare la qualità del processo di elaborazione del programma e la qualità del processo di attuazione.

La delibera n. 50 del 2013 rappresenta un importante passo per raggiungere l'obiettivo di dare compiuta attuazione agli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente. Quanto alla modalità di pubblicazione dei dati la delibera fa riferimento alla standardizzazione della sezione "Amministrazione trasparente" ed in particolare all'utilizzo delle sotto-sezioni di primo e secondo livello, di nomenclature uniformi per la denominazione dei singoli obblighi, di tabelle in formato aperto e di link. Infatti se i siti verranno adeguati agli standard l'attività di monitoraggio risulterà maggiormente celere ed efficace e le informazioni saranno più facilmente accessibili e funzionali ad un controllo diffuso da parte dei cittadini.

2.3. I nuovi confini della pubblicazione obbligatoria e gli obblighi di pubblicazione nei settori speciali.

I nuovi confini della pubblicazione obbligatoria delineati dal decreto legislativo n. 33 del 2013 spaziano dalla organizzazione delle pubbliche amministrazioni, all'esercizio dell'attività amministrativa di erogazione e prestazione di servizi e alla utilizzazione delle risorse pubbliche. Sono stati introdotti specifici obblighi di pubblicazione relativi alla gestione del personale per cui fondamentale è il contenimento della spesa pubblica. La spending review individua

proprio nella semplificazione, razionalizzazione delle strutture e migliore impiego delle risorse umane il mezzo per assicurare risparmi di spesa ed invarianza dei servizi dei cittadini. In particolare gli obblighi di pubblicazione riguardano il costo del personale con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed i tassi di assenza distinti per uffici di livello dirigenziale. Inoltre le amministrazioni devono rendere noto l'elenco dei numeri di telefono e degli indirizzi di posta elettronica a cui i cittadini possono rivolgersi per ottenere servizi. Riguardo al personale a tempo determinato le amministrazioni devono pubblicare annualmente l'elenco dei titolari dei contratti, le loro mansioni e la loro distribuzione tra gli uffici e, trimestralmente, il costo complessivo del personale in particolare relativo al personale assegnato agli uffici di diretta collaborazione con gli organi di indirizzo politico. Il decreto indica anche gli obblighi di pubblicazione dei dati relativi alla valutazione delle performance, alla distribuzione dei premi al personale e alla contrattazione collettiva. Per i titolari di incarichi amministrativi di vertice o dirigenziali devono essere pubblicati gli estremi dell'atto di conferimento, i dati sull'assunzione di altri incarichi, il compenso percepito, con specifica evidenza di eventuali variabili legate alla valutazione di risultato. Relativamente ai titolari di incarichi politici di carattere elettivo o comunque di esercizio di poteri di indirizzo politico a livello statale, regionale o locale, sui siti devono essere pubblicati: l'atto di proclamazione o di nomina, con l'indicazione della durata dell'incarico o del mandato elettivo, il

curriculum, i compensi derivanti dalla carica stessa, gli importi di viaggi di servizio o di missioni pagati con i fondi pubblici, i dati relativi alla assunzione di incarichi o altre cariche ed i relativi compensi, le dichiarazioni sulla situazione patrimoniale propria e del coniuge non separato e dei parenti fino al secondo grado con il loro consenso. Tali pubblicazioni devono essere fatte entro tre mesi dalla elezione o nomina e per i tre anni successivi dalla cessazione del mandato o dell'incarico. E' prevista una specifica sanzione amministrativa pecuniaria nei casi di mancata o incompleta comunicazione della situazione patrimoniale al momento della assunzione della carica, della titolarità di imprese, delle partecipazioni azionarie proprie, del coniuge e dei parenti entro il secondo grado di parentela e di tutti i compensi a cui dà diritto l'incarico. Questo regime sanzionatorio è connesso alla esigenza di poter controllare la legalità e la legittimità dell'operato di colui che riveste una carica o un mandato di tipo politico.

Per quanto riguarda gli obblighi di pubblicazione relativi all'esercizio dell'attività amministrativa i dati devono essere selezionati per settori di attività, per competenza degli organi e degli uffici e per tipologia dei procedimenti; inoltre le amministrazioni hanno l'obbligo di pubblicare i dati relativi ai servizi erogati e ai tempi di pagamento dell'amministrazione.

La pubblicazione riguarda poi gli elenchi dei provvedimenti adottati dagli organi di indirizzo politico e dai dirigenti ed in particolare quelli relativi ai provvedimenti finali individuati come provvedimenti “ad alto rischio”. Per ciascuno dei provvedimenti ricompresi negli elenchi sono pubblicati il contenuto, l’oggetto, l’eventuale spesa prevista e gli estremi dei principali documenti contenuti nel fascicolo. La pubblicazione deve avvenire nella forma della scheda sintetica.

Infine ai sensi dell’art. 12 della legge n. 241 del 1990 devono essere pubblicati gli atti con cui sono determinati i criteri per la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari e vantaggi economici a persone e ad enti pubblici e privati e gli atti di singola concessione o attribuzione superiore a mille euro.³⁰ Così tali provvedimenti acquisiscono legalità ed eventuale omissione e/o incompletezza della pubblicità può essere rilevata da organi dirigenziali o di controllo, dagli stessi beneficiari della concessione o attribuzione e da chiunque abbia un interesse legato al risarcimento del danno da ritardo da parte dell’amministrazione.

Inoltre gli enti pubblici, le società in cui l’amministrazione detiene una quota di partecipazione e gli enti di diritto privato sottoposti a controllo dell’amministrazione, hanno l’obbligo di pubblicare i dati relativi alla ragione sociale, alla misura della eventuale partecipazione dell’amministrazione, alla durata dell’impegno, all’onere complessivo

³⁰ Cio’ riprende il disposto dell’ art. 18, commi 1 e 2, del decreto legge n. 83 del 2012.

gravante sul bilancio della amministrazione, al numero dei rappresentanti dell'amministrazione negli organi di governo e al loro trattamento economico, ai risultati di bilancio degli ultimi tre esercizi, agli incarichi di amministratore dell'ente conferiti dall'amministrazione e il relativo trattamento economico. In caso di omessa o incompleta pubblicazione la sanzione prevede il divieto per l'amministrazione di erogare somme a qualsiasi titolo ai suddetti enti e società.

Il decreto n. 33 del 2013 inoltre, in linea con le disposizioni finalizzate ad una maggiore trasparenza dei documenti di finanza pubblica, impone la pubblicazione dei dati relativi al bilancio di previsione e al conto consuntivo di ciascuno anno in forma sintetica, aggregata e semplificata per assicurare accessibilità e comprensibilità. Deve essere pubblicato anche il "Piano degli indicatori e dei risultati di bilancio" che indica obiettivi, risultati e andamento della spesa a livello di interventi, servizi e forniture. L'obbligo di pubblicazione è previsto anche per la gestione del patrimonio immobiliare e i rendiconti dei gruppi consiliari regionali e provinciali, la cui mancata pubblicazione comporta la riduzione del 50% delle risorse da trasferire o da assegnare nel corso dell'anno.

Il decreto contiene poi obblighi di pubblicazione nei seguenti settori speciali.

- Appalti pubblici.

- Opere pubbliche.
- Governo del territorio.
- Informazioni ambientali.
- Settore sanitario.
- Interventi straordinari e di emergenza.

In materia di appalti pubblici il decreto riafferma gli obblighi di pubblicità legale previsti dall'art. 1, comma 32, della legge n. 241 del 1990 e quelli stabiliti dal codice dei contratti. Inoltre le pubbliche amministrazioni sono tenute a rendere nota la delibera a contrarre adottata nelle ipotesi di cui all'art. 57, comma 6, del Codice dei contratti. Nella relazione che accompagna il decreto si evidenzia la duplice finalità degli obblighi previsti ovvero garantire il maggior controllo sulla imparzialità degli affidamenti e, al contempo, una maggiore apertura alla concorrenza negli appalti pubblici.

Si presenta invece come più dettagliato il programma di trasparenza disposto per le opere pubbliche. Infatti gli enti sono tenuti a pubblicare i documenti di programmazione, le linee guida per la valutazione degli investimenti, le relazioni annuali, le informazioni relative ai nuclei di valutazione e verifica degli investimenti pubblici, le informazioni relative ai tempi, ai costi unitari e agli indicatori di realizzazione delle opere pubbliche completate. Inoltre le informazioni sui costi devono

essere pubblicate in base ad uno schema tipo predisposto dalla Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che ne cura, altresì, la raccolta e la pubblicazione nel proprio sito istituzionale al fine di consentirne un'agevole comparazione.

Articolati obblighi informativi sono previsti inoltre per l'attività di pianificazione ed il governo del territorio relativamente ai principali provvedimenti. Essi riguardano i piani territoriali, i piani di coordinamento, i piani paesistici, gli strumenti urbanistici (generali e attuativi) e le loro varianti. La pubblicità di questi atti rappresenta condizione legale di efficacia. Un'apposita sezione del sito comunale è poi riservata alla documentazione relativa alle proposte di trasformazione urbanistica, di iniziativa privata o pubblica, in variante allo strumento urbanistico generale, laddove comportino delle premialità edificatorie.

In materia di informazioni ambientali restano ferme le norme di maggior tutela previste dalla disciplina di settore, in particolare per rendere effettivo il corrispondente diritto di accesso.

Molto articolata è la parte dedicata alla trasparenza nel settore sanitario. Le aziende sanitarie e ospedaliere sono chiamate a rendere pubbliche tutte le informazioni e i dati concernenti le procedure di conferimento degli incarichi di direttore generale, di direttore sanitario e di direttore amministrativo, nonché gli incarichi di responsabile di dipartimento e di strutture semplici e complesse, ivi compresi i bandi e

gli avvisi di selezione, lo svolgimento delle relative procedure, gli atti di conferimento. Deve inoltre essere pubblicato e annualmente aggiornato l'elenco delle strutture sanitarie private accreditate, così come gli accordi con esse stipulati. Le Regioni includono il rispetto degli obblighi di pubblicità previsti dalla normativa vigente fra i requisiti necessari all'accREDITAMENTO delle strutture sanitarie. Gli enti, le aziende e le strutture pubbliche e private che erogano prestazioni per conto del servizio sanitario sono tenuti a indicare nel proprio sito, in una apposita sezione denominata "Liste di attesa", i tempi di attesa previsti e i tempi medi effettivi di attesa per ciascuna tipologia di prestazione erogata.

Infine nei casi di adozione di provvedimenti contingibili ed urgenti e in generale di provvedimenti a carattere straordinario connessi a calamità ed altre emergenze è obbligatoria la pubblicazione dei provvedimenti stessi (con l'indicazione espressa delle norme di legge eventualmente derogate), dei termini temporali eventualmente fissati per l'esercizio dei poteri di adozione dei provvedimenti straordinari, del costo previsto per gli interventi e quello effettivamente sostenuto dalla amministrazione, delle particolari forme di partecipazione degli interessati ai procedimenti di adozione dei provvedimenti straordinari. Tale previsione è destinata ad essere applicata anche dalle amministrazioni commissariali e straordinarie costituite in base alla

legge n. 225 del 1992, ovvero in base a provvedimenti legislativi di urgenza.

2.4. La struttura organizzativa di vigilanza sul rispetto degli adempimenti in tema di trasparenza ed il sistema sanzionatorio.

Il decreto legislativo n. 33 del 2013 introduce un sistema di garanzie di attuazione del più generale principio di trasparenza amministrativa³¹ con riferimento in primo luogo al rafforzamento del ruolo, delle competenze e dei poteri della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle pubbliche amministrazioni (CIVIT), istituita dall'art. 13 del D. Lgs. n. 150 del 2009 ed ora chiamata, dall' art. 2 della legge n. 190 del 2012, ad operare in qualità di nuova Autorità nazionale anticorruzione. Tale scelta del legislatore si basa sull'indipendenza richiesta dalle fonti internazionali.³² La commissione esercita funzioni di vigilanza, regolazione e controllo nell'ambito di tre settori collegati fra loro: la valutazione delle performance, la qualità dei servizi e la trasparenza e l'integrità. Queste aree di intervento presentano rilevanti profili di connessione. Infatti la valutazione delle performance concorre ad assicurare forme di controllo diffuso sull'attività amministrativa e

³¹ Definito dall' art. 1 del Decreto.

³² Il riferimento è alla Convenzione ONU contro la corruzione del 31 ottobre 2003 e alla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio di Europa del 27 gennaio 1999.

sull'uso delle risorse pubbliche oltre a svolgere una funzione di promozione dell'integrità della pubblica amministrazione, con conseguente prevenzione della corruzione. In particolare l'art. 45 del decreto legislativo n. 33 del 2013 afferma che la CIVIT controlla "l'esatto adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente", esercitando poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti, e ordinando l'adozione di adeguati provvedimenti, ovvero la rimozione di comportamenti contrastanti con la trasparenza. Così la CIVIT opera una vigilanza diretta sui Responsabili per la trasparenza a cui può richiedere direttamente il rendiconto sui risultati del controllo svolto; essa inoltre può acquisire dall'Organismo indipendente di valutazione (Oiv) "le ulteriori informazioni sul controllo dell'esatto adempimento degli obblighi di trasparenza" e può avvalersi di banche dati istituite presso il Dipartimento della funzione pubblica per il monitoraggio degli adempimenti degli obblighi di pubblicazione.

Inoltre la CIVIT è coinvolta nell'applicazione del nuovo sistema sanzionatorio; infatti essa è tenuta a segnalare, in relazione alla loro gravità, i casi di inadempimento, o di adempimento parziale, degli obblighi di pubblicazione all'ufficio di disciplina dell'amministrazione interessata, ai fini della eventuale attivazione del procedimento disciplinare a carico del Responsabile per la trasparenza o del dirigente tenuto alla trasmissione delle informazioni. Gli inadempimenti devono

essere anche segnalati ai vertici politici delle amministrazioni, agli Oiv ed eventualmente anche alla Corte dei Conti ai fini della attivazione di eventuali forme di responsabilità.

La CIVIT svolge un controllo e vigilanza esterni ed i corrispondenti interni sono svolti dal Responsabile per la trasparenza secondo quanto stabilito dal decreto legislativo 150 del 2009. La legge n. 190 del 2012 ha stabilito la presenza all'interno di ogni ente del Responsabile per la prevenzione della corruzione che, di norma, svolge le funzioni del Responsabile per la trasparenza, ovvero il controllo sull'adempimento da parte della amministrazione degli oneri informativi “ assicurando la completezza, chiarezza ed aggiornamento delle informazioni rese accessibili mediante pubblicazione”. Ogni amministrazione designa il Responsabile per la trasparenza, lo comunica alla CIVIT e lo indica nel Programma triennale per la trasparenza e l'integrità. Il Responsabile vigila sulla attuazione di tale Programma e provvede al suo aggiornamento. Inoltre egli è tenuto a vigilare sull'adempimento degli obblighi di trasparenza da parte dei dipendenti, fatte salve le responsabilità dei singoli dirigenti per le unità organizzative di competenza, segnalando le violazioni all'organismo indipendente di valutazione (Oiv), alla CIVIT, in qualità di autorità nazionale anticorruzione e, nei casi più gravi, all'Ufficio procedimenti disciplinari.³³ Il Responsabile deve inoltre garantire il concreto accesso

³³ Art. 43, comma 5, del D. lgs. 33 del 2013.

del diritto all'accesso civico: una competenza funzionale ad agevolare l'effettività del nuovo strumento di tutela diffusa della trasparenza amministrativa. Sull'operato del Responsabile è chiamata a vigilare la CIVIT, che può direttamente richiedere il rendiconto dell'attività esercitata.

Infine la funzione dell' Oiv, acronimo di Organismo indipendente di valutazione, è quella di verificare la coerenza tra gli obiettivi previsti nel Programma triennale e quelli indicati nel Piano delle performance, valutando altresì³⁴ l'adeguatezza dei relativi indicatori. Le informazioni e i dati relativi alla attuazione degli obblighi di trasparenza sono inoltre utilizzati ai fini della misurazione e valutazione delle performance.

Il predetto sistema di vigilanza interna ed esterna è supportato dall'introduzione di uno specifico regime sanzionatorio che contempla le ipotesi di inadempimento degli obblighi di pubblicazione e di mancata predisposizione ed attuazione del programma triennale per la trasparenza e l'integrità. Entrambe costituiscono elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione e sono comunque valutati ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili. In ogni caso il dirigente ed il

³⁴ Art. 44 del D. lgs. n. 33 del 2013.

Responsabile per la trasparenza possono dimostrare di essere stati nell'impossibilità di adempiere agli obblighi di cui sono gravati, escludendo così la loro responsabilità. Alle ipotesi di responsabilità del decreto si aggiungono poi le violazioni al nuovo Codice di comportamento³⁵ che prevede, quale autonomo dovere di ciascun dipendente, l'adempimento degli obblighi di trasparenza totale a carico delle amministrazioni, "prestando la massima collaborazione nell'elaborazione, reperimento e trasmissione dei dati sottoposti all'obbligo di pubblicazione sul sito istituzionale". La violazione di tale dovere comporta l'applicazione della sanzione disciplinare. Lo stesso Codice inoltre indica la trasparenza tra i principi di carattere generale che il dipendente è chiamato a rispettare, unitamente a quelli di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, equità e ragionevolezza.

Inoltre le sanzioni previste dal decreto legislativo n. 33 del 2013 corrispondenti alla trasgressione degli obblighi di pubblicazione sono contenute negli artt. 15, 22, 28, 46, 47 e, per la trattazione di queste, si veda il capitolo 1 paragrafo 1.4. Relativamente all'art. 15 intitolato "Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi dirigenziali e di collaborazione o consulenza", a livello giurisprudenziale, ad esso fa riferimento la delibera n. 362 del 25 ottobre 2013 della Corte dei Conti del Piemonte. Infatti in materia di

³⁵ Adottato ai sensi dell' art. 54 del d. lgs. n. 165 del 2001, come sostituito dall' art. 1, comma 44, della l. n. 190 del 2012.

impiego pubblico ed in particolare di incarichi, la Corte dei Conti afferma l'obbligo di pubblicazione sul sito web per le amministrazioni che intendono conferire incarichi esterni, così come previsto dall'art. 15 del decreto legislativo n. 33 del 2013, sottolineando che il contenuto di tale articolo sostituisce quanto già disposto dall' art.1, comma 127, della legge n. 662/1996.

Cap. 3. L' open data.

3.1. Trasparenza intesa come pubblicità: evoluzione del modello italiano.

Il concetto di Open data deriva dal principio secondo cui la trasparenza pone in capo alla amministrazione il dovere/obbligo di mettere a disposizione del cittadino quanto necessario per la realizzazione del diritto di informazione. In questo senso la pubblicità, come strumento di trasparenza, ha subito una forte rivalutazione in virtù della rivoluzione tecnologica e con l'introduzione di tecnologie informatiche e telematiche; è rilevante la presenza di vantaggi e svantaggi connessi alla pubblicità. Infatti i vantaggi sono determinati dalla presenza di costi predeterminabili, da una maggiore certezza delle informazioni e dalla risoluzione in via preventiva di eventuali conflitti; gli svantaggi invece si concretizzano nel rischio di un sacrificio del diritto alla riservatezza, nella possibile mancanza di cura da parte delle pubbliche amministrazioni circa la qualità delle informazioni diffuse e nell'uso strumentale di tali informazioni da parte delle stesse amministrazioni (ad esempio a scopo propagandistico).

Il modello italiano di trasparenza intesa come pubblicità ha subito un'evoluzione che va dalla legge n. 241/1990 fino al decreto legislativo n. 33/2013. La l. n. 241/1990 contiene una prima apertura in questa direzione in quanto, all'art. 26, prevede l'obbligo di pubblicazione. Si tratta di una norma molto generica che, all'epoca in cui fu emanata,

prescindeva dalla evoluzione informatica e prevedeva una pubblicità realizzata con mezzi tradizionali. L'idea di fondo era quella di non lasciare all' iniziativa del cittadino la ricerca delle informazioni utili ma che fosse la legge e conseguentemente la amministrazione a metterle a disposizione. Il successivo importante passaggio è il codice della amministrazione digitale che, all'art. 54, disciplina il contenuto obbligatorio dei siti delle pubbliche amministrazioni e stabilisce poi al terzo e quarto comma il principio della gratuità e della affidabilità delle informazioni.

Successivamente altre tappe sono state segnate rispettivamente dalla legge finanziaria del 2008, che impone la pubblicazione, a pena di inefficacia degli atti, degli incarichi presso le amministrazioni pubbliche e delle relative retribuzioni; dal d.l. n. 112 del 2008, con cui si impone l'obbligo di pubblicazione delle autorizzazioni rilasciate ai dipendenti; dalla legge n. 69 del 2009, che prevede la trasparenza sulle retribuzioni dei dirigenti e sui tassi di assenza e presenza del personale.

Nel 2009 con la "legislazione Brunetta" si realizza un ulteriore passo rilevante sul piano della definizione della nozione generale di trasparenza. Il riferimento è rivolto sia alla legge n. 15 del 2009 sia al relativo decreto delegato, che riproduce la definizione generale della legge e allo stesso tempo contiene una nuova elencazione degli obblighi di pubblicità da attuarsi sui siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni. Il decreto legislativo 150 del 2009, analizzato nel

cap. 1, afferma che la trasparenza consiste nella “accessibilità totale”. Quindi i dati pubblicati sono accessibili da chiunque ed anche a livello tecnologico l’accessibilità non può essere limitata; in questo senso l’accessibilità deve essere garantita come qualità delle informazioni, così come stabilito dal codice della amministrazione digitale. Inoltre il decreto in questione prevede di dare pubblicità ad “ogni aspetto della organizzazione”. Si ritiene pertanto che rientrino nel concetto di organizzazione l’elemento oggettivo (attività predeterminate alla cura di interessi di natura generale) e quello soggettivo (il titolare dell’organo, il responsabile del procedimento, il personale addetto, le informazioni personali rilevanti come curriculum, incarichi svolti, retribuzioni, ecc).³⁶

3.2. Definizione di “Open data” alla luce del D. lgs. n. 33/2013 e del contesto europeo.

Con l’ espressione “open data” si indicano dati pubblici disponibili in formato aperto, libero ed accessibile da tutti i cittadini, facilmente rielaborabili sul web senza limitazioni di copyright, brevetti o altro. La fruibilità e l’accessibilità dei dati riguardanti la collettività, espressione di una innovazione che coinvolge tutti i cittadini, determina una maggiore informazione e quindi consapevolezza per la collettività.

³⁶ Merloni, F., Ponti, B., La trasparenza, in La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi, in www.astrid-online.it.

Il decreto n. 33/2013, come precedentemente esposto nel cap. 2, ha rafforzato i contenuti oggetto della pubblicazione obbligatoria applicando il regime degli Open data. Questa scelta consolida un nucleo “duro”, non comprimibile, di informazioni diffuse e rese disponibili in formato aperto, contribuendo così alla diffusione di questo approccio culturale. Infatti agli obblighi di pubblicazione di dati, informazioni e provvedimenti corrisponde il diritto di chiunque di conoscerli, di fruirne gratuitamente, di utilizzarli e riutilizzarli³⁷ senza alcuna restrizione se non quella di citare la fonte e rispettarne l’ integrità.³⁸ Questo diritto è inoltre supportato dal riconoscimento del diritto di accedere ai siti direttamente ed immediatamente, senza alcuna autenticazione e/o identificazione³⁹ e dal vincolo di rendere noti i documenti, le informazioni ed i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria in formato di tipo aperto⁴⁰. Si aggiunge poi la garanzia per cui non può essere disattesa la pubblicazione obbligatoria anche nel caso di misure di anonimizzazione e di limitazione di specifici dati idonee a soddisfare eventuali esigenze di segreto e di tutela dei dati personali. Inoltre i dati non indispensabili rispetto a specifici obblighi di pubblicazione possono comunque essere resi noti nel rispetto della

³⁷ Art. 3 del decreto.

³⁸ Art. 7 del decreto.

³⁹ Art. 2 del decreto.

⁴⁰ Art. 7 del decreto. La norma di delega imponeva di prevedere la pubblicazione obbligatoria di atti, documenti e informazioni anche in formato elettronico elaborabile e in formati di dati aperti, che si devono intendere “almeno i dati resi disponibili e fruibili on line in formati non proprietari, a condizioni tali da permetterne il più ampio riutilizzo anche a fini statistici e la redistribuzione senza ulteriori restrizioni d’ uso, di riuso o di diffusione diverse dall’ obbligo di citare la fonte e di rispettarne l’ integrità”.

protezione dei dati personali sensibili.⁴¹Questo principio che consente la pubblicazione di qualsiasi altro dato, informazione o documento diversi da quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria, intende responsabilizzare le amministrazioni rispetto a comportamenti volontari di implementazione del circuito informativo non solo interno, ma anche esterno al sistema amministrativo, a beneficio delle collettività amministrate e nel disegno di un loro più stringente coinvolgimento nella gestione della “cosa pubblica”. Gli unici limiti alla diffusione e all’ accesso alle informazioni sono quelli individuati dai commi 1 e 6 dell’ art. 24 della legge n. 241 del 1990 e dalla normativa in materia di tutela del segreto statistico⁴², a cui si associa il principio generale che nega la diffusione dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale.

Inoltre l’Open data proietta la trasparenza amministrativa verso un nuovo paradigma che non la configura solo come il prodotto delle pubbliche amministrazioni, ma anche come il frutto della elaborazione dei dati e delle informazioni rese disponibili dalle P.A. da parte di soggetti terzi, che si pongono come mediatori della trasparenza tra istituzioni e cittadini. L’efficacia delle norme sulla trasparenza dipende evidentemente dalle concrete modalità con le quali le informazioni sono rese pubbliche. L’accessibilità totale è funzionale allo scopo di

⁴¹ Art. 4, comma 3, del decreto.

⁴² Il riferimento è rivolto ai dati statistici ufficiali, che possono essere diffusi solo “in forma aggregata, in modo che non se ne possa trarre alcun riferimento relativamente a persone identificabili” e che sono soggetti anche agli ulteriori obblighi di riservatezza stabiliti dalla normativa europea.

consentire il controllo democratico sulla attuazione dei pubblici poteri per verificare la rispondenza alle regole di imparzialità e buona amministrazione. In questa ottica una particolare attenzione è rivolta al tema della qualità dei dati, declinata in termini di integrità, costante aggiornamento, completezza, tempestività, semplicità di consultazione, facile accessibilità e conformità ai documenti originali in possesso della amministrazione.

Gli Open Data rappresentano il motore per l'innovazione, la crescita e la governance anche in ambito Europeo.

All'estero la trasparenza, principio fondamentale dell'Open Government, è realizzata attraverso lo strumento dell'Open Data che presuppone, come sopra accennato, che i dati pubblici siano di qualità. Questo comporta che le amministrazioni ed i dipendenti pubblici debbano loro per primi conoscere bene questi dati; inoltre tali dati devono essere realizzati nei processi di back office che garantiscono il loro ciclo di produzione, manutenzione, aggiornamento, conservazione e oblio. Tutto questo richiede un grande sforzo di lavoro, di formazione e di acquisizione di nuove competenze. Per realizzare tutto ciò è necessario un vero e proprio cambiamento culturale, tecnologico e organizzativo nelle P.A. ed è impensabile che questo possa essere realizzato a costo zero.

Infatti l'Open data è uno strumento individuato nei paesi anglosassoni per migliorare il livello di trasparenza e, come tale, adattato ad una

realtà normativa, organizzativa, ma soprattutto culturale, molto diversa dalla nostra. Quindi relativamente alla questione degli Open data il problema sembra essere più culturale che normativo: è la cultura che necessita di un effettivo cambiamento per condurre ad una maggiore trasparenza.

L'attenzione inoltre deve essere rivolta oltre che alla trasparenza organizzativa anche alla trasparenza dei dati relativi ai servizi erogati, verticalizzando, realmente, le azioni che si stanno realizzando per l'Open data nei principali settori di interesse: salute, trasporti, turismo, giustizia, ricerca, scuola, ecc. Infatti l'interesse del cittadino è rivolto soprattutto a questo tipo di dati. L'effettiva trasparenza sui dati di business, ad esempio le prestazioni degli ospedali, può stimolare la competizione tra le P.A. che svolgono attività omogenee, innalzando così la qualità dei servizi erogati e delle performance. Nel caso che un direttore generale di una ASL confrontando il livello delle prestazioni offerte dalla sua azienda con quello di altri ospedali verifica l'erogazione di servizi di più basso livello dovrà prestare più attenzione alle performance, scegliendo, ad esempio, nuovi medici basandosi sul criterio di merito adottando un piano di attuazione che da puro adempimento diventerà strumento di lavoro, di ricerca dell'efficienza e di miglioramento continuo. Da questo esempio

emerge l'importanza dello strumento dell' Open data nell'ottica di accrescere l'efficienza dei servizi pubblici erogati dal nostro Paese.⁴³

Come già affermato l'Open data è compreso all'interno del concetto di Open Government; esso è un paradigma politico che rappresenta un modello di stato a cui riportare⁴⁴ lo stato trasparente. Le caratteristiche di questa tipologia di stato consistono nell'aumento progressivo di dati resi disponibili in formato aperto e tra loro collegati, la messa a disposizione on line di questi dati da parte delle Amministrazioni Pubbliche ed il loro utilizzo da parte dei cittadini al fine di estrarre informazioni utili. Di conseguenza i dati resi disponibili in formato aperto sono uno strumento essenziale per realizzare la trasparenza intesa come caratteristica di tutte le attività delle P.A. e quindi, in senso più generale, dello stato. Dal punto di vista socio-politico i cittadini accrescono le loro conoscenze aumentandone il livello di informazione e consapevolezza; dal punto di vista socio-economico tali dati aperti permettono ai singoli ed alle piccole e grandi imprese di fare sviluppo, creare innovazione e servizi. In questo senso l'Open data rappresenta strumento di cittadinanza attiva ovvero cittadinanza informata, partecipata e collaborativa⁴⁵ ; pertanto i cittadini possono partecipare al processo decisionale perché hanno gli strumenti e le conoscenze per farlo.

⁴³ D' Amico. D., Considerazioni personali sulla trasparenza.

⁴⁴ Di Donato. F., Lo stato trasparente. Linkened open data e cittadinanza attiva".

⁴⁵ Questo fa riferimento al trinomio stabilito da Obama nella sua Direttiva del 2009 in cui si parlava appunto di trasparenza, collaborazione e di partecipazione.

3.3. Sviluppo della cittadinanza digitale: i progetti italiani di e-democracy.

Lo sviluppo di internet nell'era della "società dell'informazione" ha posto le basi per una crescita in senso democratico delle pubbliche amministrazioni con il suddetto obiettivo di renderle conformi al modello della trasparenza.

In questo panorama si inserisce il concetto di e-democracy, ovvero le forme e gli strumenti di democrazia nell'era di internet. I progetti italiani di e-democracy sono legati alla attuazione del piano di e-government; in particolare il Ministro per l'innovazione e le Tecnologie nel luglio del 2004 ha selezionato, con un avviso nazionale, 57 progetti per lo sviluppo della cittadinanza digitale (e-democracy). L'avviso era destinato a Regioni ed Enti Locali e aveva lo scopo di individuare e cofinanziare progetti che, attraverso l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT), avessero come obiettivo la promozione della partecipazione dei cittadini alle attività e ai processi decisionali delle pubbliche amministrazioni locali al fine di migliorarne l'efficienza e la condivisione da parte degli attori coinvolti. Quindi tali progetti erano destinati a promuovere la cultura della partecipazione e della democrazia, nell'era di internet, per una maggiore centralità del cittadino nelle decisioni che lo riguardano direttamente.

I progetti forniscono l'analisi del contesto organizzativo, sociale e culturale nel quale si colloca l'intervento, l'utilizzo delle tecnologie adeguate in termini di affidabilità e accessibilità, la promozione della partecipazione attiva dei cittadini e la garanzia del coinvolgimento effettivo dei decisori pubblici.

Gli ambiti di intervento dei progetti riguardano prevalentemente materie come ambiente, territorio, interventi sociali e urbanistica; inoltre molti progetti finanziati si sono candidati ad attivare dinamiche di partecipazione su ambiti nuovi come tributi, tasse locali e sanità, che rappresentano nuove frontiere di confronto tra amministrazione e cittadini. I progetti finanziati sono tutti basati sulla partecipazione pubblica e sulla condivisione delle scelte da parte di tutti gli attori coinvolti.

Per quanto riguarda gli enti finanziati la metà di questi è costituita da comuni con meno di 5000 abitanti. Infatti una delle finalità dell'avviso era proprio quella di coinvolgere i comuni più piccoli per la possibilità di verificare al meglio la partecipazione ai processi decisionali e i suoi effetti. Le regioni in cui è stato approvato il maggior numero di progetti sono il Lazio e la Lombardia e a seguire il Piemonte, la Toscana ed il Veneto.

I progetti finanziati prevedono a livello tecnologico l'uso di strumenti come i forum e le mailing list come tecnologie standard ma propongono anche soluzioni innovative e sperimentali.

Tra i numerosi progetti ne ricordo alcuni a livello esemplificativo di quanto detto. In Sicilia per il comune di Favara è stato finanziato il progetto “Agor@favara” con lo scopo di promuovere i percorsi di progettazione condivisa nell’ambito dei processi decisionali pubblici relativi alle attività istituzionali, economiche e produttive. Per la Campania abbiamo il progetto “Avedemo” coordinato dal comune di Avellino, con il fine di realizzare un portale multicanale per coinvolgere i giovani nella vita politica della città. Nel Friuli-Venezia Giulia abbiamo il progetto coordinato dal comune di San Canzian D’Isonzo diretto a favorire la partecipazione dei cittadini al processo democratico. Per quanto riguarda il Lazio il comune di Roma ha promosso il progetto “Circolo” che esamina il rapporto tra amministrazione e aziende di servizio relativamente al contratto di servizio per lo sviluppo di un processo partecipativo. In Toscana per il comune di Lucca è stato finanziato il progetto “Concerto”, ovvero un piano di e-democracy per la partecipazione dei cittadini alle politiche temporali. In Piemonte il comune di Asti ha coordinato il progetto “C&Tdoc” con lo scopo di avviare la partecipazione tra Enti, cittadini e associazioni alle politiche locali di governo del territorio in difesa delle identità locali, delle produzioni tipiche e della tutela dell’ambiente. Infine in Liguria il comune di Genova ha coordinato il progetto “UC5” volto a realizzare un sistema tecnologico di

rappresentazione del territorio grazie alla navigazione sul sito www.comune.genova.it⁴⁶.

Dall'elenco di tutti questi progetti emerge come la e-democracy rappresentava, già nel 2004, la possibilità per i cittadini di partecipare in modo attivo alle scelte delle pubbliche amministrazioni, che, nell'erogazione delle loro attività, sono tenute a considerare le istanze provenienti dalla società civile. In questo senso è rilevante la disciplina sui servizi on line contenuta nel Codice dell'Amministrazione Digitale del quale tratterò nel paragrafo successivo.

⁴⁶ Marzano. F., I progetti italiani di e-democracy, 12 febbraio 2007, in www.astrid-online.it.

3.4. Open data e Codice dell' Amministrazione Digitale.

Garantire il “right to know”, consentire cioè a chiunque l’accesso alle informazioni in possesso delle Pubbliche Amministrazioni, comporta costi elevati. Infatti, per riportare un esempio, negli Stati Uniti il solo Department of Health and Human Services ha impiegato nel 2012 circa 300 persone per l’applicazione del Freedom of Information Act, con un costo di oltre 50 milioni di dollari.⁴⁷ E’ comprensibile come simili costi non siano sostenibili per le amministrazioni italiane. Così la disciplina della trasparenza in Italia si è sempre basata sul dogma della “trasparenza a costo zero”. Infatti già nel 1990 la proposta della Commissione Nigro di estendere a chiunque il diritto di accesso ai documenti amministrativi fu respinta in quanto prevalsero i timori legati al suo impatto organizzativo e finanziario; all’ epoca si optò per il più prudente modello della trasparenza procedimentale, che per gli anni ’90, ha rappresentato comunque un considerevole passo avanti.⁴⁸

Negli anni successivi, anche per effetto delle pressioni derivanti dalla diffusione dei Foia, il legislatore italiano iniziò ad elaborare una sua

⁴⁷ Informazioni reperibili su www.foia.gov.

⁴⁸ L’ Art. 22, c. 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, nel testo originario, stabiliva che “Al fine di assicurare la trasparenza della attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo le modalità stabilite dalla presente legge”.

strategia di contemperamento tra le nuove istanze “democratiche” di diffusione di dati aperti e le ristrettezze del bilancio pubblico.

La svolta avviene nel 2005; da un lato la scelta in favore dell’accesso limitato viene confermata, riscrivendosi in senso ancora più restrittivo la norma sulla legittimazione soggettiva,⁴⁹ e dall’ altro, si definisce per la prima volta, nel codice dell’ amministrazione digitale (CAD), il contenuto obbligatorio dei siti delle Pubbliche Amministrazioni. Da quel momento l’istituto cardine della trasparenza amministrativa in Italia non è più l’accesso ma la pubblicità, imposta attraverso obblighi previsti in via legislativa. In particolare l’equivalenza tra accesso ad un documento e la pubblicazione dello stesso era già affermata nella legge sul procedimento;⁵⁰ la diffusione di internet ha, successivamente, esaltato le potenzialità della pubblicazione, consentendo l’accesso immediato (online) alle informazioni.

Successivamente, con il D. Lgs. n. 235 del 2010, il 25 gennaio 2011 entra in vigore il nuovo CAD, il codice dell’amministrazione digitale che costituisce uno dei pilastri base del processo di rinnovamento della Pubblica Amministrazione. Il nuovo CAD rinnova il quadro normativo

⁴⁹ In base al c. 1 dell’ art. 22, l. n. 241 del 1990, sostituito dall’ art. 15 della legge 11 febbraio 2005, n. 15, sono considerati “interessati” “tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l’ accesso”.

⁵⁰ L’ art. 26 della l. n. 241 del 1990, dopo avere previsto la pubblicazione di alcuni atti di portata generale (c. 1, ora abrogato dall’ art. 53, c. 1, lett. a, del d. lgs. n. 33 del 2013), precisava che “Con la pubblicazione di cui al comma 1, ove essa sia integrale, la libertà di accesso ai documenti indicati nel predetto comma 1 si intende realizzata”.

in materia di amministrazione digitale definito nel 2005, aggiornando le regole di riferimento rispetto ad un panorama tecnologico in evoluzione. Il decreto legislativo n. 235/2010 dà avvio ad un processo che consente di avere finalmente una P.A. moderna, digitale e sburocratizzata. Il nuovo codice introduce infatti un insieme di innovazioni normative che incidono concretamente sui comportamenti e sulle prassi delle amministrazioni e sulla qualità dei servizi resi. La riforma rende così effettivi i suddetti diritti per cittadini ed imprese.

Il nuovo CAD si basa sui due principi di seguito riportati.

- Effettività della riforma.
- Incentivi all'innovazione della P.A.

Relativamente al primo punto si introducono misure premiali e sanzionatorie favorendo, da un lato, le amministrazioni virtuose e sanzionando, dall'altro, le amministrazioni inadempienti. Per quanto riguarda poi il secondo punto le P.A., dalla razionalizzazione della propria organizzazione e dalla informazione dei procedimenti, riceveranno dei risparmi che potranno utilizzare per il finanziamento di progetti di innovazione e per l'incentivazione del personale in essi coinvolto.

Inoltre dall'entrata in vigore del nuovo CAD le famiglie possono colloquiare attraverso computer e internet con tutte le amministrazioni

locali e centrali. La riforma in questione ha introdotto i cambiamenti di seguito riportati.

- Validità dei documenti indipendente dal supporto (art. 20- 23 quater): il nuovo CAD introduce un sistema di contrassegno generato elettronicamente e stampato direttamente dal cittadino dal proprio computer per sancire la conformità dei documenti cartacei a quelli digitali.
- Validità dei documenti informatici (art.22, 23, 23-bis, 23-ter.): il nuovo CAD fornisce indicazioni sulla validità delle copie informatiche dei documenti.
- Conservazione digitale dei documenti (art. 43, 44-bis): è prevista la gestione della conservazione dei documenti e del relativo processo da parte di un Responsabile della conservazione che può avvalersi di soggetti pubblici o privati che offrono idonee garanzie; da precisare che ogni Responsabile della conservazione dei documenti negli uffici pubblici può certificare il processo di digitalizzazione e di conservazione servendosi, se vuole, di Conservatori accreditati. In tal modo la norma introduce la figura dei Conservatori accreditati, ovvero soggetti che ottengono da Digit PA il riconoscimento del possesso dei requisiti di sicurezza e affidabilità per effettuare il processo e la conservazione dei documenti informatici.

- Posta elettronica certificata (artt. 6 e 65): la PEC diventa il mezzo più veloce, sicuro e valido per comunicare con le P.A. I cittadini possono utilizzare la PEC anche come strumento di identificazione evitando l'uso della firma digitale ed inoltre, sempre tramite PEC, potranno essere effettuate anche le diffide necessarie per avviare una class action nei confronti della P.A.
- Siti pubblici e trasparenza (art. 54): il nuovo CAD arricchisce il contenuto dei siti istituzionali delle amministrazioni prevedendo che sugli stessi siano pubblicati, in modo integrale, anche i bandi di concorso. La norma obbliga le amministrazioni ad aggiornare le notizie ed i dati che per legge devono essere pubblicati sul proprio sito istituzionale; tale aspetto viene considerato ai fini della valutazione dei dirigenti.
- Customer satisfaction dei cittadini su Internet (artt. 54 e 63): le Pubbliche Amministrazioni sono tenute ad adottare strumenti idonei alla rilevazione immediata, continua e sicura del giudizio dei propri "clienti" sui servizi online.
- Moduli on line (art. 57): le pubbliche amministrazioni hanno l'obbligo di pubblicare on line l'elenco dei documenti richiesti per il procedimento (moduli e formulari validi) e non possono richiedere l'uso di moduli e formulari che non siano stati pubblicati sul web. La mancata pubblicazione è rilevante ai fini

della misurazione e valutazione della performance individuale dei dirigenti responsabili.

- Trasmissione delle informazioni via web (art. 58): le Pubbliche Amministrazioni non possono richiedere informazioni di cui già dispongono ed in base a tale principio, per evitare che il cittadino debba fornire più volte gli stessi dati, le amministrazioni titolari di banche dati predispongono apposite convenzioni aperte per assicurare l'accessibilità delle informazioni in proprio possesso da parte delle altre amministrazioni.
- Comunicazione tra imprese e amministrazioni (art. 5-bis): la presentazione di istanze, richieste, dichiarazioni e lo scambio di informazioni e documenti tra imprese e P.A. e viceversa avviene solo utilizzando le tecnologie ICT, ovvero le tecnologie della informazione e della comunicazione.
- Accesso ai servizi in rete (artt. 64 e 65): per l'accesso ai servizi erogati in rete dalle P.A. è possibile utilizzare strumenti diversi dalla carte di identità elettronica e dalla carta nazionale dei servizi previa individuazione del soggetto che ne richiede il servizio.
- Firme (artt. 1, comma 1, lett. q-bis, e 28, comma 3-bis): si introduce il concetto di firma elettronica avanzata, con cui è possibile sottoscrivere un documento informatico con piena validità legale; in tal modo si liberalizza il mercato delle firme

digitali prevedendo che le informazioni relative al titolare e ai limiti d'uso siano contenute in un separato certificato elettronico e rese disponibili anche in rete.

- Carta di identità elettronica e Carta nazionale dei servizi (art 64): la Carta di identità elettronica e la Carta nazionale dei servizi valgono ai fini dell'identificazione elettronica.
- Pagamenti elettronici (art. 5): il nuovo CAD introduce degli strumenti fra cui carte di credito, di debito e/o prepagate, per consentire alle pubbliche amministrazioni di riscuotere pagamenti. Inoltre il nuovo CAD permette loro di avvalersi di soggetti anche privati per la riscossione.
- Protocollo informatico, fascicolo elettronico e tracciabilità (artt. 40-bis e 41): è previsto che ogni comunicazione inviata tramite PEC tra le pubbliche amministrazioni e tra queste e i cittadini o le imprese sia protocollata in via informatica. L'amministrazione titolare del procedimento raccoglierà gli atti, i documenti e i dati del procedimento medesimo in un fascicolo elettronico, dotato di un apposito identificativo.
- Basi dati di interesse nazionale (art. 60): il nuovo CAD indica le basi dati di interesse nazionale ovvero il repertorio nazionale dei dati territoriali, l'indice nazionale delle anagrafi, la banca dati nazionale dei contratti pubblici, il casellario giudiziale, il registro

delle imprese, gli archivi automatizzati in materia di immigrazione e di asilo.

- Sicurezza digitale (art. 51): il nuovo CAD contiene disposizioni importanti sia sulla continuità operativa, sia sul disaster recovery. Le pubbliche amministrazioni dovranno predisporre appositi piani di emergenza idonei ad assicurare, in caso di eventi disastrosi, la continuità delle operazioni indispensabili a fornire i servizi e il ritorno alla normale operatività.
- Open data (artt. 52 e 68): il nuovo CAD mette in primo piano la responsabilità delle pubbliche amministrazioni nell'aggiornare, divulgare e permettere la valorizzazione dei dati pubblici secondo principi di open government. I dati pubblici saranno fruibili e riutilizzabili per la promozione di progetti di elaborazione e diffusione dei dati anche attraverso finanza di progetto.

Sulla scia di quanto previsto proprio dall' art. 52 del CAD è stata elaborata la licenza italiana per i dati aperti, ovvero la "Italian Open Data License (IODL)"; essa, progettata per permettere a tutte le pubbliche amministrazioni italiane di diffondere i propri dati, ha lo scopo di promuovere la "liberazione" e la valorizzazione dei dati pubblici secondo la modalità digitale.

In seguito alle novità introdotte con il nuovo Codice dell' Amministrazione Digitale molte pubbliche amministrazioni locali e

centrali in Italia hanno dato vita ad iniziative di apertura del patrimonio informativo. Il primo data store italiano è stato quello della regione Piemonte, *dati.piemonte.it*, all'interno del quale sono catalogati dati aperti riconducibili ai vari enti regionali. Proprio per questo si ritiene che la regione Piemonte sia all'avanguardia a livello nazionale ed europeo per ciò che riguarda il tema degli open data. In questa regione il progetto che ha portato alla realizzazione del suddetto data store è nato dalla constatazione che ogni giorno gli enti pubblici producono una enorme quantità di informazioni in formato digitale e che, tali dati, possono essere messi a disposizione di cittadini ed imprese e/o essere utilizzati come base per il lancio di nuovi servizi, commerciali e non, grazie all'utilizzo delle nuove tecnologie. Così è consentita la ricerca dei metadati all'interno di cataloghi regionali e le informazioni pubblicate sono in costante aggiornamento. Inoltre è sempre possibile interagire con la amministrazione regionale lasciando feedback, proponendo nuove idee per l' utilizzo dei dati ed utilizzando un sistema di votazione che permette di capire in tempo reale il livello di gradimento degli utenti.

In ottobre 2011, dopo un anno circa dalla nascita del data store piemontese, anche la Regione Emilia-Romagna pubblica online il suo catalogo di dataset, ovvero *dati.emilia-romagna.it*. Attraverso questo portale i cittadini accedono a tutti i dati pubblicati dalla Regione e dagli enti locali. Una delle caratteristiche principali di questo progetto

consiste nell'uso della multicanalità (on-line e off-line). L'iniziativa si caratterizza come un progetto nel quale tutti i soggetti coinvolti, istituzioni, imprese, comunità on-line e società civile, contribuiscono, ognuno con il proprio ruolo, alla crescita della cultura dell'open government. Lo scopo finale è quello di favorire la massima trasparenza amministrativa ovvero l'accesso dei cittadini ai dati e la possibilità di riutilizzare i dati stessi.

3.5. Open data grazie alla presenza pubblica sul web.

La presenza pubblica su internet cresce in maniera esponenziale, orientata dall'Unione europea che spinge verso un'amministrazione sempre più informatizzata.⁵¹ Tutti i siti pubblici devono basarsi su regole comuni per permettere all'amministrazione di rispondere ai bisogni dei cittadini in maniera ottimale, garantendo buoni servizi online a partire da una completa circolarità informativa. Dal punto di vista contenutistico le pagine web devono essere ricche, complete e ben organizzate al fine di poter corrispondere adeguatamente non solo

⁵¹ Sul tema cfr. Lazzaro F.M., *L' Agenda digitale per l' Italia*, eBook, Ipsoa, 2013.

al dovere di accountability quanto soprattutto alla crescente richiesta di informazioni da parte dei cittadini. Il patrimonio informativo deve inoltre conformarsi al paradigma dei dati aperti, deve prestarsi alla riusabilità, alla creazione di applicazioni e alla ricombinazione autonoma e spontanea di dati. L'insieme di questi fattori concorre a realizzare il principio in base al quale i dati devono essere di qualità.

La materia dei siti pubblici e del loro contenuto è disciplinata da una pluralità di fonti che possono essere elencate come segue.

- Artt. 53 e 54 del CAD per l'enunciazione dei canoni ispiratori e per il contenuto informativo dei siti.
- D. lgs. n. 33/2013 che disciplina il contenuto obbligatorio dei siti e le modalità di pubblicazione.
- La legge 9 gennaio 2004, n. 4 (c.d. "legge Stanca") sull'accessibilità.
- La direttiva n. 8/2009 del Ministro per l'amministrazione e l'innovazione, approvata per razionalizzare la presenza pubblica sul web e sviluppare i principi sul piano pratico.
- Le linee guida per i siti web delle P.A. adottate in base all'art. 4 della suddetta direttiva con i discendenti

“Vademecum” pubblicati dal Dipartimento per la P.A. e l’innovazione.

Gli obblighi di trasparenza quindi si sostanziano in una minuziosa regolamentazione dei contenuti dei siti pubblici, in buona parte afferente alla sezione ora denominata “Amministrazione trasparente”.⁵²

Di primaria importanza per far emergere il patrimonio informativo di interesse pubblico dalla vastità e mutevolezza del web è il tema della riconoscibilità dei siti in esame. Infatti la citata direttiva n. 8/2009 ha lo scopo di identificare, attraverso il dominio “gov.it”, i siti e i portali delle P.A. L’obiettivo è quello di aggregare i siti ed i portali deputati all’erogazione dei servizi istituzionali caratterizzandoli con un adeguato, omogeneo livello di qualità, di sicurezza e di aggiornamento. A ciò si aggiunga quanto previsto dall’ art. 57 del CAD relativamente ai riferimenti telematici e agli indirizzi della Pubblica Amministrazione e dei gestori dei pubblici servizi, ovvero gli indirizzi Pec per le comunicazioni e l’ invio dei documenti.

Per facilitare l’individuazione dei siti e dei contenuti utili le amministrazioni sono tenute ad ottimizzare il proprio sito con motori di ricerca e misure tecnologiche e redazionali allo scopo di leggere e di interpretare meglio le informazioni presenti sul sito stesso. Infatti i motori di ricerca rappresentano il principale mezzo con cui i cittadini

⁵² Lazzaro F. M., La trasparenza delle amministrazioni pubbliche, in Azienditalia, n. 6/2013.

accedono alle informazioni. Inoltre per migliorare la reperibilità dei contenuti è possibile ricorrere a misure di classificazione, all'uso condiviso di metadati, vocabolari e meccanismi di indicizzazione.

Relativamente al contenuto di tali siti esso può essere distinto in obbligatorio ed eventuale. Il primo è definito dagli artt. 53 e 54 del CAD. Il contenuto eventuale consiste, invece, in quello aggiuntivo rispetto alle prescrizioni normative. Lo stesso decreto n. 33/2013 all'art. 4, comma 3 consente alle P.A. di pubblicare dati, informazioni e documenti ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria. Inoltre per quanto riguarda il contenuto obbligatorio esso coincide con gli oneri informativi previsti dal decreto n. 33/2013 e relativi ad una serie di voci da ricondurre all'interno della sezione "Amministrazione trasparente". In particolare l'impostazione del D. Lgs. 33/2013 mira ad assicurare uniformità di base ai siti attraverso la pubblicazione di elementi ritenuti particolarmente significativi e riconducibili ad aree sensibili come quelle del contrasto alla corruzione, dell'efficienza, dello sviluppo, dell'Agenda digitale, ecc. In pratica il contenuto obbligatorio coincide con i "contenuti minimi" di cui alle Linee guida per i siti web delle P.A., monitorabili attraverso il tool della "bussola della trasparenza"⁵³.

⁵³ La "bussola della trasparenza" è stata presentata nel maggio 2013 dall' Ufficio informazione statistica e gestione banche dati istituzionali del Dipartimento della Funzione Pubblica; rappresenta uno strumento che consente di accompagnare le pubbliche amministrazioni verso la trasparenza totale, infatti la bussola della trasparenza consente di effettuare in tempo reale una verifica su tutti i contenuti

I capitoli in cui si articola la sezione “Amministrazione trasparente” sono i seguenti: organizzazione e attività delle p.a.; prestazioni offerte e servizi erogati; “settori speciali” (ovvero appalti pubblici, sanità, governo del territorio, emergenze, informazioni ambientali). Questa sezione ha sostituito l’antesignana sezione “Trasparenza, valutazione e merito” introdotta con il D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150. Il contenuto dei siti pubblici rappresenta una parte del patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni, cioè di quel bene immateriale costituito dall’insieme di dati, informazioni e notizie raccolto grazie alla attività istituzionale compiuta quotidianamente. Questo contenuto va espresso in maniera massiva ed internet è lo strumento migliore per farlo. Già nel 1999 il “Libro verde dell’ Unione europea sull’ informazione del settore pubblico nella società della informazione” poneva le basi per una discussione costruttiva sul tema, sfociata nella direttiva europea sul riuso dell’informazione del settore pubblico, recepita in Italia con il D. Lgs. 24 gennaio 2006, n. 36. Infatti in diverse occasioni la Commissione europea ha sollecitato gli enti pubblici a identificare le loro fonti informative e metterle a disposizione in maniera agevole e immediata, in formati stabili e aperti. Esporre le informazioni attraverso un formato aperto e rielaborabile diventa il fattore abilitante per la collaborazione attiva e propositiva fra enti pubblici, cittadini e

minimi previsti per legge sui siti web. Il sistema restituisce in tempo reale un risultato con le faccine emoticons che segnalano se le linee guida sono rispettate o meno per ogni contenuto previsto dalla legge. Inoltre è possibile scegliere un indicatore e verificare come e quanto, a livello geografico, sono distribuite le amministrazioni che pubblicano quel particolare contenuto, in tempo reale e con un semplice click.

imprese. A questo proposito il CAD enuncia il principio della “disponibilità dei dati pubblici”, che consiste nella possibilità per soggetti pubblici e privati “di accedere ai dati senza restrizioni non riconducibili a esplicite norme di legge”.

La disponibilità di dati, metadati e banche dati è assicurata dalle P.A. attraverso un apposito catalogo, inserito nella sezione “Amministrazione trasparente”, insieme alle norme regolamentari che disciplinano l’esercizio della facoltà di accesso e di riutilizzo. I dati ed i documenti se non accompagnati da una specifica licenza si intendono rilasciati in formato aperto. Infatti ai sensi del CAD (art. 68, c. 3) sono di tipo aperto i dati disponibili secondo i termini di una licenza che ne permetta l’utilizzo da parte di chiunque, i dati accessibili con le tecnologie della informazione e della comunicazione in formati aperti, i dati adatti all’utilizzo automatico da parte di programmi per elaboratori, i dati provvisti dei relativi metadati ed infine i dati resi disponibili gratuitamente, ovvero a costi marginali sostenuti per la loro riproduzione.

Quindi da quanto esposto emerge come le odierne versioni dei siti delle pubbliche amministrazioni siano orientate al soddisfacimento di una pluralità di bisogni collettivi. Attraverso tali siti si accede ai servizi di eGovernment, i quali sono riconducibili a quattro livelli di funzionalità, prendendo come riferimento l’impostazione comunitaria adottata già a partire dal Consiglio europeo di Nizza del 2000:

disponibilità di informazioni, presenza di modulistica scaricabile, possibilità di attivare un procedimento, svolgimento dell'intero iter procedurale.

Recentemente il D. L. 9 febbraio 2012, n. 5, ha contribuito al sostegno dello sviluppo dei canali telematici; esso prevede che, a partire dal 1° gennaio 2014, devono essere utilizzati nei confronti delle P.A. “esclusivamente i canali e i servizi telematici, ivi inclusa la posta elettronica certificata per la presentazione da parte degli interessati di denunce, istanze e atti, nonché garanzie fideiussorie per l'esecuzione di versamenti fiscali, contributivi, previdenziali, assistenziali e assicurativi, nonché per la richiesta di attestazioni e certificazioni”.

La continua spinta a valorizzare i siti pubblici genera anche rilevanti ricadute sul piano della struttura organizzativa composta da un crescente numero di stabili figure fra cui il responsabile della trasparenza, il responsabile del procedimento di pubblicazione dei contenuti sul sito (laddove non coincidente con la figura del responsabile della trasparenza), il responsabile dell'accessibilità informatica, il responsabile dei sistemi informativi, il capo ufficio stampa ovvero il responsabile dei flussi giornalistici e notiziali ed il responsabile dell' URP.

Tutta questa complessità organizzativa però rischia di penalizzare le amministrazioni di piccola e media dimensione; per scongiurare questo rischio e condurre comunque tutte le pubbliche amministrazioni verso

l'obiettivo prefissato, opera l'Agenzia per l'Italia digitale alla quale sono assegnate, dal CAD, funzioni consultive e di coordinamento in materia di realizzazione dei siti.

L'Agenzia per l'Italia digitale gestisce inoltre il Sistema pubblico di connettività (SpC), cioè l'insieme di regole tecniche con lo scopo di connettere fra loro le amministrazioni. Il sistema pone le basi su cui costruire servizi integrati mediante utilities condivise e consente ai soggetti coinvolti un sensibile risparmio di costi e energie, tutto a vantaggio degli utenti finali. L'art. 77 del CAD attribuisce al SpC le seguenti finalità:

- fornire un insieme di servizi di connettività condivisi, definiti negli aspetti di funzionalità, qualità e sicurezza;
- garantire l'interazione della P.A. con gli altri soggetti connessi a internet, nonché con le reti di altri enti;
- promuovere l'erogazione di servizi di qualità e la migliore fruibilità degli stessi da parte di cittadini ed imprese;
- fornire un'infrastruttura condivisa di interscambio che consenta l'interoperabilità tra le reti pubbliche;

- fornire servizi di cooperazione ai soggetti pubblici richiedenti.

Concludendo è proprio su questo sostrato tecnologico che si svilupperà la nuova frontiera della presenza pubblica sul web, destinata a favorire ed incentivare la consapevole partecipazione telematica alle politiche pubbliche. Infatti i siti sono destinati a connotarsi per la marcata presenza di elementi “social” aperti al contributo della collettività, dialoganti attraverso l’accentuata multicanalità e forti di un’offerta diversificata che si dipana attraverso video, podcasting e messaggistica istantanea.

Cap. 4. L'accesso civico.

4.1. L'art. 5 del D. lgs. 14.03.2013, n. 33: l'accesso civico e la sua portata innovativa.

Il decreto legislativo n. 33 del 14 marzo 2013, definito anche come Testo unico per la trasparenza nelle pubbliche amministrazioni, introduce all'art. 5, l'istituto dell'accesso civico, significativo passo in avanti per affermare la trasparenza quale principio generale dell'azione amministrativa e, al contempo, strumento a disposizione del cittadino per affermare il suo diritto alla conoscibilità della azione amministrativa stessa. Il decreto in questione, realizzato in attuazione della delega contenuta nella l. n. 190/2012, recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e l'illegalità nella pubblica amministrazione, è stato emanato proprio nell'ottica di dirigere l'attività amministrativa verso obblighi di informazione, di pubblicità e di trasparenza e prevede, di conseguenza, anche delle sanzioni per il mancato adempimento di tali obblighi.

Per comprendere la portata innovativa dell'istituto dell'accesso civico è necessario considerare che il decreto legislativo citato non solo provvede al riordino degli obblighi di pubblicazione già esistenti ma

ridefinisce la trasparenza “quale strumento al servizio dell’interesse alla conoscibilità degli elementi rilevanti ai fini di un controllo diffuso sull’operato delle amministrazioni”⁵⁴; in questo senso il decreto si riferisce ad una accezione della trasparenza che considera le tappe segnate rispettivamente dalla legge 241/1990 e dal decreto legislativo 150/2009 per sottolineare la presenza tre aspetti fondamentali della trasparenza: trasparenza come diritto, come obiettivo e come strumento di gestione della cosa pubblica e di realizzazione dei servizi pubblici. A questo proposito l’istituto dell’accesso civico rappresenta uno strumento nelle mani del cittadino ed entra in gioco qualora l’amministrazione non adempia gli obblighi di pubblicazione. In questi casi il cittadino “costringe” l’amministrazione ad assolvere agli obblighi di pubblicazione mediante una richiesta che “non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente, non deve essere motivata, è gratuita e va presentata al responsabile della trasparenza dell’amministrazione obbligata alla pubblicazione”, che ha tempi stringenti per rispondere ed è soggetta a sanzione in caso di mancato adempimento.⁵⁵ Così i confini oggettivi e soggettivi del diritto di accesso sono ampliati e la domanda di accesso civico non è condizionata né dall’obbligo di motivazione né dalla posizione soggettiva del richiedente. Quindi il cittadino ha il

⁵⁴ Ponti, B., Il codice della trasparenza: non solo riordino, ma ridefinizione complessiva del regime della trasparenza amministrativa, in www.neldiritto.it

⁵⁵ Ponti, B., Il codice della trasparenza: non solo riordino, ma ridefinizione complessiva del regime della trasparenza amministrativa, in www.neldiritto.it

diritto di richiedere la pubblicazione di documenti, informazioni e dati qualora essa sia obbligatoria e la amministrazione non abbia ottemperato.

Agli obblighi di pubblicazione corrisponde dunque non un need to know, inteso come una conoscenza utile al soddisfacimento di un interesse particolare, ma un vero right to know. L'accesso civico sembrerebbe così affiancarsi all'azione popolare e porsi come mezzo di verifica diffusa dell'attività amministrativa da parte del cittadino.

Non si può ancora parlare di un livello pari a quello del FOIA statunitense (freedom of information act) che prevede la possibilità per i cittadini di accedere a tutte le informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni e non solo quelle oggetto di pubblicazione obbligatoria, ma si tratta comunque di un grande passo in avanti in questa direzione; infatti l'accesso civico evolve la situazione preesistente al decreto n. 33/2013 in cui per avere accesso ad un documento già oggetto di pubblicazione era necessario mostrare un interesse differenziato⁵⁶.

L'accesso civico ad oggi risulta essere il modello di accesso più ampio all'interno del nostro ordinamento fatto salvo il diritto di accesso agli atti delle istituzioni comunitarie e le discipline speciali di accesso

⁵⁶ Ponti, B., Il codice della trasparenza amministrativa: non solo riordino, ma ridefinizione complessiva del regime della trasparenza amministrativa, in www.neldiritto.it.

previste in materia ambientale ed in materia di enti locali.⁵⁷ In questo senso l'istituto dell'accesso civico rappresenta l'apice di un percorso verso un modello di amministrazione trasparente secondo la nota metafora della pubblica amministrazione come "casa di vetro"⁵⁸. Il riferimento è rivolto "all'estensione della legittimazione soggettiva, all'assenza di oneri motivazionali e all'inerenza dell'accesso al contenuto conoscitivo piuttosto che al suo contenitore", oltre che "all'interdipendenza con le moderne tecnologie della comunicazione, che ne fanno proprio la più recente espressione della c.d. democrazia elettronica (o e-democracy)"⁵⁹.

L'istituto dell'accesso civico ha una struttura che si articola in due fasi. La prima fase è di competenza dell'amministrazione che è tenuta a pubblicare dati, informazioni e documenti secondo quanto previsto dalle disposizioni di legge; la fase successiva vede come protagonista il cittadino che concretizza la sua partecipazione attiva alle scelte amministrative effettuando un controllo sull'operato dei pubblici poteri. Quindi, in base all'art. 5 del D. lgs. 33/2013, chiunque può richiedere la pubblicazione di dati, informazioni e documenti che la legge impone all'amministrazione di rendere accessibili.

⁵⁷ In questo senso l'antecedente normativo è rappresentato dalla legislazione sugli enti locali oggi confluita nel T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, il D. lgs. 18.08.2000, n. 267, che all'art. 10, co. 1 e 2, disciplina, come azione popolare, il diritto di accesso dei cittadini, mentre al successivo art. 43, co. 2, regola il peculiare diritto di accesso dei consiglieri comunali e provinciali in ragione della carica rivestita.

⁵⁸ L'espressione è da attribuire a Filippo Turati, in Atti del Parlamento italiano-Camera dei Deputati, sess. 1904-1908, 17.06.1908, 22962.

⁵⁹ Torano, V., Il diritto di accesso civico, Intervento al Convegno "Anticorruzione e trasparenza: analisi dell'impatto normativo nell'ente locale"-Frascati, 15.07.2013.

Dal punto di vista operativo, come già affermato in precedenza, la richiesta va presentata al Responsabile della trasparenza dell'amministrazione obbligata alla pubblicazione e, dalla data di ricevimento dell'istanza, si istaura, ai sensi dell'art.2 comma 6, L. n. 241/1990, l'avvio di un procedimento amministrativo. Infatti la amministrazione obbligata, entro 30 gg., procede alla pubblicazione, nel sito, del documento, dell'informazione e/o del dato richiesto e lo trasmette contestualmente al richiedente ovvero comunica l'avvenuta pubblicazione, indicando il collegamento ipertestuale a quanto richiesto. Nel caso in cui il documento, l'informazione o il dato richiesto risultino già pubblicati, l'amministrazione indica al richiedente il collegamento ipertestuale. Inoltre in caso di inerzia dell'amministrazione procedente il richiedente può ricorrere al titolare del potere sostitutivo il quale, dopo aver verificato la sussistenza dell'obbligo di pubblicazione, provvede entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto oppure, come ultima opzione, nomina un commissario per l'esecuzione. Nel caso di un provvedimento di diniego, ovvero di inerzia protratta oltre i termini previsti dalla legge, il richiedente può adire al giudice amministrativo, a cui il decreto ha attribuito la giurisdizione esclusiva delle controversie in materia di esercizio del diritto di accesso civico (art. 5, co. 5), nonché di tutte le controversie relative agli obblighi di trasparenza previsti dalla normativa vigente (art. 50). Quindi la tutela giurisdizionale del diritto di accesso civico è rimessa alla disciplina del

Codice del processo amministrativo che prevede, inoltre, la possibilità di stare in giudizio personalmente anche senza patrocinio legale, la trattazione in camera di consiglio e la decisione in forma semplificata.

L'ultimo comma dell'art. 5 attribuisce al Responsabile della trasparenza l'obbligo di segnalare, secondo quanto previsto dall'art. 43, comma 5, i casi di inadempimento totale o parziale degli obblighi in materia di pubblicazione dei documenti, informazioni o dati previsti dalla normativa vigente, indipendentemente dalle richieste di accesso. Tale segnalazione è rivolta all'Oiv (Organismo indipendente di valutazione) e alla CIVIT, in qualità di Autorità nazionale anticorruzione ai fini dell'attivazione delle diverse forme di responsabilità dirigenziale e, nei casi più gravi, all'ufficio di disciplina ai fini dell'eventuale attivazione del procedimento disciplinare (art. 43, comma 5). Inoltre, ai sensi dell'art. 43, comma 3, la responsabilità specifica derivante dal mancato rispetto degli obblighi di pubblicazione investe, sul piano disciplinare e della responsabilità amministrativa, oltre al Responsabile della trasparenza anche gli altri dirigenti e funzionari dotati di autonomia decisionale che non hanno, con la dovuta diligenza, concorso, ciascuno per la propria sfera di competenza, a realizzare le prescrizioni normative in materia di pubblicità, al fine di garantire "il tempestivo e regolare flusso delle informazioni da pubblicare" . Infatti ai sensi dell'art. 46, comma 1, specifiche fattispecie di violazione degli obblighi di trasparenza costituiscono elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale

anche per eventuale danno all'immagine della pubblica amministrazione e sono rilevanti ai fini del riconoscimento della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio della performance individuale, a meno che il soggetto dimostri che il mancato adempimento è derivante da causa a lui non imputabile.⁶⁰

In base agli aspetti analizzati emerge come l'istituto dell'accesso civico rappresenti una profonda novità nel nostro ordinamento soprattutto se lo si mette in rapporto con il diritto di accesso ai documenti amministrativi previsto dall'art. 22 della l. n. 241/1990. Queste due tipologie di accesso hanno in comune i rimedi di tutela giurisdizionale ma hanno una profonda differenza dal punto di vista soggettivo. Infatti mentre per la richiesta di accesso di cui alla l. n. 241/1990 il soggetto richiedente deve dimostrare di avere un interesse diretto, concreto ed attuale per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti al fine di ottenere la soddisfazione dell'adempimento da parte della amministrazione obbligata, per la richiesta di accesso civico non è prevista alcuna limitazione riguardo alla legittimazione soggettiva del richiedente;⁶¹ il decreto 33/2013 riconosce a tutti il diritto di accesso civico in perfetta adesione con la finalità di estendere il potere di controllo dei cittadini sull'operato della pubblica amministrazione. Anche sotto il profilo dei contenuti i due istituti si differenziano

⁶⁰ Così Toschei, S., Dall'art. 18 d.l. n. 83/2012 all'art. 37 d. lgs. n. 33/2013, un tracciato normativo verso la trasparenza negli appalti pubblici passando per la legge anticorruzione, Intervento al Convegno "Anticorruzione e trasparenza: analisi dell'impatto normativo nell'ente locale"- Frascati, 15 luglio 2013.

⁶¹ Si veda in questo senso Cons. Stato Sez. VI, Sent., 20-11-2013, n. 5515.

notevolmente in quanto il diritto di accesso ai documenti amministrativi presuppone che il documento di cui è richiesto l'accesso sia già stato materialmente formato e che sia utile a tutelare o difendere la situazione soggettiva vantata dal richiedente; l'accesso civico, invece, può essere diretto all'acquisizione di documenti, dati o informazioni in virtù di una pretesa azionabile da chiunque ne faccia richiesta allo scopo di realizzare un controllo diffuso sull'operato delle pubbliche amministrazioni. Da questa prospettiva possiamo affermare che l'accesso agli atti ai sensi della l. n. 241/1990 è esercitato esclusivamente per esigenze legate ad una situazione concreta sulla quale verte un contenzioso mentre nel caso dell'accesso civico l'interesse è più generale ed è rivolto alla correttezza della azione amministrativa che si concretizza “nella cultura del rispetto e della lealtà verso i destinatari dell'esercizio della funzione amministrativa”⁶². Comunque l'accesso civico non sostituisce il diritto di accesso ai documenti amministrativi poiché i due istituti, nel nostro ordinamento, continuano a convivere con le loro peculiari caratteristiche rispondendo ad esigenze diverse. Infatti come già affermato in precedenza l'accesso documentale è uno strumento volto a tutelare situazioni individuali e a disposizione di soggetti portatori di una situazione giuridicamente rilevante e legittimante l'accesso ai

⁶² Cit. Toschei, S., Accesso civico e accesso ai documenti amministrativi, due volti del nuovo sistema amministrativo Italia, Intervento al Convegno “Anticorruzione e trasparenza: analisi dell'impatto normativo nell'ente locale” – Frascati, 15 luglio 2013.

sensi del capo V della l. n. 241/1990; l'accesso civico ai sensi dell'art. 5 del D. lgs. n. 33/2013 si propone di realizzare un controllo democratico diffuso da parte dei cittadini sull'operato delle pubbliche amministrazioni e di attribuire ruolo centrale alla trasparenza nel nostro ordinamento.

4.2. Rapporto tra accesso civico e il modello FOIA.

Il decreto legislativo n. 33/2013 introducendo all'art. 5 l'istituto dell'accesso civico ha creato una sorta di garanzia per i cittadini di conoscere comunque gli atti, i documenti e le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria, in quanto, come già esposto in precedenza, grazie all'accesso civico, essi possono esperire un rimedio al mancato adempimento degli obblighi di pubblicità da parte della amministraizone. Conseguentemente l'istituto in esame rappresenta un meccanismo di enforcement relativo agli obblighi di pubblicazione. In questo senso è opportuno chiederci se si può parlare di right to know anche in Italia ed equiparare quindi la disciplina dell'accesso civico a quella del Freedom of information act statunitense (FOIA).

Il FOIA è la legge sulla libertà di informazione emanata negli Stati Uniti il 4 luglio 1966 dal presidente Lyndon B. Johnson recante una serie di regole per permettere a chiunque, senza la necessità di

dimostrare un interesse qualificato, di conoscere come opera il governo federale. Quindi dal punto di vista soggettivo non ci sono differenze. Il testo unico sulla trasparenza infatti parla di un diritto di accesso civico riconosciuto a “chiunque” e di una richiesta che “non deve essere motivata”. Così in Italia in diritto all’informazione si radica, come gli altri diritti umani, direttamente in capo alla persona a prescindere dal suo coinvolgimento nel procedimento amministrativo e dal motivo del suo interesse conoscitivo; inoltre non sono previste restrizioni neanche in base alla nazionalità.⁶³

Dal punto di vista oggettivo invece non si può operare la stessa equiparazione poiché ci sono discrepanze circa l’oggetto dell’accesso civico rispetto al modello FOIA.

Nei sistemi FOIA la libertà di accedere alle informazioni ha ad oggetto qualsiasi informazione in possesso delle pubbliche amministrazioni. In tali sistemi le informazioni detenute dai pubblici uffici sono considerate di “proprietà” della collettività. Lo stesso non si può dire per il sistema italiano; l’accesso civico permette al cittadino e quindi alla collettività di conoscere solo le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria. Ai sensi della normativa vigente “soltanto tali documenti o informazioni, secondo il nostro legislatore, sono pubblici”⁶⁴. Per quanto concerne poi gli altri documenti, atti,

⁶³ Savino, M., La nuova disciplina della trasparenza amministrativa, in www.leggiditalia.it.

⁶⁴ Art. 3, D. lgs. n. 33 del 2013

informazioni per cui non è previsto un obbligo di pubblicazione, il testo unico si limita a precisare che questi “possono” essere oggetto di pubblicazione, a discrezione della amministrazione la decisione di pubblicarli o meno, ai sensi dell’art. 4, comma 3 del decreto in questione. Si tratta quindi di una mera facoltà alla quale non corrisponde alcun diritto di accesso.

Da questa distinzione tra l’area della pubblicità obbligatoria e quella facoltativa emergono rilevanti conseguenze circa il rapporto tra il sistema italiano ed il modello FOIA.

In primo luogo nel modello FOIA il right to know incontra come unico limite quello del contemperamento degli interessi pubblici come relazioni internazionali, interessi militari, sicurezza, ordine pubblico e privati come la tutela dei dati personali, degli interessi commerciali, dei segreti industriali. Queste categorie di interessi sono protette rispetto alla loro diffusione e pubblicazione per ovvi motivi.

L’ordinamento italiano oltre a condividere queste limitazioni all’accesso ne introduce altre in maniera quasi indiscriminata infatti le esenzioni corrispondono a tutti gli ambiti non coperti dall’obbligo di pubblicazione.

In secondo luogo, anche ammettendo che l’oggetto della pubblicazione obbligatoria copra gli ambiti più rilevanti dell’azione pubblica, rimane il fatto che nel testo unico il rapporto tra regola ed eccezione è rovesciato rispetto al modello FOIA. Nei sistemi FOIA la riservatezza

è un'eccezione al principio generale di pubblicità e conseguentemente le amministrazioni e le corti sono tenute a darne un'interpretazione restrittiva.⁶⁵ Nel modello italiano accade il contrario. La pubblicità, essendo effettiva ed azionabile solo nei limiti delle previsioni legislative, consiste nella eccezione alla regola della riservatezza. La riservatezza infatti rimane sempre una regola residuale che interviene laddove non ci sia uno specifico obbligo di pubblicazione.

Questa impostazione spinge le amministrazioni ad interpretare in modo restrittivo la trasparenza e le facilita a creare zone oscure tra i vari obblighi di pubblicazione.

La pubblicità quindi nell'ordinamento italiano è intesa come una regola di stretto diritto positivo e ciò porta a non considerare il right to know come diritto fondamentale, al contrario di quanto avviene invece negli ordinamenti statunitensi.

Il limitato oggetto dell'accesso civico fa emergere un'altra differenza tra i due modelli in esame che consiste nel diverso modo di intendere il rapporto tra la pubblicazione e l'accesso individuale.

Nei sistemi FOIA la pubblicazione è intesa come tecnica utile oltre che per i cittadini anche per le amministrazioni, in quanto una volta che il documento è pubblicato, queste non devono sopperire alle richieste di accesso da parte dei cittadini. Inoltre nei sistemi FOIA tutte le

⁶⁵ In questo senso esemplare è il Memorandum on Transparency and Open Government del Presidente degli Stati Uniti, Barack Obama.

informazioni in possesso delle amministrazioni devono essere pubblicate ad eccezione dei limiti previsti riguardo ad esigenze di tutela pubbliche e private. In queste ipotesi l'accesso da parte del cittadino a tali informazioni non è escluso a priori ma è sottoposto ad una scelta discrezionale affidata al Responsabile per la trasparenza che effettua una ponderazione, caso per caso, per eventualmente disporre la pubblicazione parziale del documento. Quindi emerge con chiarezza come nei sistemi FOIA la richiesta di accesso è limitata e queste informazioni per motivi di tutela della riservatezza non sono pubblicate. Così il modello FOIA si fonda su una stretta complementarietà tra gli interessi: dove non arriva la pubblicazione arriva l'accesso. E' importante sottolineare che in questi sistemi sono le richieste di accesso ad estendere gli ambiti di pubblicazione; alcuni FOIA impongono infatti di pubblicare i documenti ai quali sia stato consentito l'accesso in un certo numero di casi.

Nel sistema italiano, delineato dal testo unico per la trasparenza, il rapporto tra la pubblicazione e il diritto di accesso civico è invertito. Il diritto di accedere all'informazione è strumentale all'adempimento, da parte delle amministrazioni, dell'obbligo di pubblicazione e tale accesso finisce laddove finisce l'obbligo di pubblicazione. Quindi per quanto riguarda la materia oggetto di pubblicazione facoltativa rientra nella discrezione della amministrazione decidere di renderla pubblica o meno senza possibilità, per il cittadino, di influenzare questa scelta discrezionale con la sua richiesta di accesso. Al contrario nei sistemi

FOIA la definizione del livello di trasparenza delle amministrazioni pubbliche è rimessa, almeno in parte, ai titolari del right to know.

In generale, comunque, se si rivolge lo sguardo alle esperienze passate del sistema italiano, emerge come l'accesso civico rappresenti un notevole sviluppo del nostro ordinamento quantomeno a livello culturale. Quindi per l'Italia è un passo avanti ma, come emerge dal suddetto confronto, non è ancora abbastanza e ha dei limiti rispetto ai modelli del freedom of information acts, nati negli Stati Uniti e poi diffusi in gran parte delle democrazie liberali.

Concludendo la differenza tra i due modelli in questione risiede nel modo in cui un ordinamento considera il right to know: nei sistemi FOIA questo è un diritto costituzionalmente garantito; in Italia è garantito solo se il legislatore lo riconosce. Questo ha inevitabilmente risvolti sul piano della trasparenza intesa come prevenzione della corruzione in quanto il cittadino italiano, nella ricerca di informazioni, ha dei limiti che riducono l'efficacia delle norme sulla trasparenza come prevenzione della corruzione.

4.3. Profili problematici.

L'accesso civico è stato effettivamente immesso nel nostro ordinamento il 20 aprile 2013 e, a distanza di poco più di un anno, non

è facile procedere ad una valutazione obiettiva degli effetti pratici prodotti dalla sua concreta applicazione. Tuttavia è possibile individuare alcuni problemi legati a tale istituto che hanno suscitato dibattiti fin dalla sua introduzione.

La prima osservazione critica all'accesso civico riguarda il suo eventuale profilo di incostituzionalità causato dall'esercizio di un eccesso di delega da parte del Governo poiché tale istituto non era contemplato in nessuna disposizione della legge di delega. Infatti l'art.1, comma 35, della l. n. 190/2012, nell'indicare i principi e i criteri direttivi riportati nelle lettere da a) ad h), non menziona l'istituto dell'accesso civico come figura da inserire nel panorama normativo⁶⁶. Così l'art. 5 del D. lgs. n. 33/2013 è posto in contrasto con il dettato dell'art. 76 della Costituzione, tanto più se si ritiene che l'art. 5 introduca un'altra ipotesi di azione popolare, innovativa rispetto a quelle attualmente proponibili dinanzi all'autorità giudiziaria⁶⁷. Inoltre, sempre nell'ambito dei rilievi di incostituzionalità, l'art. 5, comma 5, del testo unico sulla trasparenza devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative agli obblighi di trasparenza ed anche questa rappresenta una scelta di dubbia legittimità costituzionale, proprio per l'ampliamento operato

⁶⁶ Parere del Garante per la protezione dei dati personali su uno schema di decreto legislativo concernente il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle P.a.- 7 febbraio 2013.

⁶⁷ Così Toschei, S., Accesso civico e accesso ai documenti amministrativi, due volti del nuovo sistema amministrativo in Italia, cit.; anche Torano, V., Il diritto di accesso civico, cit.

dal legislatore delle ipotesi di giurisdizione esclusiva affidate al giudice amministrativo, in contrasto con l'art. 103 della Costituzione. Inoltre, analizzando questo aspetto, l'istituto dell'accesso civico riconosce il diritto a "chiunque" di esigere una prestazione da parte dei pubblici poteri; il singolo esercita la sua pretesa di adempimento da parte delle amministrazioni destinarie del "decreto trasparenza". Il cittadino attraverso l'istituto dell'accesso civico può "costringere" le amministrazioni ad adempiere ai loro obblighi di trasparenza; da questa prospettiva il diritto di accesso civico si configura come una sorte di costituzione in mora dell'ente inadempiente⁶⁸, ricadendo in un ambito di natura prettamente civilistica di competenza del giudice ordinario⁶⁹.

Un ulteriore delicato profilo di criticità riguarda le questioni relative al rispetto della privacy sollevate dalle nuove norme in materia di trasparenza che tratterò nel capitolo seguente.

Infine per realizzare le prescrizioni imposte dal D. lgs. n. 33/2013 è necessario predisporre adeguate strutture organizzative che inevitabilmente hanno un costo per la amministrazione. Conseguentemente quanto stabilito dall'art. 51 del citato decreto, che richiama la clausola dell'invarianza finanziaria, è di difficile

⁶⁸ Toschei, S., Dall'art. 18 d.l. n. 83/2012 all'art. 37 d.lgs. n. 33/2013, un tracciato normativo verso la trasparenza negli appalti pubblici passando per la legge anticorruzione, cit., e Accesso civico e accesso ai documenti amministrativi, due volti del nuovo sistema amministrativo Italis, cit..

⁶⁹ In base alla sentenza della C. Cost. 6.07.2004, n.204 il riconoscimento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è legittimo solo nei casi in cui l'amministrazione agisce come pubblica autorità.

realizzazione in quanto prevede che il passaggio da un'amministrazione improntata al principio di segretezza ad una basata sulla conoscibilità totale delle informazioni avvenga senza maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ricorrendo alle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili. Questa condizione rischia di compromettere la realizzazione delle previsioni normative sulla trasparenza. Infatti appare difficile realizzare quanto previsto dall'art. 1, comma 3, del Testo Unico sulla trasparenza, nella parte in cui condiziona l'attività dei pubblici uffici alla garanzia del raggiungimento del livello essenziale delle prestazioni di cui all'art. 117, co. 2, lett. m), Cost., erogate uniformemente su tutto il territorio nazionale, ai fini della prevenzione e del contrasto a fenomeni di corruzione e di cattiva amministrazione lasciando invariata la spesa pubblica. La conseguenza di tutto ciò è quella di fornire un pretesto per l'impraticabilità delle disposizioni del decreto al Responsabile per la trasparenza che, di fronte ad un inadempimento fatto valere dal cittadino nei confronti della amministrazione, potrà difendersi affermando che la mancata pubblicazione è avvenuta per causa a lui non imputabile. In questo contesto l'accesso civico rischia di essere vanificato proprio per le problematiche attinenti al profilo economico, sebbene una delle finalità del decreto è proprio quella di prevenire e contrastare i fenomeni di maladministration, ovvero situazioni che hanno concorso a generare l'attuale situazione di dissesto economico e finanziario. Questo però non deve accadere perché l'accesso civico

deve essere inteso come diritto a ricevere informazioni e non come un mero interesse diffuso nella disponibilità del legislatore; esso si qualifica come un interesse costituzionalmente rilevante, un “valore costituzionalmente primario”⁷⁰. Concludendo, pur considerando gli aspetti critici, l’accesso civico rappresenta una previsione che qualifica il livello di democraticità del nostro ordinamento ed il suo esercizio, oltre che un diritto, rappresenta un dovere che ciascun cittadino deve adempiere per contribuire a realizzare istituzioni efficienti ed impegnate nella cura dell’interesse generale, in uno sforzo collettivo di rafforzamento e diffusione della cultura dell’integrità volta a demolire comportamenti omissivi e illegali all’interno delle amministrazioni.

⁷⁰ Modugno, F., Perche è corretto desumere da (o proporre per) l’art. 21 della Costituzione l’esistenza di un diritto all’informazione, cit., 836.

Cap. 5. Trasparenza e privacy.

5.1. Tappe evolutive del rapporto tra accesso e riservatezza: dalla l. n. 241/1990 al Codice della Privacy.

L'introduzione del diritto di accesso ai documenti amministrativi ad opera della l. n. 241/1990 è stata la prima apertura del nostro ordinamento verso una amministrazione ispirata al principio di trasparenza. L'abbandono della vecchia impostazione che configurava gli atti amministrativi come un "segreto" segna senza dubbio un'evoluzione importante ma, al contempo, richiede fin da subito un'attenzione rivolta alla tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti nelle vicende che, di volta in volta, possono divenire oggetto di divulgazione e di conoscenza. Quindi la previsione del diritto di accesso si confronta con situazioni soggettive individuali e collettive altrettanto degne di tutela. Infatti il diritto di accesso si configura come un principio generale dell'attività amministrativa volto ad assicurarne l'imparzialità e il buon andamento in attuazione di quanto previsto dall'art. 97 della Costituzione. Allo stesso modo anche il diritto alla riservatezza trova un ancoraggio nella Costituzione, in particolare all'art. 2, dove viene configurato come un precetto attinente alla salvaguardia dei diritti inviolabili della persona. Tuttavia il diritto alla

riservatezza risulta presente nella legge 241/1990 la quale, all'art. 24, co. 2, lett. d), fa riferimento alla riservatezza delle persone fisiche, persone giuridiche, gruppi ed imprese come possibile limite al diritto di accesso agli atti amministrativi. La normativa in commento non specifica il contenuto di tale limite ma contiene un puro riferimento in merito alla riservatezza dei terzi, quindi alla luce della legge 241/1990 il confronto tra i due interessi risulta fortemente sbilanciato in favore dell'accesso; ad esempio l'art. 24 (nella versione originale della l. n. 241/1990) dispone: “quando la conoscenza dei documenti amministrativi sia necessaria per curare o difendere interessi giuridici, deve comunque essere garantita al richiedente la visione degli atti”.

La riservatezza viene considerata come un diritto fondamentale autonomo e degno di effettiva tutela con la legge n. 675/1996. Grazie a questa norma la riservatezza da mero limite al diritto di accesso diventa un “principio cardine della attività amministrativa, almeno equiordinato alla regola essenziale della pubblicità”⁷¹.

In realtà riguardo alla legge n. 675/1996 in giurisprudenza le opinioni erano divise. Da una parte alcuni sostenevano, facendo leva sull' art. 43 della citata legge, la mancanza di cambiamento rispetto al quadro normativo precedente riguardo al rapporto tra accesso e riservatezza⁷².

Al contrario altri enfatizzavano il ruolo della nuova disciplina

⁷¹ Lipari, M., L'amministrazione pubblica tra trasparenza e riservatezza, in www.giustizia-amministrativa.it, cit.

⁷² T.a.r. Abruzzo, sez. Pescara, 5 dicembre 1997, n. 681.

affermandone la portata innovativa in materia di riservatezza soprattutto in merito ai dati personali. Tale orientamento giurisprudenziale articola le ipotesi di diritto di accesso secondo un regime a “doppio binario” dove vengono distinti i casi in cui la domanda di accesso riguarda dati personali non sensibili dai casi con ad oggetto i dati sensibili. Nella prima ipotesi si applica l’art. 24, comma 2, lett. d), della legge n. 241/1990 ed il contrasto tra diritto di accesso e tutela della riservatezza si sviluppa secondo i principi posti dalla decisione 5/97 dell’Adunanza Plenaria⁷³; nella seconda ipotesi, in assenza di una legge che specificamente consenta l’accesso, l’esigenza di tutela della riservatezza prevale in modo rigido ed assoluto anche sul diritto della difesa in giudizio garantito dall’art. 24 della Costituzione⁷⁴.

Relativamente al rapporto tra accesso e riservatezza, nella situazione legislativa fin qui esposta, c’era della confusione dovuta al fatto che il legislatore, nel giro di pochi anni, aveva emanato due norme fondate su due posizioni diametralmente opposte senza porre in essere gli opportuni collegamenti. Così è apparso necessario modificare ulteriormente il tessuto normativo con il D. lgs. n. 135 dell’11 maggio del 1999; con questa norma il legislatore delegato ha integrato la l. n. 675/1996 relativamente al trattamento dei dati sensibili da parte di soggetti pubblici individuando anche alcune finalità di interesse

⁷³ Cons. Stato, n. 1248, 1999; Cons. Stato, n. 737, 2000.

⁷⁴ Cirillo, Diritto all’accesso e diritto alla riservatezza: un difficile equilibrio mobile, in www.giustizia-amministrativa.it; in giurisprudenza Cons. Stato, n. 59, 1999.

pubblico per cui è autorizzato il trattamento di tali dati. In particolare l'art. 16 chiarisce che qualora la richiesta di accesso abbia ad oggetto determinati dati sensibili, idonei a determinare lo stato di salute o la vita sessuale, il trattamento è consentito solo se il diritto da far valere o da difendere in sede amministrativa o giudiziaria "è di rango almeno pari a quello dell'interessato". Questa disposizione, evidentemente, non risolve il conflitto tra conoscenza e protezione dei dati personali sensibili ma rimette alla amministrazione e al giudice la ponderazione comparativa tra il diritto alla riservatezza dei dati riguardanti la salute o la sfera sessuale e l'interesse sotteso alla domanda di accesso. Tale bilanciamento non può essere realizzato in astratto bensì in concreto in modo tale da evitare il rischio di soluzioni generalizzanti. Conseguentemente, in virtù del D. lgs. 135/1999, per poter accedere ai documenti amministrativi concernenti dati sensibili non è più sufficiente motivare la richiesta di accesso con l'esigenza di esercitare il diritto di difesa ma occorre rendere noto il tipo di diritto da far valere in sede giudiziaria. Si nota come il bilanciamento attribuisca all'amministrazione un ambito di valutazione che presenta margini di opinabilità⁷⁵ in quanto, teoricamente, il soggetto pubblico sarebbe libero di orientare la questione in un senso o nell'altro a seconda delle sue necessità. Inoltre il rapporto che le amministrazioni pubbliche hanno con la disciplina sulla protezione dei dati personali è sempre stato duplice e contraddittorio. Infatti da un lato la pubblica

⁷⁵ Clarich, M., *Diritto di accesso e tutela della riservatezza*, cit., 439.

amministrazione quando cerca e gestisce i dati personali risente in maniera negativa dei limiti di questa normativa; allo stesso tempo però quando la pubblica amministrazione deve consentire l'accesso a questi dati da parte di terzi può essere tentata di usare la stessa normativa e gli stessi limiti per rendere meno efficace il diritto di accesso.⁷⁶

In questo complesso scenario normativo si è inserito nel 2003 il Codice della privacy con l'approvazione del D. lgs. n. 196/2003. Il Codice della privacy introduce in maniera espressa all'art. 1 il diritto di chiunque alla protezione dei propri dati personali.

L'elaborazione del Codice della privacy è avvenuta in un contesto in cui il bisogno di riservatezza si stava ampliando e stava assumendo connotati nuovi dovuti all'aumento di informazioni messe a disposizione da parte di soggetti pubblici e privati, grazie alle nuove tecnologie informatiche e telematiche. L'evoluzione delle tecniche di diffusione delle informazioni aveva bisogno di una risposta immediata in termini di tutela della sfera privata dei soggetti coinvolti. Tale tutela si concretizza nel diritto del singolo di pretendere che le informazioni relative alla sua persona non vengano fatte circolare, o comunque, nel diritto di conservare il controllo sull'uso di tali informazioni al fine di intervenire per integrarle, modificarle o addirittura distruggerle. La tutela della riservatezza in questo senso garantisce al singolo la libera costruzione della sua sfera privata e gli consente allo stesso tempo di

⁷⁶ Lugaresi, N., Il trattamento dei dati nella pubblica amministrazione, in Il codice in materia di protezione dei dati personali, cit., 237.

esercitare un controllo sull'operato degli organismi pubblici e privati che detengono informazioni. Al riguardo il nuovo Codice ha ridisegnato il quadro legislativo relativo alle amministrazioni pubbliche. Infatti nella Parte I, Titolo III, Capo II (artt. 18-22) stabilisce una serie di regole specifiche che tutti i soggetti pubblici, ed esclusione degli enti pubblici economici che sono sottoposti alla medesima disciplina prevista per i privati, devono osservare nel trattamento dei dati. Nella Parte II, Titolo IV (artt. 59-74), viene regolamentato il trattamento dei dati in ambito pubblico a partire dalla problematica dell'accesso a dati, atti e informazioni in possesso delle amministrazioni.

Il diritto di accesso, in seguito all'emanazione del Codice della privacy, assume una duplice valenza distinguendo le ipotesi di accesso ai dati personali da quelle di accesso ai documenti amministrativi. Inoltre all'interno della categoria delle ipotesi di accesso ai dati personali occorre distinguere l'accesso ai propri dati personali dall'accesso ai dati personali di soggetti terzi. Solo in quest'ultima ipotesi sorge la questione del bilanciamento di interessi tra accesso e privacy. Chiaramente questo ordine di problemi non sorge quando si tratta di accedere ai propri dati personali. In quest'ultimo caso il Codice della privacy, all'art. 7, prevede la possibilità di un pieno diritto di accesso da parte dell'interessato conseguentemente alla mancanza di necessità di tutela della riservatezza di terzi. Relativamente alle modalità di esercizio di tale diritto di accesso ai

propri dati personali esse sono semplificate. L'art. 8 prevede che tale diritto può essere esercitato con richiesta senza formalità rivolta al responsabile o al titolare; l'art. 9 prevede che tale istanza di accesso possa essere inoltrata mediante lettera raccomandata, telefax, posta elettronica oppure anche oralmente; l'art. 10 prevede che il responsabile comunichi i dati all'interessato oralmente oppure mediante strumenti elettronici. Occorre ricordare però che il diritto di accesso ai propri dati personali, in base a quanto previsto dal codice della privacy, incontra specifici limiti, ai sensi dell'art. 84, comma 1, quando l'istanza è rivolta ad una struttura sanitaria; in questa ipotesi la comunicazione deve avvenire solo tramite un medico designato dall'interessato o dall'organizzazione sanitaria. Un altro limite è previsto ai sensi dell'art. 8, comma 2, lett. d), del Codice che prevede che i diritti di cui all'art. 7 non possono essere esercitati se i trattamenti di dati personali sono effettuati "da un soggetto pubblico, diverso dagli enti pubblici economici, in base ad espressa disposizione di legge, per esclusive finalità inerenti alla politica monetaria e valutaria, al sistema dei pagamenti, al controllo degli intermediari e dei mercati finanziari, nonché alla tutela della loro stabilità". Al di là di questo limite la disciplina dell'accesso ai propri dati personali contenuta nel Codice della privacy è molto più ampia sotto il profilo soggettivo rispetto a quella più circoscritta contenuta nella l. n. 241/1990. Così nella parte I titolo II del Codice (artt. 7-10) si delinea un vero e proprio diritto di accesso regolato al di fuori della l. n. 241/1990.

Bisogna però tenere in considerazione che il Codice, nei suddetti articoli, fa riferimento ai “dati personali” e non ai “documenti amministrativi”⁷⁷ e pertanto non considera il caso di dati personali contenuti in documenti amministrativi. Conseguentemente l’accesso ai dati personali, contenenti documenti amministrativi, resta disciplinato dalla legge sulla trasparenza amministrativa oltre che dalle altre leggi di settore e dai relativi regolamenti di attuazione. Quanto appena detto emerge dall’analisi dell’art. 59 del Codice in base al quale l’art. 7 trova un limite nelle istanze di accesso con ad oggetto documenti amministrativi.

Proseguendo l’analisi del Codice della privacy l’art. 176, comma 1, ci conduce alla stessa conclusione in quanto, modificando l’art. 24, comma 3, della legge n. 241/1990, stabilisce che le norme in merito alle limitazioni per i dati raccolti mediante strumenti informatici non si applicano nei casi di accesso ai dati personali da parte della persona a cui i dati si riferiscono⁷⁸.

Successivamente l’intervento della legge 26 gennaio 2005 n. 15 ha modificato la disciplina del diritto di accesso così come formulata dalla legge n. 241/1990. Il nuovo art. 22 della l. n. 241/1990, al comma 4, dopo aver stabilito che non sono accessibili le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano la forma di

⁷⁷ Zucchelli, C., Accesso e pubblicità dei documenti amministrativi.

⁷⁸ Nel nuovo art. 24 della legge n. 241/1990 non vi è traccia di questa semplificazione, ma si veda il novellato art. 22 della legge cit.

documento amministrativo, fa salvo quanto previsto dal Codice in materia di accesso ai dati personali da parte della persona a cui tali dati si riferiscono. Conseguentemente le disposizioni del codice si applicano quando il soggetto chiede di accedere ai dati personali che lo riguardano e che sono in possesso di un'amministrazione pubblica; le disposizioni della legge n. 241/1990, invece, continuano ad essere applicate nei casi di richiesta di accesso ad un documento amministrativo. Quindi il diritto di accesso ai documenti amministrativi ed il diritto di accesso ai propri dati personali non possono essere collocati sullo stesso piano.

Infine la direttiva 11 febbraio 2005 n. 1 della Presidenza del Consiglio dei Ministri ha sottolineato la suddetta differenza tra le due tipologie di diritto di accesso affermando che essi configurano “due diversi ed autonomi diritti di accesso che differiscono in termini di oggetto e di presupposti del loro esercizio”⁷⁹.

Alla luce di quanto fin qui esposto con il Codice della privacy la possibilità per il cittadino di conoscere i propri dati e informazioni in

⁷⁹ La direttiva citata nel testo aggiunge che il “diritto di accesso ai dati personali e gli altri diritti sanciti dal Codice riguardano i dati personali (anziché ad atti e documenti) e possono essere esercitati dalle persone cui i dati si riferiscono senza particolari formalità e limitazioni, ad eccezione di taluni diritti che richiedono una specifica situazione e dei casi di esclusione tassativamente indicati dal Codice (art. 8). In particolare ai fini dell'esercizio del diritto di accesso ai dati l'interessato non è tenuto a specificare le ragioni della sua richiesta di accesso, che può riguardare solo le informazioni riferite alla propria persona e non può estendersi ai dati relativi a terzi. Il diritto di accesso ai documenti invece è garantito solo in riferimento a documenti della pubblica amministrazione e di determinati altri soggetti da parte di chiunque sia portatore di un interesse personale e qualificato per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, nonché da parte di amministrazioni, associazioni e comitati portatori di interessi pubblici o diffusi”.

possesso delle pubbliche amministrazioni è stata ampliata. Relativamente ai dati personali di soggetti terzi, l'art. 10, comma 5, del Codice, nega il diritto di ottenere la comunicazione dei dati in forma completa, "salvo che la scomposizione dei dati trattati o la privazione di alcuni elementi renda incomprensibili i dati personali relativi all'interessato". Inoltre il Codice, dopo aver chiarito che il trattamento dei dati personali da parte delle amministrazioni pubbliche è consentito solo per fini istituzionali e non necessita del consenso dell'interessato, stabilisce che i soggetti pubblici possono comunicare dati diversi da quelli sensibili o giudiziari ad altri soggetti pubblici o privati solo qualora vi sia una norma di legge o un regolamento che lo preveda. La norma a cui fare riferimento in questo senso è la legge sulla Trasparenza amministrativa, la l. n. 241/1990, oltre che ai regolamenti attuativi di questa norma, alle leggi di settore e alle numerose leggi regionali.

L'art. 60 del Codice si riferisce inoltre ai cosiddetti dati supersensibili ovvero i dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale; il trattamento di tali dati è consentito solo se la situazione giuridicamente rilevante che si vuole tutelare con l'accesso è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consista in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale inviolabile.

In base a quanto fin ora esposto le norme citate concorrono a realizzare nel nostro ordinamento due tipi di diritto di accesso: l'accesso ai

documenti amministrativi, regolato dalla l. n. 241/1990; l'accesso ai dati personali, disciplinato dal Codice della privacy⁸⁰. In questo senso anche la relazione di accompagnamento della legge n. 15/2005 afferma che "le disposizioni della legge n. 241/1990 valgono per tutti gli interessati e hanno ad oggetto esclusivamente il diritto di accesso ai documenti amministrativi, mentre quelle del Codice riguardano solamente le persone cui i dati si riferiscono, che possono accedere a tutti i propri dati personali in qualunque forma detenuti dalla pubblica amministrazione", fatti salvi i casi in cui l'accesso è rivolto verso documenti amministrativi. Gli ambiti di estensione oggettivo e soggettivo di queste due ipotesi di accesso sono differenti. Infatti la legge n. 241/1990 prevede un ambito soggettivo di accesso ampio ma uno oggettivo ristretto ai soli documenti amministrativi; al contrario il Codice estende l'ambito oggettivo prevedendo una comunicazione dei dati in forma intelleggibile, ma restringe quello soggettivo. Inoltre un'altra differenza risiede nel fatto che gli artt. 24 e 25 della l. n. 241/1990 prevedono che la situazione giuridica di cui è titolare il privato sia di interesse legittimo, mentre nelle ipotesi di accesso configurato dal Codice, non essendo richiamato un potere della pubblica amministrazione, la situazione giuridica soggettiva che si configura in capo al privato è di diritto soggettivo⁸¹.

⁸⁰ Clarich, M., Trasparenza e protezione dei dati personali nell'azione amministrativa, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸¹ Occhiena, M., I diritti di accesso dopo il codice della "privacy", cit.

Come già accennato in precedenza la legge n. 15/2005 modifica la legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990 allo scopo di coordinare la disciplina sulla trasparenza amministrativa con quella del Codice della privacy. L'art. 15 della nuova normativa modifica l'art. 22 della legge n. 241/1990 introducendo una serie di definizioni. Vengono così stabiliti i concetti di "diritto di accesso", "soggetti interessati" e "controinteressati", di "documento amministrativo", di "pubblica amministrazione". Successivamente, al comma 2, viene ribadita la rilevanza di diritto di accesso quale principio ispiratore dell'attività amministrativa imparziale e trasparente, volto al perseguimento di finalità di interesse pubblico e, soprattutto, attinente "ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione". Così si afferma la rilevanza costituzionale del diritto di accesso considerato in sé ed inquadrato tra le situazioni giuridiche autonome e non fra quelle strumental-procedimentali come sotto il vigore della versione originaria della l. n. 241/1990. Il diritto di accesso si svincola dal diritto di agire in giudizio e dal relativo diritto alla prova. Precedentemente alla modifica del 2005 la giurisprudenza aveva già affermato che il diritto di accesso non assume un carattere meramente strumentale alla difesa in giudizio e che esso ha una valenza autonoma, non dipendente dalla sorte del processo principale e dalla stessa

possibilità di istaurazione del medesimo⁸². Così l'azione a tutela dell'accesso garantisce al cittadino la trasparenza della pubblica amministrazione indipendentemente dalla lesione di una posizione di diritto o di interesse legittimo e l'interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi viene elevato a bene della vita autonomo, meritevole di tutela.

Alla luce della legge n. 15/2005 bisogna chiarire che il diritto di accesso agli atti autonomo e indipendente rispetto al diritto di agire in giudizio, non comporta in capo al titolare di questo interesse un nuovo e autonomo potere. Infatti il diritto di accesso è attribuito all'interessato esclusivamente per tutelare situazioni di vantaggio riconosciute dall'ordinamento e non può configurarsi come una nuova situazione giuridica sostanziale. La legge del 2005 individua i soggetti legittimati al diritto di accesso e li identifica in "tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso".

Al successivo comma 4 dell'art. 22 della normativa in parola è definito l'ambito di operatività del diritto di accesso in riferimento delle disposizioni del codice della privacy in materia di dati personali da parte della persona a cui gli stessi si riferiscono. Tale principio era già

⁸² Cons St., sent 14/2004.

di interesse anche prima della legge del 2005 e ciò emerge dalla relazione sull'attività svolta dal Garante della privacy e diretta al Parlamento nel 2004. La relazione evidenzia che “la privacy si presenta come un elemento fondamentale della società dell'eguaglianza. Senza una forte tutela dei dati riguardanti i loro rapporti con le istituzioni,... i cittadini rischiano d'essere esclusi dai processi democratici. Così la privacy diventa una condizione essenziale per essere inclusi nella società della partecipazione... la stessa libertà personale è in pericolo. Senza una resistenza continua alle microviolazioni, ai controlli continui, capillari, oppressivi o invisibili che invadono la stessa vita quotidiana ci troviamo nudi e deboli di fronte ai poteri pubblici o privati: la privacy si definisce come una componente ineliminabile della società della dignità”. Il Garante sottolinea come la privacy sia una condizione essenziale della libertà della persona affinché questa possa godere dei diritti fondamentali. Così la privacy diventa un diritto fondamentale autonomo e di diretta rilevanza costituzionale.

Tornando ora all'analisi del nuovo art. 22 della legge n. 241/1990, così come modificato dalla legge n. 15/2005, esso si apre con una serie di definizioni. Dalla definizione di “soggetti interessati” come già esposto in precedenza emerge che l'accesso non viene più riconosciuto “a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti” ma solo ai portatori di “un interesse diretto, concreto e attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e

collegata al documento al quale è chiesto l'accesso". Quindi si può accedere solo a quei documenti che abbiano un riflesso diretto sulla posizione del richiedente. L'attualità dell'interesse significa che questo deve sussistere al momento della proposizione dell'istanza e non può essere concesso l'accesso quando l'interesse o la lesione arrecata dal provvedimento richiesto sia futura. Infine l'interesse deve essere concreto ovvero il richiedente può avvalersi concretamente dei documenti dei quali chiede l'esibizione o l'acquisizione per la tutela di una posizione giuridicamente rilevante; la posizione soggettiva a cui si riferisce l'art. 22 corrisponde ad una situazione tutelata dall'ordinamento giuridico e collegata al documento per cui è richiesto l'accesso. Apparentemente quindi la nuova versione dell'art. 22 sembrerebbe restringere il novero dei soggetti legittimati ad accedere ai documenti amministrativi rispetto alla versione originaria; contestualmente occorre segnalare come il vantaggio dei soggetti legittimati ad accedere sia stato ampliato dalle normative di settore tra cui ricordiamo l'art. 3 del D. lgs. 24 febbraio 1997, n. 39, che impone alle autorità pubbliche di rendere disponibili le informazioni relative all'ambiente "a chiunque ne faccia richiesta senza che questi debba dimostrare il proprio interesse". L'art. 10 del D. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, testo unico in materia di enti locali, dopo avere affermato che tutti gli atti degli enti locali sono pubblici, ad eccezione di quelli riservati per espressa previsione di legge o per effetto di una temporanea e motivata dichiarazione del sindaco o del presidente della

provincia che ne vieti l'esibizione in merito alla riservatezza di persone, gruppi o imprese, dispone che i regolamenti degli enti locali debbono assicurare a tutti i cittadini, singoli o associati, il diritto di accesso agli atti amministrativi.

La definizione di "interessati" contenuta nell'art. 22, comma 1, lett. b) precisa che tali sono "tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi".

I "controinteressati" sono tutti quei soggetti che dall'esercizio del diritto di accesso vedrebbero compromessa la propria riservatezza. Essi sono i soggetti che in un eventuale giudizio sono parti necessarie del processo a cui il ricorrente deve notificare il ricorso a pena di inammissibilità dello stesso⁸³.

L'art. 22, comma 1, lett. c) definisce la "pubblica amministrazione" e afferma che il diritto di accesso è esercitato nei confronti di tutti i soggetti di diritto pubblico e privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario.

Il successivo art. 16 della legge modificatrice della legge 241/1990 ridetermina inoltre i casi di esclusione dal diritto di accesso inserendo delle novità rispetto alla precedente formulazione del testo allo scopo di conciliare tale norma con la disciplina contenuta nel codice della privacy. L'art. 16 della legge n. 15/2005 modifica l'art. 24 della

⁸³ Scognamiglio, A., Diritto di accesso e tutela della riservatezza, in Foro amm., 1998, 983 e ss.

241/1990 e al comma 1 esclude il diritto di accesso nei casi espressi di segreto nei procedimenti tributari, nella attività normativa della pubblica amministrazione, nei procedimenti selettivi relativamente agli atti di tali procedure contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi. Il secondo comma dell'art. 16 della legge n. 15/2005 conferma la competenza specifica delle singole amministrazioni nell'individuazione dei provvedimenti rientranti nelle suddette categorie. Il seguente comma 3 esplicita il principio secondo cui "sono inammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni". Al comma 6 della normativa in parola poi sono introdotte novità riguardanti il potere del Governo di prevedere con regolamento i casi ulteriori di esclusione del diritto di accesso qualora, dall'esercizio di tale diritto, possa derivare una lesione "specifica e individuata" alla personalità dello Stato e ai rapporti dello stesso con la Comunità internazionale. Viene poi ribadita l'esclusione dell'accesso nei casi di presenza di interessi di natura monetaria e valutaria. A questo proposito si segnala la sentenza n. 32 del 12 gennaio 2005 della Corte Costituzionale che ha dichiarato la legittimità dell'art. 4 , comma 10, del D. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, il testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, sollevata con riferimento agli artt. 3, 24, 76 e 97 della Costituzione, nella parte in cui assoggetta al segreto di ufficio l'intera documentazione in possesso della Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), in

ragione dell'attività di vigilanza. Il Giudice delle leggi non ha ritenuto sussistente nessuna violazione fra quelle prospettate; non sussiste violazione dell'art. 3 Cost., qualora fosse concesso il diritto di accesso dell'interessato ai documenti coperti da segreto, si creerebbe una situazione di irragionevole vantaggio di tale soggetto rispetto agli altri contraddittori nel giudizio civile di danno. Non sussiste violazione dell'art. 24 Cost., poiché la questione non riguarda l'acquisizione di atti probatori disposta in favore di tutte le parti ma il diverso interesse dell'istante a raccogliere tutta la documentazione in possesso della CONSOB, al fine di farne uso successivamente in un giudizio civile. Non sussiste violazione dell'art. 97 Cost., poiché la norma in questione è proprio finalizzata al rispetto dei canoni di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione.

Il giudice delle leggi ha pertanto effettuato una relativizzazione del diritto di accesso che è stato oggetto di bilanciamento con altri interessi ritenuti altrettanto degni di tutela.

Il Governo può inoltre prevedere con regolamento ulteriori casi di esclusione qualora i documenti riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico e alla repressione e prevenzione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative. I documenti dei quali è escluso l'accesso riguardano la vita privata o la riservatezza delle persone fisiche, giuridiche, gruppi imprese e associazioni con

particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario e così via, e l'attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti inerenti al relativo mandato. Tale formulazione rispetto alla precedente è sicuramente più in linea con le disposizioni dettate dal Codice della privacy.

Il successivo comma 7 dell'art. 16 in commento rappresenta una delle novità più rilevanti. Questa disposizione infatti stabilisce che l'accesso ai documenti amministrativi per la difesa di interessi giuridici è consentito in tutti i casi di esclusione del diritto di accesso mentre nella versione originaria della norma tale previsione era limitata ai soli casi di contrasto tra diritto di accesso e riservatezza. Si precisa che, in base a quanto previsto dal Codice della privacy, sono escluse le ipotesi di accesso in cui sono coinvolti dati super sensibili.

Le modifiche introdotte dalla legge n. 15/2005 riguardano anche l'art. 25, comma 4, della legge n. 241/1990. E' stata dettata una disciplina integrativa dei procedimenti che si svolgono dinnanzi al Garante in particolare essi riguardano la tutela dei diritti di cui all'art. 7 del Codice della privacy, lo svolgimento dei compiti istituzionali previsti dall'art. 154 del Codice e le altre attività di accertamento e di controllo. La norma dispone che se uno di questi procedimenti "relativo al trattamento pubblico di dati personali da parte di una pubblica amministrazione, interessi l'accesso ai documenti amministrativi", il Garante prima di decidere deve acquisire il parere

obbligatorio ma non vincolante della Commissione per l'accesso; tale parere deve essere rilasciato entro 15 gg. che, decorsi inutilmente, lasciano libero il Garante di prendere la propria decisione.

Da una prima lettura dell'art. 25, comma 4 della legge n. 241/1990, emerge che esso non trova applicazione nelle ipotesi di ricorso al Garante per far valere un'istanza di accesso con ad oggetto un documento amministrativo. Questa prospettiva trova fondamento nell'art. 145 del Codice secondo il quale possono essere fatti valere con ricorso al Garante unicamente i "diritti di cui all'art. 7". Il diritto di accesso ai documenti amministrativi non rientra tra quelli contemplati all'art. 7 ma trova tutela nella legge n. 241/1990. Quindi il Garante di fronte ad una richiesta di accesso ai documenti amministrativi dovrebbe, secondo tale orientamento, limitarsi a dichiarare inammissibile il ricorso.

Un altro orientamento sostiene invece che l'art. 25, comma 4, della legge n. 241/1990, si applica nelle ipotesi in cui l'estrazione dei dati personali sia particolarmente ardua, ovvero che tra le attività del Garante di "accertamento e di controllo" rientri, in qualche modo, l'accesso ai documenti amministrativi.

Un'ulteriore linea di pensiero sostiene l'applicazione dell'art 25, comma 4, ovvero il ricorso al Garante, nelle ipotesi in cui il soggetto si oppone al trattamento dei propri dati personali in seguito ad una richiesta di accesso ai documenti amministrativi accolta dalla

amministrazione e inoltrata da un terzo. Quindi il titolare del diritto alla riservatezza propone ricorso al Garante avverso l'accoglimento, da parte della pubblica amministrazione, di un'istanza di accesso ad atti o documenti amministrativi concernenti i suoi dati personali. In particolare il diritto dell'interessato di opporsi, per motivi legittimi, all'esibizione di un documento amministrativo che lo riguarda trova fondamento nell'art. 7, comma 4 del Codice e può essere fatto valere con i mezzi di tutela previsti dalla stessa normativa sulla privacy nel successivo art. 145. Questa tesi trova conferma anche in una successiva pronuncia del Garante relativa all'accesso ai dati idonei a rivelare lo stato di salute dove afferma che, quando l'istanza di accesso "è rivolta ad una amministrazione pubblica, nel procedimento istaurato dall'istanza andrebbe poi interpellato l'interessato per avviare un contraddittorio anticipato che può consentire a quest'ultimo, oltre alla tutela giurisdizionale in sede amministrativa, anche di opporsi per motivi legittimi al trattamento delle informazioni che lo riguardano (art. 13, legge n. 675/1996)⁸⁴.

⁸⁴ Provvedimento del 9 luglio 2003, in www.garanteprivacy.it.

5.2. Accesso ai documenti concernenti dati personali comuni, dati supersensibili, dati sensibili e giudiziari e dati psico-attitudinali alla luce del Codice della privacy e delle legge n. 241/1990 così come novellata dalla legge n. 15/2005.

Il Codice della privacy, all'art. 59, tenta di ridurre ad unità le due opposte esigenze di accesso e riservatezza facendo espresso riferimento alla legge n. 241/1990. L'accesso, in quanto espressione di una attività amministrativa ispirata al principio di trasparenza, costituisce un principio generale del nostro ordinamento e può essere limitato solo in casi particolari e determinati. Tra i limiti all'accesso spicca quello relativo all'esigenza di tutelare la riservatezza di terzi, persone, gruppi o imprese. Esso però non è un limite assoluto e può essere superato nel caso in cui l'esercizio del diritto di accesso sia rivolto alla cura o alla difesa di interessi giuridici. Da sottolineare che l'esercizio del diritto di accesso difensivo si sviluppa secondo modalità limitate in quanto i richiedenti, di fronte a documenti che riguardano la vita privata o la riservatezza di altri soggetti, non possono ottenerne copia, né trascriverli, ma possono solo prenderne visione⁸⁵. In questo senso la nuova normativa, introdotta con la legge n. 15/2005, realizza

⁸⁵ Cons. Stato., ad. Plen., n. 5/1997, cit.; sez. IV, 15 settembre 2003, n. 5148, in www.giustizia-amministrativa.it.

un passo avanti in favore della conoscibilità della azione amministrativa in quanto non si limita più a garantire la mera visione degli atti ma prevede anche la possibilità di estrarne copia. Quindi abbiamo un'apertura verso l'accesso allo scopo di tutelare interessi giuridici a discapito della riservatezza.

Il legislatore del 2005 ha creato nuovi equilibri tra accesso e riservatezza ed in questo senso sono esemplificativi alcuni riferimenti testuali nella novellata legge n. 241/1990. Dal combinato disposto dell'art. 22, comma 3, e dell'art. 24, comma 7, emerge che “tutti i documenti amministrativi sono accessibili, ad eccezione di quelli indicati nell'art. 24”, “deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o difendere i propri interesse giuridici”. In questo quadro normativo ispirato alla trasparenza e alla conoscibilità dell'azione amministrativa, qualora il diritto di accesso sia correlato al diritto di difesa e rivolto verso i documenti amministrativi concernenti dati personali comuni, il diritto di accesso prevale sempre sul diritto alla riservatezza. Viceversa quando l'istanza di accesso ha una finalità meramente conoscitiva sembra possa prevalere la riservatezza dei terzi⁸⁶.

In dottrina e in giurisprudenza è stato poi precisato che il concetto di tutela di interessi giuridici deve essere inteso non solo con riferimento

⁸⁶ Sandulli, A., Il procedimento, in Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale a cura di Cassese, S., Milano 2003, II, 1167.

alla difesa tecnica processuale ex art. 24 Cost., ma anche in modo comprensivo della difesa giudiziale e soprattutto procedimentale⁸⁷ in linea con i principi dell'art. 97 Cost.

In base a quanto previsto dall'art. 22, comma 1, lett. a), il diritto di accesso è il diritto degli interessati di prendere visione, estrarre copia di documenti amministrativi ed è esplicitamente inserito tra i diritti civili e sociali garantiti su tutto il territorio nazionale a norma dell'art. 117, comma 2, lett. m) Cost. In tali casi residua un'opera di mediazione in capo al soggetto pubblico. Di volta in volta deve essere effettuata una valutazione circa la posizione giuridica del richiedente per decidere sull'istanza di accesso; l'amministrazione svolge una funzione arbitrale esercitando un potere di fatto non discrezionale ma vincolato. Conseguentemente non si può sostenere che il diritto di accesso derivi direttamente dalla legge in quanto è sempre comunque necessaria l'intermediazione del soggetto pubblico che in quel momento esercita un potere anche se vincolato.

Si può concludere che non ci sono dubbi circa la sussistenza di un potere in capo alla pubblica amministrazione in tutti i casi in cui essa è chiamata a far accedere un terzo alla documentazione amministrativa in suo possesso, in virtù di un interesse legittimo in capo al ricorrente che chiede l'accesso ad un documento, contenente dati personali

⁸⁷ Caringella, F., Garofoli, M., Sempreviva, T., L'accesso ai documenti amministrativi, cit., 423. In questo senso in giurisprudenza si veda Cons. Stato, sez. VI, n. 14/2004, cit.

comuni, la cui conoscenza sia necessaria per tutelare un proprio interesse giuridico.

Esaminando poi l'art. 60 del Codice della privacy che si occupa dei cosiddetti dati "supersensibili" ovvero i dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale del soggetto, la disciplina risulta più restrittiva rispetto al precedente art. 59. Infatti il trattamento di questa categoria di dati è consentito solo se l'interesse che si intende tutelare con la richiesta di accesso sia di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consista in un diritto della personalità o in una libertà fondamentale e inviolabile. Emerge con chiarezza che la norma si riferisce solo alle persone fisiche in quanto sono le uniche che possono avere uno stato di salute e una vita sessuale.

L'art. 60 restringe il novero dei soggetti legittimati ad accedere poiché si riferisce ai soli titolari di un diritto soggettivo non comune ma appartenente alla categoria dei diritti della personalità o compreso tra gli altri diritti fondamentali e inviolabili⁸⁸.

Oltre alla comparazione tra i due interessi contrapposti, ai fini della concessione del diritto di accesso, è necessario un ulteriore profilo: la conoscenza dei dati "supersensibili" oggetto della richiesta di accesso deve essere effettivamente necessaria ai fini della azione o della difesa

⁸⁸ Tarullo, S., Diritto di accesso ai documenti amministrativi e diritto alla riservatezza: un difficile rapporto.

degli equivalenti diritti in sede contenziosa⁸⁹. Questa constatazione desta delle perplessità poiché attribuisce al potere della amministrazione una valutazione che invece spetta solo al giudice.

La conseguenza di tutto ciò è che, in presenza di documenti concernenti dati super sensibili, abbiamo una contrazione dell'ambito soggettivo del diritto di accesso. Inoltre non è sufficiente motivare l'istanza di accesso con l'esigenza di esercitare il diritto di difesa per poter accedere ai documenti amministrativi concernenti i dati personali super sensibili, ma occorre segnalare anche il tipo di diritto da far valere in sede giudiziaria. Per quanto riguarda i dati sensibili e quelli giudiziari, l'art. 59 del Codice della privacy rinvia alla legge n. 241/1990. Conseguentemente la riservatezza di tali dati recede sempre di fronte all'accesso nei casi in cui quest'ultimo sia necessario per tutelare gli interessi giuridici del richiedente. Questo suscita delle perplessità poiché i dati sensibili, che sono trattati alla stregua di quelli comuni, sono idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche e così via. A questo proposito l'intervento del legislatore del 2005 ha modificato la disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi concernenti dati personali non comuni. Il nuovo art. 24, comma 7, della legge 241/1990, dispone che “nel caso di documenti concernenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia

⁸⁹ Provvedimento del Garante del 9 luglio 2003, ove si richiama sia Cons. Stato, sez. VI, n. 2542/2002, sia l'art. 16, c. 1, lett. b), del D. lgs. n. 135 del 1999.

strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'art. 60 del Codice della privacy , in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale”.

Tale formulazione non è chiara perciò la norma può essere oggetto di diverse letture. Una prima interpretazione della norma ci conduce ad affermare che anche per i dati sensibili o giudiziari è applicabile la disciplina dei dati supersensibili prevista all'art. 60 del Codice. Un'altra interpretazione potrebbe essere quella di ritenere che l'art. 60 del Codice continui ad applicarsi solo ai documenti concernenti i dati super sensibili, mentre per quanto riguarda i documenti con ad oggetto dati sensibili o giudiziari il loro accesso verrebbe semplicemente circoscritto e limitato ai casi in cui “sia strettamente indispensabile”. Ad una più attenta lettura dell'art. 24, comma 7 si ritiene che questa seconda lettura sia quella da preferire. Quindi il legislatore del 2005 ha introdotto una disciplina più restrittiva per l'accesso ai documenti amministrativi concernenti i dati sensibili e giudiziari che non sono più trattati alla stregua dei dati comuni, ma vengono maggiormente tutelati grazie al fatto che l'accesso a tali dati è circoscritto ai casi in cui sia “strettamente indispensabile”.

In questo caso la valutazione richiesta al soggetto pubblico non riguarda la comparazione dei diversi interessi in gioco ma si focalizza solo sulla posizione del soggetto che vuole accedere⁹⁰.

⁹⁰ Clarich, M., Diritto d'accesso e tutela della riservatezza.

L'amministrazione valuta che sia indispensabile l'accesso per il soggetto istante al fine di far valere la sua situazione giuridica sottostante.

Inoltre nel nuovo art. 24, comma 1, lett. d), della legge n. 241/1990, si prevede un ulteriore diverso trattamento per i documenti concernenti una specifica categoria di dati. Essi consistono nelle informazioni di carattere psico-attitudinale all'interno dei procedimenti selettivi. Nei confronti di documenti amministrativi contenenti tali dati il legislatore del 2005 ha previsto un regime di totale inaccessibilità.

Alla luce di quanto fin qui esposto emerge come la pubblica amministrazione di fronte ad una richiesta di accesso è tenuta ad effettuare un bilanciamento volta per volta e, conseguentemente, anche a motivare i provvedimenti di accoglimento dell'istanza di accesso in modo da rendere pubbliche le ragioni del suo agire, soprattutto a garanzia di eventuali controinteressati⁹¹. Per quanto riguarda il caso in cui l'amministrazione rifiuti l'accesso al documento, l'art. 25, comma 4 della legge n. 241/1990, prevede un'ipotesi di silenzio diniego sacrificando di fatto la motivazione. Da segnalare che comunque l'obbligo di motivazione si potrebbe ritenere sussistente anche in queste ipotesi in virtù dell'art. 3 della legge n. 241/1990 che afferma il principio generale di motivazione per tutte le determinazioni amministrative.

⁹¹ Casetta, E., Manuale di diritto amministrativo; Sandulli, M.A., Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi.

A questo punto occorre affrontare un'ultima questione riguardante la tutela giurisdizionale del diritto di accesso ai documenti amministrativi contenenti dati personali. L'art. 59 del Codice rinvia alla legge sulla trasparenza amministrativa la quale, al novellato art. 25, prevede che in caso di differimento o di diniego dell'accesso, espresso o tacito, il richiedente possa presentare ricorso al giudice amministrativo. Inoltre ai sensi dell'art. 25 è previsto uno specifico procedimento giustiziale da svolgersi di fronte al difensore civico o alla Commissione per l'accesso.

Il procedimento giurisdizionale prende avvio dalla presentazione del ricorso al t.a.r. entro il termine di trenta giorni. Tale termine si ritiene sospeso qualora sia inoltrato ricorso giustiziale. Il t.a.r. deve decidere sul ricorso in camera di consiglio entro 30gg dalla scadenza del termine per il deposito. La decisione è appellabile entro i successivi 30gg. al Consiglio di Stato il quale decide con le medesime modalità e negli stessi termini. Quindi l'art. 25, comma 5 della legge n. 241/1990, disciplina un procedimento camerale e semplificato che si chiude con una decisione che si qualifica come sentenza⁹².

Sempre in un'ottica di semplificazione la legge n. 15 del 2005 ha aggiunto all'art. 24 della legge n. 241/1990 il comma 5-bis con il quale si permette alle parti di stare in giudizio personalmente senza l'assistenza di un difensore. All'amministrazione invece è concessa la

⁹² Fracchia, F., Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale; Lipari, M., Il processo in materia di accesso ai documenti.

possibilità di essere difesa e rappresentata da un proprio dipendente con qualifica di dirigente e con l'autorizzazione del rappresentante legale dell'ente.

Oltre alla tutela giurisdizionale il legislatore del 2005 ha previsto anche un rimedio giustiziale davanti alla Commissione per l'accesso. Il ricorso alla tutela giustiziale non preclude la possibilità di agire successivamente per via giurisdizionale. Anche il procedimento giustiziale è ispirato a principi di massima celerità. Tale ricorso è proponibile entro 30gg e si intende respinto qualora decorrono infruttuosamente ulteriori 30gg dalla presentazione dell'istanza. Questo rimedio giustiziale è facoltativo ed è stato creato con l'evidente scopo di ridurre il numero dei contenziosi dinnanzi al giudice amministrativo.

Da precisare che il ricorso giustiziale contempla anche un intervento del Garante. Infatti, qualora il diniego o il differimento dell'accesso riguardi motivi connessi alla tutela di dati personali, la Commissione per l'accesso prima di provvedere sul ricorso deve sentire il Garante che deve pronunciarsi entro il termine di 10gg dalla richiesta e decorso inutilmente tale termine il parere si intende reso.

In via generale e conclusiva si osserva come la tutela giurisdizionale e giustiziale del diritto di accesso, realizzata attraverso un procedimento ispirato a criteri di economia e semplicità, si rivela essere

principalmente orientata a soddisfare le esigenze del soggetto interessato ad accedere ai documenti della pubblica amministrazione.

5.3. Il ruolo della Civit e quello del Garante dei dati personali nel rapporto tra trasparenza e riservatezza alla luce del D. lgs. 150/2009.

L'evoluzione legislativa in materia di trasparenza ha condotto all'approvazione del decreto legislativo n. 150 del 2009 come esposto nel capitolo; in relazione a questo intervento normativo è stata istituita la CIVIT che, con la prima delibera n. 6 del 2010, ha dettato le prime linee guida in materia di trasparenza ed integrità. Da tale delibera emerge, relativamente al rapporto tra trasparenza e riservatezza, un'importante conseguenza. Alla luce del D. lgs. n. 150/2009 il rapporto tra trasparenza e riservatezza presenta uno squilibrio in quanto il valore della trasparenza è basato solo su un fondamento costituzionale relativo al dovere di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione mentre, il valore della riservatezza, rappresenta un diritto fondamentale individuale di ogni cittadino riconosciuto anche a livello sovranazionale dal Trattato di Lisbona, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dal Trattato sull'Unione e da quello sul funzionamento dell'Unione. Inoltre il

diritto alla riservatezza limita, comprensibilmente, la trasparenza in quanto una diffusione indiscriminata dei dati personali rischierebbe di compromettere non solo la dignità delle persone ma l'intera convivenza sociale. Tali pericoli sono ancora più significativi con l'avvento di internet e con la conseguente diffusione sul web delle informazioni e dei dati in possesso delle pubbliche amministrazioni. Un ulteriore pericolo oggettivo è costituito dai motori di ricerca che "decontestualizzano il dato" e lo trasformano in una parte non controllata di informazioni relative ad una persona assegnate dal motore di ricerca stesso. In merito a queste problematiche l'Autorità garante per la protezione dei dati personali ha richiamato l'attenzione nella Relazione annuale successiva al citato decreto legislativo. In occasione del decreto legislativo n. 150/2009 si è provveduto a modificare il Codice della privacy specificando che "le notizie concernenti lo svolgimento delle prestazioni di chiunque sia addetto ad una funzione pubblica e la relativa valutazione non sono oggetto di protezione della riservatezza personale"⁹³. Molti problemi sono ancora aperti sia in ordine ai dati dei cittadini e degli utenti conosciuti dall'amministrazione dei quali, per motivi di trasparenza, venga richiesta la cui diffusione, sia relativamente ai dati dei dipendenti pubblici concernenti la parte non coperta dall'esenzione inserita nel Codice. Viste tali problematiche è necessaria la massima

⁹³ Art. 1 Codice della privacy così come modificato dall'art. 4, comma 9 della legge n. 15 del 2009.

collaborazione tra CIVIT e Autorità garante oltre ad un'adeguata attenzione di quest'ultima rispetto alle esigenze delle amministrazioni. Proprio da questo punto di vista deve essere valutata con attenzione e apprezzamento la delibera n. 6 del 2010 nella parte in cui la CIVIT stabilisce di prendere contatti con l'Autorità garante per la protezione dei dati personali, così come deve essere apprezzato l'impegno assunto dall'Autorità, nella già citata Relazione annuale del 30 giugno 2010, di predisporre il prima possibile adeguate linee guida che tengano conto anche della sopravvenuta innovazione legislativa contenuta nel decreto legislativo n. 150 del 2009. Per quanto sopra esposto bilanciare esigenze di trasparenza e riservatezza, all'interno del quadro normativo descritto, è possibile solo attraverso un dialogo ed una collaborazione tra Autorità garante, CIVIT e amministrazioni.

Uno dei problemi principali sottolineati con il D. lgs. n. 150/2009 consiste nel mancato riconoscimento della trasparenza come diritto fondamentale dei cittadini e, per tale motivo, la diffusione dei dati personali continua a richiedere un'apposita base normativa che la giustifichi. La questione che ne deriva riguarda gli oggetti della citata delibera della CIVIT n. 6 del 2010 e, per quanto riferito alla diffondibilità on line dei dati relativi alle dichiarazioni dei redditi patrimoniali di coloro che ricoprono incarichi politici o di indirizzo politico-amministrativo, il Garante ha dovuto misurarsi con una legislazione sostanziale approvata nel 1982 che prevede, con esclusione delle regioni, la messa a disposizione di tali dati da parte

delle amministrazioni per i soli cittadini iscritti alle liste elettorali. Allo stato attuale il Garante ha previsto che la diffusione di questi dati, a differenza di quanto avveniva nel 1982, può essere operata on line ma, in considerazione delle legge del 1982, con adeguate misure tecniche che assicurino la conoscibilità ai soli cittadini iscritti alle liste elettorali. Questo esemplifica come, per la diffusione dei dati personali, sia sempre necessario un riferimento alle singole basi normative. Conseguentemente il problema sollevato nelle delibere della CIVIT è valutare in quale misura, in materia di trasparenza, potranno essere diffuse determinate categorie di dati personali con riferimento al decreto n. 150/2009, in assenza di una specifica base normativa.

Concludendo l'obiettivo da perseguire tramite un'attiva collaborazione tra la CIVIT, il Garante e le amministrazioni è quello di ritenere la conoscenza un vero e proprio diritto equiparabile alla riservatezza come avviene negli ordinamenti anglosassoni. La trasparenza non deve essere più considerata come un modo di essere delle amministrazioni ma un diritto fondamentale dei cittadini di conoscere con la conseguente scelta di porre in capo ad un'unica Autorità la tutela di entrambi i diritti, ovvero accesso e privacy. Tale scelta consente di capire quale sia di volta in volta il punto di equilibrio, preferibile in una società democratica, tra due diritti opposti ma entrambi

indispensabili per garantire una democrazia funzionante e pienamente rispettosa dei diritti dei cittadini⁹⁴.

5.4. Decreto n. 33/21013 e intervento del Garante: indicazioni accolte e criticità rimaste; ridefinizione della disciplina sulla privacy alla luce dell'art. 4.

Il Garante per la privacy, in seguito all'emanazione del decreto n. 33/2013, ha organizzato, nell'ambito della XXX Assemblea dell'Anci, un seminario con il tema "La pubblica amministrazione tra domanda di trasparenza e protezione dei dati personali". Il seminario ha avuto luogo il 24 ottobre 2013 presso la Fortezza Da Basso a Firenze e l'obiettivo è stato quello di richiamare l'attenzione delle amministrazioni pubbliche, in primo luogo quelle locali, sulla necessità di un corretto bilanciamento tra le esigenze di trasparenza nella attività pubblica ed il diritto dei cittadini di vedere tutelata la loro sfera privata. Riguardo alla trasparenza essa è considerata, soprattutto in dottrina, non tanto come valore in sé quanto, piuttosto, come valore strumentale per il raggiungimento di fini di rango superiore come il controllo democratico su responsabilità, buon andamento e imparzialità delle amministrazioni. Allo stesso tempo il tema delle riservatezza assume rilievo quando sono in gioco i dati personali. In particolare il

⁹⁴ Pizzetti, F., Trasparenza e riservatezza nella pubblica amministrazione.

riferimento è rivolto ai rischi per la vita privata delle persone derivanti dalla crescente e generalizzata accessibilità alle informazioni del settore pubblico prevista dal D. lgs. n. 33/2013, mediante la pubblicazione dei dati sul web.

Il diritto alla privacy rappresenta un diritto fondamentale della persona in quanto diretta esplicazione della sua dignità. Occorre pertanto individuare il punto di equilibrio tra le due contrapposte esigenze. In questo senso occorre considerare che le amministrazioni rappresentano il più importante settore di trattamento dati nel nostro Paese in quanto le attività che svolgono coinvolgono persone come i dipendenti, i dirigenti ed i cittadini.

Quindi il tema della trasparenza delle informazioni chiama in causa anche le persone e, conseguentemente, ci sono delle categorie di informazioni che devono essere protette, in quanto relative alla dignità delle persone.

In merito al suddetto bilanciamento tra privacy e trasparenza si è esposta anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea affermando il criterio della proporzionalità.

Recentemente l'attenzione è stata rivolta alla trasparenza dal punto di vista legislativo inizialmente con la legge 6 novembre 2012, n. 190, cosiddetta "legge anticorruzione" ed in seguito, proprio attuando la delega contenuta in tale testo legislativo, con il "decreto trasparenza", il D. lgs. 14 marzo 2013, n. 33. In particolare la bozza di questo

decreto è stata sottoposta al parere del Garante per la protezione dei dati personali, visto il forte impatto che il decreto avrebbe avuto sulla riservatezza di tutti i cittadini nel loro rapporto con le pubbliche amministrazioni.

Il parere del Garante, provvedimento n. 49 del 7 febbraio 2013, aveva lo scopo di fissare nei confronti del Governo alcuni limiti da non superare e, allo stesso tempo, fornire delle indicazioni a cui ispirarsi sulla base del principio di fondo secondo cui la trasparenza ricercata è quella della azione amministrativa ma non delle persone⁹⁵.

Le osservazioni mosse dal Garante sono state molteplici ed hanno riguardato vari aspetti del decreto. Si tenga presente che il decreto in questione non si limita solo al riordino dei precedenti obblighi di trasparenza ma ne introduce altri modificando e integrando le disposizioni vigenti.

Ad oggi per effettuare una valutazione dell'impatto del D. lgs. n. 33/2013 sulla privacy occorre partire dai "punti condivisi" da tale testo legislativo.

Il decreto definisce in termini ampi i concetti di "trasparenza" e di "pubblicazione", facendo rientrare in quest'ultima anche le opzioni di "pubblicazione obbligatoria" e di "pubblicazione facoltativa". Inoltre si afferma il principio della qualità delle informazioni, contenuto anche nel Codice della privacy, che stabilisce che i dati personali, oggetto di

⁹⁵ Califano, L., Il bilanciamento tra trasparenza e privacy nel D. lgs. n. 33/2013.

trattamento, devono essere esatti e, se necessario, aggiornati⁹⁶. Presso ogni amministrazione pubblica è stata istituita la figura del responsabile per la trasparenza con il compito di vigilare sul corretto adempimento degli obblighi di pubblicazione e di assicurare la qualità delle informazioni pubblicate. Infine la previsione più innovativa è quella relativa alle sanzioni alle amministrazioni per il mancato rispetto degli obblighi di pubblicazione.

Ci sono poi profili su cui il Governo ha recepito positivamente le sollecitazioni provenienti dal Garante nell'ottica di una reale collaborazione tra le istituzioni.

Tali profili riguardano in primo luogo gli atti di attribuzione di sovvenzioni, contributi, sussidi e vantaggi economici, disciplinati agli artt. 23, 26 e 27. L'attenzione del Garante si è concentrata sui cittadini, in particolare quelli più deboli, per escludere la diffusione di dati personali e sensibili di soggetti di particolare posizione di disagio sociale, che ricevono sussidi economici pubblici. Emerge come la questione riguardi le realtà comunali tenute, per prime, a fornire servizi e sostegno ai propri cittadini.

L'impianto pensato allo scopo di combattere il fenomeno della corruzione prevedeva la pubblicazione integrale dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici a qualsiasi titolo, di qualsiasi entità e nei confronti di qualunque beneficiario. Questa previsione però

⁹⁶ Art. 11, comma 1, lett. c).

sarebbe stata lesiva della dignità degli interessati, in termini di possibili discriminazioni, soprattutto per i soggetti disagiati; questo configura un principio non solo giuridico ma anche di civiltà ed è importante che il Governo abbia recepito questa sollecitazione del Garante.

Un'altra materia oggetto delle integrazioni accolte dal Governo è quella della pubblicazione facoltativa, disciplinata all'art. 4, comma 3. Il Garante, in merito alla pubblicazione facoltativa, ha rilevato il rischio di decisioni differenziate della pubblica amministrazione a fronte della necessità di garantire il diritto alla protezione dei dati personali in maniera omogenea su tutto il territorio nazionale. Così il Governo ha accolto il suggerimento di obbligare le pubbliche amministrazioni ad armonizzare i dati personali presenti nei documenti che intendono discrezionalmente pubblicare. Legato a questo aspetto emerge quello della protezione dei dati personali in caso di pubblicazione obbligatoria, altra materia oggetto del recepimento delle indicazioni del Garante e disciplinata all'art. 4, comma 4. In questo senso il Garante ha sollecitato un rafforzamento dei principi di necessità, pertinenza, non eccedenza e indispensabilità soprattutto in caso di dati sensibili e giudiziari, rispettivamente tutelati dagli artt. 3, 11 e 22 del Codice della privacy.

Le integrazioni accolte riguardano poi il profilo dei limiti alla diffusione dei dati inerenti lo stato di salute o la vita sessuale, previsti all'art. 4, comma 6. In particolare tra i divieti di diffusione on line dei

dati personali è stato espressamente inserito il divieto di pubblicare i dati cosiddetti supersensibili ossia appunto quelli idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale.

Infine le indicazioni del Garante sono state seguite in merito all'istituto dell'accesso civico, disciplinato all'art. 5. L'accesso civico consiste nel diritto, riconosciuto in capo a chiunque, di chiedere che gli atti soggetti a pubblicazione obbligatoria, ma non ancora pubblicati, siano effettivamente resi disponibili. In questo senso l'intervento del Garante è servito per circoscrivere l'ambito di operatività dell'istituto ai soli documenti soggetti a pubblicazione obbligatoria.

Il decreto legislativo n. 33/2013 nel conciliare le esigenze di trasparenza con il rispetto della privacy presenta però ancora delle criticità.

Le novità introdotte dal decreto in questione in merito alla trasparenza avevano come scopo principale quello di combattere la corruzione e questo giustifica le previsioni di pubblicità relative ai compensi politici, agli incarichi dei manager pubblici, ecc; il problema che ne deriva è che tali obblighi di pubblicazione si ripercuotono indistintamente su tutta la collettività quindi su politici ma anche persone comuni, sui dirigenti dello Stato, sui liberi professionisti e sui disoccupati determinando una lesione dei confini della privacy e della tutela della riservatezza.

L'art. 4, comma 1, prevede la indicizzazione e rintracciabilità mediante motori di ricerca esterni al sito di provenienza; tale previsione ha un forte impatto negativo poiché da un lato produce una decontestualizzazione del dato estrapolandolo dal sito in cui è contenuto e trasformandolo in una parte delle informazioni relative ad una persona, fornite dal motore di ricerca stesso; dall'altro lato non rispetta il diritto alla riservatezza degli interessati lasciando pubbliche delle informazioni, spesso superate o comunque relative al passato, con il rischio di compromettere la personalità delle persone. In questo senso era da preferire la previsione di un motore di ricerca interno al sito volto ad assicurare criteri di accesso selettivi in ragione delle esigenze di volta in volta sottese alla pubblicazione.

Un altro aspetto critico, legato al precedente, concerne la riutilizzabilità dei dati reperiti online emergente dal combinato disposto tra l'art. 7 e l'art. 4, comma 1. Riutilizzare i dati significa utilizzarli liberamente senza alcuna restrizione con il solo limite di citare la fonte e di rispettarne l'integrità. Su questo punto il Garante ha manifestato forti perplessità legate alla violazione di un principio fondamentale di derivazione comunitaria, ovvero il principio di finalità, in base al quale i dati personali, legittimamente raccolti, possono essere utilizzati in altre operazioni del trattamento solo "in termini compatibili" con gli scopi per i quali sono stati raccolti e

registrati⁹⁷. Da segnalare che il decreto ha recepito solo il generico richiamo al Codice della privacy senza tenere conto del principio di finalità, principio cardine a livello comunitario e nella disciplina della privacy.

L'art. 8, comma 3 e l'art. 9, comma 2, disciplinano la durata della pubblicazione, previsione incompatibile con i principi comunitari relativi alla protezione dei dati personali. Il decreto prevede una tenuta illimitata delle informazioni sul web da un punto di vista temporale in quanto per i primi 5 anni esse si trovano nella sezione di competenza del sito istituzionale e solo successivamente le informazioni confluiscono nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale; a causa della rintracciabilità, indicizzazione, riproducibilità e riutilizzo queste informazioni possono trovarsi diffuse in rete con i conseguenti e già esposti rischi di decontestualizzazione. Tale impostazione viola il principio della proporzionalità dei tempi di mantenimento della diffusione dei dati, poiché, come già rilevato dal Garante nelle Linee guida del 2011, "la diffusione illimitata e continua in internet di dati personali relativi ad una pluralità di situazioni riferite ad un medesimo interessato, costantemente consultabili da molteplici luoghi e in qualsiasi momento, può comportare conseguenze pregiudizievoli per le persone interessate, specie se si tratta di informazioni non più aggiornate o relative ad avvenimenti risalenti nel tempo contenute anche in atti e provvedimenti amministrativi reperibili

⁹⁷ Art. 11, comma 1, lett. b), del Codice; art. 6 direttiva 95/46/CE.

on line che hanno già raggiunto gli scopi per i quali si era reso necessario renderli pubblici”. La proposta del Garante al Governo in questo senso mirava alla previsione di una disciplina più articolata al riguardo volta a creare un’accessibilità selettiva e mirata ai documenti dopo la scadenza del termine di pubblicazione e nell’ottica, comunque, della cancellazione dei dati personali. Il testo del decreto non ha recepito queste indicazioni e nel tempo emergeranno tutti i possibili danni alla dignità delle persone.

Dal combinato disposto degli artt. 14, 4, commi 2 e 5, 47, comma 1 e 52, comma 1, emerge la disciplina inerente gli obblighi di pubblicazione concernenti i componenti degli organi di indirizzo politico. Questo aspetto è caratterizzante per quanto riguarda le disposizioni per la prevenzione della corruzione introdotte dal D. lgs. n. 33/2013 e nell’ottica di proseguire quanto iniziato con il decreto Brunetta del 2009. In realtà la nuova disciplina contenuta nel decreto trasparenza appare sproporzionata rispetto alle finalità della trasparenza stessa. Infatti la diffusione indiscriminata delle informazioni sul web può risultare eccessiva ed invasiva soprattutto con riferimento ai dati concernenti la vita privata delle persone, in particolare con riferimento ad aspetti intimi relativi al coniuge, ai figli e ai parenti, che sono estranei all’incarico pubblico. Inoltre proprio con riferimento al coniuge e ai parenti la pubblicazione si presenta come una mera facoltà con il conseguente rischio che tali soggetti non siano chiamati a dare il loro consenso alla pubblicazione stessa.

Infine riguardo agli obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi dirigenziali e di collaborazione o consulenza, previsti agli artt. 15 e 4, commi 2 e 5, il decreto trasparenza dispone che tali obblighi, a pena dell'inefficacia dell'incarico e della sospensione della liquidazione, riguardino rispettivamente gli estremi dell'atto di conferimento, il curriculum vitae ed i dati sullo svolgimento di ulteriori incarichi e compensi. In merito a questo punto possiamo sollevare criticità su diversi aspetti. In particolare la giurisprudenza comunitaria ha affermato che “le istituzioni, prima di divulgare informazioni riguardanti una persona fisica, devono soppesare l'interesse dell'Unione a garantire la trasparenza delle proprie azioni con la lesione dei diritti riconosciuti dagli artt. 7 e 8 della Carta”, non potendosi postulare “nessuna automatica prevalenza dell'obiettivo di trasparenza sul diritto alla protezione dei dati personali, anche qualora siano coinvolti rilevanti interessi economici”. Anche su questo punto il decreto n. 33 del 2013 sembra sproporzionato rispetto alle finalità di trasparenza, vista l'invasività della pubblicazione dei dati mediante diffusione sul web.

Conclusioni.

Dallo studio realizzato con questa tesi emerge uno sviluppo in termini di trasparenza nella pubblica amministrazione. La trasparenza, come disciplinata dal decreto legislativo 14 marzo 2013 n. 33, rappresenta una conquista rispetto al sistema previgente; in particolare il riferimento è rivolto alle previsioni circa l'accessibilità totale, al valore attribuito agli open data ed infine all'introduzione dell'istituto dell'accesso civico.

Al decreto in questione non mancano dei limiti interni; l'accesso civico è un istituto limitato nel nostro ordinamento per motivi culturali, pratici e di prassi giurisprudenziale.

Per quanto sopra la trasparenza, intesa come accesso generalizzato, trova il suo limite; essa infatti è considerata come strumento di tutela di situazioni giuridiche soggettive. A questo proposito la Cassazione ha più volte ribadito che l'interesse legittimo è una posizione giuridica soggettiva quindi non si possono far valere in giudizio interessi diffusi. Di conseguenza alla base della richiesta di accesso si ritiene debba esserci un interesse in merito al documento o atto a cui è rivolta l'istanza ed anche, eventualmente, per far valere la causa in giudizio. E' necessario inoltre ricordare tutti i limiti alla trasparenza dovuti alla privacy. Infatti la disciplina della tutela della riservatezza, per prima, si scontra con la possibilità di realizzare nella pratica un accesso generalizzato. Per esempio la possibilità di prendere visione della

prova scritta del vincitore di un concorso pubblico dovrebbe, ai fini della realizzazione dell'accesso generalizzato, essere garantita a chiunque, compresi coloro che pur non avendo partecipato al concorso hanno interesse a visionare tale atto, per controllare l'imparzialità della commissione giudicante. Per motivi di privacy questa richiesta non può essere accolta.

Inoltre il D. lgs. n. 33/2013 si focalizza su alcuni settori e non realizza ancora l'idea della pubblica amministrazione come "casa di vetro". In questo senso sono necessari ulteriori passi avanti da un punto di vista non solo legislativo ma anche culturale.

Concludendo il livello di trasparenza attuale del nostro sistema tutela le situazioni giuridiche soggettive e permette un migliore esercizio dell'azione amministrativa ma ancora non consente controlli ulteriori, non legati ad interesse e/o tutela di situazioni giuridiche soggettive.

Bibliografia.

Califano, L., Il bilanciamento tra trasparenza e privacy nel D. lgs. n. 33/2013.

Canaparo, P., Il decreto legislativo 14 marzo 2013 n. 33: i nuovi confini dell'azione amministrativa, in www.giustizia-amministrativa.it, marzo 2013.

Canaparo, P., Il decreto legislativo 14 marzo 2013, n.33: i nuovi confini della trasparenza pubblica e il diritto alla conoscibilità della azione amministrativa, in www.giustizia-amministrativa.it, marzo 2013.

Caringella, F., Garofoli, M., Sempreviva, T., L'accesso ai documenti amministrativi, cit., 423.

Caserta, E., Manuale di diritto amministrativo.

Cassese, S., Diritto amministrativo generale, Milano 2013, II, 1167.

Cassese, S., L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo stato, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 2001.

Cirillo, S., Diritto di accesso e diritto alla riservatezza: un difficile equilibrio mobile, in www.giustizia-amministrativa.it.

Clarich, M., Diritto di accesso e tutela della riservatezza.

Clarich, M., Trasparenza e protezione dei dati personali nell'azione amministrativa, in www.giustizia-amministrativa.it.

Cons. Stato, ad. Plen., n. 5/1997, cit.; sez IV, 15 settembre 2003, n. 5148, in www.giustizia-amministrativa.it.

Cons. Stato, n. 14, 2004.

Cons. Stato, n. 59, 1999.

Cons. Stato, n. 737, 2000.

Cons. Stato, n. 1248, 1999.

Cons. Stato, sez. VI, n. 2542, 2002.

Cons. Stato, sez. VI, n. 5515, 2013.

Corte Cost. Sent., 6-07-2004, n. 204.

Così Arena, G., Trasparenza amministrativa.

D'Amico, D., Considerazioni personali sulla trasparenza.

Di Donato, F., Lo stato trasparente. Linkened open data e cittadinanza attiva.

Ferrucci, A., Diritto di accesso e riservatezza: osservazioni sulle modifiche alla l. n. 241/1990.

Fracchia, F., Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale.

Garofoli, R., Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto di trasparenza e le politiche necessarie, in www.giustizia-amministrativa.it, del 30 marzo 2013.

Lazzaro, F.M., L'agenda digitale per l'italia, e Book, Ipsoa, 2013.

Lazzaro, F.M., La trasparenza delle amministrazioni pubbliche, in Azienditalia, n. 6/2013.

Lazzaro, F.M., La trasparenza delle amministrazioni pubbliche, in www.leggiditalia.it, 2013.

Lipari, M., Il processo in materia di accesso ai documenti.

Lipari, M., L'amministrazione pubblica tra trasparenza e riservatezza, in www.giustizia-amministrativa.it.

Lugaresi, N., Il trattamento dei dati nella pubblica amministrazione, in Il codice in materia di protezione dei dati personali.

Marzano, F., I progetti italiani di e-democracy, in www.astrid-online.it, febbraio 2007.

Mattarella, B.G., La prevenzione della corruzione, in Giorn. Dir. Amm., 2013.

Merloni, F., Ponti, B., La trasparenza, in La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione, rimedi, in www.astrid-online.it.

Modugno, F., Perché è corretto desumere da (o proporre per) l'art. 21 della Costituzione, l'esistenza di un diritto alla informazione.

Occhiena, M., I diritti di accesso dopo il codice della "privacy".

Patroni Griffi, F., La trasparenza nella pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza, in www.federalismi.it, 17 aprile 2013.

Pizzetti, F., Trasparenza e riservatezza nella Pubblica Amministrazione.

Ponti, B., Il codice della trasparenza: non solo riordino, ma ridefinizione complessiva del regime della trasparenza amministrativa, in www.neldiritto.it.

Rimarchi, M., L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina della attività amministrativa in Italia, in *Dir. Amm.*, 2011.

Sandulli, M.A., Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi.

Sandulli, M.A., Il procedimento, in *Trattato di diritto amministrativo*.

Savino, M., La nuova disciplina della trasparenza amministrativa in www.leggiditalia.it.

Scognamiglio, A., Diritto di accesso e tutela della riservatezza, in *Foro amm.*, 1998, 983 e ss.

T. a. r. Abruzzo, sez. Pescara, 5 dicembre 1997, n. 681.

Tarullo, S., Diritto di accesso ai documenti amministrativi e diritto alla riservatezza: un difficile rapporto.

Torano, V., Il diritto di accesso civico, Intervento al Convegno “Anticorruzione e trasparenza: analisi dell’impatto normativo nell’ente locale”, Frascati, 15-07-2013.

Toschei, S., Accesso civico e accesso ai documenti amministrativi, due volti del nuovo sistema amministrativo in Italia, Intervento al Convegno “Anticorruzione e trasparenza: analisi dell’impatto normativo nell’ente locale”, Frascati, 15-07-2013.

Toschei, S., Dall’art. 18 d.l. n. 831/2013 all’art. 37 D. lgs. n. 33/2013, un tracciato normativo verso la trasparenza negli appalti pubblici passando per la legge anticorruzione, Intervento al Convegno “Anticorruzione e trasparenza: analisi dell’impatto normativo nell’ente locale”, Frascati, 15-07-2013.

www.funzionepubblica.gov.it.

www.foia.gov.

www.garanteprivacy.it.

Zucchelli, C., Accesso e pubblicità dei documenti amministrativi.

Ringraziamenti.

Desidero ringraziare tutti coloro che mi hanno sostenuto durante il percorso di studi e la realizzazione della tesi.

In particolare ringrazio sentitamente il mio relatore, il professor Carmelo D'Antone, per il suo prezioso aiuto e per il tempo che mi ha dedicato.

Ringrazio con affetto i miei genitori per essermi stati vicini e per avermi permesso di raggiungere questo importante traguardo.

Ringrazio Daniele, il mio ragazzo, e tutta la mia famiglia per avermi sempre incoraggiato e per essere presenti nella mia vita.

Ringrazio le mie amiche e i miei amici per aver condiviso in questi anni le nostre esperienze di vita universitaria e privata.

Ringrazio inoltre Elena, la collaboratrice del professor D'Antone, per la sua disponibilità e la gentilezza avuta nei miei confronti durante questi mesi.