

Trasparenza amministrativa

La nuova disciplina della trasparenza amministrativa

DECRETO LEGISLATIVO 14 MARZO 2013, N. 33

Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni.

(G.U. 5 aprile 2013, n. 80)

Omissis.

Il commento di Mario Savino

Il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 (c.d. testo unico sulla trasparenza), adottato in attuazione della legge-delega 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge anti-corruzione), segna il punto di arrivo di una parabola che, avviata nel 2005, pone al centro della disciplina della trasparenza gli obblighi di pubblicazione. Rispetto alla legislazione pregressa, la principale novità è il riconoscimento del diritto di accesso a *chiunque*: l'accesso fuoriesce dai ristretti confini procedurali per divenire strumento di promozione della trasparenza in funzione democratica. Al contempo, però, emergono i limiti di un approccio dirigista, nel quale è il legislatore a stabilire ciò che il singolo ha diritto di conoscere. Rispetto al modello "Foia", prevalente nella gran parte delle democrazie liberali, il rapporto di strumentalità tra pubblicazione e accesso è rovesciato: l'accesso non è configurato come un diritto fondamentale, ma come un diritto "riflesso".

Un "Foia" italiano?

Il diritto di conoscere le informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni è da tempo riconosciuto come espressione di una libertà fondamentale sia negli ordinamenti scandinavi (1), sia in quelli anglo-americani (2). In Europa continentale e nel Regno Unito il principio della trasparenza amministrativa ha, invece, incontrato maggiori resistenze, affermandosi, in un primo momento, solo in funzione di garanzia del *due process*. Come noto, anche in Italia, fino all'approvazione del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 (c.d. testo unico sulla trasparenza), il diritto d'accesso era garantito al solo fine di irrobustire i diritti di difesa di quanti siano parte di un procedimento.

Nell'ultimo ventennio, tuttavia, la quasi totalità delle democrazie liberali ha introdotto una seconda generazione di diritti di trasparenza, in funzione democratica, attraverso i *freedom of information acts* (Foia) (3). Così, anche nel resto d'Europa, alle nor-

Note:

(1) Com'è noto, la prima legislazione in materia di libertà di informazione è stata adottata dal Regno di Svezia (che all'epoca includeva anche la Finlandia) nel 1776. In Finlandia, una autonoma disciplina dell'accesso risale al 1951, seguita da una analoga normativa in Norvegia (1970) e in Danimarca (1985).

(2) Negli Stati Uniti, il *Freedom of Information Act* (Foia) è stato adottato nel 1966. Analoghi Foia sono stati introdotti in Australia, Canada e Nuova Zelanda tra il 1982 e il 1983.

(3) Secondo dati aggiornati a marzo 2013 (<http://www.right2info.org/access-to-information-laws>), sono 94 i paesi nei quali esistono norme che riconoscono il diritto di accedere alle informazioni pubbliche, ma si tratta di un numero orientativo, inevitabilmente influenzato dal modo di definire un Foia: cfr. T. McIntosh, *FOI Laws: Counts vary Depending on Definitions*, 2011, e S.S. Coronel, *Measuring Openness. A Survey of Transparency Ratings and The Prospects for a Global Index*, 2012 (entrambi consultabili sul sito www.freedominfo.org). Sulla progressiva diffusione di legislazioni Foia negli ordinamenti statali, J.M. Ackerman e I.E. Sandoval-Ballesteros, *The Global Explosion of Freedom of Information Laws*, in *Administrative Law Review*, 2006, vol. 58, 85 ss., spec. 95 ss., e T. Mendel, *Freedom of information: A Comparative Legal Survey*, Unesco, 2008, nonché, con particolare riferimento all'esperienza africana, C. Darch e P. Underwood, *Freedom of Information and the Developing World: The Citizen, the State and Models of Openness*, Cambridge, 2009.

me sulla trasparenza “procedurale” si sono via via sovrapposte leggi nelle quali il *right to know*, inteso come tassello indispensabile per il corretto funzionamento di un ordinamento democratico, assurge a diritto fondamentale, da garantire a *chiunque*, con il solo limite delle esigenze di riservatezza correlate a determinati interessi pubblici e privati (4). Dopo la precoce affermazione della «liberté d'accès aux documents administratifs» come «droit de toute personne à l'information» in Francia (1978), leggi modellate sui Foia sono state adottate in Olanda (1980, 2005), Portogallo (1993), Irlanda (1997), Regno Unito (2000), Svizzera (2004), Germania (2005) e in molti paesi dell'Europa orientale (5), oltre che dall'Unione europea (2001) (6).

Alla diffusione del modello di *open government* fondato sulla libertà di informazione hanno contribuito il diritto europeo e il diritto internazionale.

Nell'Unione europea il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni europee è garantito sia dalle norme dei trattati (art. 255 tr. Ce e, ora, art. 15 Tue), sia dalla Carta dei diritti fondamentali (art. 42), e le relative modalità e condizioni di esercizio sono definite dal regolamento n. 1049 del 2001.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, dal canto suo, ha sviluppato una interpretazione estensiva della libertà di espressione tutelata dall'art. 10 Cedu, stabilendo, dapprima, che il diniego di accesso ai documenti amministrativi comporta una interferenza nel diritto di ricevere informazioni (7) e ammettendo, poi, che la sua stessa giurisprudenza «recently advanced towards a broader interpretation of the notion of 'freedom to receive information' (...) and thereby towards the recognition of a right of access to information» (8).

Nel 2008, il processo è culminato nell'approvazione, da parte del Consiglio d'Europa, della Convenzione sull'accesso ai documenti ufficiali, primo strumento di diritto internazionale che vincola le parti a garantire «the right of everyone, without discrimination on any ground, to have access, on request, to official documents held by public authorities» (9).

Per effetto di questi sviluppi, il diritto di accesso ha cessato di essere appannaggio esclusivo dei destinatari di un provvedimento amministrativo, per divenire un istituto funzionale al corretto funzionamento delle democrazie liberali e alla emancipazione del singolo dalla soggezione al pubblico potere. Secondo l'approccio dominante, il *right to know* assolve questa funzione in tre modi: consentendo un controllo diffuso sull'operato del governo e delle sue amministrazioni, anche a fini di prevenzione della corruzione (*accountability*); assicurando una

più consapevole partecipazione dei cittadini alle decisioni pubbliche (*participation*); rafforzando la legittimazione delle stesse amministrazioni, chiamate ad operare come «case di vetro» al servizio della collettività (*legitimacy*) (10).

Note:

(4) Sul progressivo riconoscimento della libertà di accesso alle informazioni in possesso delle amministrazioni come diritto fondamentale della persona, R. Peled e Y. Rabin, *The Constitutional Right to Information*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2011, vol. 42, 357 ss., T.S. Blanton, *240 years after the First Freedom of Information Law. Access to Government Information Now Seen as a Human Right*, in J. Mustonen (ed.), *The World's First Freedom of Information Act. Anders Chydenius' Legacy Today*, Kokkola, 2006, 80 ss., e P. Birkinshaw, *Freedom of information and openness: fundamental human rights*, in *Administrative Law Review*, 2006, vol. 58, 177 ss.

(5) Tra gli altri, l'Ungheria (1992), la Lettonia (1998), la Repubblica Ceca (1999), l'Albania (1999), l'Estonia (2000), la Lituania (2000), la Bulgaria (2000), la Slovacchia (2000), la Polonia (2001), la Romania (2001), la Slovenia (2003), la Serbia (2003) e la Croazia (2013).

(6) Per una comparazione delle suddette legislazioni, diretta a individuare i principi emergenti a livello europeo, sia consentito rinviare a M. Savino, *The Right to Open Public Administrations in Europe: Emerging Legal Standards*, Paris, Ocse-Sigma, 2010 (<http://www.oecd-ilibrary.org/fr/governance/sigma-papers20786581>), spec. 15 ss. Si vedano, altresì, H. Kranenborg e W. Voermans, *Access to Information in the European Union. A Comparative Analysis of EC and Member State Legislation*, Groningen, 2006, nonché, tra i lavori italiani sulla trasparenza più attenti al dato comparato, A. Bonomo, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari, 2012, 83 ss., R. Tarchi, *Il diritto d'accesso nella prospettiva comparata*, e A. Marchetti, *Il diritto d'accesso: modelli di enforcement e cause di exemptions nella prospettiva comparata*, entrambi in C. Colapietro (a cura di), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli, 2012, 141 ss. e 209 ss., A. Sandulli, *La trasparenza amministrativa e l'informazione dei cittadini*, in G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 158 ss., e A. Simonati, *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza*, Trento, 2002, 37 ss.

(7) Corte europea dei diritti dell'uomo, *Sdruení Jihoeské Matky v. Czech Republic*, 10 luglio 2006. Nello stesso anno, la Corte inter-americana sui diritti umani ha stabilito che il diritto alla libertà di espressione (art. 13 della Convenzione americana sui diritti umani) comprende il diritto di accesso alle informazioni (Inter-American Court on Human Rights, *Claude Reyes y otros v. Chile*, 19 settembre 2006). Cfr. E.A. Bertoni, *The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: A Dialogue on Freedom of Expression Standards*, in *European Human Rights Law Review*, 2009, 3, 332 ss.

(8) Corte europea dei diritti dell'uomo, *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, 14 April 2009, punto 35.

(9) Art. 2, c. 1, della *Council of Europe Convention on Access to Official Documents*. Al momento in cui si scrive (5 luglio 2013), la Convenzione è stata sottoscritta da 14 paesi membri (tra questi, non l'Italia) e ratificata da 6 di essi. In generale, su tale processo, C. Bishop, *Internationalizing the Right to Know: Conceptualizations of Access to Information in Human Rights Law*, University of North Carolina, Chapel Hill, 2009 (https://cdr.lib.unc.edu/indexablecontent?id=uuid:14f234b7-8689-4dee-a674-f7d91b51e4e8&ds=DATA_FILE).

(10) Su tali finalità, in termini generali, OAS General Assembly, (segue)

Il d.lgs. n. 33 del 2013 fa propria questa nuova concezione. Il «principio generale di trasparenza», enunciato dall'art. 1, serve, innanzitutto, a «favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche»; mira, inoltre, «ad attuare il principio democratico», operando come «condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali»; integra, altresì, «il diritto ad una buona amministrazione», concorrendo «alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino».

In applicazione di tale principio, il d.lgs. n. 33 del 2013 qualifica il diritto di accesso ai documenti e alle informazioni dell'amministrazione come «diritto di chiunque» (art. 5), arrivando così a garantire un diritto (a conoscere) azionabile contro lo Stato a prescindere dalle ragioni del suo interesse conoscitivo. In tal modo, la disciplina italiana della trasparenza compie un passo decisivo verso lo *standard* internazionale appena descritto.

Tuttavia, la peculiare via italiana alla trasparenza si fonda sulla centralità degli obblighi di pubblicazione, rispetto ai quali il diritto del singolo all'informazione è meramente strumentale. Di conseguenza, al di là delle affermazioni di principio, la distanza dal richiamato *standard* europeo e internazionale resta considerevole, riflettendosi - come si vedrà - sull'oggetto del diritto d'accesso, sul suo rapporto con gli obblighi di pubblicazione e sulla natura dello stesso diritto.

L'evoluzione del modello italiano: la trasparenza a costo zero

Garantire il *right to know* - consentire, cioè, a chiunque di accedere alle informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni - comporta costi elevati. 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*, a un costo di oltre 50 milioni di dollari (11).

Simili costi, per le amministrazioni italiane, non sono sostenibili. Il dogma della «trasparenza a costo zero» è, perciò, divenuto il *fil rouge* che collega le diverse tappe evolutive della disciplina italiana in materia.

Già nel 1990, la proposta della Commissione Nigro di estendere a chiunque il diritto di accesso ai documenti amministrativi fu respinta perché prevalse i timori legati al suo impatto organizzativo e finanziario. Si optò per il più prudente modello della

trasparenza procedimentale: un passo avanti, per l'epoca, comunque considerevole (12).

Negli anni successivi - anche per effetto delle pressioni esterne derivanti dalla diffusione dei Foia - il legislatore italiano comincia a elaborare una sua strategia di contemperamento tra le nuove istanze «democratiche» 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 ancor più restrittivo la norma sulla legittimazione soggettiva (13). Dall'altro, si definisce per la prima volta, nel codice dell'amministrazione digitale, il contenuto obbligatorio dei siti delle pubbliche amministrazioni (14). 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. L'equivalenza, a fini conoscitivi, tra l'accesso a un documento e la pubblicazione dello stesso era già affermata nella legge sul procedimento (15). La diffusione di internet ha, poi, esaltato le potenzialità della pubblicazione, consentendo l'accesso immediato (*online*) alle informazioni.

Ciò spiega l'euforia legislativa che ha generato, dal 2005, una successione di circa cento previsioni in

Note:

(segue nota 10)

Resolution AG/RES. 2288 (XXXVII-O/07), *Access to public information: strengthening democracy*, 2007 (<http://www.oas.org/DIL/AGRES2288XXXVII-O-07eng.pdf>), nonché M. Bovens, *Information Rights: Citizenship in the Information Society*, in *The Journal of Political Philosophy*, 2002, vol. 10, 317 ss.

(11) Informazioni reperibili sul sito www.foia.gov.

(12) L'art. 22, c. 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, nel testo originario, stabiliva che «Al fine di assicurare la trasparenza dell'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».

(13) 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». Su tale scelta legislativa, tra gli altri, A. Sandulli, *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *questa Rivista*, 2007, 669 ss.

(14) Art. 54 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

(15) 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 s'intende realizzata».

tema di obblighi di pubblicazione (16), accompagnate da enfatiche enunciazioni di principio (su tutte, l'affermazione della trasparenza come «accessibilità totale») (17) e da deboli meccanismi di *enforcement* (individuati principalmente nell'attivazione della responsabilità dirigenziale e, più tardi, nel ricorso per l'efficienza).

Ne è derivato un duplice fallimento, rappresentato, per un verso, dall'estrema frammentarietà e ridondanza della normativa sulla pubblicità e, per l'altro, dall'elevato tasso di inosservanza degli obblighi, conseguenza non solo delle difficoltà interpretative, ma anche dell'assenza di mezzi, sanzioni e incentivi adeguati (18).

A questi fallimenti il decreto legislativo n. 33 del 2013 tenta di ovviare - come si vedrà - sia mediante il riordino delle disposizioni in tema di obblighi di pubblicazione, sia attraverso una più organica disciplina dei meccanismi di *enforcement*. È a questo secondo ambito che va ricondotta la novità dell'accesso «civico», previsto in funzione di «pungolo» al corretto adempimento degli obblighi di pubblicazione da parte delle amministrazioni, più che come strumento di potenziamento della cittadinanza attiva (19).

Il legislatore italiano sembra aver così raggiunto la quadratura del cerchio: garantire il *right to know* in corrispondenza di obblighi di pubblicazione in larga parte già previsti dovrebbe consentire di raggiungere l'obiettivo della trasparenza totale senza investire risorse *ad hoc*. Tant'è che l'art. 51 del testo unico reitera il consueto vincolo di invarianza della spesa. Ma si può davvero ritenere che la soluzione individuata dal d.lgs. n. 33 del 2013 - accesso civico come riflesso degli obblighi di pubblicazione - possa assicurare ai cittadini italiani un *right to know* pieno e a costo zero?

Il riordino degli obblighi di pubblicazione

Il governo ha esercitato la delega disposta dal c. 35 dell'art. 1, della legge anticorruzione n. 190 del 2012, procedendo, nel rispetto dei tempi previsti (sei mesi), al riordino della disciplina degli obblighi di pubblicazione. Le numerose disposizioni prima esistenti - come detto, circa un centinaio, disperse in oltre venti atti normativi - sono ora condensate in trentuno articoli (da 12 a 42), suddivisi in quattro capi, dedicati, rispettivamente, all'organizzazione e all'attività delle pubbliche amministrazioni (capo II), all'uso delle risorse pubbliche (capo III), alle prestazioni offerte e ai servizi erogati (capo IV) e ai settori speciali (cap. V).

Dal punto di vista funzionale, possono distinguersi - in aggiunta agli obblighi concernenti gli atti di carattere normativo e amministrativo generale (art. 12), già previsti dall'art. 26 della legge n. 241 del 1990, ora abrogato - tre gruppi principali di disposizioni.

Molte di esse mirano a favorire un controllo diffuso sul personale e sull'azione amministrativa. È, così, prevista la pubblicazione di dati riguardanti, «tra l'altro», l'articolazione degli uffici, le competenze e le risorse a disposizione di ciascun ufficio, «anche di livello dirigenziale non generale» (art. 13); i titolari di incarichi, da quelli «politici [...] di livello statale regionale e locale» (art. 14), a quelli dirigenziali e di collaborazione e consulenza (art. 15); la dotazione organica e il costo del personale con rapporto di lavoro a tempo determinato (art. 17) e indeterminato (art. 16); gli incarichi conferiti ai dipendenti (art. 18); i bandi di concorso per il reclutamento di personale (art. 19); la valutazione della performance e la distribuzione dei premi (art. 20); la contrattazione collettiva, con particolare riguardo ai contratti integrativi (art. 21); l'elenco delle società partecipate, nonché degli enti pubblici e privati finanziati e/o controllati da pubbliche amministrazioni (art. 22). Altre due disposizioni, ascrivibili a questo primo gruppo, prevedono, l'una, la pubblicità dei rendiconti dei gruppi consiliari di regioni e province (art.

Note:

(16) In base al conteggio effettuato dalla Civit nel luglio 2012, nella legislazione del quinquennio precedente risultano essere stati introdotti ben 96 obblighi, ai quali vanno aggiunti quelli antecedenti (si pensi all'obbligo contemplato dall'art. 26 della l. n. 241 del 1990, appena richiamato) e quelli successivi (previsti, ad esempio, dalla legge delega n. 190 del 2012). A seguito della rilevazione, la Civit ha avviato una consultazione pubblica, che ha evidenziato ben 35 casi di sovrapposizione tra previsioni normative in materia: Civit, *Per una semplificazione della trasparenza. Esiti della consultazione sugli obblighi di pubblicazione previsti in materia di trasparenza e integrità*, dicembre 2012 (<http://www.civit.it/wp-content/uploads/Rapporto-semplificazione-della-trasparenza.pdf>), spec. 14.

(17) Cfr. art. 4, c. 7, della legge 4 marzo 2009 n. 15. La medesima previsione è reiterata dall'art. 11, c. 1, del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150.

(18) In base a rilevazioni effettuate nel 2012, il tasso medio di *compliance* risulta pari al 58 per cento nei ministeri e al 53 per cento negli enti pubblici nazionali: cfr. Civit, *Rapporto sulla trasparenza nei ministeri*, agosto 2012, spec. 4 (<http://www.civit.it/wp-content/uploads/Rapporto-sulla-trasparenza-nei-Ministeri.pdf>), e Id., *Rapporto sulla trasparenza negli enti pubblici nazionali*, dicembre 2012, spec. (<http://www.civit.it/wp-content/uploads/Rapporto-sulla-Trasparenza-negli-Enti-Pubblici-Nazionali-Dicembre-2012.pdf>).

(19) L'opportunità di riconoscere a chiunque un diritto «civico» di accesso in corrispondenza degli obblighi di pubblicazione posti dalla legge a carico dell'amministrazione è stata sostenuta, in particolare, da C. Marzuoli, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 62 ss.

28) (20); l'altra, la pubblicazione e l'aggiornamento semestrale di un «elenco dei provvedimenti adottati», contenente, in particolare, «i provvedimenti finali dei procedimenti di: a) autorizzazione o concessione; b) scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi [...]; c) concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera [...]; d) accordi stipulati dall'amministrazione con soggetti privati o con altre amministrazioni pubbliche» (art. 23).

Un secondo gruppo di obblighi è diretto a rafforzare l'*accountability* delle amministrazioni pubbliche nello specifico ambito della gestione finanziaria. Vi rientrano le previsioni del capo III, che impongono alle singole amministrazioni di pubblicare il bilancio annuale di previsione e consuntivo «in forma sintetica, aggregata e semplificata» (art. 29), i dati sulla gestione del patrimonio immobiliare (art. 30) e i rilievi - in particolare, quelli non recepiti - formulati dai vari organi di controllo (art. 31). In questo gruppo rientrano le norme del capo II che riguardano «gli atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e attribuzione di vantaggi economici a persone fisiche ed enti pubblici e privati» (art. 26) e l'elenco dei relativi beneficiari (art. 27). Più orientato alla *customer satisfaction* e alla semplificazione dei rapporti tra privati e amministrazioni è il terzo gruppo di obblighi. Vi si prevede, tra l'altro, la pubblicazione della carta dei servizi, insieme ai costi e ai tempi medi di erogazione dei servizi stessi (art. 32), dei tempi medi dei pagamenti dell'amministrazione (art. 33), dell'elenco degli oneri informativi gravanti sui cittadini e sulle imprese introdotti o eliminati da nuove norme (art. 34), dei riferimenti relativi alle diverse tipologie di procedimenti (disciplina, responsabile del procedimento, termine, strumenti di tutela), con la modulistica necessaria per presentare l'istanza (art. 35).

Il riordino così operato pone, dal punto di vista applicativo, due ordini di problemi.

Il primo è legato alla difficile interpretazione di alcune norme, redatte in modo poco accurato: l'estensione di alcuni obblighi è, di conseguenza, incerta (21).

Il secondo ordine di problemi deriva dalla disattenzione del legislatore per la fase di attuazione. Da un lato, il vincolo di invarianza della spesa (art. 51) implica l'assenza di risorse umane e finanziarie da destinare allo scopo. Dall'altro - mentre, ad esempio, nel Regno Unito il Foia approvato nel 2000 è entrato in vigore dopo più di quattro anni, in modo da permettere alle amministrazioni di organizzarsi in vista di una puntuale e uniforme applicazione -

il legislatore italiano impone alle amministrazioni di pubblicare «tempestivamente», in una apposita sezione dei rispettivi siti istituzionali denominata «Amministrazione trasparente», tutta l'ingente massa di informazioni ormai coperta dai richiamati obblighi (22). Al contempo - con l'insufficiente ausilio dello schema allegato al testo unico (allegato A), che dovrebbe essere integrato da «criteri, modelli e schemi standard» predisposti dal Dipartimento della funzione pubblica (art. 48) - le amministrazioni sono chiamate a garantire la qualità delle informazioni riportate nei rispettivi siti istituzionali, assicurandone «l'integrità, il costante aggiornamento, la completezza, la tempestività, la semplicità di consultazione, la comprensibilità, l'omogeneità, la facile accessibilità, nonché la conformità ai documenti originali in possesso dell'amministrazione, l'indicazione della loro provenienza e la riutilizzabilità», anche adoperando formati di tipo aperto (23). La sproporzione tra l'ambizione dei fini e la penuria dei mezzi è evidente.

I meccanismi di *enforcement*

Più composita è la parte della nuova disciplina che mira a fronteggiare il secondo fallimento sopra evidenziato, derivante dalla diffusa inosservanza, da parte delle amministrazioni, degli obblighi di pubblicazione.

Note:

(20) Si tratta di una previsione che, pur condivisibile, resta isolata, evidenziando l'incompletezza della disciplina della trasparenza politica. Il problema ovviamente ha carattere più generale, ma riflette un vizio di prospettiva della stessa legge delega, molto più attenta alla corruzione amministrativa che a quella politica (cfr. B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in questa Rivista, 2013, 124).

(21) Si consideri, ad esempio, l'art. 14, che fa generico riferimento ai «titolari di incarichi politici, di carattere elettivo o comunque di esercizio di poteri di indirizzo politico, di livello statale regionale e locale»: quali cariche politiche vi rientrano? Si pensi, altresì, all'art. 26, che impone di pubblicare gli «atti di concessione delle sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari alle imprese, e comunque di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati [...] di importo superiore a mille euro». La soglia dei mille euro vale in riferimento all'atto o al soggetto? Se uno stesso soggetto riceve vantaggi economici di importo inferiore a mille euro da più amministrazioni, ma l'importo complessivo supera la soglia, quali atti vanno pubblicati? In che modo coordinarne la pubblicazione? E su chi ricade la responsabilità di un eventuale inadempimento?

(22) Art. 8, d.lgs. n. 33 del 2013. L'unica eccezione alla regola della pubblicazione immediata è prevista dall'art. 49, c. 1, che rinvia di sei mesi la pubblicazione dei dati aggregati relativi all'attività amministrativa, di cui all'art. 24.

(23) Artt. 6 e 7, d.lgs. n. 33 del 2013. Sul tema, E. Carloni, *La qualità delle informazioni pubbliche. L'esperienza italiana nella prospettiva comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 155 ss.

Innanzitutto, l'attuazione è oggetto di una complessa e velleitaria pianificazione. L'art. 10 del testo unico riproduce le disposizioni già contenute nell'art. 11 del d.lgs. n. 150 del 2009 in merito al Programma triennale per la trasparenza e l'integrità. Ogni amministrazione, previa consultazione delle associazioni rappresentate nel Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, deve adottare il Programma, da aggiornare annualmente, per garantire «la legalità e lo sviluppo della cultura dell'integrità», nonché «un adeguato livello di trasparenza», anche sulla base delle linee guida elaborate dalla Civit e in collegamento sia con gli interventi previsti dal Piano di prevenzione della corruzione, sia con la programmazione strategica e operativa definita nel Piano della performance e negli analoghi strumenti di programmazione previsti negli enti locali. Nel Programma triennale sono definiti «le misure, i modi e le iniziative volti all'attuazione degli obblighi di pubblicazione [...], ivi comprese le misure organizzative volte ad assicurare la regolarità e la tempestività dei flussi informativi» (24).

Inoltre, è previsto un articolato sistema di vigilanza, che completa il monitoraggio esterno svolto dalla Civit (25) e dagli organismi indipendenti di valutazione (Oiv) (26) con il monitoraggio interno affidato al «responsabile per la trasparenza» (figura coincidente con quella del dirigente generale «responsabile per la prevenzione della corruzione», prevista dall'art. 1, c. 7, della legge n. 190 del 2012). Al responsabile spetta, in particolare, aggiornare il Programma triennale, verificare che le informazioni pubblicate siano complete, chiare e a loro volta aggiornate, nonché segnalare «all'organo di indirizzo politico, all'organismo indipendente di valutazione (Oiv), all'Autorità nazionale anticorruzione e, nei casi più gravi, all'ufficio di disciplina i casi di mancato o ritardato adempimento degli obblighi di pubblicazione» (27).

L'esito dell'attività di vigilanza, poi, in caso di inosservanza degli obblighi di pubblicazione, è l'attivazione di meccanismi sanzionatori. Mentre prima le sanzioni erano contemplate solo in casi specifici (28), ora si afferma in via generale che l'inadempimento di un obbligo, al pari della mancata predisposizione del Programma triennale per la trasparenza, costituisce «elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione», e che è comunque valutato «ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili» (29). La mancata o

incompleta pubblicazione delle informazioni sui tempi procedurali determina, dunque, sempre l'attivazione dei meccanismi di responsabilità dirigenziale previsti dall'art. 21 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, secondo cui il dirigente può subire una decurtazione della retribuzione di risultato fino all'ottanta per cento (30). Il limite di questo strumento deriva dalla non infrequente condivisione di compiti tra uffici dirigenziali diversi: in simili casi, chi risponde? L'esito prevedibile è la dispersione delle responsabilità o, in alternativa, l'imputazione della stessa in capo al responsabile per la trasparenza, destinato al ruolo di «capro espiatorio».

Infine, in casi specifici, il testo unico aggiunge sanzioni amministrative di tipo pecuniario (art. 47) e pone la pubblicazione di un atto come condizione per la sua efficacia (31).

Sembra, invece, essere stato accantonato il rimedio costituito dal ricorso per l'efficienza, pur previsto dall'art. 1, c. 33, della legge delega n. 190 del 2012 (32): anche per i suoi limiti di effettività, tale strumento pare destinato all'oblio (33).

Note:

(24) Art. 10, c. 2, d.lgs. n. 33 del 2013.

(25) In base all'art. 45, d.lgs. n. 33 del 2013, la Civit controlla l'operato dei responsabili per la trasparenza, ai quali può chiedere il rendiconto sui risultati del controllo svolto all'interno delle amministrazioni; controlla, altresì, l'esatto adempimento degli obblighi di pubblicazione, esercitando poteri ispettivi e ordinando l'adozione o la rimozione di atti; segnala, infine, i casi di inadempimento agli uffici di disciplina ai fini dell'attivazione del procedimento disciplinare, nonché ai vertici politici delle amministrazioni, agli Oiv e, se del caso, alla Corte dei conti, ai fini dell'attivazione delle altre forme di responsabilità, rendendo pubblici i relativi provvedimenti.

(26) Agli Oiv compete verificare la coerenza tra gli obiettivi previsti nel Programma triennale per la trasparenza e l'integrità e quelli indicati nel Piano della performance (art. 44, d.lgs. n. 33 del 2013).

(27) Art. 43, c. 1, d.lgs. n. 33 del 2013.

(28) Si veda, ad es., l'art. 1, c. 33, della l. n. 190 del 2012.

(29) Art. 46, c. 1, d.lgs. n. 33 del 2013.

(30) Art. 1, c. 33, l. n. 190 del 2012.

(31) Così l'art. 15, c. 2, d.lgs. n. 33 del 2013, in riferimento agli atti di conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti estranei alla pubblica amministrazione, o di collaborazione e consulenza; similmente, l'art. 26, c. 3, per quanto riguarda gli atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e attribuzione di vantaggi economici a persone fisiche ed enti pubblici e privati. Si veda, per previsioni analoghe, gli artt. 22, c. 4, 28, c. 2, e art. 35, c. 2 della medesima legge.

(32) In base al quale l'inosservanza degli obblighi di pubblicazione «costituisce violazione degli standard qualitativi ed economici ai sensi dell'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198».

(33) Sul ricorso per l'efficienza (c.d. *class action* pubblica) e sui suoi limiti, basti richiamare, tra i lavori più recenti, G. Fidone, (segue)

Riassumendo, dall'esame degli obblighi di pubblicazione e dei relativi meccanismi di *enforcement* emergono, da un lato, la notevole estensione dell'area della trasparenza obbligatoria e, dall'altro, la propensione del legislatore a scaricare su amministrazioni non attrezzate compiti di pianificazione, vigilanza e attuazione molto gravosi, imputando loro la responsabilità di eventuali inadempimenti. A ciò deve aggiungersi l'essenza di un adeguato impulso politico: gli organi di indirizzo evitano, ad esempio, in fase di programmazione, di assumere impegni e di indicare obiettivi strategici (34). La responsabilizzazione delle amministrazioni va, così, di pari passo con la deresponsabilizzazione della politica.

L'accesso «civico»

Fin qui, il legislatore ha operato in una linea di sostanziale continuità con il passato, completando il frammentario disegno preesistente. La novità sostanziale è rappresentata dall'istituto dell'accesso «civico», che - come anticipato - è pensato in funzione di pungolo al corretto adempimento degli obblighi di pubblicazione. Secondo l'art. 5, c. 1, «L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione», e il successivo comma 5 rende tale diritto azionabile davanti al giudice amministrativo nelle forme del rito sull'accesso. Tornando all'interrogativo sopra posto, ci si può chiedere se, in tal modo, si sia giunti a dare pieno riconoscimento al *right to know* anche in Italia.

Se si guarda all'estensione soggettiva della nuova disciplina, si sarebbe tentati di rispondere in senso affermativo. Il testo unico, infatti, riconoscendo a «chiunque» il diritto d'accesso, ne desume l'importante implicazione per cui - a differenza di quanto previsto dall'art. 22 della legge n. 241 del 1990, che continua ad applicarsi in via residuale - «la richiesta di accesso civico non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente» e «non deve essere motivata» (art. 5, c. 2). Come per gli altri diritti umani, il diritto all'informazione si radica, così, direttamente in capo alla persona, a prescindere dal suo coinvolgimento nel procedimento amministrativo e dalle ragioni del suo interesse conoscitivo. Nessuna restrizione soggettiva è ammessa neppure in base alla nazionalità.

Inoltre, il principio della «accessibilità totale» si applica, in modo conseguente, a tutte le pubbliche

amministrazioni (35) (comprese le autorità indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione) (36), nonché - ma qui la previsione pone non pochi problemi di interpretazione e attuazione (37) - alle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche e dalle loro controllate, «limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea» (38).

Il testo unico si preoccupa, poi, di ribadire che le norme sulla trasparenza «integrano l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'art. 117, secondo comma, lett. m), della Costituzione» (39). Poiché

Note:

(segue nota 33)

L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività, Milano, 2012, e C. Cudia, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012, spec. 300 ss. Per un quadro dei rimedi attivabili nel caso di inadempimento degli obblighi di pubblicazione, prima dell'approvazione della l. n. 190 del 2012, A. Bonomo, *Informazione e pubbliche amministrazioni*, cit., 447 ss.

(34) Civit, *Rapporto generale sull'avvio del ciclo di gestione della performance 2012*, Dicembre 2012 (<http://www.civit.it/wp-content/uploads/Rapporto-generale-sull'avvio-del-ciclo-di-gestione-della-performance-20126.pdf>), 22.

(35) Qualificate dall'art. 11, c. 1 del d.lgs. n. 33 del 2013 mediante il rinvio all'elenco dettato dall'art. 1 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

(36) Anche queste ultime sono vincolate dalle norme del testo unico, ma «provvedono all'attuazione [...] secondo le disposizioni dei rispettivi ordinamenti» (art. 11, c. 3 del d.lgs. n. 33 del 2013).

(37) La norma non chiarisce, ad esempio, se e come i meccanismi di responsabilità (v. *infra*) possano applicarsi alle società, e analogo dubbio riguarda l'istituto dell'accesso civico.

(38) Art. 11, c. 2, d.lgs. n. 33 del 2013. Quest'ultimo inciso è dettato dal condivisibile intento di evitare l'estensione del principio di trasparenza in ambiti dell'attività privata estranei alla sua *ratio*. Tuttavia, la genericità della formula scarica sull'interprete il difficile compito di verificare quale ne sia, in concreto, il punto di ricaduta (sul carattere problematico di simili disposizioni, A. Pioggia, *La trasparenza dell'organizzazione e della gestione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni*, in F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., 693 ss.). Una soluzione accettabile, coerente con la finalità anticorruzione da cui trae origine il testo unico, potrebbe forse essere quella di ritenere che la disciplina in esame si applichi solo alla parte dell'attività privata che comporta l'utilizzo di danaro pubblico: una indicazione in tal senso è offerta dall'art. 3 della legge-modello interamericana sull'accesso alle informazioni pubbliche (2010), considerata una delle migliori normative sulla libertà di informazione oggi esistenti, (*Model Inter-American Law on Access to Information*, approvata dall'Assemblea generale dell'Organizzazione degli Stati americani con risoluzione n. 2607 dell'8 giugno 2010).

(39) Art. 1, c. 3, d.lgs. n. 33 del 2013. La medesima previsione era già contenuta nell'art. 4, c. 6, della legge 4 marzo 2009, n. 15 e nell'art. 11, c. 1, del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

la determinazione dei livelli essenziali rientra nella competenza esclusiva dello Stato, le regioni possono disciplinare la materia solo per accrescere il grado di trasparenza rispetto allo *standard* nazionale. La scelta è coerente con il carattere fondamentale della libertà in gioco, che richiede la determinazione di uno standard minimo nazionale inderogabile verso il basso (40).

Forti dubbi circa la riconducibilità della disciplina dell'accesso civico al modello Foia sorgono, tuttavia, quando si passa ad esaminare il suo oggetto.

La libertà di accedere alle informazioni dovrebbe, a rigore, avere ad oggetto *qualsiasi informazione* in possesso delle autorità pubbliche o di privati esercenti funzioni di pubblico rilievo. Nei sistemi Foia, infatti, le informazioni detenute dagli uffici pubblici sono spesso esplicitamente qualificate come «proprietà» della collettività e dei singoli, i quali, attraverso l'accesso, esercitano le facoltà connesse al diritto reale sul bene immateriale.

Viceversa, in base alla disciplina dettata dal d.lgs. n. 33 del 2013, l'oggetto del diritto a conoscere è circoscritto a «i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente»: soltanto tali documenti o informazioni, secondo il nostro legislatore, «sono pubblici» (41). E gli altri, non sono anch'essi pubblici?

Il testo unico si limita a precisare che «le pubbliche amministrazioni possono dispor[ne] la pubblicazione» (42). Si tratta, dunque, di una mera facoltà, cui non corrisponde alcun diritto di accesso (se non di chi, in base alla legge n. 241 del 1990, possa vantare un interesse «diretto, concreto e attuale» in quanto parte di un procedimento).

Da questa distinzione, tutta italiana, tra l'area della pubblicità *necessaria* (indicata dalle norme sugli obblighi di pubblicazione) e l'area, residuale, della pubblicità *facoltativa* derivano conseguenze rilevanti. In primo luogo, nel modello Foia il *right to know* incontra l'unico limite del temperamento con gli interessi pubblici (relazioni internazionali, difesa e affari militari, sicurezza e ordine pubblico, politica economica e finanziaria, conduzioni di indagini e ispezioni, ecc.) e privati (tutela dei dati personali, degli interessi commerciali, dei segreti industriali o di altro tipo) che tipicamente, nelle legislazioni straniere, giustificano l'esenzione dall'accesso e dalla pubblicazione. Nell'ordinamento italiano, invece, a tale limite *necessario* (al quale il nostro legislatore presta, peraltro, scarsa attenzione, sommaria-mente rinviando alle norme esistenti) (43) si aggiunge un'altra serie indeterminata di esenzioni, corrispondenti a tutti gli ambiti non coperti da un

obbligo di pubblicazione. Che ve ne siano è indirettamente confermato dallo stesso testo unico, laddove prevede che la Commissione per l'accesso ai documenti - e, dunque, il regime dell'accesso procedimentale disciplinato dagli artt. 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990 - continua ad applicarsi «al fine di assicurare la trasparenza degli atti amministrativi non soggetti agli obblighi di pubblicità previsti dal presente decreto» (44).

In secondo luogo, anche ammettendo che gli obblighi esistenti coprano gli ambiti più rilevanti dell'azione pubblica, resta il fatto che, nel testo unico, il rapporto tra regola ed eccezione è rovesciato. Nei sistemi Foia la riservatezza è una eccezione al principio generale della pubblicità e, dunque, le amministrazioni e le corti sono tenute a darne una interpretazione restrittiva: nei casi dubbi, il principio prevale (45). Non altrettanto accade nell'ordina-

Note:

(40) La competenza statale esclusiva è, poi, rafforzata dal richiamo alla «funzione di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale di cui all'art. 117, secondo comma, lett. *h*, della Costituzione». Sulla portata di tale previsione, non innovativa, A. Bonomo, *Informazione e pubbliche amministrazioni*, cit., 393.

(41) Art. 3, d.lgs. n. 33 del 2013.

(42) Art. 4, c. 3, d.lgs. n. 33 del 2013.

(43) L'art. 4 del d.lgs. n. 33 del 2013 contiene, a riguardo, due previsioni insoddisfacenti. Il c. 3 dispone che «Le pubbliche amministrazioni possono disporre la pubblicazione nel proprio sito istituzionale di dati, informazioni e documenti che non hanno l'obbligo di pubblicare (...), *fermi restando i limiti e le condizioni espressamente previsti da disposizioni di legge*, procedendo alla anonimizzazione dei dati personali eventualmente presenti» (corsivo aggiunto), così lasciando all'interprete il compito di desumere dalla legislazione i limiti alla pubblicità. Il successivo comma 6 compie un chiarimento solo parziale, stabilendo, senza innovare, che «Restano fermi i limiti alla diffusione e all'accesso delle informazioni di cui all'articolo 24, commi 1 e 6, della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche, di tutti i dati di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 6 settembre 1989, n. 322, di quelli previsti dalla normativa europea in materia di tutela del segreto statistico e di quelli che siano espressamente qualificati come riservati dalla normativa nazionale ed europea in materia statistica, nonché quelli relativi alla diffusione dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale».

(44) Art. 4, c. 7, d.lgs. n. 33 del 2013. Si consideri, a titolo esemplificativo, che la pubblicazione obbligatoria riguarda soltanto i dati attinenti ad alcuni uffici (art. 13) e ad alcune tipologie di provvedimenti (art. 23), e, per ciò che concerne i c.d. costi della politica, solo quelli indicati dall'art. 28.

(45) Nei sistemi Foia, abbondano norme o *guidelines* che impongono, nei casi dubbi, una presunzione interpretativa in favore della *disclosure*. Esemplare è il *Memorandum on Transparency and Open Government* del Presidente degli Stati Uniti, Barack Obama: «*The Freedom of Information Act should be administered with a clear presumption: In the face of doubt, openness prevails. [...] All agencies should adopt a presumption in favor of disclosure, in order to renew their commitment to the principles embodied in Foia, and to usher in a new era of open Government. The presumption of disclosure should be applied*» (segue)

mento italiano. Qui, la pubblicità, essendo effettiva (e azionabile) solo se e nei limiti in cui è imposta dalla legge, finisce per operare come una regola di stretto diritto positivo. A dispetto dell'astratto principio di accessibilità totale, la riservatezza resiste, dunque, come regola residuale, pronta a riemergere laddove non viga uno specifico obbligo di pubblicazione e un correlativo diritto di accesso. Un simile approccio è destinato ad alimentare la propensione delle amministrazioni a intendere in modo restrittivo e formalistico le disposizioni sulla trasparenza, in modo da ricavare, negli interstizi tra un obbligo di pubblicazione e l'altro, nuove «zone franche» di opacità.

In breve, la configurazione della pubblicità come regola di stretto diritto positivo implica il disconoscimento del *right to know* come diritto fondamentale e da ciò derivano conseguenze non soltanto teoriche. Del resto, che cosa impedirebbe al legislatore di domani di ritrattare il suo impegno a promuovere la trasparenza e di sopprimere gli obblighi di pubblicazione ad esso meno graditi?

La somma degli obblighi di pubblicazione previsti dal legislatore non equivale, dunque, alla affermazione - contenuta nei *freedom of information acts* - di un onnicomprensivo diritto del singolo a conoscere le informazioni in possesso delle autorità pubbliche. Solo in quest'ultimo caso, e non nel primo, il *right to know* funge da strumento di autodeterminazione del cittadino e di potenziamento della sua sfera di libertà.

Obblighi di pubblicazione e diritto accesso: l'inversione tra mezzo e fine

La limitatezza dell'oggetto del diritto «civico» è all'origine di un'ulteriore divergenza tra l'impostazione seguita dal testo unico e quella propria delle legislazioni straniere che si ispirano al modello Foia, divergenza che attiene al rapporto tra le due tecniche di *disclosure* fin qui esaminate (pubblicazione e accesso individuale).

Ovviamente, la pubblicazione (c.d. *proactive transparency*) è preferibile rispetto all'accesso individuale (c.d. *user-driven transparency*) sia per i cittadini, che sono in grado di accedere direttamente all'informazione *online*, sia per le amministrazioni, che, una volta pubblicato il documento, non devono processare le singole richieste (potenzialmente, innumerevoli) riguardanti quelle stesse informazioni.

Questo spiega perché, nei Foia, la pubblicazione è lo strumento ordinario di *disclosure*: tutti i documenti devono essere pubblicati, salvo che non sia

necessario contemperare l'interesse (pubblico e privato) alla conoscenza con altri interessi (pubblici e privati) alla riservatezza. In quest'ultima ipotesi, il vincolo alla pubblicazione si converte in potere discrezionale: dovendosi ponderare caso per caso ed eventualmente disporre l'accesso parziale del documento, la *disclosure* è subordinata a una richiesta di accesso individuale.

Per agevolare il compito del responsabile - chiamato a stabilire, al momento in cui il documento diviene ufficiale, se la pubblicazione possa ledere oppure no uno degli interessi rilevanti indicati dal legislatore - i Foia contemplano due scorciatoie: talora sono previsti, come nel testo unico, obblighi di pubblicazione per determinate categorie di informazioni, sul presupposto che in quegli ambiti non trovino applicazione le eccezioni tese a garantire gli interessi alla riservatezza; altre volte è prevista, invece, l'adozione di «schemi di pubblicazione» che le singole amministrazioni definiscono, in genere, sotto la supervisione di una amministrazione centrale (46). In ogni caso, il modello Foia si fonda su una stretta complementarietà tra pubblicazione e accesso: dove non arriva la prima, arriva il secondo.

Anzi, è il secondo a trainare la prima, progressivamente erodendo l'area di opacità. Alcuni Foia impongono, infatti, di pubblicare i documenti ai quali sia stato consentito l'accesso in un certo numero di casi (c.d. *user-driven proactive transparency*) (47).

Note:
(segue nota 45)

to all decisions involving Foia. The presumption of disclosure also means that agencies should take affirmative steps to make information public» (Memorandum FOIA for the Heads of Executive Departments and Agencies, 21 gennaio 2009, <http://www.uspto.gov/ip/boards/foiarr/>). Più in generale, sul principio di «maximum disclosure» che è a fondamento del modello FOIA (e sulla presunzione in favore della pubblicazione e dell'accesso che ne deriva), T. Mendel, *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, cit., 25.

(46) Paradigmatica è l'esperienza britannica. Come anticipato, il *Freedom of Information Act*, adottato il 30 novembre del 2000, è entrato in vigore solo nel 2005. Ciò è accaduto principalmente al fine di consentire alle amministrazioni di mettere a punto i rispettivi schemi di pubblicazione. La meticolosa elaborazione degli schemi è avvenuta sulla base di un contraddittorio con l'Information Commissioner, autorità centrale (indipendente), cui compete l'approvazione finale. In proposito, nonché, più in generale, sulla tendenza al rafforzamento degli obblighi di *proactive disclosure*, H. Darbishire, *Proactive Transparency: the future of the right to Information?*, World Bank, 2010, spec. 15 ss. (<http://site-resources.worldbank.org/WBI/Resources/213798-1259011531325/6598384-1268250334206/DarbishireProactive-Transparency.pdf>).

(47) Esempio è la previsione contenuta nell'*Access to Public Information Act (APIA)* sloveno del 22 marzo 2003, che prevede (segue)

Nell'impostazione del d.lgs. n. 33 del 2013, invece, il rapporto tra il mezzo (l'obbligo di pubblicazione) e il fine (il diritto di accedere all'informazione) è invertito: l'esercizio del diritto diviene strumentale all'adempimento dell'obbligo, così da supplire alla debolezza dei meccanismi di *enforcement* sopra indicati. Ciò spiega l'anomalia di un diritto civico che finisce dove finisce l'obbligo di pubblicazione. Oltre la linea della conoscenza tracciata dal legislatore, non vi è pubblicità, ma la mera facoltà (di fatto, l'arbitrio) dell'amministrazione, libera di decidere che cosa esporre al giudizio dell'opinione pubblica e che cosa no (48).

La differenza tra il regime italiano della trasparenza e il modello prevalente a livello europeo e internazionale sta, dunque, nel fatto che il testo unico rimette al potere legislativo la scelta degli ambiti verso i quali orientare il fascio di luce in grado di "disinfettare" l'azione pubblica, laddove i Foia assegnano quella scelta agli stessi titolari del *right to know*. In questo secondo caso, e non nel primo, quel diritto può essere esercitato a prescindere dall'esistenza di un corrispondente obbligo di pubblicazione legislativamente previsto ed è l'accesso individuale che determina la progressiva estensione dell'area di trasparenza.

Conclusioni: l'accesso come diritto "riflesso"?

L'approvazione del d.lgs. n. 33 del 2013 rappresenta un notevole passo in avanti nella promozione della trasparenza amministrativa. La nuova disciplina pone rimedio ai due principali fallimenti del regime preesistente. Da un lato, l'accurato riordino delle previsioni in tema di pubblicità dovrebbe consentire di superare le difficoltà di interpretazione e applicazione fin qui derivanti dalla frammentazione del pregresso quadro normativo. Dall'altro, l'introduzione dell'accesso civico (ben più che il completamento del preesistente sistema di vigilanza e sanzionatorio) dovrebbe accrescere l'effettività di obblighi ampiamente disattesi. Le numerose amministrazioni finora riluttanti e inadempienti saranno, infatti, costrette dalla stampa e dai cittadini - attraverso l'esercizio del diritto di accesso, per la prima volta riconosciuto al di fuori del recinto procedimentale - a ottemperare.

Tuttavia, proprio nel momento in cui si restituisce ordine e coerenza alla disciplina della trasparenza stratificatasi nell'ultimo decennio, i limiti di quella impostazione - fondata sull'ardita premessa dell'accessibilità totale a costo zero - emergono in modo

nitido, specie attraverso la comparazione con i *freedom of information acts* diffusi nella gran parte delle democrazie liberali.

Innanzitutto, mentre altrove l'adozione dei Foia è stata accompagnata dall'attribuzione di nuove risorse e dalla previsione di lunghi tempi di attuazione, la nuova disciplina italiana della trasparenza grava le amministrazioni di compiti particolarmente onerosi, imponendo loro l'attuazione immediata nel rispetto del vincolo di invarianza della spesa. La politica, fatta la legge, si disinteressa dell'applicazione, scaricando tutte le responsabilità sugli apparati, con inevitabili ricadute sull'effettività del nuovo regime: le amministrazioni si difendono rifugiandosi nel formalismo, l'applicazione degli obblighi di trasparenza diviene mera pratica burocratica e le responsabilità, impropriamente imputate, si dissolvono. La previsione è, dunque, agevole: *une règle rigide, une pratique molle*.

Inoltre, su un piano più generale, va osservato che nelle legislazioni straniere ispirate al modello Foia, la pubblicità è un principio generale, che si impone come valore-guida alle amministrazioni e allo stesso legislatore, e che i giudici possono far valere in assenza di norme. Nell'ordinamento italiano, invece,

Nota:

(segue nota 47)

la pubblicazione di «All public information requested by the applicants at least three times» (art. 10, par. 1, n. 6, APIA, corsivo aggiunto). Analoga, ma meno stringente è la disposizione del FOIA statunitense, secondo cui «Each agency, in accordance with published rules, shall make available for public inspection and copying [...] (D) copies of all records, regardless of form or format, which have been released to any person [...] and which, because of the nature of their subject matter, the agency determines have become or are likely to become the subject of subsequent requests for substantially the same records» (5 U.S.C. sect. 552 (2), come modificato dall'e-FOIA del 1996; corsivo aggiunto). Più circoscritta è, invece, la portata della previsione contenuta nel FOIA messicano: la norma di chiusura relativa agli obblighi di pubblicazione fa riferimento a «Any other information that may be useful or considered relevant, in addition to information based on statistical surveys that is responsive to the public's most frequently asked questions» (art. 7, par. XVII, della legge 11 aprile 2002, Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental, corsivo aggiunto).

(48) L'esperienza dimostra che la pubblicazione facoltativa si risolve in assenza di trasparenza. Cfr. Civit, *Rapporto sulla trasparenza nei ministeri*, cit., 7, e Id., *Rapporto sulla trasparenza negli enti pubblici nazionali*, cit., 18, ove si legge: «Come per i ministeri, la differenza tra i valori relativi alla pubblicazione dei dati obbligatori e quelli ulteriori è evidente. Per i primi si registra l'avvio di un processo, un impegno da parte delle amministrazioni. Per i secondi non sembra che un processo sia realmente avviato. Nel complesso, si può dire che nell'amministrazione vi sono aree di trasparenza e aree di opacità e che, comunque, non si è ancora affermato il valore della trasparenza come strumento per favorire il controllo sociale e diffuso sull'operato della pubblica amministrazione, sull'impiego delle risorse pubbliche e sulle attività realizzate».

la pubblicità - al di là delle enfatiche enunciazioni programmatiche del nostro legislatore - non è un principio, bensì una regola di stretto diritto positivo, garantita e coercibile solo se e nella misura in cui una norma di legge la preveda come obbligo. Infine, nei sistemi Foia la disciplina della trasparenza è elaborata a partire dalla posizione giuridica soggettiva. Lì, il principio di pubblicità altro non è che la conseguenza, sul piano dell'azione amministrativa, del riconoscimento di un diritto del singolo a conoscere tutte le informazioni in possesso delle autorità pubbliche. Nella legislazione italiana, invece, il punto di partenza non è la posizione giuridica del privato - il suo *right to know* - ma l'obbligo o il dovere che la legge sceglie di imporre all'amministrazione e che segna anche il limite del diritto alla conoscenza.

Le ascendenze illiberali di questa impostazione hanno origini antiche. Per comprendere quanto fragile sia una libertà individuale che poggia soltanto su un precario fondamento legislativo, non occorre richiamare la teoria gerberiana delle posizioni sogget-

tive come meri «effetti riflessi» delle norme sulle competenze statali. Basta rispondere al seguente interrogativo: che cosa impedisce al legislatore di domani di cancellare con un tratto di penna gli obblighi di pubblicazione meno graditi al potere politico o a reti di corruzione particolarmente influenti?

Emerge, così, la differenza di fondo tra i sistemi Foia e l'Italia: lì, il *right to know* è un diritto fondamentale, riconosciuto come tale dal legislatore e, prim'ancora, dalle carte costituzionali o dalle corti; qui, invece, quel diritto è *octroié*, garantito solo se e nella misura in cui il legislatore lo riconosca. Questo dato si riflette anche sulla capacità di prevenire la corruzione. Mentre lì i titolari del *right to know* - la stampa, gli interessi organizzati e i singoli cittadini - sono liberi di far valere la loro pretesa conoscitiva in qualsiasi direzione, il corrispondente diritto dei cittadini italiani resta prigioniero di un'impostazione dirigista, che inevitabilmente depotenzia l'efficacia anti-corruttiva delle norme sulla trasparenza: non si può cercare dove si vuole, ma solo dove il legislatore - anzi, il *government of the day* - consente.

RIVISTE

Urbanistica e appalti

Mensile di edilizia, urbanistica, espropriazione, appalti, lavori pubblici

Direzione scientifica: Francesco Caringella, Raffaele Caterina, Rosanna De Nictolis, Francois Lichére, Mariano Protto, Marco Sica, Aldo Travi

Comitato scientifico: Matteo Baldi, Giovanni Balocco, Claudio Contessa, Roberto Conti, Giulia Ferrari, Saverio Musolino, Luigi Tarantino

La Rivista si occupa di diritto amministrativo e civile delineandone e aggiornandone uno dei settori più significativi, il cosiddetto **governo del territorio**.

In ogni numero

- Le **Opinioni**: articoli di autorevoli esperti sulle più attuali problematiche in materia di urbanistica e appalti.
- **Legislazione**: le norme di fondamentale interesse per la materia corredate di autorevoli commenti.
- **Giurisprudenza**: le più importanti decisioni della Corte UE, della Corte Costituzionale, del Consiglio di Stato, dei Tribunali Amministrativi Regionali e della Cassazione.
- **Osservatori**: l'anticipazione, in sintesi, delle più interessanti pronunce degli organi giurisdizionali.

Il servizio on-line, riservato agli abbonati è consultabile all'indirizzo **www.ipsoa.it/urbanisticaeappalti**, permette all'utente di accedere a tutte le novità d'interesse e all'anteprima della Rivista cartacea.

Supporto: carta, web, tablet
Abbonamento annuale € 224,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – info.commerciali@wki.it)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **<http://shop.wki.it/ipsoa>**

