

Tra obblighi di trasparenza e diritto alla riservatezza: verso una trasparenza di tipo “funzionale”

FRANCESCO DE LEONARDIS

1. *Dall'accezione soggettiva della legittimazione all'accesso a quella oggettiva?*

L'entrata in vigore del decreto sulla trasparenza nel 2013 (d.lgs. n. 33/2013), adottato sulla base della delega contenuta nella Legge n. 190/2012¹, ha indotto un generale ripensamento sulla portata del principio di pubblicità affermato dalla Legge n. 241/90, e da più parti ci si è chiesti se si possa affermare che le disposizioni del 2013 abbiano sostanzialmente riscritto la disciplina dell'accesso, che almeno fino ad allora era saldamente ancorata al principio per cui non chiunque può avere accesso ai dati e alle informazioni della pubblica amministrazione ma solo chi sia detentore di un interesse qualificato (diretto, concreto e attuale)². Secondo alcune letture il nostro sistema, con l'entrata in vigore della Legge del 2013, si sarebbe evoluto dal modello dell'accessibilità parziale con legittimazione soggettiva al modello dell'accessibilità parziale con legittimazione oggettiva: dal

momento in cui il legislatore ha imposto alle pubbliche amministrazioni l'obbligo di pubblicare tutti i dati a loro disposizione, saremmo transitati, di fatto, in un sistema del tipo di quello scandinavo³ in cui chiunque ha diritto di accedere alle informazioni detenute dalle p.a. senza che occorra far valere uno specifico interesse o una particolare motivazione.

Obiettivo del presente contributo è quello di confermare che tale conclusione, almeno per ora, non può essere condivisa e che, se indubbiamente la trasparenza dell'amministrazione a seguito delle normative del 2013 è aumentata, e tenderà ad aumentare ancora nel momento in cui si darà attuazione alla cd. Legge Madia⁴, non si può dire certo che si sia già operato il transito al modello di accessibilità alle informazioni di tipo oggettivo che non prevede una legittimazione soggettiva per poter chiedere l'accesso ai documenti amministrativi. Come si vedrà, al “contenimento” della trasparenza e al “salvataggio” dell'interesse soggettivo come presupposto per

l'accesso ha senz'altro contribuito l'applicazione dell'art. 24 comma 2 lett. d) della Legge n. 241/90 che fa salva l'esigenza di tutelare la «riservatezza di terzi, persone, gruppi e imprese» ma soprattutto la costante azione dal Garante della Privacy e in particolare le linee Guida da questo approvate nel maggio del 2014⁵.

Prima di entrare *in medias res* si procederà a ricordare alcuni elementi essenziali in materia di principi di pubblicità e di trasparenza e a richiamare, se pur per cenni, i modelli teorici a cui può ricollegarsi l'attuazione di tali principi.

2. I principi di pubblicità e di trasparenza

Il principio di pubblicità e il principio di trasparenza sono stati introdotti tra i principi generali dell'attività amministrativa in momenti diversi⁶. Il primo fa parte dei principi che vennero enunciati dal legislatore già in sede di redazione del testo originario della Legge n. 241/1990; il secondo venne inserito quindici anni più tardi dalla Legge n. 15/2005. Si tratta di principi differenti che rappresentano gradi diversi di tutela del cittadino e delle imprese che vengono in rapporto con la pubblica amministrazione. Il principio di pubblicità esprime la doverosità della "messa a disposizione" di informazioni da parte dell'amministrazione al cittadino, si contrappone al principio di segretezza e si esprime negli aggettivi "manifesto", "palese", "visibile", "conoscibile". Esso mira a creare una situazione oggettiva di conoscibilità di qualche cosa che pertiene alla sfera giuridica di un soggetto pubblico⁷. Il principio di trasparenza indica un grado più avanzato di tutela, quello del "passaggio

di conoscenza" tra pubblica amministrazione e cittadini⁸: ciò è quanto esprime la radice "tr", come evidenziano i termini che tale radice contengono come treno, trasporto, traduzione, traslazione, tradimento e come appunto, trasparenza, che si riferisce al passaggio di conoscenza tra amministrazione e cittadino. La differenza tra i due principi consisterebbe nel fatto che, mentre con il principio di pubblicità viene imposto alle pubbliche amministrazioni il dovere di dare pubblicità alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni, pur con i limiti soggettivi e oggettivi che si sono indicati, con quello di trasparenza si imporrebbe alle amministrazioni anche quello di rendere comprensibili tali informazioni: *la pubblicità comporterebbe una mera "conoscibilità"* (come ad es. mettere a disposizione dei bilanci), *la trasparenza un "effettivo passaggio di conoscenza"* (rendere comprensibile anche ai non tecnici il contenuto dei bilanci stessi)⁹. Potrebbero, dunque, ricollegarsi a tale accezione della trasparenza quelle norme (artt. 13 e 22 d.lgs. n. 152/2006 in materia di VAS e VIA) che prevedono, sulla scia di quanto previsto dall'art. 6 della Convenzione di Aarhus, che i rapporti ambientali da divulgare al fine dello svolgimento delle consultazioni siano accompagnati da una "sintesi non tecnica" o da un "*resumé non technique*", e le altre norme che hanno imposto alle amministrazioni, nella redazione dei loro atti, espressioni chiare e comprensibili da tutti¹⁰. Appare, comunque, indubbio che la necessità di specificare accanto al principio di pubblicità anche quello di trasparenza non avrebbe avuto senso se il secondo principio fosse stato già ricompreso nel primo¹¹, e che anche la considerazione delle discipline vigenti in altri paesi porta a differenziare i principi di trasparenza e di pubblicità¹².

Il principio di trasparenza non implica, dunque, almeno per ora, che l'amministrazione possa essere considerata "casa di vetro"¹³, nel senso che tutto quello che si svolge all'interno dell'amministrazione possa essere visto da chi si trovi al suo esterno – i segreti, infatti, continuano a restare indispensabili per la conservazione dell'ordinamento¹⁴ –, ma implica qualcosa di più, ossia che tutto quello che passa dalle "finestre schermate o schermabili" debba essere effettivamente reso comprensibile a chiunque (anche ai non addetti ai lavori).

3. I modelli teorici in relazione all'accesso ai dati e alle informazioni e il modello della legislazione del 1990

In via di estrema sintesi, in relazione all'accesso ai dati e alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni i sistemi amministrativi possono essere ispirati a due modelli diversi: il primo è quello del segreto o della riservatezza e il secondo è quello dell'accessibilità¹⁵. Il primo modello è quello che veniva delineato dal Testo unico sugli impiegati civili n. 3/1957 che prevedeva che l'amministrazione non mettesse a disposizione dei cittadini nessun tipo di informazione. Il secondo modello è quello dell'accessibilità che si declina sia con riferimento ai dati accessibili sia con riferimento ai richiedenti: in relazione ai dati accessibili vi sono due varianti, ossia accessibilità a tutti i dati (accessibilità totale) o solo ad alcuni dati (accessibilità parziale); con riferimento ai richiedenti vi sono ulteriori due varianti: accessibilità su istanza di parte (connotazione soggettiva) o senza istanza (connotazione oggettiva). Il model-

lo a cui si ispirava la nostra legislazione del 1990 era quello dell'accessibilità parziale a connotazione soggettiva (su istanza di parte): solo alcuni dati e informazioni potevano essere resi disponibili e a tali dati si consentiva l'accesso solo a coloro i quali avessero un interesse diretto, concreto e attuale. L'art. 22 della Legge n. 241/90, infatti, ruota attorno al concetto di interesse qualificato: nella lettera a) di tale norma si definisce il diritto di accesso come diritto degli "interessati" di prendere visione e di estrarre copia dei documenti amministrativi; nella lett. b) si definiscono gli interessati come 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; e, soprattutto, nella lett. c) si definiscono come controinteressati tutti i soggetti individuati o facilmente individuabili, in base alla natura del documento richiesto, che a seguito dell'esercizio del diritto di accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza.

Il punto è capire se tale modello sia rimasto valido o meno a seguito dell'interazione con il decreto trasparenza del 2013.

4. Il diritto alla privacy come prima limitazione del diritto di accesso: Legge n. 241/1990 e Codice per la protezione dei dati personali (d.lgs. n. 196/2003)

Fin dalle prime esperienze applicative della disciplina del 1990 fu chiaro che la piena conoscibilità delle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni avrebbe trovato due argini fondamentali: l'interesse

del richiedente e l'esigenza di tutela della riservatezza e della privacy dei terzi. Si è già ricordata la norma (art. 22) che si riferisce alla natura dell'interesse che giustifica l'accesso, mentre con riferimento al secondo "argine" alla piena conoscibilità occorre ricordare che già la prima formulazione dell'art. 24 della Legge n. 241/90 escludeva dall'accesso i documenti che riguardavano la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, giuridiche, di gruppi o associazioni. L'argine della riservatezza era però assai debole perché nelle prime applicazioni giurisprudenziali il diritto alla riservatezza dei terzi veniva considerato recessivo ove la conoscenza degli atti relativi ad un dato procedimento amministrativo fosse necessaria a curare o difendere gli interessi giuridici dell'istante¹⁶.

A irrobustire consistentemente questo argine contribuì l'istituzione del Garante per la privacy istituito con la Legge 31 dicembre 1996, n. 675 che ne iniziò da subito l'opera lenta ma inesorabile di rafforzamento, e il Codice per la protezione dei dati personali del 2003 (in particolare gli artt. 59 e 60 d.lgs. 196/2003). Si delineò quindi una disciplina a tre livelli di protezione dei dati dei terzi che a loro volta rilevavano tre gradi di intensità giuridica della situazione giuridica che il richiedente intendeva tutelare: per poter rendere accessibili dati supersensibili (salute e vita sessuale) occorre vantare una situazione di pari rango; per poter accedere a dati sensibili (origine razziale ed etnica, convinzioni religiose, filosofiche, appartenenza ad associazioni) si può provvedere solo se strettamente indispensabile per curare o difendere i propri interessi giuridici; per poter accedere ai dati comuni in ogni caso la conoscenza deve essere necessaria per la tutela dei propri inte-

ressi. Tali indicazioni vennero recepite dalle modifiche dell'art. 24 della Legge n. 241/90 intervenute nel 2005, in cui si richiama espressamente la norma del Codice della privacy innanzi citata¹⁷. Si delineava con chiarezza, in ogni caso, il conflitto tra i due interessi, quello a conoscere i dati detenuti dalle amministrazioni e quello a garantire la tutela della riservatezza, che avrebbe dominato la scena negli anni successivi e che avrebbe aperto enormi spazi al sindacato giurisdizionale chiamato di volta in volta ad operare il bilanciamento tra di essi, facendo prevalere ora l'uno ora l'altro¹⁸.

5. *Il decreto sulla trasparenza (d.lgs. n. 33/2013)*

Su tale sistema è intervenuto ormai tre anni fa il d.lgs. n. 33/2013 ispirato all'esigenza di contrastare i fenomeni corruttivi e contenente una forte contropista rispetto a quanto si era venuto affermando negli anni precedenti con riferimento all'irrobustimento del diritto alla riservatezza.

L'art. 1 d.lgs. 33/2013 si riferisce testualmente, infatti, ad una vera e propria accessibilità "totale" («accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle p.a.») e ricollega il principio di *disclosure* ai «principi democratici, di eguaglianza, di imparzialità, di buon andamento, di responsabilità, di efficacia e di efficienza nell'uso delle risorse pubbliche, integrità e lealtà al servizio della nazione». Sempre nell'art. 1 si legge che l'accessibilità totale è «condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali» e che essa «integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di un'ammini-

strazione aperta, al servizio del cittadino». Anche nell'art. 2 comma 2, nella stessa linea di affermazione dell'interesse alla trasparenza, si statuisce a proposito della «pubblicazione nei siti web dei documenti, delle informazioni e dei dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle p.a. cui corrisponde il diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente e immediatamente senza autenticazione e identificazione». Ma soprattutto rileva l'art. 5 sull'accesso civico il quale prevede che «l'obbligo di pubblicazione comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi documenti [...] e che la richiesta di accesso civico non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e non deve essere motivata, è gratuita e va presentata al responsabile della trasparenza nella p.a.». Per tali caratteristiche si è pensato di accostare il d.lgs. 33/2013 al *Freedom of Information Act*¹⁹ che però, pur avendo indubbiamente "rafforzato" l'interesse alla trasparenza, non ha fatto venir meno la necessità di bilanciamento con le norme che impongono la tutela della riservatezza.

6. *Le linee guida del Garante per la Privacy n. 243 del 15 maggio 2014*

L'Autorità Garante per la Privacy in varie occasioni è intervenuta in funzione del rafforzamento dell'"argine" consistente nel diritto alla riservatezza. In un primo tempo con provvedimenti specifici, poi con tre diverse serie di linee guida adottate rispettivamente nel 2007²⁰, nel 2011²¹ e nel 2014, che verranno esaminate in seguito in dettaglio. Si noti che già nelle linee guida del 2011 il Garante si era posto lo scopo di

definire «un primo quadro unitario di misure e accorgimenti finalizzati a individuare opportune cautele che i soggetti pubblici sono tenuti ad applicare in relazione alle ipotesi in cui effettuano, in attuazione alle disposizioni normative vigenti, attività di comunicazione o diffusione di dati personali sui propri siti istituzionali per finalità di trasparenza, pubblicità dell'azione amministrativa», evidenziando la necessità di contemperare le esigenze di pubblicità e di massima trasparenza con quelle del rispetto della privacy e conseguentemente "limitando" gli obblighi di pubblicazione di dati sul web. Una pubblicazione indiscriminata di tali dati produce una serie di rischi: la facile reperibilità, grazie anche ai motori di ricerca, di informazioni delicate; il rischio di cristallizzazione di informazioni sul web per le difficoltà pratiche oltre che giuridiche della cancellazione; in generale le possibilità di compromissione del diritto alla vita privata. In presenza di dati personali, la compressione della riservatezza, frutto di una condizione di piena conoscibilità, risulta, per le linee guida del 2011, ammissibile solo in presenza di una espressa scelta del legislatore, finalizzata a soddisfare specifiche esigenze di trasparenza.

Era dunque del tutto comprensibile che il Garante della Privacy operasse una certa resistenza all'approvazione del decreto trasparenza del 2013: in un primo tempo intervenne con un parere sullo schema del decreto legislativo evidenziando la contrapposizione di alcune sue disposizioni (piena riutilizzabilità, riaggregabilità, indicizzazione e rintracciabilità) con una serie di principi del Codice della Privacy²² (tra cui il principio di finalità, il diritto all'oblio, la non decontestualizzazione) e, in un secondo tempo, appunto con le ultime linee guida

approvate con provvedimento n. 243 del 15 maggio 2014. Tali linee guida costituiscono un valido tentativo di aiutare le pubbliche amministrazioni a disciplinare in maniera organica (limitando) i casi di pubblicazione di dati da parte delle stesse p.a. sui siti istituzionali, cioè mediante diffusione sul web.

Era prevedibile che l'approvazione di tali linee guida ricevesse una serie di commenti critici sul piano generale delle fonti: sembrava quasi che quel che il Garante non era riuscito ad ottenere attraverso la sua interlocuzione con il potere legislativo sarebbe stato conquistato con un atto amministrativo dal valore dubbio. Come è stato esattamente ricordato «ciò che emerge, con forza, dal documento del Garante, è il contrasto tra i paradigmi dell'amministrazione aperta e quelli della privacy: un contrasto che appare in prima battuta di tipo culturale, e in termini normativi ha i suoi punti più evidenti nelle contrapposizioni tra riutilizzo (per qualsiasi finalità) e principi di finalità e necessità, tra indicizzazione e pericolo di decontestualizzazione, tra completezza e pertinenza-non eccedenza, più complessivamente tra dati di tipo aperto e dati oggetto di protezione, tra *open data* e *habeas data*; tra il modello del riutilizzo, per come inteso nei paradigmi dell'*open government* e fatto proprio dal d.lgs. n. 33/2013, e una serie di principi del sistema della privacy, primi tra tutti quelli di necessità e finalità»²³. In realtà, a prescindere dalle considerazioni sullo spazio sempre maggiore che l'ordinamento attribuisce alle autorità indipendenti, appare palese che le linee guida del maggio 2014 non contengono norme innovative e confermano invece ciò che il legislatore nazionale, da una parte, e il legislatore europeo, dall'altra, avevano da tempo affermato in materia di rapporti tra accesso e riservatezza.

Il punto di approdo a cui si era pervenuti nelle vicende di accesso relativo all'azione dell'amministrazione da parte del legislatore, della giurisprudenza e della dottrina era, come si è ricordato, quello di non stabilire in modo netto la prevalenza del diritto d'accesso sulla riservatezza ma, viceversa, quello del bilanciamento ottenuto procedendo caso per caso, volta per volta, a seguito di un'attenta attività istruttoria. Orbene, se si guarda alla pubblicazione da parte delle p.a. di dati sul web, le precisazioni fatte dal Garante vanno chiaramente nello stesso senso del bilanciamento riscrivendo, si potrebbe dire, la trasparenza in modo funzionale. Il Garante esprime tale "trasparenza funzionale" in modo chiaro: «in tutti i casi, indipendentemente dalla finalità perseguita, laddove la pubblicazione online di dati, informazioni e documenti, comporti un trattamento di dati personali, devono essere opportunamente temperate le esigenze di pubblicità e di trasparenza con i diritti e le libertà fondamentali nonché la dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto di protezione dei dati personali» (p. 8 delle linee guida che richiamano l'art. 2 del Codice). La p.a. che pubblica dati sul sito web deve operare il suddetto bilanciamento caso per caso, non potendosi riscontrare automatismi, né attività vincolata: si deve decidere caso per caso nell'esercizio di poteri discrezionali e con la conseguente assunzione di responsabilità. Le linee guida affermano chiaramente: «è opportuno evidenziare che le decisioni, assunte dalle amministrazioni pubbliche o dagli altri soggetti onerati [...] sono oggetto di sindacato da parte del Garante al fine di verificare che siano rispettati i principi in materia di protezione dei dati personali". Il

Garante ricorda espressamente, poi, che il cattivo bilanciamento tra trasparenza e privacy comporta l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 162, comma 2bis e 167 del Codice. Occorre dunque leggere con grande cautela quelle disposizioni che potrebbero far pensare ad una "trasparenza totale" (e non funzionale) della p.a.

7. *Il "decalogo" delle pubblicazioni da parte delle p.a. di dati e informazioni sul web*

Volendo ridurre a decalogo gli obblighi di trasparenza funzionale si possono enucleare le seguenti dieci regole. La prima regola è che la p.a. non deve mettere a disposizione (e quindi pubblicare sul web) dati coperti da segreto. A limitare ciò che la p.a. deve pubblicare intervengono dunque innanzitutto le tre classiche aree del segreto di Stato, del segreto d'ufficio e del segreto statistico. E tale prima regola viene stabilita già nell'art. 1, co. 1 d.lgs. 33/2013. La seconda regola è che la pubblica amministrazione non deve mettere a disposizione dati, a meno che non sia prevista una pubblicazione obbligatoria. Il legislatore prevede con chiarezza che esclusivamente i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria (e dunque non tutti) siano resi direttamente accessibili (art. 3 d.lgs. 33/2013.). Si noti che questa norma fa da *pendant* a quella norma del Codice che prevede che la diffusione di dati personali (ossia il dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione da parte dei soggetti pubblici), è ammessa unicamente quando la stessa è prevista da una specifica norma

di legge o di regolamento (art. 19 comma 3 del Codice). Pertanto le p.a., prima di mettere a disposizione sui propri siti web istituzionali informazioni, atti e documenti amministrativi (in forma integrale o per estratto) contenenti dati personali, devono verificare se la normativa sulla trasparenza preveda tale obbligo. La terza regola è quella della limitazione soggettiva: devono essere pubblicati, infatti, solo i dati relativi ai titolari di organi di indirizzo politico, di uffici o incarichi di diretta collaborazione nonché di dirigenti titolari di organi amministrativi (art. 4, comma 2 d.lgs. 33/2013). La quarta regola è che la pubblica amministrazione, anche quando sia prevista una pubblicazione obbligatoria, non deve limitarsi a pubblicare *sic et simpliciter* ma deve sempre verificare se sussistano le condizioni per l'oscuramento. Come riportano testualmente le linee guida, «è necessario selezionare i dati personali da inserire in tali atti e documenti, verificando, caso per caso, se ricorrono i presupposti per l'oscuramento di determinate informazioni». La quinta regola è che, nel pubblicare dati e informazioni, la pubblica amministrazione debba rispettare il principio di necessità. E qui trova applicazione la norma principe sul bilanciamento, l'art. 3 del Codice sul principio di necessità, per cui occorre ridurre al minimo l'utilizzazione di dati personali e di dati identificativi ed evitare il relativo trattamento ove le finalità perseguite nei singoli casi possano essere realizzate mediante dati anonimi o altre modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità. La sesta regola è che quando la pubblica amministrazione pubblica qualcosa deve rispettare il principio di pertinenza. L'art. 11 del Codice prevede che i dati da pubblicarsi non debbano

essere eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti e successivamente trattati: ossia la p.a. deve rendere comunque non intellegibili i dati personali non pertinenti o, se sensibili o giudiziari, non indispensabili rispetto alle specifiche finalità di trasparenza della pubblicazione, nonché deve ricorrere sempre a forme di anonimizzazione dei dati personali eventualmente presenti nel documento in caso di pubblicazione facoltativa. La settima regola è che quando la pubblica amministrazione pubblica qualcosa non può diffondere dati sullo stato di salute (al riguardo sarebbe stato utile prevedere identiche disposizioni per i dati sulla vita sessuale). L'ottava regola è che non tutti i dati ma solo alcuni relativi all'organizzazione vanno pubblicati: l'art. 13 d.lgs. 33/2013 richiama, oltre alle limitazioni di carattere soggettivo, la necessaria pubblicazione dell'articolazione degli uffici, dell'organigramma e dell'elenco dei numeri di telefono e degli indirizzi PEC. La nona regola è che si possano pubblicare le dichiarazioni dei redditi dei familiari degli organi di vertice solo se questi lo consentano. La decima regola è relativa all'attività della p.a.: non vi è un obbligo di pubblicazione di tutti i provvedimenti ma solo degli "elenchi" dei provvedimenti. Per ciascuno dei provvedimenti vanno però pubblicati: contenuto, oggetto, eventuale spesa prevista ed estremi relativi ai principali documenti contenuti nel fascicolo relativo al procedimento (si tratta di quanto previsto dall'art. 23 d.lgs. 33/2013).

La pubblicazione di dati sul web appare dunque, in sintesi, come un'attività complessa che richiede professionalità specifiche e risorse dedicate e che appare difficilmente realizzabile volendo procedere a costo zero per le amministrazioni (non a

caso negli USA per la realizzazione del FOIA sono stati previsti 50 milioni di dollari). Si pensi all'importantissima norma sulla qualità delle informazioni che è contenuta nell'art. 6 d.lgs. 33/2013 e per la quale le p.a. assicurano qualità delle informazioni, integrità, costante aggiornamento, completezza, tempestività, comprensibilità, omogeneità, facile accessibilità.

8. *Verso una trasparenza di tipo funzionale*

Alla luce di tali limitazioni della trasparenza, che peraltro appaiono tutte condivisibili e conformi sia al diritto europeo che a quello nazionale, si può ora tentare di inquadrare la novità del d.lgs. 33/2013 in modo più equilibrato.

Molti passi in avanti sono stati fatti negli ultimi venti anni rispetto al sistema ispirato al segreto totale, che si desumeva dall'art. 15 T.U. 3/1957 e per il quale di fatto nessuna informazione poteva essere messa a disposizione del cittadino: il nostro sistema di "trasparenza funzionale" ci colloca paradossalmente più avanti rispetto ai modelli dell'accessibilità totale senza richiesta come quello scandinavo perché richiede un esercizio ragionato di potere da parte dell'amministrazione. Il nostro sistema resta, quindi, allo stato, caratterizzato dall'accessibilità parziale intesa come la parziale messa a disposizione di informazioni (solo alcuni dati sono conoscibili) e solo per alcuni cittadini in possesso di interesse qualificato ossia diretto, concreto e attuale (Italia e Germania) ma "aperto" alla trasparenza in modo assai più ampio che in passato.

- ¹ Com'è noto, l'esigenza di garantire una maggiore trasparenza dell'amministrazione pubblica è maturata nel nostro Paese alla luce dei dati che attestano una presenza diffusa della corruzione. Sul punto B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione*, in «Giorn. dir. amm.», n. 123, 2013; F. Merloni, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 e d.lgs. n. 33 del 2013*, in B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013*, n. 33, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, pp. 17 ss.
- ² Sui rapporti tra decreto trasparenza e legge generale sull'azione amministrativa cfr. L. Califano, C. Colapietro, *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014; M. Caporale, *La declassificazione delle informazioni: un esercizio di trasparenza?*, in «Giorn. dir. amm.», n. 23, 2015; B. Carotti, *L'amministrazione digitale e la trasparenza amministrativa*, in «Giorn. dir. amm.», n. 625, 2015; M.C. Cavallaro, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in «Dir. amm.», n. 121, 2015; M.C. D'Arienzo, *Diritto alla trasparenza e tutela dei dati personali nel d.lgs. n. 33/2013, con particolare riferimento alla disciplina dell'accesso civico*, in «Dir. processo amm.», n. 123, 2015; F. Fracchia, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in «Il dir. dell'economia», n. 483, 2015; G. Vesperini (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015; A. Pajno, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in «Giust. civ.», n. 213, 2015; M.R. Spasiano, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, in «Nuove autonomie», n. 63, 2015; S. Vaccari, *Il difficile bilanciamento tra favor per la trasparenza e (necessaria) tutela della riservatezza nel d.lgs. n. 33/2013*, in «Il dir. dell'economia», n. 151, 2015; A. Contieri, *Trasparenza e accesso civico*, in «Nuove autonomie», n. 563, 2014; Atti del convegno di Varenna, *Politica e amministrazione della spesa pubblica: controlli, trasparenza e lotta alla corruzione*, 2014, F.II.593 59; F. Manganaro, *Trasparenza e obblighi di pubblicazione*, in «Nuove autonomie», n. 553, 2014; I. Nicotra, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, vol. II, *La libertà d'informazione e la democrazia costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pp. 429 ss.; F. Patroni Griffi, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in «federalismi», n. 8, 2013.
- ³ Sulla legislazione svedese del 1766 (*Freedom of Press Act*) e su quelle successive della Finlandia del 1951, della Norvegia del 1970 e della Danimarca del 1985 si veda R. Scarciglia, *L'accesso ai documenti amministrativi. Attuazione della legge 241/90. Profili di diritto comparato*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 1994, pp. 171 ss.
- ⁴ La legge n. 124/2015 attribuisce nell'ultima parte dell'art. 7 delega al Governo per il «riconoscimento della libertà d'informazione attraverso il diritto di accesso, anche per via telematica, ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, salvi i casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento e nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati, al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche». Sul punto, B. Carotti, *L'amministrazione digitale e la trasparenza amministrativa*, in «Giorn. dir. amm.», n. 5, 2015, pp. 625 ss.
- ⁵ Sul punto, A. Monea, *Privacy e trasparenza on line della p.a.: nuove regole dalle linee guida 2014 del Garante*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2014, 68 PER.B.1281.
- ⁶ Sul punto si consenta di rinviare a F. De Leonardis, *I principi dell'azione amministrativa*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 10 ss.
- ⁷ A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, in *Trattato dir. amm. vo Cassese*, II, 2000, p. 972; G. Arena, *Il segreto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1984, vol. I; *La trasparenza amministrativa e il diritto d'accesso ai documenti*, in Id. (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 15; A. Meloncelli, *L'informazione amministrativa*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 1983.
- ⁸ G. Arena, *Il diritto d'accesso*, Relazione al convegno "Le innovazioni della disciplina generale dell'azione amministrativa. Una prima lettura della legge 11 febbraio 2005, n. 15", Parma, 10 giugno 2005.
- ⁹ Il principio di trasparenza si riferirebbe, quindi, fondamentalmente a quella che era stata definita come "pubblicità-informazione" che sarebbe collegata al principio di socialità e al principio di sussidiarietà: «per realizzare la giustizia sociale e l'eguaglianza sostanziale – finalità nelle quali si sintetizza l'idea dello Stato sociale – non basta, infatti, l'adozione di leggi con contenuto particolare, ma si rende indispensabile che i destinatari siano effettivamente posti nella condizione di esercitare i diritti che sono stati loro riconosciuti. Incombe perciò all'esecutivo, ancor prima dell'esecuzione delle leggi, e poi nel corso di essa, il dovere di svolgere un'attività di informazione congrua rispetto all'appello all'osservanza della legge contenuto nella sua promulgazione. La pubblicità informazione diviene, allora, uno dei presupposti necessari per la realizzazione della giustizia sociale». A. Meloncelli, voce *Pubblicità*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1988, vol. XXXVII, p. 1038.

¹⁰ M.A. Sandulli, *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, Giuffrè, 2005.

¹¹ Si consideri, poi, che la differenza tra i due principi veniva già richiamata nella relazione alle proposte di modifica nelle quali si legge che «la trasparenza, come è stato chiarito durante le audizioni, è principio diverso dalla pubblicità ed è la base per un corretto rapporto con il cittadino, in grado di determinare una diminuzione del tasso di contenzioso» (Relazione della I Commissione permanente affari costituzionali al d.d.l. 3890 presentata il 6 novembre 2003).

¹² «Anche in altri ordinamenti, del resto, i due principi vengono distinti: negli USA, dopo una prima disciplina dell'accesso nel *Freedom of Information Act* del 1966 (modificata nel 1996 per rendere accessibili documenti anche per via informatica ed elettronica), è stato introdotto un regime di pubblicità con il *Government in the Sunshine Act* del 1976, e in Gran Bretagna è stato approvato un *Freedom of Information Act* che sta rivoluzionando le abitudini delle amministrazioni britanniche», B. Mattarella, *Le dieci ambiguità della legge n. 15 del 2005*, in «Giorn. dir. amm.», n. 822, 2005; e Id., *Informazione e comunicazione amministrativa*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», n. 6, 2005.

¹³ Si consideri, peraltro, che tale espressione non è particolarmente innovativa, dal momento che venne utilizzata già da Filippo Turati nella discussione generale in Parlamento relativa alla legge del 25 giugno 1908 n. 290 sullo stato giuridico degli impiegati civili dello Stato (F. Turati, *Atti del Parlamento italiano*, Camera dei deputati, sessione 1904-1908, p. 22962).

¹⁴ R. Villata, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in «Dir. proc. amm.», n. 534, 1987.

¹⁵ Sul punto e sulle origini del diritto di accesso si rinvia ad A. Romano, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in Id. (a cura di), *L'azione am-*

ministrativa cit., pp. 910 ss.

¹⁶ Sul punto S. Cimini, *Diritto di accesso e riservatezza: il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri*, in <www.giustamm.it>, n. 5, 2005.

¹⁷ L'art. 24 comma 6 dispone che «con regolamento, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo può prevedere casi di sottrazione e all'accesso di documenti amministrativi: [...] d) quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono». Sempre l'art. 24 dispone al comma 7 che «deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale».

¹⁸ Si consideri ad esempio il caso in cui un'impresa aveva chiesto alla Asl alcuni dati sullo stato di salute di una sua dipendente al fine di valutarne l'idoneità alle mansioni e la Asl aveva negato l'accesso; il TAR Lombardia ha ritenuto legittimo il diniego e pertanto negato l'accesso alla documentazione medica della dipendente (TAR Milano, II, 12 febbraio 2013, n. 393); o il caso relativo ad un concorso in cui l'amministrazione aveva preferito un concorrente che aveva dichiarato di avere un familiare malato (applicando la Legge 104/1992) e in cui un altro partecipante alla procedura con-

corsuale aveva chiesto all'amministrazione di accedere alla documentazione del padre (presunto) malato del primo per verificare se vi fossero i presupposti, e il Consiglio di Stato aveva consentito l'accesso ritenendo che il diritto al lavoro sia di rango pari a quello relativo alla riservatezza dei dati relativi alla salute (Cons. Stato, VI, n. 6440 del 2006). O, ancora, il caso in cui il Consiglio di Stato aveva consentito l'accesso ai dati medici di una persona sposata, ritenendo che il fine dello scioglimento del vincolo matrimoniale costituisca una situazione giuridica di rango almeno pari alla tutela del diritto alla riservatezza (Cons. Stato, V, n. 6881 del 2006).

¹⁹ Su tale atto che venne licenziato dal Congresso statunitense e che costituisce una delle prime legislazioni e modelli in materia, si veda A. Marchetti, *Il Freedom of Information Act statunitense: l'equilibrio "instabile" di un modello virtuoso di pubblicità e di trasparenza amministrativa*, in Califano, Colapietro, *Le nuove frontiere della trasparenza* cit., p. 69.

²⁰ *Linee guida in materia di trattamento di dati personali per finalità di pubblicazione e diffusione di atti e documenti di enti locali*, in <www.garanteprivacy.it>, doc. web n. 1407101.

²¹ *Linee guida in materia di trattamento di dati personali contenuti anche in atti e documenti amministrativi effettuato da soggetti pubblici per finalità di pubblicazione e diffusione sul web*, in <www.garanteprivacy.it>, doc. web n. 3134436.

²² *Parere del Garante 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. del 7 febbraio 2013* (in <www.garanteprivacy.it>, doc. web n. 2243168).

²³ E. Carloni, *Trasparenza e protezione dei dati personali: la ricerca di un nuovo equilibrio*, in A. Natalini, G. Vesperi (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 310.