

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale
Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 1-2/2018

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, Andry Matilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado,Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, , Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Sergio Contessa, Ambrogio De Siano,Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Giuliano Taglianetti, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

La trasparenza democratica

di Olga Russo*

Sommario

1. La trasparenza e i fondamenti costituzionali: gli articoli 21 e 97 della Carta. 2. I criteri della trasparenza. La legge n. 241 del 1990. 3. Gli strumenti. 3.1. La predeterminazione e la pubblicazione. 3.2. L'accesso. 4. I limiti posti all'accesso.

Il concetto di trasparenza è intrinsecamente legato ai flussi informativi nel momento in cui, imponendo la limpidità relazionale, incentiva maggiore correttezza e buona fede ma soprattutto riduce le barriere conoscitive parificando il rapporto tra le parti; nel contributo si evidenzia come una più intuitiva e proficua riforma costituzionale potrebbe toccare l'art. 21 della Costituzione, anziché il 97, ponendo la trasparenza in proporzione diretta con la libertà di espressione del pensiero, secondo una precisa cultura giuridico-politica di stampo svedese, diretta a preservare la qualità democratica dello Stato. I primari strumenti della pubblicazione e dell'accesso, attuativi della trasparenza, vengono analizzati alla luce dell'evoluzione normativa che, dall'approvazione della legge procedimentale fino alle recenti riforme, ha inteso superare la singolarità e parzialità delle disposizioni e a fare sistema, riducendo positivamente il divario autoritario tra Amministrazione e privato. L'obiettivo da focalizzare, in linea anche con la giurisprudenza amministrativa, è il riconoscimento della diretta proporzionalità tra l'attuazione del principio di trasparenza nell'azione pubblica e il rafforzamento della δημοκρατία. Il legame dialettico tra i concetti di segretezza e trasparenza riflette, infatti, i meccanismi di esercizio del potere esistenti, incidendo sulla forma di Stato, nonché su quella di forma di governo, e dunque sul rapporto governanti-governati.
Poiché, allora, la reale copertura garantistica della trasparenza si rileva dai limiti ad essa posti dall'ordinamento, dato che il quantum segretato è in rapporto all'indice della salute democratica del sistema, l'articolo analizza altresì le ragioni insite nell'apposizione di limiti all'accesso alle informazioni; infatti, una formulazione ampiamente enfatica del principio di trasparenza può scontrarsi con la previsione di più ampi e pregnanti limiti alla conoscibilità delle informazioni, snaturando la potenza del principio stesso. In particolare, l'attenzione è rivolta al segreto di Stato che, più di tutti, garantendo una copertura assoluta degli atti, documenti, notizie, e attività pone maggiori problemi rispetto ad una qualificazione democratica di Stato.

1. La trasparenza e i fondamenti costituzionali: gli articoli 21 e 97 della Carta.

L'etimologia del termine "trasparenza", nella sua essenza di apparire all'esterno, mostrarsi al di là[1], impone chiaramente la limpidità relazionale, con ovvia connessione agli scambi di flussi informativi, in quanto consente la riduzione delle barriere conoscitive tra i soggetti e la tendenziale parificazione di un rapporto, consentendo a ciascuna parte di svelarsi all'altra e guardare oltre.

La funzione sistemica è riconoscibile in ambito privatistico-bancario in cui la disciplina della trasparenza dettata dal testo unico di settore[2] è intesa alla tutela del contraente debole realizzando una connessione fondamentale tra l'informazione e il corretto e fedele agire dell'intermediario[3].

Nell'azione pubblica, l'adozione del principio di trasparenza garantisce ugualmente la riduzione del divario autoritario con l'Amministrazione e l'instaurazione di un dialogo maggiormente paritario e democratico tra le parti.

Tuttavia, a livello costituzionale è assente, allo stato, una espressa enunciazione a tutela del principio di trasparenza amministrativa; mediante un'interpretazione estensiva ed evolutiva, allora, è possibile dedurre il principio dal combinato disposto degli articoli 21 e 97 della Carta, secondo un rapporto sistemico di causa-effetto.

Innanzitutto, va riconosciuto che l'art. 21 della Costituzione[4]è una norma fondamentale per la democrazia nazionale, e la libertà di espressione del pensiero da essa tutelata ha ottenuto, nel sistema di giustizia costituzionale, una grande fortuna sia in termini quantitativi, con riferimento al numero e alla frequenza delle pronunce, sia in termini qualitativi, con riferimento al rilievo e alla varietà di indirizzi elaborati[5].

Tuttavia, ad una prima lettura, la norma sembra molto lontana dal coprire la trasparenza amministrativa in quanto il tecnicismo della formulazione non consente una lettura di ampia portata.

La lettera della norma, infatti, mira quasi esclusivamente alla diffusione del pensiero a mezzo della stampa; la stessa Corte costituzionale, in una delle prime sentenze, riconosce che il termine "stampa" è un nome tecnico e dal significato ristretto[6].

Effettivamente, la prioritaria preoccupazione dei Costituenti è stata più la rimozione o comunque

---

* Avvocato. Dottore di ricerca in "Diritto Pubblico, Teoria delle Istituzioni Nazionali ed Europee e Filosofia Giuridica".

[1] Il termine "trasparente" sembra derivare dal lat. mediev. "Transparente" (m), comp. dalla preposizione *trāns* e del verbo *parēre*. Il verbo "parēre" ha come primi significati «apparire, mostrarsi», mentre la preposizione trāns- significa «al di là di, di là da, oltre»:cfr. L. CASTIGLIONI – S. MARIOTTI, *Vocabolario della lingua latina*, 1996.

[2] Decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 (in Suppl. ordinario n. 92 alla Gazz. Uff., 30 settembre, n. 230) - «Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia» ("T.U. BANCARIO").

[3] G. FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in *Trattato di diritto commerciale*, (diretto da) V. BUONOCORE, Torino, 2005, 127. L'Autore richiama A. NIGRO, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in *Dir. banca e merc. Fin*., 1992, I, 698, per cui la trasparenza non è «se non un aspetto o qualificazione dell'informazione».

[4] L'art. 21, comma 1, della Costituzione sancisce: «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione».

[5] Il rilievo è di E. CHELI, *Libertà di informazione e pluralismo informativo*, in *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli De' Santi*, (a cura di) A. PISANESCHI, L. VIOLINI, Università di Siena - collana di studi "Pietro Rossi", vol. XXVIII, Milano, 2007, I, 1405; l'Autore rileva come la prima pronuncia costituzionale sia stata emessa proprio in tema di libertà di espressione, con la celebre sentenza n. 1 del 14 giugno del 1956, in cui la Corte, dopo aver tracciato le linee portanti del giudizio costituzionale, veniva a sanzionare l'incostituzionalità, per la violazione della libertà di espressione, di alcune norme del Testo unico di pubblica sicurezza del 1931, limitative delle pubbliche affissioni.

[6] Corte Cost., sent. 24/6/1961, n. 38; nella sentenza si specifica altresì: «Se occorresse conferma, si potrebbe fare riferimento all'art. 1 della legge sulla stampa 8 febbraio 1948, n. 47, emanata dal medesimo legislatore costituente».

la limitazione degli strumenti di controllo sulla stampa in reazione alle censure del precedente regime fascista che la creazione di un sistema informativo realmente moderno e stabilmente democratico[7].

Nonostante la limitazione terminologica, l'art. 21 della Costituzione consente un margine di flessibilità interpretativa per il tramite del primo comma, in cui si fa riferimento a "ogni altro mezzo di diffusione" indipendentemente dalle tecnologie trasmissive adottate; proprio l'omnicomprensività di tale previsione ha consentito alla Corte costituzionale di evolvere la propria giurisprudenza verso il riconoscimento dell'esistenza sia di un "diritto all'informazione" come risvolto passivo della "libertà di informare sia del pluralismo informativo come valore indispensabile dell'intero sistema.

La Corte delle leggi, nella sentenza n. 105 del 1972[8], racchiude in poche proposizioni l'essenza della norma affermando che: «Ne risulta [...], dal lato attivo, indebitamente compressa la libertà di manifestazione (libertà di dare e divulgare notizie, opinioni, commenti); e ne risulta altresì menomato - dal punto di vista, invece, dei destinatari della manifestazione - l'interesse generale, anch'esso indirettamente protetto dall'articolo 21, alla informazione; il quale, in un regime di libera democrazia, implica pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee».

Innanzitutto, la Corte parte dal riconoscimento che la libertà di informazione, nel suo profilo attivo, vada inclusa nella libertà di espressione, dal momento che le notizie, al pari delle opinioni, vanno ricondotte all'ambito delle manifestazioni del pensiero.

La libertà di espressione è poi definita quale libertà di dare e di divulgare in cui il "dare" implica una maggiore materialità rispetto al divulgare e l'oggetto della diffusione comprende non solo le opinioni e i commenti ma anche le notizie.

La stessa sentenza individua, poi, un lato passivo della libertà nei "destinatari" che hanno un interesse generale alla informazione; si chiarisce comunque che si tratta di un mero interesse. L'*iter* motivazionale lega, infine, la libertà di informazione al pluralismo informativo, riconoscendone l'importanza per una libera democrazia.

Successivamente, la Corte medesima amplia tale impostazione trasformando la libertà di informazione in un vero e proprio diritto di informazione[9], espressivo della forma di Stato democratica in quanto tale basata prioritariamente sul pluralismo informativo[10].

[7] «La nostra costituzione, modellandosi quasi esclusivamente su vecchi testi e ignorando quindi molti nuovi problemi, si è preoccupata della libertà di stampa, ed ha trascurato quell'altro importante mezzo moderno di divulgazione di notizie e di idee che è la radiotelevisione. Dato il tenore generalissimo dell'art. 21 [...] non vi è dubbio che sia da riconoscere una libertà fondamentale di istituire anche radiotrasmittenti [...]": così, G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto Costituzionale*, Milano, 1970, 412. Cfr. G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1987, 370: «la preoccupazione del costituente si rileva attratta soprattutto dal settore della carta stampata (giornali e periodici), in ordine al quale si pone infatti il divieto generale di autorizzazioni o censure».

[8] Corte Cost., sent. 15/6/1972, n. 105

[9] Corte Cost., 26/3/1993, n. 112: «L'art. 21, come la Corte ha avuto modo di precisare, colloca la predetta libertà tra i valori primari, assistiti dalla clausola dell'inviolabilità (art. 2 della Costituzione), i quali, in ragione del loro contenuto, in linea generale si traducono direttamente e immediatamente in diritti soggettivi dell'individuo, di carattere assoluto».

[10] *IBID*: «questa Corte ha da tempo affermato che il "diritto all'informazione" va determinato e qualificato in riferimento ai principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione, i quali esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale. Di qui deriva l'imperativo costituzionale che il "diritto all'informazione" garantito dall'art. 21 sia qualificato e caratterizzato: a) dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie - che comporta, fra l'altro, il vincolo al legislatore di impedire

Il notevole apporto ampliativo dato dalla giurisprudenza costituzionale alla interpretazione dell'art. 21 non è stato comunque tale da giungere al riconoscimento, nella disposizione medesima,del germe del principio della trasparenza.
Forse, una migliore e più saggia riforma costituzionale introduttiva del principio della trasparenza amministrativa potrebbe toccare proprio l'articolo 21, conferendogli maggiore respiro e attualità.
Il "salto qualitativo", cioè, potrebbe derivare dalla rimozione dei limiti interpretativi posti dalla letteralità della norma per consentire quell'ulteriore passaggio culturale nella tutela globale della libertà di informazione, attiva, passiva e di qualsiasi mezzo conoscitivo possibile.
La recente proposta di "Riforma costituzionale"[11], ormai superata dall'esito referendario negativo del 4 dicembre 2016, ha avuto il merito di tentare l'introduzione a livello costituzionale del principio di trasparenza, tuttavia la modifica si è concentrata sul differente art. 97 della Costituzione. Se si adottasse, invece, una costruzione logica per cui il soggetto è l'informazione e la trasparenza il predicato verbale, si rivelerebbe più intuitiva una riforma, nel senso della trasparenza, dell'art. 21, anziché del 97.
É andata in tale direzione la Costituzione svedese[12] che ha disciplinato l'accesso ai documenti amministrativi proprio nella legge costituzionale sulla libertà di stampa[13].
Non si tratta di disordine normativo ma di una precisa cultura giuridico-politica che lega la trasparenza amministrativa alla libertà di stampa e, in generale, alla libertà di espressione del pensiero.
È in questo legame che la Costituzione svedese può essere da esempio.
Il capitolo 1 della predetta Carta è dedicato alla libertà di stampa e così prescrive all'articolo di apertura: «*The freedom of the press is understood to mean the right of every Swedish citizen to publish written matter, without prior hindrance by a public authority or other public body, and not to be prosecuted thereafter on grounds of its content other than before a lawful court, or punished therefor other than because the content contravenes an express provision of law, enacted to preserve public order without suppressing information to the public*»[14]. La previsione

la formazione di posizioni dominanti e di favorire l'accesso nel sistema radiotelevisivo del massimo numero possibile di voci diverse - in modo tale che il cittadino possa essere messo in condizione di compiere le sue valutazioni avendo presenti punti di vista differenti e orientamenti culturali contrastanti; b) dall'obiettività e dall'imparzialità dei dati forniti; c) dalla completezza, dalla correttezza e dalla continuità dell'attività di informazione erogata; d) dal rispetto della dignità umana, dell'ordine pubblico, del buon costume e del libero sviluppo psichico e morale dei minori».

[11] V. testo del disegno di legge di riforma costituzionale approvato dalla Camera dei Deputati il 12 aprile 2016 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 88 del 15 aprile 2016.

[12] Per un approfondimento sulla Costituzione svedese, v. S. JAGARSKIOLD, *The Swedish Constitution: a survey*, in *Journal of the Indian Law Institute*, 1963, 5, 1, 1-18. Cfr. F. VALGUARNERA, *Una Costituzione finalmente utile? Sviluppi recenti della giustizia costituzionale svedese*, in *Quaderni*, (a cura di) V. BARSOTTI, Santarcangelo di Romagna, 2013, 137 ss.

[13] La Costituzione svedese è composta da quattro leggi fondamentali: Strumento di governo (*regeringsformen*) del 1974; Atto di successione (*successionsordningen*) del 1809; Libertà di stampa (*tryckfrihetsförordningen*) del 1766); Legge fondamentale sulla libertà di espressione (*yttrandefrihetsgrundlagen*) del 1991. Il testo integrale della Costituzione, anche tradotto in lingua inglese, è reperibile su www.riksdagen.se.

[14] L'art. 1 così prosegue: «*In accordance with the principles set out in paragraph one concerning freedom of the press for all, and to secure the free exchange of opinion and availability of comprehensive information, every Swedish citizen shall be free, subject to the rules contained in this Act for the protection of private rights and public safety, to express his thoughts and opinions in print, to publish official documents and to communicate information and intelligence on any subject whatsoever. All persons shall likewise be free, unless otherwise provided in this Act, to communicate information and intelligence on any subject whatsoever, for the purpose of publication in print, to an author or other person who may be deemed to be the originator of material contained in such printed matter, the editor or special editorial office, if any, of the printed matter, or an enterprise which professionally purveys news or oth-*

ha una formulazione decisamente più ampia e garantistica della norma italiana.

Subito dopo la definizione della libertà di stampa, è inserito il capitolo 2 rubricato «*On the public nature of official documents*»;l'art. 1 di tale sezione sancisce: «*Every Swedish citizen shall be entitled to have free access to official documents, in order to encourage the free exchange of opinion and the availability of comprehensive information*».

L'accesso ai documenti ufficiali[15] è libero (*free*) ed è legato allo *status* di cittadino di ogni svedese; la finalità del riconoscimento non è settorialmente limitata all'esercizio dell'azione amministrativa ma ha un'essenza superiore nella promozione del libero scambio di opinioni e nella disponibilità di informazioni trasparenti (*comprehensive*).

La trasparenza amministrativa diviene direttamente proporzionale alla libertà di pensiero e entrambe sono espressione della qualità democratica di un Paese; l'accesso ai documenti ufficiali si rivela, dunque, strumento di democrazia. D'altronde, la Svezia è pacificamente riconosciuta quale una delle più avanzate democrazie esistenti.

L'esempio svedese conferma la proficuità di una visione in cui la trasparenza è aggettivazione dell'informazione.

Ora, se la trasparenza è la causa, l'endiadi dell'imparzialità e del buon andamento è l'effetto, perché più un'amministrazione è trasparente più può essere imparziale e garantire un buon andamento.

La disposizione costituzionale italiana dell'art. 97[16], infatti, impone di organizzare i pubblici uffici in modo da assicurare il buon andamento e l'imparzialità della amministrazione stabilendo sia una finalità da perseguire e da raggiungere che un criterio caratterizzante l'azione amministrativa[17].

Dalla norma emerge un principio di finalizzazione dell'amministrazione pubblica: il buon andamento impone che l'amministrazione agisca nel modo più adeguato e conveniente possibile, l'imparzialità postula l'esistenza di un soggetto "parte" il quale è tale in quanto persegue finalità collettive[18].

er information to periodical publications. All persons shall furthermore have the right, unless otherwise provided in this Act, to procure information and intelligence on any subject whatsoever, for the purpose of publication in print, or in order to communicate information under the preceding paragraph».

[15] Il successivo art. 3 definisce i documenti in generale e, poi, dà la nozione di ufficialità: «*Document is understood to mean any written or pictorial matter or recording which may be read, listened to, or otherwise comprehended only using technical aids. A document is official if it is held by a public authority, and if it can be deemed* […] *to have been received or drawn up by such an authority*».

[16] L'art. 97, comma 1, della Carta costituzionale italiana, sancisce che «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione».

[17] L'art. 97 «[...] stabilisce sia una finalità da perseguire e da raggiungere che un criterio caratterizzante l'azione amministrativa. Il principio di buon andamento riguarda non solo i profili attinenti alla struttura degli apparati ed all'articolazione delle competenze attribuite agli uffici che compongono la pubblica amministrazione, ma, investendone il funzionamento nel suo complesso (sentenza n. 22 del 1966), comprende anche i profili attinenti alle funzioni ed all'esercizio dei poteri amministrativi. Al principio di buon andamento deve essere improntata sia la disciplina dell'organizzazione che quella delle attività e delle relazioni dell'amministrazione con altri soggetti; i relativi procedimenti devono essere idonei a perseguire la migliore realizzazione dell'interesse pubblico, nel rispetto dei diritti e degli interessi legittimi dei soggetti coinvolti dall'attività amministrativa»: così Corte Cost., sent. 5/3/1998, n. 409.

[18] In tal senso, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2009, 59. Cfr. R.GAROFOLI -G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, in *I manuali superiori*, (a cura di) G. ALPA - R. GAROFOLI, 2013, Molfetta, 598-599, per cui: «Il principio [di imparzialità] impone all'amministrazione, oltre che, in negativo, un'equidistanza rispetto ai soggetti, pubblici o privati, che con essa vengano in contatto, l'obbligo di ponderare comparativamente tutti gli interessi coinvolti dall'azione amministrativa, dando la prevalenza a quello pubblico affidato alle sue cure solo se il sacrificio

L'imparzialità, cioè, impone che l'amministrazione sia strutturata in modo da assicurare una condizione oggettiva di aparzialità dal momento che essa per legge deve perseguire gli interessi pubblici; proprio perché l'Amministrazione agisce in vista di un interesse in grado di prevalere, occorre un principio che garantisca che il suo agire come parte risulti da un lato sottratto alle deviazioni indebite, dall'altro ragionevole[19].
La trasparenza, pertanto, può efficacemente consentire il vaglio, qualitativo e quantitativo, dell'imparzialità e del buon andamento amministrativo.

2. I criteri della trasparenza. La legge n. 241 del 1990.

L'art. 1 della legge n. 241 del 1990[20] è pacificamente ritenuto applicazione dei principi dell'art. 97 della Costituzione[21]. La norma detta dei "criteri" per il perseguimento dei principi; infatti, il primo comma, nella sua attuale formulazione, sancisce che «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario».
I criteri sono quattro: economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza.
Accanto ai criteri imprenditoriali, si pone il binomio "pubblicità-trasparenza" che causa maggiori difficoltà interpretative data l'apparente sovrapponibilità dei due concetti[22] e la qualificazione della trasparenza come criterio anziché di principio[23].
La qualificazione della trasparenza quale *principium* o *regula* ha ricadute sostanziali sulla relazione del binomio.
Il rapporto tra i due concetti diventa di tipo concentrico perché la pubblicità è un mero stato di fatto dell'atto, dell'organizzazione o del procedimento, mentre la trasparenza è chiarezza e comprensibilità dell'azione amministrativa. In questo senso sarebbe pubblico, ma non espressione di trasparenza l'atto regolarmente pubblicato all'albo o su un sito internet, ma in periodo festivo o abilmente occultato oppure atti accessibili, ma «equivoci, oscuri e pertanto non comprensibili all'accedente»[24].
Il criterio della pubblicità è strumento del principio di trasparenza che, insomma, è un *quid pluris* rispetto alla pubblicità a garanzia del controllo pubblico, richiedendo una comprensibilità dell'azione amministrativa che esorbita dal mero rispetto delle regole procedimentali (il "*comprehensive*" svedese).

delle altre posizioni possa dirsi il frutto di una scelta coerente e proporzionata [...]».

[19] E. CASETTA, op. cit., 50.

[20] Legge 7 agosto 1990, n. 241 (in Gazz. Uff., 18 agosto, n. 192) - «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi».

[21] Per Cons. St., sez. VI, sent. 9/5/2002, n. 2518: «L'art. 1 l. 7 agosto 1990 n. 241, detta una enunciazione astratta di principio volta a riaffermare l'esigenza di buon andamento dell'azione amministrativa in coerenza con l'art. 97 cost., i cui contenuti vanno, però, individuati, come precisato dalla stessa disposizione, o nella medesima legge o nelle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, onde è da escludere che essa, anche in considerazione della sua generica enunciazione, sia idonea a costituire parametro di riferimento per valutare l'illegittimità del provvedimento finale».

[22] Sulla netta distinzione tra trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa, v. R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 416 ss.

[23] Sostiene E. CASETTA, in *Manuale di diritto amministrativo*, cit., che «Ciò potrebbe forse implicare che l'amministrazione debba tradurla anche in criterio, dunque seguendo un modo di agire preferibilmente basato sulla predefinizione di modalità che dovrà poi rispettare».

[24] R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione*, cit., 421.

La pubblicità riguarda l'atto, la trasparenza riguarda il rapporto; la prima è unilaterale, la seconda bilaterale.
La differenza ontologica si ricava sin dalla stesura originaria della norma in cui, in realtà, il termine "trasparenza" non compare.
Il disegno di legge originario[25] contenente nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, prevedeva, infatti, due articoli separati: l'art. 1, per il quale «l'attività amministrativa deve svolgersi in modo sollecito, semplice ed economico», e l'art. 2, che, invece, sanciva: «l'attività amministrativa è retta dal principio di pubblicità secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti».
Va precisato, infatti, che il testo finale dell'articolo introduttivo della legge n. 241 del 1990, come poi approvato, deriva dall'ulteriore assorbimento del progetto originario con i concorrenti C. 1218[26]e C. 2003[27].
Ad ogni buon conto, dalla relazione di presentazione[28] al disegno di legge, emerge la duplice finalità legislativa di "democratizzazione" e di "semplificazione" del procedimento amministrativo.
L'adunanza generale del Consiglio di Stato, al riguardo, considera la collocazione dell'art. 2 nel titolo I relativo ai principi come espressione della rilevanza della conoscibilità "all'esterno" dell'azione amministrativa, destinata, appunto, a conseguirsi attraverso i meccanismi di pubblicità e così si esprime nel proprio parere al disegno[29]: «Lo schema di disegno di legge in esame si segnala, tuttavia [...] rispetto alle precedenti iniziative per il particolare "taglio" che lo caratterizza: la ricerca di un assetto procedurale (e organizzativo) in condizione di corrispondere alle esigenze di una società nuova che concepisce in termini diversi dal passato le relazioni tra collettività e pubblico potere. L'obiettivo di fondo, perseguito dalla nuova disciplina [...] è, infatti, quello di realizzare un nuovo tipo di rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino assicurando - insieme alla trasparenza, alla speditezza, alla economicità, ecc. dell'azione amministrativa - il coinvolgimento del cittadino nella procedura».
L'indispensabilità della trasparenza è giustificata dalla rimodulazione democratica del rapporto tra privato e pubblica amministrazione, maggiormente collaborativo e paritario.
La trasparenza, dunque, pur non essendo dichiarata terminologicamente tra i criteri, esisteva già sin dalla nascita della legge e ne impregnava i contenuti attraverso la previsione di una molteplicità di istituti strumentalmente idonei a garantirla,aventi tutti, con differente gradazione ed immediatezza, una funzione di trasparenza[30]; tant'è che la legge procedimentale era ed è volgarmente nota come "legge sulla trasparenza amministrativa".
È l'intera essenza della legge, nella sua globalità, a respirare di trasparenza. E il fine, dichiarato, è

[25] C. 1913. Tutti gli atti dei lavori preparatori sono consultabili sul sito legislature.camera.it.
[26] Proposta di legge «Disposizioni sul procedimento amministrativo e sui diritti dei cittadini di fronte alle pubbliche amministrazioni».
[27] Proposta di legge «Norme per il diritto all'accesso ai documenti amministrativi e per la loro pubblicazione».
[28] Il disegno di legge fu presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, Goria, il 19 novembre 1987.
[29] Cons. St., ad. gen., par. 19/2/1987, n. 7.
[30] Si pensi alla motivazione, il cui obbligo è previsto all'art. 3 della legge n. 241 del 1990; il Consiglio di Stato ha pacificamente affermato, nelle proprie pronunce, che il dovere di motivare i provvedimenti è imposto per assicurare la trasparenza amministrativa, onde consentire al cittadino attraverso di essa di comprendere le ragioni della loro adozione e, in ultima analisi, di verificare se l'azione svolta sia stata coerente con i principi costituzionali (v., ad esempio, Cons. St. sez. VI, sent. 5/10/2010, n. 7291; Cons. St., sez. IV, sent. 22/9/2005, n. 4983; Cons. St., sez. IV, sent. 18/2/1994, n. 148).

la maggiore parificazione delle parti pubblica e privata nel dialogo procedimentale.

Il termine "trasparenza", tuttavia, viene espressamente introdotto all'articolo 1 dalla riforma del 2005[31]; l'opportunità dell'esplicitazione della trasparenza nella norma è affermata nella relazione di presentazione[32] alla riforma nei seguenti termini: «[...] non si può non rilevare come la modifica proposta dall'articolo 1 del provvedimento in esame all'articolo 1 della legge n. 241 del 1990 disveli il filo conduttore del complessivo intervento normativo che si propone. L'intervento riformatore, infatti, intende rispettare l'impianto originario della legge n. 241, apportando ad esso quelle correzioni e integrazioni la cui necessità si è resa evidente, secondo le elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali nei tredici anni dalla sua applicazione. Ciò anche al fine di adeguarne il contenuto alle innovazioni del sistema costituzionale e normativo nel frattempo intercorse».

La *ratio* è un completamento aggiuntivo che dia espressione all'evoluzione paritaria e garantista del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione.

La trasparenza cambia perché cambia la forma di Stato. La progressiva riduzione del divario è confermata dall'introduzione, per il tramite della stessa legge di riforma, del nuovo modulo relazionale del comma 1-*bis*, per il quale «La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente».

La norma, infatti, nell'attribuire alle amministrazioni pubbliche la possibilità dell'uso di strumenti del diritto privato anche nel perseguimento dei propri fini istituzionali, supera il dogma dell'amministrazione di imperio e unilaterale incentivando, piuttosto, un modello relazionale paritario e non gerarchico[33].

[31] Legge 11 febbraio 2005, n. 15 (in Gazz. Uff. n. 42 del 21 febbraio 2005 - «Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa».

[32] Relazione della I Commissione Permanente Affari Costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni, presentata alla Presidenza il 6 novembre 2003 (relatore: Bressa), sul disegno di legge n. 3890 approvato dal Senato della Repubblica il 10 aprile 2003 (v. stampato Senato n. 1281) presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri (Berlusconi) e dal Ministro per la Funzione Pubblica (Frattini) di concerto con il Ministro per gli Affari Regionali (La Loggia): «ferma restando l'affermazione del principio di legalità ("l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge"), ai "criteri di economicità, efficacia e di pubblicità", che reggono l'azione amministrativa ai sensi del vigente comma 1, viene aggiunta, unitamente ai princìpi del diritto comunitario, la "trasparenza", che, 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».

[33] Così la relazione, cit.: «Il nuovo comma 1-*bis* introduce il principio generale secondo cui la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, può agire secondo le norme del diritto privato quando la legge non disponga altrimenti. Si tratta del riconoscimento normativo della possibilità che le amministrazioni pubbliche operino attraverso gli strumenti del diritto privato anche nel perseguimento dei propri fini istituzionali, consistenti nella cura concreta degli interessi pubblici ad esse affidati dalla legge. La nuova disposizione non incide, pertanto, sulla natura della funzione amministrativa - che rimane finalizzata al miglior perseguimento dell'interesse pubblico - ma soltanto sulla sua forma, che si potrà esprimere, quando non è richiesta necessariamente l'adozione di atti di natura autoritativa, attraverso i moduli dell'agire consensuale, pur restando assoggettata ai principi di carattere pubblicistico enunciati nel nuovo comma 1 dell'articolo 1, sopra richiamati. La disposizione esprime la tendenza dell'ordinamento verso il superamento del dogma che storicamente attribuiva all'Amministrazione il dovere di agire mediante poteri di imperio e atti unilaterali. In tal senso, la riforma si inquadra nelle moderne tendenze di privatizzazione, volte a ridimensionare le connotazioni pubblicistiche dell'amministrare, e si configura non soltanto come una "scelta tecnica", ma anche come una "scelta culturale e istituzionale", volta ad incentivare un modello paritario e non gerarchico nei rapporti tra i cittadini e le amministrazioni. Preme alla Commissione sottolineare tutto

3. Gli strumenti.

3.1. La predeterminazione e la pubblicazione.

Se la pubblicità è la "condizione di ciò che è pubblico"[34], la pubblicazione è il modo della condizione.

Si tratta di uno strumento di conoscibilità diretta e immediata, a differenza dell'accesso.

Il *quantum* della pubblicazione esprime la qualità della trasparenza e la salute del sistema democratico.

Per la giurisprudenza amministrativa, la trasparenza, infatti, è assicurata per mezzo della predeterminazione e della pubblicità e il risultato è un'amministrazione imparziale [35].

La predeterminazione dei criteri e una corretta pubblicazione devono consentire il controllo delle scelte amministrative garantendo la verifica comparativa delle azioni concrete.

La sintesi è data dall'art. 12[36] della legge n. 241 del 1990 che subordina «alla predeterminazione ed alla pubblicazione» i criteri e le modalità di concessione dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici.

Per la giurisprudenza, la norma «è posta a garanzia alla trasparenza dell'azione amministrativa»[37] e riveste carattere di «principio generale» dell'ordinamento giuridico[38].

In verità, il binomio trasparente è presente nella formulazione della norma sino al 2013 quando le

ciò anche se dopo un serrato dibattito e confronto si è privilegiata una formulazione della norma diversa da quella approvata al Senato». In dottrina, sull'affievolimento nel tempo dei profili autoritativi ed imperativi dell'esercizio del potere e il corrispettivo ampliamento della partecipazione dei destinatari anche attraverso l'uso di moduli consensuali, v. G. PEPE, *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Roma, 2012, 235 ss..

[34] Definizione tratta da G. DEVOTO, G.C. OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1971.

[35] V. Cons. St., sez. V, sent. 10/5/2005, n. 2345, per cui: «Occorre ricordare, in primo luogo, l'obbligo di imparzialità che è imposto alla pubblica amministrazione in via generale e perciò anche nella individuazione dei soggetti chiamati ad operare con essa. È, di norma, necessaria la prefissazione di criteri per tali fini. È, infatti, espressione di tale principio la disposizione dell'art. 12 della l. 7 agosto 1990, n. 241 - peraltro già da tempo enunciata dalla giurisprudenza - in virtù della quale la concessione, fra l'altro, di vantaggi economici a terzi è subordinata alla predeterminazione dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni si atterranno».

[36] Art. 12: «1. La concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione ed alla pubblicazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi.

2. L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi agli interventi di cui al medesimo comma 1».

[37] Cons. St., ad. gen., par. 28/9/1995, n. 95: «Ai sensi dell'art. 12 l. 7 agosto 1990 n. 241, per la concessione di aiuti finanziari o attribuzione di vantaggi a persone od enti pubblici e privati, la predeterminazione dei criteri e delle procedure (nonché il loro rispetto) da parte delle amministrazioni è posta a garanzia alla trasparenza dell'azione amministrativa e si innalza a principio generale in forza del quale l'attività di erogazione dell'amministrazione deve in ogni caso conformarsi a referenti oggettivi, e quindi definiti al singolo provvedimento, nonché pubblici».

[38] V. Cons. St., sez. V, sent. 17/3/2015, n. 1373, in cui: «si deve partire dal presupposto che l'art. 12 della L. 241 del 1990 riveste carattere di principio generale dell'ordinamento giuridico ed in particolare della materia che governa tutti i contributi pubblici, la cui attribuzione deve essere almeno governata da norme programmatorie che definiscano un livello minimo delle attività da finanziare e ciò viene a costituire poi il metro di valutazione di un'eventuale comparazione di un numero di domande superiori allo stanziamento; non è sostenibile che il concetto di "finanziamento" sia diverso da quello di contributo o di agevolazione e dunque escluso dalla norma di cui all'art. 12 L. 241 sopraddetta, né gli art. 26 della L. 21dicembre 1978 n. 845, né l'art. 35 d.P.R. 24 luglio 1977 sulle funzioni regionali in materia di istruzione artigiana e professionale, comunque precedenti alla L. 241 del 1990, offrono spunti peculiari per discernere agevolazioni pubbliche sotto forma di "accreditamento", al pari della materia sanitaria ed ospedaliera, così come insinuato da parte appellata». Cfr. anche Cons. St., sez. V, sent. 23/3/2015, n. 1552.

parole «ed alla pubblicazione» vengono soppresse dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33[39] (c.d. "decreto trasparenza").
Il predetto decreto ha infatti riordinato tutti gli obblighi esistenti di pubblicazione, su documenti, dati e informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività della P.A., in quanto la materia è stata caratterizzata dalla presenza di numerose disposizioni contenute in molteplici ed eterogenei provvedimenti.
La pretesa di omogeneità è giustificata dal fatto che le categorie indicate nel decreto, pur se plurime, «attengono complessivamente, all'assetto delle pubbliche amministrazioni, ma anche alla dinamica delle relazioni tra cittadino e amministrazione, sia negli spazi concernenti la cd. democrazia amministrativa, sia nei rapporti amministrativi coinvolti nell'esercizio del potere e dell'erogazione dei servizi»[40].
L'articolo 1 intende offrire una definizione del principio di trasparenza intendendolo come «accessibilità totale delle informazioni». Certo, la nozione legislativa sembra peccare di approfondimento giuridico per la natura decisamente riduttiva della corrispondenza tra trasparenza e accesso, dato il contenuto molto più ampio e complesso del principio; tuttavia, si riconosce espressamente il concorso del principio di trasparenza all'attuazione della forma democratica di Stato.

Ai sensi dell'art. 2, comma 2, del decreto «per pubblicazione si intende la pubblicazione, [...] nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni dei documenti, delle informazioni e dei dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni [...]». A parte il bisticcio terminologico, la disposizione intende fornire una definizione unica di "pubblicazione".
La trasparenza, tuttavia, non può dirsi pienamente raggiunta qualora la pubblicità non si risolva in comprensibilità delle informazioni da parte dei cittadini; perciò l'art. 6 del medesimo decreto, prescrive che «le pubbliche amministrazioni garantiscono la qualità delle informazioni riportate nei siti istituzionali nel rispetto degli obblighi di pubblicazione previsti dalla legge, 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 [...]»[41].
In verità, il decreto trasparenza, nella sua versione originaria, prima di successive modifiche, lega intrinsecamente la pubblicità all'anticorruzione[42];

[39] In Gazz. Uff., 5 aprile 2013, n. 80 - «Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni». V. allegato 1 del decreto contenente la «Struttura delle informazioni sui siti istituzionali», che individua delle sottosezioni dei siti istituzionali in cui vanno inseriti i dati tra cui è inserita la voce «Sovvenzioni, contributi, sussidi, vantaggi economici».

[40] F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in www.federalismi.it.

[41] Il comma 2 continua: «L'esigenza di assicurare adeguata qualità delle informazioni diffuse non può, in ogni caso, costituire motivo per l'omessa o ritardata pubblicazione dei dati, delle informazioni e dei documenti».

[42] Nella Circolare n. 2/2013 del Dipartimento della Funzione Pubblica avente ad oggetto «d.lgs. n. 33 del 2013 – attuazione della trasparenza» si legge esplicitamente in apertura che «L'obiettivo perseguito con l'approvazione del decreto è quello di rafforzare lo strumento della trasparenza, che rappresenta una misura fondamentale per la prevenzione della corruzione, e riordinare in un unico corpo normativo le numerose disposizioni vigenti in materia di obblighi di trasparenza e pubblicità a carico delle pubbliche amministrazioni, standardizzando le modalità attuative della pubblicazione [...]». Per approfondimenti dottrinali, v. G. TERRACCIANO, *La trasparenza amministrativa da valore funzionale alla democrazia partecipativa a mero (utile?)*

effettivamente, l'intero impianto strutturale del decreto è dedicato allo strumento della pubblicazione. Solo successivamente, con la riforma del 2016, di cui si dirà *infra*, è inserito il capo specifico sull'accesso.

La *ratio* sottostante non è la fisiologica esigenza di democratizzazione pubblica ma la patologica necessità di contrastare il malessere corruttivo.

La motivazione è chiara sulla base della considerazione che il decreto attua la delega contenuta nei commi 35 e 36 dell'art. 1 della legge anticorruzione[43].

L'urgenza legislativa, infatti, scaturisce dai livelli non più sostenibili per il sistema Paese della corruzione nell'ambito della pubblica amministrazione i cui effetti sono diventati disastrosi anche sul debito pubblico (stimati in circa 100 mld. di euro di perdite all'anno) e sul PIL (una riduzione di circa l'1% all'anno).

Il fenomeno corruttivo è tipico di tutte le comunità politiche, già noto anche alle civiltà antiche, e lo Stato italiano, da alcuni anni, ormai, sta tentando di correre ai ripari mediante una serie di interventi legislativi, sia in ambito penale che amministrativo.

La legge n. 190 del 2012 sfida, appunto, la dilagante corruzione pubblica[44].

La legge opera un completo *restyling* della fattispecie incriminatrice della corruzione, scardinando l'impostazione classica zanardelliana e operando un passaggio dall'atto alla funzione, dalla corruzione per atto d'ufficio alla corruzione per l'esercizio della funzione, attraverso la cd. rarefazione della corruzione[45], più adeguata a ricomprendere gli episodi di corruzione "sistemica" e strutturale.

È proprio la potenza sistemica della riforma a chiarire il successivo intervento del 2016. Per combattere un male sistemico, c'è bisogno di una riforma sistemica; per di più, l'attuazione delle disposizioni recate dal decreto legislativo n. 33 del 2013 ha posto diversi problemi applicativi come segnalato in più occasioni dall'Autorità Nazionale Anticorruzione[46].

---

strumento di contrasto della corruzione, in *Amministrativamente*, 2014, 11-12.

[43] Legge 6 novembre 2012, n. 190 (in Gazz. Uff. n. 265 del 13 novembre 2012) - «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione».

[44] Sulla *ratio* della riforma, così G. DALIA, in *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, (di) M. SANTISE, F. ZUNICA, Torino, 2017, 3, 106: «occorre quantomeno accennare alla *ratio* che ha mosso il Legislatore a riformare tale ambito, in quanto, quello della corruzione, è stato ed è ancora un fenomeno dilagante nella prassi, perdendo in maniera crescente il suo carattere episodico. La diffusività e sistematicità assunta esponenzialmente dal fenomeno corruttivo (caratterizzato dall'ottenimento da parte dei soggetti coinvolti di vicendevoli e indebiti benefici), la conseguente esigua propensione a denunciare i relativi fatti di reato (a causa del *metus publicae potestatis* esercitato sui privati), nonché il sempre più frequente coinvolgimento della criminalità organizzata e l'occultamento delle dazioni di denaro (attuato mediante articolati meccanismi di intermediazione), hanno costituito i principali spunti presi in considerazione dal Legislatore nella direzione di una poderosa politica di contrasto di siffatte tipologie di comportamento. Il raggiungimento di tale scopo è stato affidato non soltanto al tradizionale strumento penale-repressivo, ma anche a misure operanti soprattutto sul versante amministrativo e destinate a costituire una funzione preventiva».

[45] Il rilievo è di P. MANDOLFINO, in *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, cit., 848-858.

[46] L'A.N.A.C., nell'aprile del 2014, ha trasmesso al Governo un documento sui Problemi aperti in materia di prevenzione della corruzione, trasparenza e performance e proposte di semplificazione. Anche l'attività consultiva dell'Autorità è stata considerevole a causa dei molteplici quesiti pervenuti sull'interpretazione delle disposizioni. Secondo l'Autorità, sono almeno tre le ragioni alla base di tante richieste (ANAC, Rapporto sul primo anno di attuazione della legge 6 novembre 2012, n. 190, 27 dicembre 2013, doc. XXVII, n. 8, p. 48):
la sostenibilità amministrativa delle nuove disposizioni, collegata alla necessità di adattare una disciplina uniforme ad enti estremamente diversificati;
la difficoltà di certe amministrazioni ad adeguarsi ai nuovi principi ed istituti;

3.2. L'accesso.

Il decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 modifica l'impianto del precedente decreto trasparenza con l'introduzione di una disciplina specifica sull'accesso.

Va innanzitutto chiarito che la nuova riforma ha una *ratio* differente da quella del decreto del 2013; come si rileva sin dal titolo, l'obiettivo è la semplificazione delle vigenti disposizioni in materia di prevenzione alla corruzione, pubblicità e trasparenza. Infatti, il decreto è a sua volta emesso in attuazione della legge 7 agosto 2015 n. 124[47], dal chiaro intento semplificativo.

Allora, l'istituto dell'accesso viene a rispondere preminentemente ad una logica semplificativa, a garanzia della trasparenza.

La garanzia diretta e immediata della trasparenza è, cioè, la pubblicazione, la garanzia indiretta e suppletiva è l'accesso.

La semplificazione è il limite equilibratore della trasparenza nel momento in cui un eccesso di trasparenza finisce per burocratizzare e rallentare i procedimenti ottenendo un effetto contrario ai propositi;un bilanciato rapporto tra semplificazione e trasparenza garantisce,invece, una amministrazione imparziale e che agisce correttamente.

Ai sensi dell'art. 2 del decreto trasparenza, come modificato nel 2016, alla pubblicazione «corrisponde il diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione».

L'accessibilità di "chiunque" garantisce all'intera collettività il diritto di conoscere gli atti adottati dalle pubbliche amministrazioni in funzione di controllo generalizzato da parte dell'opinione pubblica e di piena realizzazione del principio di trasparenza[48].

La dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere che le norme introdotte siano esplicative di un nuovo e più democratico "right to know", cioè un diritto pieno di conoscere gli atti dell'autorità a prescindere da una lesione.

L'accesso di "chiunque" è disciplinato all'art. 5 del decreto per il quale: "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"[49]. L'accesso, cioè, è consentito nel momento patologico dell'omissione.

Le nuove disposizioni dettate col decreto trasparenza disciplinano comunque situazioni non ampliative né sovrapponibili a quelle che consentono l'accesso ai documenti amministrativi, ai sensi degli articoli 22 e ss. della legge n. 241 del 1990[50].

---

le "oscurità" del testo normativo e la ridondanza nei numerosi obblighi di pubblicazione vigenti.

[47] Legge 7 agosto 2015 n. 124 (in Gazz. Uff., 13 agosto 2015, n. 187) - «Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche»

[48] In tal senso T.A.R. Campania – Napoli, sez. VI, sent. 5/11/2014, n. 5671. La sentenza così continua: «In questa prospettiva vanno lette le affermazioni di principio riportate ai primi articoli del decreto legislativo 33/2013 secondo cui la trasparenza: - è intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche" (art. 1 co. 1); - "concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione"; - è "condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino" (art. 1 co. 2)».

[49] Cfr. in proposito la Circolare n. 2/2013 citata.

[50] Cons. St., sez. VI, sent. 20/11/2013, n. 5515, che così prosegue: «col citato d.lgs. n. 33/2013, infatti, si intende procedere al riordino della disciplina, intesa ad assicurare a

La funzione garantistica della trasparenza è la medesima ma diverso è l'ambito di applicazione. La differenza tra i nuovi accessi positivizzati dai recenti interventi legislativi e l'accesso procedimentale consente di cogliere l'evoluzione democratica del rapporto tra privati e pubblica amministrazione da un'idea senz'altro "ottocentesca" della funzione amministrativa, esercitata con la mentalità dello Stato centralistico, gerarchico e autoritario, a un dialogo maggiormente paritario e collaborativo.

La Pubblica amministrazione, infatti, ha sempre avuto, nel passato remoto e fino a quello prossimo, un ruolo preminente nei confronti dei cittadini, non accettati come i titolari del potere sovrano e destinatari del servizio della funzione pubblica. E in quest'ottica, fino al 1990, ha trovato applicazione la regola del segreto, che vietava l'accesso a tutti gli atti della P.A. La regola era fissata dall'art. 15 del d.p.r. 3 del 1957[51] (T.U. impiegati civili dello Stato), che poneva un divieto per gli impiegati pubblici di diffondere informazioni sull'attività amministrativa quando ciò avesse potuto produrre un danno alla P.A. o a terzi[52].

Essendo generalizzato il segreto di Stato, l'istituto dell'accesso era previsto da singolari e sporadiche disposizioni.

L'accesso era previsto, innanzitutto, dall'articolo 31 della legge n. 1150 del 1942[53], ai sensi del quale chiunque poteva prendere visione presso gli uffici comunali, della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto e ricorrere contro il rilascio della licenza medesima in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione.

La giurisprudenza è sempre stata concorde nel ritenere che il "chiunque" ammesso all'accesso non consentisse un'azione popolare ma si riferisse comunque a posizioni qualificate e differenziate, in capo a coloro che si trovassero in una situa-

tutti i cittadini la più ampia accessibilità alle informazioni, concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, al fine di attuare "il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche", quale integrazione del diritto "ad una buona amministrazione", nonché per la "realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino". Detta normativa - avente finalità dichiarate di contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione - intende anche attuare la funzione di "coordinamento informativo, statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera r) della Costituzione": quanto sopra, tramite pubblicazione obbligatoria di una serie di documenti [...] L'accesso ai documenti amministrativi, disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7.8.1990, n. 241 è riferito, invece, al "diritto degli interessati di prendere visione ed estrarre copia di documenti amministrativi", intendendosi per "interessati…tutti i soggetti… che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso"; in funzione di tale interesse la domanda di accesso deve essere opportunamente motivata. Benché sommarie, le indicazioni sopra fornite appaiono sufficienti per evidenziare la diversificazione di finalità e di disciplina dell'accesso agli atti, rispetto al cosiddetto accesso civico, pur nella comune ispirazione al principio di trasparenza, che si vuole affermare con sempre maggiore ampiezza nell'ambito dell'amministrazione pubblica».

[51] Art. 15, nella versione pubblicata in G.U.: «L'impiegato deve mantenere il segreto d'ufficio e non può dare a chi non ne abbia diritto, anche se non si tratti di atti segreti, informazioni o comunicazioni relative a provvedimenti od operazioni amministrative di qualsiasi natura ed a notizie delle quali sia venuto a conoscenza a causa del suo ufficio, quando possa derivarne danno per l'Amministrazione o per i terzi. 2. Nell'ambito delle proprie attribuzioni, l'impiegato preposto ad un ufficio rilascia, a chi ne abbia interesse, copie ed estratti di atti e documenti di ufficio nei casi non vietati dalle leggi, dai regolamenti o dal capo del servizio».

[52] Sul principio di segretezza e i suoi rapporti con la trasparenza, v. G. LENTINI, *Il segreto e la trasparenza: dall'amministrazione chiusa all'amministrazione aperta. Le tappe dell'evoluzione dei rapporti tra i pubblici poteri ed i cittadini*, in *Amministrativamente*, 2017, 1-2.

[53] In Gazz. Uff., 16 ottobre, n. 244 - «Legge urbanistica».

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

zione di «stabile collegamento» con la zona interessata dalla costruzione[54].

Altra previsione di accesso era la norma di cui all'articolo 14 della legge 8 luglio 1986, n. 349[55], sul diritto di accesso alle informazioni ambientali[56]. La tutela riconosciuta al diritto di accesso alle informazioni ambientali dal predetto articolo14 instaurava una sorta di controllo sociale diffuso sulla qualità del bene ambiente che può essere espletato da qualsiasi cittadino[57].

Altra disposizione particolare sul diritto di accesso era l'articolo 25 della legge 27 dicembre 1985, n.816[58], per il quale «Tutti i cittadini hanno diritto di prendere visione di tutti i provvedimenti adot-

[54] V. Cons. St., sez. VI, sent. 20/10/2010, n. 7591, per cui: «L'art. 31 comma 9 l. 17 agosto 1942 n. 1150, come modificato dall'art. 10, l. 6 agosto 1967 n. 765, non ha introdotto un'azione popolare che consente a qualsiasi cittadino di impugnare il provvedimento che prevede la realizzazione di un'opera per far valere comunque l'osservanza delle prescrizioni che regolano l'edificazione, ma ha riconosciuto una posizione qualificata e differenziata solo in favore dei proprietari di immobili siti nella zona in cui la costruzione è permessa e a coloro che si trovano in una situazione di "stabile collegamento" con la stessa. La legittimazione deve essere per lo meno specificata nell'impugnativa, con riferimento alla situazione concreta e fattuale, indicando la ragione, il come e la misura con cui il provvedimento impugnato si rifletta sulla propria posizione sostanziale determinandone una lesione concreta, immediata e attuale - nella specie, gli interessati si sono limitati ad indicare nel ricorso originario di essere "tutti abitanti del quartiere" oggetto del programma di intervento senza precisare alcunché con riferimento alla specifica vicinanza e alla concreta lesione subita. Ne consegue che il presupposto processuale in questione ricorre allorché si giustifichi il "*petitum*" indicando la natura del collegamento e il danno asseritamente subito». Cfr. Cons. St., sez. IV, sent. 15/9/1998, n. 1155: «La norma [...] va interpretata nel senso che ai fini della legittimazione al ricorso occorre un criterio di stabile collegamento tra il ricorrente e la zona interessata dall'attività edilizia assunta con la concessione che si impugna, e tale collegamento può derivare dalla residenza nella zona interessata, dalla proprietà e dal possesso o dalla detenzione di immobili in detta zona o da altro titolo di frequentazione di quest'ultima, non essendo sufficiente la mera residenza o sede nel comune in cui si svolga l'attività edilizia». Cfr. anche Cons. St., sez. IV, sent. 13/3/2014, n. 1210 e Cons. St., sez. V, sent. 11/4/1995, n. 587.

[55] in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff., 15 luglio, n. 162 - «Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale» ("Impatto ambientale").

[56] Comma 3, art. 14: «Qualsiasi cittadino ha diritto di accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente disponibili, in conformità delle leggi vigenti, presso gli uffici della pubblica amministrazione, e può ottenere copia previo rimborso delle spese di riproduzione e delle spese effettive di ufficio il cui importo è stabilito con atto dell'amministrazione interessata».

[57] Così T.A.R. Veneto, sez. III, sent. 30/10/2003, n. 5731: «La tutela riconosciuta al diritto di accesso alle informazioni ambientali [...] instaura una sorta di controllo sociale diffuso sulla qualità del bene ambiente che può essere espletato da qualsiasi cittadino su "qualsiasi informazione disponibile in forma scritta, visiva, sonora o contenuta nelle basi di dati riguardante lo stato delle acque, dell'aria, del suolo, della fauna, della flora, del territorio e degli spazi naturali, nonché le attività, comprese quelle nocive, o le misure che incidono o possono incidere negativamente sulle predette componenti ambientali e le attività o le misure destinate a tutelarle, ivi compresi le misure amministrative e i programmi di gestione dell'ambiente»; cfr. nota a sentenza di V. SARCONE, *La «specialità» del diritto all'informazione ambientale*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 1, 71. Per il rapporto con l'art. 22 della legge 241/1990, a seguito della sua introduzione, v. T.A.R. Sicilia - Catania, sez. II, sent. 9/4/1991, n. 118: «La norma di cui all'art. 14, l. 8 luglio 1986, n. 349, ponendosi in rapporto di specialità rispetto all'art. 22, l. 7 agosto 1990, n. 241, che introduce il diritto di accesso ai documenti amministrativi in via generale con riferimento ad ogni settore dell'attività amministrativa, determina l'immediata operatività ed esercitabilità del diritto di informazione sullo stato dell'ambiente, essendo al riguardo inoperante il rinvio alle disposizioni attuative di cui agli artt. 22, comma 3, 24, comma 4 e 31 della stessa legge n. 241, che dovranno disciplinarne le modalità di esercizio, dal momento che il diritto di informazione sullo stato dell'ambiente si configura attualmente come un'ipotesi particolare del diritto di accesso ai documenti, diritto peraltro finalizzato non solo a dare attuazione al più generale diritto all'informazione, ma anche al diritto di partecipazione al procedimento e al diritto di difesa in giudizio». Cfr. T.A.R. Campania - Salerno, sez. I, sent. 7/12/2004, n. 2912.

[58] In Gazz. Uff., 10 gennaio, n. 7 - «Aspettative, permessi e indennità degli amministratori locali». La legge è stata poi abrogata dall'art. 274, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U.E.L.).

tati dai comuni, dalle province, dai consigli circoscrizionali, dalle aziende speciali di enti territoriali, dalle unità sanitarie locali, dalle comunità montane».

Finalmente, nel 1990, con la legge n. 241, inizia la "rivoluzione civile" nell'ambito dell'organizzazione e dell'attività della pubblica amministrazione; la novità della legge 241 sta nell'aver superato le singolarità e l'occasionalità degli interventi normativi e nell'aver fatto sistema.

Rispetto al passato, dunque, la legge 241 ha condotto un'ampia operazione di trasparenza della P.A. generalizzando l'istituto dell'accesso. L'intervento legislativo ha, cioè, ribaltato il tradizionale rapporto tra segretezza e ostensibilità degli atti amministrativi a favore di quest'ultima, che è diventata la regola.

L'influenza scandinava è stata esplicitamente riconosciuta dal Consiglio di stato nel parere sul disegno di legge[59]: «La disciplina sviluppata nel titolo V (accesso ai documenti amministrativi) trova ispirazione nella legislazione vigente nei paesi scandinavi. Occorre, peraltro, dare atto che esigenze analoghe erano state, presso di noi, già avvertite ai tempi della emanazione della Costituzione repubblicana. La commissione per gli studi per la organizzazione dello Stato [...] ebbe a sottolineare, infatti, l'opportunità dell'inserimento, nella Costituzione di disposizioni che sancissero il diritto degli appartenenti alla collettività ad avere visione o copia dei documenti amministrativi. Evidenti gli obiettivi ai quali tende la normativa di cui al titolo in esame: assicurare l'accesso alle fonti di informazione pubblica sia per favorire il coinvolgimento dei cittadini nei processi di decisione, sia per consentire agli stessi un permanente riscontro della correttezza dell'azione dei pubblici poteri».

La legge, dunque, non ha del tutto eliminato la segretezza degli atti della P.A. ma l'ha ridotta, sovvertendo il rapporto segretezza-trasparenza e accogliendo una nozione di tipo oggettivo: solo in casi particolari è vietato l'accesso, in ragione della tipologia di interessi, finalità e atti convolti.

Il comma 2 dell'articolo 22 esplicitamente ammette che «L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza»;

Tuttavia, si rileva come il termine "trasparenza" era già presente nella versione originale della legge procedimentale e caratterizzava teleologicamente l'istituto dell'accesso, e solo esso, in qualità di principio[60]; infatti, la giurisprudenza risalente formatasi sulla norma precisava che l'accesso è informato allo scopo unitario di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale per la tutela di situazioni giuridiche rilevanti nel procedimento[61], «così concorrendo alla visibilità del potere pubblico»[62], «in attuazione dei principi sottesi all'art. 97 cost»[63].

[59] Cons. St. 7/1987, cit..

[60] L'originario art. 22, nella formulazione degli anni '90, così sanciva al primo comma: «1. 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».

[61] Cons. St., sez. VI, sent. 9/9/1992, n. 630.

[62] Cons. St., sez. IV, sent. 10/09/1996, n. 1024.

[63] Cons. St., sez. V, sent. 17/12/1996, n. 1559; cfr. Cons. St., sez. IV, sent. 18/2/1994, n. 148: «Il diritto di accesso ai documenti amministrativi, quale riconosciuto dall'art. 22 l. 7 agosto 1990 n. 241, non è necessariamente ed esclusivamente correlato alla proposizione di azioni in sede giurisdizionale, ma costituisce un autonomo diritto soggettivo all'informazione, accordato al cittadino per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, sia in sede

Orbene, il combinato disposto degli articoli 22 e 24 consente l'individuazione della natura dell'accesso procedimentale.
Il primo comma dell'articolo 22 definisce il "diritto di accesso" come «il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi», intendendo per "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».
Dalla disposizione normativa si comprende come il diritto di accesso non sia attribuito a qualsiasi cittadino ma solo a colui che sia titolare di un interesse particolarmente qualificato e come sia, dunque, un accesso solo "endoprocedimentale", qualificato, per la pertinenza ad un procedimento e per un collegamento specifico tra richiedente l'accesso e il dato da conoscere[64].
La qualificazione, cioè, è duplice, sia soggettiva in quanto è escluso l'esercizio da parte di "chiunque", sia oggettiva in quanto l'accesso è riferibile solo ai documenti che si inseriscono in procedimenti[65].
A conferma, l'articolo 24, al comma 3, esclude la funzione esplorativa, di controllo generalizzato, dell'accesso, prevedendo che «Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni»[66].

4. I limiti posti all'accesso.

È indubbio che la reale copertura garantistica della trasparenza si veda dai limiti ad essa posti; una formulazione ampiamente enfatica del principio di trasparenza può, infatti, scontrarsi con la previsione di più ampi e pregnanti limiti alla conoscibilità delle informazioni.
È dai limiti, dunque, che si comprende l'effettività della generalizzazione dell'accesso e dell'applicazione del principio di trasparenza.
Il legame dialettico tra i concetti di segretezza e trasparenza riflette, infatti, i meccanismi di esercizio del potere esistenti, incidendo sulla forma di Stato nonché di governo riguardando i rapporti tra poteri dello Stato, ma soprattutto quelli tra governanti-governati[67].
In teoria, secondo un'idea funzionale del potere pubblico in vista del bene collettivo, non vi sarebbe alcuna ragione per limitare, nell'ordinamento giuridico, l'accesso agli atti e documenti e il controllo sulle attività pubbliche. E allora perché, in concreto, ciò ugualmente si

giurisdizionale che sostanziale, ed al fine di assicurare la trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa».

[64] In tal senso, F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione*, cit.

[65] Cons. St., sez. III, sent. 27/10/2015, n. 4903: «l'esercizio del diritto di accesso è autorizzato solo se sostenuto dall'esigenza di tutelare un interesse giuridicamente rilevante, intendendosi per tale un interesse serio, effettivo, concreto, attuale e, in definitiva, ricollegabile all'istante da un preciso e ben identificabile nesso funzionale alla realizzazione di esigenze di giustizia».

[66] V. Cons. St., sez. IV, sent. 12/1/2016, n. 68: «l'istanza di accesso deve avere ad oggetto una specifica documentazione in possesso dell'Amministrazione indicata in modo sufficientemente preciso e circoscritto e non può riguardare [...] dati ed informazioni generiche riguardanti un complesso non individuato di atti di cui non si conosce neppure con certezza la consistenza, il contenuto e finanche la effettiva sussistenza, assumendo un sostanziale carattere di natura meramente esplorativa».

[67] In dottrina, sul rapporto segreto-trasparenza-democrazia, v. l'interessante contributo di V. PUPO, *Prime note sul segreto di Stato nella dimensione della democrazia rappresentativa*, in Consultaonline, 1, 2015, in cui l'Autrice richiama la dottrina bobbiana sulla democrazia espressa in N. BOBBIO, *Premessa all'edizione del 1984 de Il futuro della democrazia*, Torino, 1995, XVII, per cui è possibile definire la democrazia in molti modi diversi ma non esiste«definizione che possa fare a meno d'includere nei suoi connotati la visibilità o trasparenza del potere».

verifica, in maniera più o meno assoluta, nelle diverse forme di governo, perfino democratiche?
Uno dei massimi sociologi del XX secolo[68] ha sviluppato la seguente illuminante riflessione: «Nel suo studio fondamentale sul "fenomeno burocratico" Michel Crozier ha mostrato la stretta relazione che intercorre tra la scala delle certezze/incertezze e la gerarchia dei poteri. In ogni collettività che sia strutturata (organizzata), ci insegna Crozier, la posizione dominante appartiene a quelle unità che rendono la propria situazione oscura e le proprie azioni impenetrabili agli estranei - mantenendole invece chiare per sé, prive di ombre e al riparo da sorprese -. In tutto l'universo delle burocrazie moderne la strategia di ogni gruppo (esistente o in formazione) consiste, invariabilmente e costantemente, nel tentativo di avere mani libere e di imporre norme rigide e vincolanti alla condotta di chiunque altro appartenga all'organizzazione. […] La manipolazione dell'incertezza è l'essenza e il fattore primario nella lotta per avere potere e influenza all'interno di ogni "totalità" strutturata – in primo luogo attraverso la sua forma più radicale, la moderna organizzazione burocratica, e in particolare la moderna burocrazia statale».
Sembra che il potere non ami la trasparenza ovvero voglia controllare i cittadini ma non essere controllato.
Ovviamente, a seconda del tipo di ordinamento statale, è più o meno esteso il campo della trasparenza e si può certamente ritenere che la massima estensione sia indispensabile in un regime democratico "puro", in quanto questo si fonda sul principio dell'eguaglianza "reale" dei cittadini. Come già più volte sopra evidenziato, maggiore trasparenza, in un regime democratico, equivale a maggiore grado di democrazia, e viceversa.

[68] Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Bari, 2017, 39-40.

Lo stesso sociologo, tuttavia, evidenzia, da un lato, la tendenza ineliminabile del potere a comportarsi, rispetto ai cittadini, come un potere sovrano e assoluto, e, dall'altro, la rivendicazione da parte dei cittadini del proprio ruolo politico, e quindi anche di controllori del potere pubblico. Va da sé, perciò, che la migliore organizzazione statale di stampo democratico dovrebbe essere quella in cui il potere controlla i cittadini e questi controllino il potere, su un piano di perfetta eguaglianza, con indubbi vantaggi per l'intera Comunità-statale.
Un limite legislativamente problematicoè il segreto di Stato, basti considerare la sua previsione sia nella legge n. 241 del 1990[69] ad esclusione dell'accesso procedimentale sia nel nuovo decreto trasparenza[70], come modificato, ad esclusione dell'accesso civico.

[69] L'art. 24 della legge n. 241 del 1990 indica al primo e al secondo comma i casi di esclusione tassativa individuati nel seguente modo: «a) per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della legge 24 ottobre 1977, n. 801, e successive modificazioni, e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dal regolamento governativo di cui al comma 6 e dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2 del presente articolo; b) nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano; c) nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione; d) nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi». Il comma 2 prevede che le singole Amministrazioni individuino con proprio regolamento le categorie di atti escluse dall'accesso e rientranti nei predetti casi. Il sesto comma del medesimo articolo, invece, elenca cinque settori ad accesso facoltativo, in cui, mediante regolamento, il Governo può prevedere che determinati documenti siano sottratti all'accesso.
[70] L'art. 1, al comma 2, prevede: «La trasparenza, nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio, di segreto statistico e di protezione dei dati personali, concorre ad attuare il principio democratico [...]» mentre l'art. 5-*bis*, dedicato alle esclusioni e ai limiti,

Tale persistenza fonda evidentemente su una *ratio* normativa a tutela di interessi ritenuti superiori e preminenti.

L'analisi e le riflessioni sulla portata e il divieto assoluto all'accesso dei dati e documenti derivanti dal segreto di Stato non possono che essere fondate sul diritto positivo. Tuttavia non si può negare che trattandosi anche di concetti che preesistono nel mondo politico e che costituiscono i presupposti della conseguente disciplina giuridica è sempre necessaria, seppur sommariamente, una breve riflessione su tali concetti. La definizione di segreto è di comune conoscenza. È il concetto di Stato a necessitare di approfondimento, e per Stato, ovviamente, lo Stato-apparato, cioè lo Stato-organizzazione, così come disegnato dalla Costituzione. In ordine a detto Stato, allora, occorre chiarire se il segreto sia riferito alla totalità dei poteri e organi della Repubblica, come oggi prevede l'art.114 della Cost. (a differenza della precedente disposizione, ante riforma del Titolo V), oppure allo Stato in senso stretto; e in questo caso, se sia opportuno limitare il concetto ai tre classici poteri (ossia il legislativo, l'esecutivo e il giudiziario, secondo la divisione convenzionalmente attribuita a Montesquieu, ma, in verità, risalente già ad Aristotele), oppure includere anche gli altri organi "statali" (costituzionali, e di rilevanza costituzionale), ausiliari, di consulenza e controllo e di garanzia.

Prendendo per buono che occorra limitare il concetto allo Stato-apparato in senso stretto, allora bisogna chiedersi se il segreto riguardi tutti e tre i poteri oppure no, e la riflessione, in questo caso, va sempre fatta tenendo bene a riferimento il modello dello Stato perché, come già sopra accennato, una cosa è un regime democratico, altra quello monarchico od oligarchico, oppure un governo tirannico, dittatoriale o dispotico. Questo, ovviamente, non vuol dire che uno Stato democratico non possa avere "ragioni di Stato"[71] da proteggere con i "segreti" ma di certo questi non potranno mai avere la stessa estensione, profondità e grado dei regimi dittatoriali e tirannici che negano al Popolo ogni diritto, inclusi quelli fondamentali alla vita, alla dignità e alla libertà in ogni forma, perché altrimenti non vi sarebbe alcuna differenza.

sancisce al comma 3 che «Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato [...]»

[71] Di particolare interesse l'analisi storica del pensiero sulla "ragione di Stato" di M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione, Corso al College de France (1977-1978)*, Trad. di P. Napoli, Milano, 2017, 259: «A partire dalla metà del XVIII secolo, si è assistito alla fioritura di una serie di controcondotte che avevano come obiettivo essenziale il rifiuto della ragion di stato e delle sue esigenze fondamentali. Questa serie di controcondotte si appoggerà sulla stessa ragion di stato…per far apparire elementi come la società opposta allo stato, la verità economica opposta all'errore, all'incomprensione, all'accecamento, l'interesse di tutti contrapposto all'interesse privato, il valore assoluto della popolazione come realtà naturale e vivente, la sicurezza rispetto all'insicurezza e al pericolo, la libertà rispetto alla regolamentazione. […] la ragion di Stato stabiliva in fondo come prima legge, come autentica legge bronzea sia della governamentalità moderna, sia della scienza storica, che l'uomo deve ormai vivere in un tempo indefinito. Di governi ce ne saranno sempre, lo stato esisterà sempre e non sperate in un punto d'arresto. La nuova storicità della ragion di stato escludeva l'impero degli ultimi giorni e il regno dell'escatologia. Contro questo tema, formulato alla fine del XVI secolo e che resiste ancora nel XVIII, si assiste allo sviluppo delle controcondotte, che assumeranno come principio l'affermazione secondo cui verrà il momento in cui il tempo sarà finito. In questo modo si pone la possibilità di un'escatologia, di un tempo ultimo, di una sospensione o di una conclusione del tempo storico e del tempo politico, e sarà il momento in cui la governamentalità indefinita dello stato sarà arrestata e bloccata. Ma da che cosa? Dall'emergere di qualcosa che sarà la società stessa. Il giorno in cui la società civile sarà riuscita a liberarsi dalle costrizioni e dalle tutele dello stato, quando il potere dello stato sarà infine riassorbito nella società civile [...], allora il tempo, se non della storia, almeno della politica e dello stato sarà terminato. Escatologia rivoluzionaria che non ha smesso di ossessionare il XIX e il XX secolo. Prima forma di controcondotta: l'affermazione di un'escatologia in cui la società civile prevarrà sullo Stato».

La Repubblica italiana, come sancisce l'art.1 della Costituzione, è democratica, perciò il segreto relativo ai tre poteri dello stato va riferito al modello teorico (ma anche costituzionalizzato) del regime di governo democratico, che riconosce al Popolo la sovranità, ossia la fonte di tutti e tre i predetti poteri, che sono esercitati dai "rappresentanti", trattandosi di "democrazia indiretta" o rappresentativa. Stando così le cose, sul piano teorico e politico, occorre individuare, per linee generali, quali esigenze di segreto possano avere il Parlamento, la magistratura (requirente e giudicante), il governo (con l'articolazione dei suoi ministeri) e il P.d.R. rispetto al "Popolo sovrano", espressione politica di tutti i cittadini, e rispetto all'esterno, ossia agli altri Stati.

Riguardo ai cittadini, non vi è dubbio che la rappresentanza indiretta, che il Parlamento deriva dall'elezione da parte dei cittadini, fa sì che questi siano sempre i titolari della fonte del potere di rappresentanza generale, per cui è difficile poter giustificare il segreto di Stato nei loro confronti. Lo stesso potere della rappresentanza indiretta, il Legislativo, a sua volta, in secondo grado, elegge il P.d.R. (con l'integrazione dei consiglieri regionali) e concede la fiducia al governo nominato con le procedure di cui all'art.92 e ss. della Costituzione. È di piena evidenza, pertanto, che in un regime di governo democratico i casi di segreto di Stato siano quasi inconciliabili tra i cittadini-sovrani e i poteri e organi dello stato che li rappresentano nell'esercizio delle funzioni pubbliche. Diversamente, per quanto attiene ai rapporti esterni con gli altri Stati, fermo restando, anche in questi casi, il controllo generale e speciale sempre riservato ai cittadini. E tanto maggiore è il controllo consentito ed esercitato dai cittadini tanto più evoluta e trasparente è la forma di democrazia.

Il rapporto trasparenza-segreto di Stato è il segno distintivo e il punto nevralgico del regime di governo democratico, e, così, in base alla prevalenza dell'una sull'altro, i cittadini saranno considerati come i destinatari e beneficiari dell'esercizio dei poteri pubblici oppure saranno strumenti di questi ultimi.

Non vi è dubbio che in una democrazia avanzata, ripulita di tutti i retaggi degli ordinamenti passati, l'azione amministrativa debba diventare ordinariamente trasparente, e la trasparenza deve affermarsi come principio e valore generale, mentre i divieti di accesso e di pubblicità debbano essere estremamente limitati.

Negli ordinamenti giuridici, comunque, si riscontra spesso una tendenza legislativa diretta a trovare soluzioni "intermedie", tipiche dei regimi costituzionali "misti", espressione del compromesso tra i principi della democrazia e le influenze di quelle diverse categorie e classi oligarchiche, come i poteri economici, industriali e finanziari, sempre presenti nell'ambito delle società.

La legge n. 241 del 1990, all'art.24, come già precisato, ha escluso il diritto di accesso «per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi dell'articolo 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801».

La disposizione testimonia come l'innovazione legislativa introdotta con la legge procedimentale, pur ridimensionando la portata sistematica del segreto amministrativo, non intacca le diverse ipotesi di segreti, previsti dall'ordinamento, finalizzati a tutela di interessi specifici, diversi dalla mera protezione dell'esercizio della funzione amministrativa[72].

La stessa legge n. 801 del 1977[73], all'art. 12, comma 1, sanciva, altresì, che «Sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recar danno alla integrità dello Stato demo-

[72] In tal senso, Cons. St., sez. VI, sent. 30/9/2010, n. 7237.

[73] Legge 24 ottobre 1977, n. 801 (in Gazz. Uff., 7 novembre, n. 303) - «Istituzione e ordinamento dei servizi per le informazioni e la sicurezza e disciplina del segreto di Stato».

cratico, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, al libero esercizio delle funzioni degli organi costituzionali, alla indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato»[74].

La predetta normativa è stata abrogata dalla legge 3 agosto 2007, n. 124[75], attualmente disciplinante la nozione di segreto di Stato all'art. 39[76].

L'introduzione delle nuove disposizioni, però, non ha modificato l'interpretazione giurisprudenziale del segreto di Stato; la Corte Costituzionale, infatti, ha sostenuto la perdurante attualità dei principi tradizionalmente enunciati dalla giurisprudenza in materia di segreto di Stato, in quanto la novella, nel disporre profonde modifiche strutturali all'ordinamento del sistema informativo per la sicurezza dello Stato e novellando, al tempo stesso, la disciplina del segreto, ha mantenuto uno schema definitorio del profilo "oggettivo" del segreto stesso, significativamente allineato a quello tradizionale; per la Corte, la disciplina del segreto involge «il supremo interesse della sicurezza dello Stato nella sua personalità internazionale, e cioè l'interesse dello Stato-comunità alla propria integrità territoriale, alla propria indipendenza e - al limite - alla stessa sua sopravvivenza». Si tratta, ad avviso della Corte, «di un interesse che, "presente e preminente su ogni altro in tutti gli ordinamenti statali, quale ne sia il regime politico", trova espressione, nel testo costituzionale, "nella formula solenne dell'art. 52, che afferma essere sacro dovere del cittadino la difesa della Patria" […] E proprio a questo concetto occorre fare riferimento per dare concreto contenuto alla nozione di segreto, ponendolo in relazione con altre norme della stessa Costituzione che fissano elementi e momenti imprescindibili del nostro Stato: in particolare, vanno tenuti presenti la indipendenza nazionale, i principi della unità e della indivisibilità dello Stato (art. 5) e la norma che riassume i caratteri essenziali dello Stato stesso nella formula di "Repubblica democratica" (art. 1)»[77].

[74] Il comma 2 continua in tal senso: «In nessun caso possono essere oggetto di segreto di Stato fatti eversivi dell'ordine costituzionale».

[75] in Gazz. Uff., 13 agosto, n. 187 - «Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto».

[76] Art. 39: «1. Sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato. 2. Le informazioni, i documenti, gli atti, le attività, le cose e i luoghi coperti da segreto di Stato sono posti a conoscenza esclusivamente dei soggetti e delle autorità chiamati a svolgere rispetto ad essi funzioni essenziali, nei limiti e nelle parti indispensabili per l'assolvimento dei rispettivi compiti e il raggiungimento dei fini rispettivamente fissati. Tutti gli atti riguardanti il segreto di Stato devono essere conservati con accorgimenti atti ad impedirne la manipolazione, la sottrazione o la distruzione. 3. Sono coperti dal segreto di Stato le informazioni, i documenti, gli atti, le attività, le cose o i luoghi la cui conoscenza, al di fuori degli ambiti e delle sedi autorizzate, sia tale da ledere gravemente le finalità di cui al comma 1».

[77] Così Corte Cost., sent. 3/4/2009, n. 106, che prosegue sostenendo: «È con riferimento, quindi, non al solo art. 52 Cost., bensì a tale più ampio complesso normativo, che si può "parlare della sicurezza esterna ed interna dello Stato, della necessità di protezione da ogni azione violenta o comunque non conforme allo spirito democratico che ispira il nostro assetto costituzionale dei supremi interessi che valgono per qualsiasi collettività organizzata a Stato e che, come si è detto, possono coinvolgere la esistenza stessa dello Stato" (sentenza n. 86 del 1977). Ne consegue, pertanto, che in relazione al segreto di Stato "si pone necessariamente un problema di raffronto o di interferenza con altri principi costituzionali", inclusi quelli «che reggono la funzione giurisdizionale». Peraltro, l'equilibrato bilanciamento di tali principi comporta che "l'opposizione del segreto di Stato da parte del Presidente del Consiglio dei ministri" non può avere "l'effetto di impedire che il pubblico ministero indaghi sui fatti di reato cui si riferisce la *notitia criminis* in

Non vi è dubbio che la protezione della Comunità-statale sia di primaria importanza, pur tuttavia l'argomentazione della Corte non appare convincente allorquando mette in evidenza che il segreto di Stato costituisce un interesse presente e preminente su ogni altro in tutti gli ordinamenti statali, quale ne sia il regime politico, ponendo, così, sullo stesso piano le differenti forme di Stato e i diversi regimi di governo. Non vi è dubbio che tutti i regimi politici possano avere l'esigenza di avvalersi del segreto di Stato, per le ragioni cui fa riferimento la Corte, tuttavia non si può negare che esistano delle differenze qualitative e quantitative tra i diversi regimi, perché, altrimenti, il regime democratico-liberale sarebbe eguale a quello comunista-dittatoriale oppure di una dittatura militare, come lo sono state, nei tempi alquanto recenti, quella Cilena, Argentina Greca, Spagnola e nell'America Latina, o, nei tempi attuali, la Corea del Nord, alcuni Stati africani e mediorientali, anche con confini sul Mediterraneo.

Perciò ben si può dire, oggi più che mai, che a fare la differenza tra i diversi Stati e regimi di governo sia proprio l'istituto della "trasparenza", che deve essere generale e tendenzialmente assoluta nei rapporti interni allo Stato tra i cittadini e i poteri e gli organi dello Stato.

E ciò soprattutto se, per ipotesi, fosse ritenuta a rischio la "integrità dello Stato democratico" (e un programma politico che sostiene l'idea dello Stato federale va contro l'unità e l'integrità?) perché proprio in tale caso non vi sarebbe migliore soluzione che rendere i cittadini immediatamente consapevoli di quanto stia accadendo, dal momento che sono loro, come Popolo, i titolari del potere sovrano e, perciò, hanno tutto l'interesse a difendere lo Stato democratico. Lo stesso dicasi per quanto concerne il "libero esercizio delle funzioni degli organi costituzionali" che certamente sarebbe meglio tutelato dalla pubblica conoscenza dei cittadini dell'esistenza di trame politiche finalizzate ad impedirlo o a limitarlo. E anche la trasparenza relativa alla "preparazione e alla difesa militare" consentirebbe di dare maggiore sostanza democratica al principio costituzionale dell'art. 52 che dichiara "sacro dovere" dei cittadini la difesa della Patria nonché il principio fondamentale dell'art.11 per cui «L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali [...]». Inoltre, circa le "relazioni con gli altri Stati", la trasparenza sarebbe un ottimo argine alle derive dei governi nei rapporti con Stati dove sono negati i diritti umani e le libertà fondamentali dei cittadini. Nessun segreto, poi, ma l'assoluta trasparenza dovrebbe prevalere allorquando si verifichino, come è accaduto nel passato, stragi di cittadini innocenti perché non ci potrà mai essere alcun "interesse supremo", o "ragion di Stato", rispetto alla perdita della vita di inermi cittadini. Strettamente collegata con il segreto di Stato è certamente l'attività concernente l'acquisizione e la gestione delle "informazioni per la sicurezza" e per il controllo dei "servizi di informazione per la sicurezza", comunemente detti "servizi segreti".

La competenza nella materia è stata nel corso del tempo ripetutamente oggetto di revisione, e in particolare la collocazione organica e la direzione dei Servizi di sicurezza.

La legge n.124 del 2007,all'art. 1, ha riservato, tra l'altro, in via esclusiva, al Presidente del Consiglio dei ministri: a) l'alta direzione e la responsa-

suo possesso, ed eserciti se del caso l'azione penale", ma solo quello "di inibire all'Autorità giudiziaria di acquisire e conseguentemente di utilizzare gli elementi di conoscenza e di prova coperti dal segreto" (sentenza n. 110 del 1998). Resta comunque fermo che "la sicurezza dello Stato costituisce interesse essenziale, insopprimibile della collettività, con palese carattere di assoluta preminenza su ogni altro, in quanto tocca, come si è ripetuto, la esistenza stessa dello Stato, un aspetto del quale è la giurisdizione (sentenza n. 86 del 1977)».

bilità generale della politica dell'informazione per la sicurezza nell'interesse e per la difesa della Repubblica e delle istituzioni democratiche poste dalla Costituzione a suo fondamento; b) l'apposizione e la tutela del segreto di Stato; c) la conferma dell'opposizione del segreto di Stato.

Non risultano, poi, in linea con le esigenze generali della trasparenza, sebbene se ne possano comprendere le ragioni, le norme di contabilità e disposizioni finanziarie, contenute nell'art. 29, che distinguono le somme tra quelle da destinare ai fondi ordinari e a quelli riservati, e, al comma 3, ove è previsto che «Il regolamento di contabilità del DIS e dei servizi di informazione per la sicurezza è approvato [...] anche in deroga alle norme di contabilità generale dello Stato [...]» e «il bilancio consuntivo è inviato per il controllo della legittimità e regolarità della gestione, insieme con la relazione annuale dell'organo di controllo interno, ad un ufficio della Corte dei conti, distaccato presso il DIS».

Vale la pena ricordare che dalla storia politica nazionale si rileva che nei tempi passati tali fondi riservati hanno dato luogo alla gestione di c.d. "fondi neri", utilizzati in modo distorto anche per "integrare" le retribuzioni dei dipendenti e le indennità di carica del ministro competente. Maggiore trasparenza democratica, perciò, e l'accesso alla documentazione contabile anche da parte dei cittadini potrebbe stimolare anche un futuro utilizzo in linea con la normativa fiscale del Paese.

Analogamente, anche per quanto attiene al "segreto di Stato", maggiore trasparenza consentirà all'ordinamento di procedere ulteriormente verso una nuova fase di democrazia, ancor più avanzata, il cui inizio risale, ormai, alla lontana fonte della legge n. 241 del 1990.