



Dipartimento di Impresa e Management Cattedra Diritto di Internet: Social Media e discriminazione

L'evoluzione del principio di trasparenza nella Pubblica Amministrazione

La trasparenza amministrativa e il rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione

RELATORE

Prof. Pietro Falletta

CANDIDATO

Simone Caratelli

Matr. 206341

ANNO ACCADEMICO 2018 / 2019

Indice

Introduzione.....	1
--------------------------	----------

Cap.1 L'evoluzione del principio di trasparenza nell'ordinamento italiano

1.1 Il principio di trasparenza amministrativa.....	3
1.2 L'accesso documentale nella L.241/1990.....	5
1.3 La trasparenza nel D.lgs.150/2009.....	8

Cap.2 Il FOIA italiano ed il bilanciamento tra trasparenza e tutela della privacy

2.1 D.lgs.33/2013 - Decreto trasparenza.....	12
2.2 D.lgs.97/2016 - Il FOIA italiano.....	19
2.3 Il rapporto tra privacy e diritto di accesso.....	24

Cap.3 Il FOIA negli ordinamenti europei e USA

3.1 La nascita del modello FOIA in Europa.....	29
3.2 Il FOIA negli Stati Uniti d'America e l'Open Government.....	32
3.3 La comparazione tra il FOIA americano ed italiano.....	36

Conclusioni.....	40
-------------------------	-----------

Bibliografia.....	42
--------------------------	-----------

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si pone l'obiettivo di analizzare l'evoluzione e la configurazione del principio di trasparenza amministrativa, nonché il ruolo che esso assume nel moderno sistema di prevenzione della corruzione nella Pubblica Amministrazione. La trasparenza amministrativa nel corso degli ultimi anni ha progressivamente assunto un ruolo centrale all'interno del nostro ordinamento. La trasparenza infatti non è finalizzata solo ad avvicinare il cittadino alle istituzioni che lo governano, ma altresì a controllare l'operato della Pubblica Amministrazione limitando il rischio di corruzione che colpisce le stesse. L'obiettivo finale è approfondire l'operato svolto dalla Pubblica Amministrazione analizzando le norme prodotte nell'ultimo quarto di secolo in tema di trasparenza, per comprendere come e se effettivamente ai nostri giorni la Pubblica Amministrazione possa essere definita la "casa di vetro" enunciata da Turati in cui la cosa pubblica non solo sia più aperta ed accessibile ma realmente "trasparente" per i cittadini. Il primo capitolo analizzerà l'evoluzione del concetto di trasparenza con particolare attenzione alla nascita di un primo diritto di accesso con la L.241/1990 e all'accessibilità totale con il D.lgs.150/2009. Il secondo capitolo tratterà invece del corposo riordino degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni introdotte dal D.lgs.33/2013, passando alla nascita del Freedom of Information Act (FOIA) italiano con il D.lgs.97/2016 per concludere con l'analisi del rapporto tra privacy e trasparenza amministrativa alla luce delle novità introdotte in materia di protezione dei dati dal General Data Protection Regulation (GDPR). Infine il terzo capitolo analizzerà la nascita del FOIA in Europa e in America per giungere ad una analisi comparativa tra il FOIA americano e quello italiano, evidenziando similitudini e differenze.

Nelle considerazioni conclusive saranno analizzate le questioni lasciate aperte dalla normativa e i possibili sviluppi del tema analizzato.

Cap.1 - L'evoluzione del principio di trasparenza nell'ordinamento italiano

1.1 Il principio di trasparenza amministrativa

Fino alla prima metà degli anni '60 l'attività amministrativa era caratterizzata da un generale principio di segretezza sia per quanto riguarda le fasi preparatorie che per quelle istruttorie, il cittadino quindi poteva conoscere solamente la decisione finale che veniva pubblicata poiché *“non aveva gli strumenti idonei a rivelargli l'iter logico-giuridico da cui scaturiva il provvedimento”*¹. I funzionari avevano infatti l'obbligo di mantenere il segreto d'ufficio, provocando quindi molte violazioni e soprusi; per i cittadini era quindi impossibile prendere visione degli atti e ottenere informazioni in merito ad essi. Verso la fine degli anni '60 grazie alla L. 765/1967² si garantiva però la possibilità di visionare delle licenze edilizie e i relativi atti, per poi proseguire con la L. 349/1986³ che riconosceva l'accesso in merito ad informazioni ambientali. Il vero e proprio mutamento dell'assetto e delle finalità della trasparenza amministrativa si ha però con la L.241/1990⁴ che concepisce la *“casa di vetro”* come un diritto di accesso ai documenti amministrativi, un diritto che si esercitava su richiesta con l'esclusione di numerosi documenti e di alcune finalità⁵. Per l'influenza del Freedom of Information Act americano e gli sviluppi della disciplina europea l'assetto presente nel 1990 viene modificato con una serie di decreti grazie ai quali dal diritto di accesso si passa ad una accessibilità totale⁶, al fine di promuovere la partecipazione e favorire il controllo diffuso del

¹ Guido Clemente di San Luca, *Diritto di accesso e interesse pubblico*, Jovene Editore, Napoli, 2006.

² L. 6 Agosto 1967, n.765, in materia di *Modifiche ed integrazioni alla legge urbanistica 17 Agosto 1942, n.1150*.

³ L. 8 Luglio 1986, n.349, in materia di *Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale*.

⁴ L. 7 Agosto 1990, n.241, in materia di *Nuove norme sul procedimento amministrativo*.

⁵ Che invece ora sono fondamentali, come il controllo generalizzato, popolare, diffuso sulla pubblica amministrazione e la prevenzione alla corruzione.

⁶ Non c'è bisogno di indicare un interesse giuridicamente rilevante per diventare titolare di questo diritto alla trasparenza.

potere pubblico. I principali decreti D.lgs 33/2013⁷ e il D.lgs 97/2016⁸ hanno portato a quattro cambiamenti di fondo: si è passati dall'accesso civico ai documenti alla trasparenza; quello che era un diritto relativo alla sola pubblica amministrazione è diventato un diritto che ha come soggetti passivi in misura differente tra loro politici, Regioni, organi costituzionali e autorità amministrative indipendenti; l'aumento delle finalità⁹ della disciplina e il passaggio dell'affidamento di questi interessi dalla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi (CADA) all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC). In breve tempo quindi la disciplina ha cambiato completamente ambito, direzione e soggetti incaricati della cura di questo interesse pubblico.

⁷ D.lgs. 14 Marzo 2013, n. 33, in materia di *Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*.

⁸ D.lgs 25 Maggio 2016, n.97, in materia di *Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione alla corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 Novembre 2012, n.190*.

⁹ Vds. nota 5.

1.2 L'accesso documentale nella L.241/1990

Con la L. 241/1990¹⁰ si introduce un provvedimento sul procedimento delle amministrazioni che sancisce l'abbandono del segreto amministrativo, considerato come una evidente manifestazione di divergenza tra l'amministrazione ed i cittadini ed inoltre di una posizione di supremazia della amministrazione stessa a scapito del cittadino. Da questo si comprende l'importanza della legge che segna una vera e propria rivoluzione trasformando, almeno nei principi dell'attività amministrativa, il rapporto tra amministrazione e cittadini da un rapporto di tipo autoritativo ad uno di tipo paritario e collaborativo. Molto importante in tal senso è stata l'introduzione del diritto di accesso agli atti amministrativi, escluso per documenti coperti dal segreto di stato. Il diritto di accesso è disciplinato nel Capo V della Legge 241/1990 ed ha un ruolo molto rilevante per il raggiungimento dell'obiettivo della trasparenza nell'azione dei pubblici poteri. L'oggetto del diritto di accesso è rappresentato dal documento amministrativo definito come *“ogni rappresentanza grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni, formati dalle pubbliche amministrazioni o, comunque utilizzati ai fini dell'attività amministrative”*¹¹.

Il diritto di accesso agli atti ai sensi dell'art. 22 della medesima Legge risiede in un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso ed è negato qualora *“dalla loro divulgazione possa derivare una lesione alla sicurezza ed alla difesa nazionale, quando i documenti riguardino la vita privata*

¹⁰ L. 7 Agosto 1990, n.241, in materia di *Nuove norme sul procedimento amministrativo*.

¹¹ Art.22, comma 1, L.241/1990.

o la riservatezza di persone fisiche e persone giuridiche ¹². Il termine entro cui il procedimento deve concludersi è indicativamente quello di 90 giorni dal momento in cui è arrivata la richiesta all'ufficio dell'amministrazione competente. La medesima Legge prevede che se trascorso il termine la domanda si intende accettata, quindi è in vigore la regola del silenzio assenso. In caso di rifiuto da parte dell'amministrazione della richiesta, quest'ultima è obbligata a fornire una valida motivazione per giustificare il rigetto della medesima. Sono presenti due modalità di esercizio del diritto di accesso alle informazioni: informale o formale. Il primo si esercita attraverso una richiesta, anche verbale, all'ufficio dell'amministrazione competente; la richiesta è esaminata immediatamente dall'amministrazione, che prima di rispondere positivamente deve verificare ed informare eventuali controinteressati, e senza formalità. Quindi l'accesso informale è molto utile per ottenere le informazioni nell'immediato. L'accesso formale invece si esercita compilando un apposito modulo, la richiesta deve essere depositata oppure inviata all'ufficio Protocollo della amministrazione e questa deve in ogni caso rilasciare ricevuta. Il maggior tempo che l'accesso formale richiede è compensato da una maggiore garanzia, in questo caso infatti la richiesta ha valore di atto pubblico. L'art. 25 stabilisce inoltre che il giudice amministrativo ¹³ possa ordinare in caso ci siano i presupposti l'esibizione dei documenti richiesti con termini pressoché dimezzati e che *"in materia di diritto di accesso il cittadino possa ricorrere di persona al TAR contro il diniego o silenzio inadempimento della pubblica amministrazione"*. Per garantire piena attuazione della legge è intervenuto il D.lgs. n. 29/1993¹⁴ con cui le Pubbliche Amministrazioni provvedono a istituire

¹² Art.24, L.241/1990.

¹³ Ovvero il Tar in primo grado e il Consiglio di Stato in appello.

¹⁴ D.lgs 3 Febbraio 1993, n.29, in materia di *Razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della legge n. 421 del 1992*. Abrogato dal decreto legislativo 20 Marzo 2001, n.165.

Uffici per le Relazioni con il Pubblico (URP); questi Uffici si occupano del servizio all'utenza, per i diritti di partecipazione di cui al Capo III della legge 7 agosto 1990 n.241, e forniscono informazioni in merito agli atti e allo stato dei procedimenti¹⁵. Successivamente l'importanza e l'obbligo delle Pubbliche Amministrazioni di dotarsi degli Uffici per le Relazioni con il Pubblico¹⁶(URP) viene ribadito con la legge 2000/150¹⁷ stabilendo che le attività di informazione si concretizzassero mediante il portavoce o l'ufficio stampa e quelle di comunicazione, attraverso l'ufficio per le relazioni con il pubblico (art. 6).

In conclusione si può affermare che il diritto di accesso ai documenti amministrativi, per come disciplinato dalla legge 241/1990, attribuisce alla trasparenza carattere di principio generale ma limitato in modo soggettivo, oggettivo e funzionale. Così in questo modo il diritto di accesso non si configura come uno strumento di controllo democratico del processo decisionale della amministrazione da parte della società civile, ma come *“un’arma in più degli amministrati nei confronti della amministrazione per tutelare i propri interessi all’interno di un rapporto bilaterale e conflittuale”*¹⁸.

¹⁵ Art.12, D.lgs 29/1993.

¹⁶ Sono uffici che hanno l'obiettivo di agevolare i rapporti tra ente pubblico e cittadini, garantendo il diritto d'accesso agli atti e favorendo la trasparenza amministrativa. Gli URP aiutano il cittadino ad orientarsi nella pubblica amministrazione e a trovare risposte delle quali ha bisogno. Per il suo carattere fortemente relazionale il personale dell'URP deve essere specializzato e fortemente motivato.

¹⁷ L. 7 Giugno 2000, n.150, in materia di *Disciplina delle attività di informazione e comunicazione delle pubbliche amministrazioni*.

¹⁸ G.Arena, *Trasparenza amministrativa, cit.*, 5953.

1.3 La trasparenza nel D.lgs. 150/2009

La prospettiva espressa nel precedente paragrafo viene ribaltata completamente con l'entrata in vigore dell'art. 11 del D.lgs. n. 150/2009¹⁹. Questo decreto segna la seconda fondamentale tappa dell'evoluzione del principio della trasparenza amministrativa. Sulla base dei principi introdotti dal suddetto decreto la trasparenza assume una diversa e più ampia dimensione traducendosi nella accessibilità totale (e non più limitata) alle informazioni (e non più ai soli documenti amministrativi). Infatti le nuove forme di controllo non sono più rivolte solamente a specifici documenti amministrativi ma assumono caratteri più generali con la finalità di perseguire l'interesse generale della trasparenza amministrativa. Nel D.lgs. 150/2009 ²⁰sono presenti un insieme di norme che hanno l'obiettivo di assicurare la totale accessibilità dei dati riguardanti i servizi resi dalla Pubblica Amministrazione tramite la pubblicità e la disponibilità immediata sulle reti internet di tutti i dati su cui si basano le valutazioni operate dalla stessa ; inoltre è prevista la adozione da parte di ogni singola amministrazione di programmi triennali per la trasparenza da rendere pubblici proprio attraverso gli appositi siti internet. L'accessibilità totale è solo uno degli aspetti della trasparenza presenti nel decreto in questione infatti, in parte, è concepita come uno strumento di un più ampio diritto di partecipazione dei cittadini alle attività delle pubbliche amministrazioni, in parte, appare invece volta ad assicurare forme di controllo più approfondito da parte dei cittadini e delle associazioni in merito ai sistemi di valutazione e al raggiungimento degli obiettivi dichiarati ed infine, assume il carattere di accessibilità totale da parte dei cittadini per quanto riguarda i

¹⁹ D.lgs. 27 Ottobre 2009, n.150, attuazione della legge 4 Marzo 2009, n.15, in materia di *Ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*.

²⁰ Introduzione della valutazione delle strutture, personale delle amministrazioni e della responsabilità disciplinare.

servizi offerti dalle pubbliche amministrazioni. Tutti questi aspetti hanno in comune l'obbligo della diffusione delle informazioni sui siti web delle amministrazioni e l'uso di internet. Infatti la promozione dell'uso dei siti web è uno degli aspetti cruciali della CIVIT²¹, acronimo della Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle Amministrazioni Pubbliche. La CIVIT è stata istituita il 15 dicembre 2009 ed il 22 dicembre è stata realizzata la sua prima seduta di insediamento; il 25 febbraio successivo con la delibera n.6 del 2010 quest'ultima ha dettato le sue prime linee guida per garantire che il "Programma triennale per la trasparenza e l'integrità"²² fosse conforme alle numerose norme presenti. La suddetta delibera in primo luogo ha stabilito di chiedere informazioni alle Amministrazioni Pubbliche per verificare se e come queste stessero seguendo ed attuando i nuovi obblighi di legge; successivamente si decise di iniziare i rapporti con dei soggetti istituzionali titolari di alcune competenze che dovevano essere accordate con quelle della Commissione. Per questa ragione la delibera stabilì di creare contatti con la Corte dei Conti, per la protezione dei dati personali, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici dei lavori, servizi e forniture e il Dipartimento per la funzione pubblica allo scopo di coordinare le rispettive competenze in tema di trasparenza e integrità delle amministrazioni pubbliche. Questa delibera ha chiesto inoltre alle associazioni dei consumatori e degli utenti di formulare osservazioni e proposte di successive iniziative, da qui emerse l'attenzione della CIVIT verso le sue attività per impostarle in base alla cultura della legalità e della integrità e per creare

²¹ Con la legge 190/2012 (cd. "Legge anticorruzione") il Governo Monti ha cambiato denominazione alla CIVIT in Autorità Nazionale Anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza nelle amministrazioni pubbliche, potenziandone i poteri. Due anni più tardi il Governo Renzi con il decreto-legge 90/2014, convertito con modificazioni dalla legge 114/2014, ha soppresso l'Autorità facendone confluire strutture e personale nell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) creata con la medesima norma.

²² Tale programma, parte integrante del Piano di prevenzione della corruzione, deve indicare le modalità di attuazione degli obblighi di trasparenza e gli obiettivi collegati con il piano della performance. La promozione di maggiori livelli di trasparenza costituisce un'area strategica di ogni amministrazione, che deve tradursi nella definizione di obiettivi organizzativi ed individuali.

una interconnessione tra trasparenza e riservatezza. Nella delibera la CIVIT ha definito il valore della trasparenza affermando che le pubbliche amministrazioni hanno l'obbligo di essere trasparenti nei confronti dei cittadini e della collettività. *“La trasparenza è uno strumento essenziale per assicurare i valori costituzionali dell' imparzialità e del buon andamento delle pubbliche amministrazioni, per favorire il controllo sociale sulla azione amministrativa e sul rispetto del principio di legalità ed ha portata generale, tanto che l'adempimento degli obblighi di trasparenza da parte di tutte le amministrazioni rientra, secondo la legge, nei livelli essenziali delle prestazioni disciplinati nella Costituzione”*²³. Poi aggiunse che il rispetto pieno e diffuso degli obblighi di trasparenza è anche un valido strumento di prevenzione e di lotta alla corruzione, rende visibili i rischi di cattivo funzionamento, facilita la diffusione delle informazioni e delle conoscenze e consente la comparazione fra le diverse esperienze amministrative. Si può ben vedere come essa sia una interpretazione molto vasta del dettato normativo dovuta dalla definizione di trasparenza come concetto multiforme da parte del legislatore.

In conclusione analizzando il contenuto del D.lgs. 150/2009 si può ben capire come ci sia una visione plurima della trasparenza; essa si può dire finalizzata ad alcuni specifici obiettivi come: efficienza²⁴; prevenzione della corruzione ed in generale ai fenomeni di mala amministrazione; il miglioramento dei servizi pubblici²⁵ e la responsabilizzazione delle Pubbliche Amministrazioni che ispira i sistemi di misurazione e di valutazione. Il Decreto ²⁶pur avendo introdotto molte novità non ha definito in modo omnicomprensivo la trasparenza, in

²³ Art.17, comma 2, lettera m, CIVIT.

²⁴ Le disposizioni sulla trasparenza della performance.

²⁵ A cui è finalizzata l'adozione di standard qualitativi e quantitativi per il miglioramento continuo delle prestazioni.

²⁶ A.Bellavista nella *Relazione introduttiva al Congresso dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e Sicurezza Sociale*, Catania, 2009, dove dichiara che Il *“decreto resta laconico sulla responsabilità delle amministrazioni statali che non attuano il modello di valutazione e trasparenza o non raggiungono un adeguato livello di performance...l'assenza di sanzioni nel caso di non adempimento delle procedure di partecipazione dei cittadini alle scelte delle amministrazioni rendono i cittadini-utenti sforniti di qualunque strumento di fronte ad amministrazioni inefficienti e privano il sistema di una forma di controllo dal basso...”*.

quanto le prescrizioni in esso contenute pur riguardando la diffusione dei dati non definiscono ancora il concetto di diritto soggettivo come un vero e proprio diritto all'informazione.

Cap.2 - Il FOIA italiano ed il bilanciamento tra trasparenza e tutela della privacy

2.1 D.lgs. 33/2013 - Decreto trasparenza

Il decreto legislativo n. 33/2013 ha qualificato la trasparenza *“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”*²⁷. Questa norma ha ripreso la definizione contenuta nell'articolo 11, comma 1, del d.lgs. 150/2009, e di fatto è ad esso sovrapponibile²⁸. Il fine è quello di favorire forme diffuse di controllo ed è quindi espressione del principio fondamentale di sovranità popolare che si concretizza con l'estensione della partecipazione democratica. Il suddetto decreto²⁹ segna l'evoluzione di un modello di trasparenza volta a realizzare, attraverso l'open data, l'Open Government, ovvero la partecipazione attiva dei cittadini alle scelte amministrative. La nuova trasparenza amministrativa, intesa come trasparenza totale, permette a chiunque di avere accesso alle informazioni delle pubbliche amministrazioni statali e locali ed implica l'abbandono delle misure restrittive sull'accesso proprie della legge 241/1990 in un percorso evolutivo già

²⁷ D.lgs. 14 Marzo 2013, n. 33, in materia di *Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*.

²⁸ Comunicato stampa, Consiglio dei ministri, 22 gennaio 2013, n.66. *“Questa nuova forma di accesso mira ad alimentare il rapporto di fiducia tra cittadini e Pubblica Amministrazione e a promuovere il principio di legalità (e prevenzione della corruzione). In sostanza, tutti i cittadini hanno diritto di chiedere e ottenere che le Pubbliche Amministrazioni pubblicino atti, documenti e informazioni che detengono e che, per qualsiasi motivo, non hanno ancora divulgato”*.

Lo schema è stato definitivamente approvato il 15 febbraio 2013, con alcune modifiche *“in massima parte di carattere tecnico e formale, in accoglimento di osservazioni contenute nei pareri del Garante della privacy e delle varie componenti della Conferenza Unificata”*

²⁹ Consiglio dei ministri, 15 febbraio 2013, n.69 approvazione in via definitiva del decreto trasparenza con alcune modifiche *“in massima parte di carattere tecnico e formale, in accoglimento di osservazioni contenute nei pareri del Garante della privacy e delle varie componenti della Conferenza Unificata (Regioni, Provincie, Comuni)”*.

intrapreso con il D.lgs. 150/2009 che introdusse gli obblighi di pubblicazione dei dati sui siti istituzionali. Infatti a partire dal decreto del 2009 si delinea il passaggio dal diritto di accesso, come diritto degli individui ad accedere ai documenti o alle informazioni che li riguardano, alla pubblicità delle informazioni, che le amministrazioni hanno l'obbligo di rendere note a tutti i cittadini, spesso senza bisogno che nessuno lo chieda. Grazie a queste implementazioni normative la trasparenza non è più solo una concessione delle Pubbliche Amministrazioni ma diventa un vero e proprio diritto del cittadino, e si instaura un rapporto diretto tra cittadino e Pubblica Amministrazione, in cui da un lato la pubblica amministrazione ha l'obbligo di pubblicare le informazioni e dall'altro il cittadino ha la possibilità di richiedere la pubblicazione di atti pubblici senza più limitazioni soggettive. I cittadini in questo modo potendo accedere ad una grande varietà di informazioni e dati della Pubblica Amministrazione, possono sia partecipare alle scelte politiche, che incidono sulla qualità della loro vita, che prevenire e contrastare fenomeni di illegalità e corruzione. Il D. Lgs 33/2013³⁰ è uno strumento fondamentale per prevenire e contrastare fenomeni di corruzione e di poca trasparenza infatti, il termine trasparenza sintetizza alcuni valori come la coerenza, l'equità e l'immediatezza della azione amministrativa. Il termine "anticorruzione" implica avversione, contrasto della corruzione e della illegalità nella Pubblica Amministrazione, ossia di quelle pratiche di violazione dei doveri collegati alle funzioni pubbliche con pregiudizio degli interessi generali. Aspetto, quindi, pertinente ad un dato negativo dell'agire della Pubblica Amministrazione. Il termine "trasparenza" denota chiarezza, pubblicità dell'agire della Pubblica Amministrazione; un agire, quindi, con atti accessibili a chiunque, con atti visionabili dal pubblico. Metaforicamente, si descrive un'Amministrazione con tali caratteristiche come

³⁰ Emanato in attuazione della delega presente nella legge n.190/2012 (Legge Anticorruzione), in materia di *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e della illegalità nella pubblica amministrazione*.

una “casa di vetro”³¹, ossia un modo ordinario della condotta volta alla tutela degli interessi pubblici riconducibile ai principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione. “Anticorruzione” e “Trasparenza” sono dei termini anche correlati. La trasparenza è uno degli strumenti per contrastare la corruzione e l'illegalità: dove vi è poca chiarezza e riservatezza è facile che possano esservi condotte illecite dei funzionari pubblici. La trasparenza è un termine quindi, sia assoluto in quanto una regola da osservare quale principio base dell'azione della Pubblica Amministrazione, sia relativo in quanto strumento per la prevenzione ed il contrasto dell'agire illecito dei dipendenti pubblici. In particolare il Decreto Trasparenza ha introdotto una serie di importanti modifiche e di numerosi adempimenti per le Amministrazioni, tra cui : la previsione del diritto di accesso civico, l'istituzione di un Responsabile della trasparenza in ogni Amministrazione, la rivisitazione della disciplina in materia di trasparenza sullo stato patrimoniale di politici e amministratori pubblici e sulle loro nomine, l'obbligo di definire nella home page del sito istituzionale di ciascun Ente un'apposita sezione denominata “Amministrazione trasparente” in cui , per almeno cinque anni , saranno pubblicati una serie di rilevanti informazioni e l'integrità alla condizione reddituale dei componenti degli organi di indirizzo politico, per passare dalle spese per il personale e le consulenze ai dati per i contratti stipulati. Il D. Lgs.33/2013 ³²ha dunque riordinato e di sintetizzato gli obblighi di pubblicazione che gravano sulle Pubbliche Amministrazioni, ossia

³¹ F. Turati, *Atti del Parlamento italiano*, Camera dei Deputati, sess. 1904-1908, 17 Giugno 1908, “*Per mantenere il decoro dell'amministrazione, non bisogna non dir niente;(...) io dico che bisognerebbe intanto definire, ossia limitare, ciò che è segreto d'ufficio. Dove un superiore, pubblico interesse, non imponga un segreto momentaneo, la casa dell'Amministrazione dovrebbe essere di vetro*”.

³²F. Patroni Griffi *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, TAR Lazio, Roma , 13 aprile 2013, Il Decreto quindi “*in primo luogo oltre a riordinare e sistematizzare gli obblighi di pubblicazione on line che gravano sulle pubbliche amministrazione, riunendo in un corpus normativo unitario, sistematico e semplificato, le numerose previsioni normative disseminate nell'ordinamento introduce aggiuntivi e rilevanti obblighi di informazione*”, ossia quelli relativi alle informazioni che devono contenere i dati delle risorse utilizzate dalla amministrazione (umane e strumentali) e rivelare le modalità di utilizzo di tali risorse.

quelli relativi alle informazioni che devono contenere i dati delle risorse utilizzate dalla amministrazione (umane e strumentali) e rivelare le modalità di utilizzo di tali risorse³³. Questi dati possono essere classificati in alcune categorie tra le quali: dati informativi relativi al personale (curricula e retribuzioni, tassi di assenza e presenza, codici di comportamento, ecc.); dati relativi a incarichi e consulenze; sulla gestione economico finanziaria dei servizi pubblici (relazione tecnico finanziaria, contratti integrativi, ecc.); sulla gestione dei pagamenti e dati informativi sull'organizzazione e sui procedimenti (organizzazione degli uffici, elenco caselle di posta elettronica, tipologie e termini dei procedimenti amministrativi, carte dei servizi, ecc.). Inoltre per alcuni settori, sono previsti maggiori obblighi di pubblicità online in materia di opere pubbliche³⁴ e contratti pubblici³⁵, attività di pianificazione e governo del territorio³⁶, servizio sanitario nazionale ed interventi straordinari e di emergenza che comportano deroghe alla legislazione vigente³⁷. Per quanto riguarda le pubblicazioni sono presenti dei requisiti di forma da rispettare relativi al formato e delle indicazioni sull'accessibilità con lo scopo di favorire la ricerca delle informazioni e dei dati. Un altro importante elemento introdotto da questo decreto è l'istituto dell'accesso civico, che permette a chiunque di richiedere gratuitamente e senza una necessaria motivazione, documenti, informazioni o dati di cui le pubbliche amministrazioni hanno omissa la

³³ F. Patroni Griffi, Conferenza stampa di avvio dell'Operazione Trasparenza della P.A., Palazzo Vidoni, 11 Aprile 2013, www.formez.it, "Il testo unico sulla trasparenza mette finalmente insieme tutti gli obblighi di pubblicità a carico della Pubblica amministrazione e attiva il diritto del cittadino a controllo sociale delle amministrazioni e della Politica.... Con ciò non ci saranno più aree di opacità e si potrà vedere come vengono spese le risorse pubbliche e riorganizzati i servizi amministrativi ... già in vigore lo strumento di monitoraggio Bussola della Trasparenza che in tempo reale consente di effettuare un'analisi della qualità dei siti web pubblici".

³⁴ Art.37, D.lgs. 33/2013.

³⁵ Art.38, D.lgs. 33/2013.

³⁶ Art.39, D.lgs. 33/2013.

³⁷ Art. 41-42, D.lgs. 33/2013.

pubblicazione prevista dalla normativa vigente³⁸. La Delibera ANAC³⁹ prevede che nel Programma triennale per la trasparenza e l'integrità siano indicate anche le *“misure per assicurare l'efficacia dell'istituto dell'accesso civico”*⁴⁰. Il Piano Nazionale Anticorruzione considera l'accesso civico uno degli strumenti di perseguimento degli obiettivi di trasparenza amministrativa ai fini della prevenzione della corruzione e per l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa. Per effettuare l'accesso civico occorre presentare un'apposita istanza. Essa è gratuita, non va motivata e può essere proposta anche da chi non ha un interesse diretto alla pubblicazione dell'atto, in quanto l'accesso civico è uno strumento per la tutela di un interesse generale (quello della collettività) e non particolare del singolo cittadino. Le pubbliche amministrazioni devono organizzare, al proprio interno, sistemi che consentono di fornire risposte tempestive alle richieste di accesso civico da parte dei cittadini e delle imprese, e di pubblicare, sul sito istituzionale, nella sezione *“Amministrazione trasparente”*:

Il nominativo del responsabile della trasparenza a cui presentare la richiesta di accesso civico⁴¹, nonché il nominativo del titolare del potere sostitutivo con l'indicazione dei relativi recapiti telefonici e delle caselle di posta elettronica istituzionale; le modalità per l'esercizio di tale diritto, avendo cura di assicurare un'adeguata evidenza alla comprensibilità delle informazioni fornite e

³⁸ Vds. Nota 32, *“Un diritto di accesso, quindi svincolato dai requisiti di legittimazione dell'accesso della L. 241/90 azionabile senza formalità, senza necessità di motivare l'istanza, senza dover motivare l'utilità dell'atto che si intende conoscere rispetto alle esigenze difensive del richiedente, ma fondato solo sul presupposto dell'inadempimento in cui l'amministrazione è incorsa rispetto agli obblighi di pubblicità”*

³⁹ Delibera ANAC del 4 Luglio 2013, n.50, in materia di *Linee guida per l'aggiornamento del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità 2014-2016*.

⁴⁰ Vds. Nota 39.

⁴¹ B. Ponti, *Il codice della trasparenza amministrativa: non solo riordino, ma ridefinizione complessiva del regime di trasparenza amministrativa on line*, *“Nella disciplina introdotta dal decreto gli obblighi di pubblicazione integrano una situazione che fronteggia un diritto soggettivo a conoscere che spetta a chiunque, ossia ai cittadini in quanto tali. Agli obblighi di pubblicazione corrisponde un vero right to know, un diritto conseguentemente assistito da un meccanismo di implementazione attivabile da chiunque, quasi nella forma dell'azione popolare (...), non si tratta ancora del FOIA statunitense ma è un passo avanti in quella direzione, e pone comunque rimedio al grave paradosso, per cui fino ad oggi, per avere accesso ad un documento già oggetto di pubblicazione fosse necessario dimostrare un interesse differenziato”*.

mettendo eventualmente a disposizione modelli per le richieste di accesso civico. Il Responsabile della trasparenza all'interno di ciascuna pubblica amministrazione deve controllare e assicurare la regolare attuazione dell'istituto dell'accesso civico⁴². La richiesta di accesso civico va indirizzata al responsabile della trasparenza della specifica amministrazione interessata, inviando tramite posta elettronica un modulo appositamente predisposto (disponibile sui siti internet delle varie p.a.). Il responsabile della trasparenza trasmette la richiesta al dirigente dell'ufficio competente, il quale ha 30 giorni per pubblicare sul sito web l'atto, l'informazione o il dato richiesto. Contemporaneamente, egli comunica al richiedente l'avvenuta pubblicazione, indicandogli il link per accedervi. In caso di ritardo o mancata risposta (o pubblicazione) del dirigente, l'istante può rivolgersi al titolare del potere sostitutivo della specifica amministrazione: quest'ultimo ha il compito di rendere pubblico il documento richiesto e comunicare quanto avvenuto al richiedente (sempre mettendogli a disposizione il link). Contro ogni decisione (o silenzio, se non ha ricevuto risposta), il richiedente può proporre ricorso al giudice amministrativo⁴³ entro 30 giorni da quando ha conosciuto la decisione di non pubblicare quanto richiesto, oppure dalla scadenza del termine entro cui l'amministrazione doveva rispondere. Inoltre il decreto prevede rigorose sanzioni per i soggetti che non rispettino gli obblighi di trasparenza e la responsabilità disciplinare e dirigenziale ed eventualmente anche erariale (anche per danno all'immagine). In particolare nel decreto⁴⁴ ci sono alcuni articoli che si occupano delle sanzioni e rispettivamente sono l'art. 15, l'art. 28,

⁴² art.43, comma 4, D.lgs. 33/2013.

⁴³ Il TAR, ovvero il Tribunale Amministrativo Regionale.

⁴⁴ B. Ponti, *Il codice della trasparenza amministrativa: non solo riordino, ma ridefinizione complessiva del regime di trasparenza amministrativa on line*, "(...)proietta la stessa trasparenza amministrativa verso un nuovo paradigma, nel quale questa non è solo prodotta dalle amministrazioni (e direttamente fruita dai cittadini) ma sempre più va a configurarsi come frutto della elaborazione delle informazioni e dei dati resi disponibili dalla Pubblica Amministrazione posta in essere da soggetti terzi che si pongono come mediatori tra istituzioni e cittadini. In questo caso l'esempio di Open Parlamento e del report Camere Aperte è illuminante".

l'art. 46 e l'art.47. L'art. 15, intitolato "Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi dirigenziali e di collaborazione o consulenza", tratta della possibilità da parte di dirigenti o funzionari di incorrere in una sanzione in seguito all'omessa pubblicazione dei dati⁴⁵. L'art. 28, intitolato "Pubblicità dei rendiconti dei gruppi consiliari regionali e provinciali", prevede sanzioni a carico dei gruppi consiliari regionali e provinciali in caso di omessa pubblicazione dei rendiconti. L'art. 46, intitolato "Violazione degli obblighi di trasparenza", prevede la responsabilità del responsabile della trasparenza, dei dirigenti e dei funzionari, nel caso di inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa o nel caso di mancata predisposizione del Programma Triennale per la Trasparenza e l'Integrità. In tali situazioni si valuta la responsabilità dirigenziale per danno all'immagine della Pubblica Amministrazione con la conseguente mancata corresponsione della retribuzione accessoria legata alla performance individuale del responsabile. L' art. 47, prevede "Sanzioni per casi specifici", individuando tre gruppi di responsabilità : la responsabilità a carico di organi di indirizzo politico nel caso di violazione degli obblighi di comunicazione dei dati previsti all'art. 14; la responsabilità a carico del responsabile della trasparenza, dei dirigenti e dei funzionari nel caso di violazione degli obblighi di pubblicazione di cui all' art. 22, comma 2, relativi agli enti pubblici vigilati, agli enti di diritto privato in controllo pubblico e alle società ; la responsabilità degli amministratori di società in caso di mancata pubblicazione ai propri soci dei dati relativi al proprio incarico, al relativo compenso e alle indennità di risultato percepite. In tutti e tre i casi si applica una sanzione pecuniaria che può variare da 500 a 10.000 Euro.

⁴⁵Art.15, comma 2, D.lgs 33/2013.

2.2 D.lgs. 97/2016 – Il FOIA italiano

Il D.lgs. n. 97 del 25 Maggio 2016⁴⁶ che dà attuazione alla delega contenuta nell'art. 7 della Legge 124/2015 (Riforma della pubblica amministrazione), modifica sia il D.lgs. 33/2013 Trasparenza, sia la legge n. 190/2012 Anticorruzione. La principale modifica introdotta al Decreto trasparenza è quella concernente il concetto di trasparenza che ora viene intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa⁴⁷. Viene modificato profondamente l'istituto dell'accesso civico, che come analizzato nel precedente paragrafo, è stato introdotto dal D.lgs. n. 33/2013 e nella sua versione originaria consisteva nel diritto di chiunque di richiedere documenti, informazioni o dati di cui la Pubblica Amministrazione aveva omesso la pubblicazione, nei casi in cui vi era obbligata. In tal modo, l'accesso non era totalmente libero, ma scaturiva solo nel caso in cui la Pubblica Amministrazione non avesse rispettato l'obbligo di pubblicazione. Con il nuovo decreto viene introdotto il FOIA⁴⁸ (Freedom of Information Act) ovvero lo strumento simile al sistema anglosassone⁴⁹ che consente ai cittadini di richiedere qualsiasi dato o documento. Vi sono d'altro canto dei limiti finalizzati alla tutela di interessi

⁴⁶ D.lgs. 25 Maggio 2016, n.97, in materia di *Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione alla corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 Novembre 2012, n.190.*

⁴⁷ Parere Consiglio di Stato, 18 Febbraio 2016, *"la trasparenza si pone, allora, non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, destinata sempre più ad assumere i contorni di una 'casa di vetro', nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall'articolo 2 della Costituzione (diritti inviolabili), che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri"*.

⁴⁸ Villamena, *Il c.d. FOIA e il suo coordinamento con istituti con simili*, pag.2.

⁴⁹ M. Savino, *The Right to Open Public Administration in Europe: Emerging Legal Standards*, Parigi, Oecd-Sigma, 2010, www.oecd-library.org

pubblici e privati: la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; la sicurezza nazionale; la difesa e le questioni militari; le relazioni internazionali; la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento, la protezione dei dati personali, la libertà e la segretezza della corrispondenza e gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica (compresi anche la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali). Il diritto è escluso inoltre anche nei casi di segreto di Stato e negli altri casi previsti⁵⁰. L'accesso civico è consentito senza alcuna limitazione soggettiva⁵¹, quindi non vi è la necessità di dimostrare di essere titolare di un interesse diretto e la richiesta non deve essere motivata, può essere inviata telematicamente, deve identificare i dati, le informazioni e i documenti cui si chiede di accedere ed è gratuita. Per quanto riguarda la procedura per la richiesta dei dati e dei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, nel caso in cui la pubblicazione delle informazioni richieste è obbligatoria, la richiesta di accesso civico può essere rivolta ad uno di questi quattro possibili destinatari: all'ufficio che detiene i dati o le informazioni o i documenti, all' Ufficio Relazioni con il Pubblico, ad un altro ufficio indicato dall'amministrazione nella sezione "Amministrazione Trasparente" o al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza. Invece se la richiesta non riguarda casi di pubblicazioni obbligatorie e sono presenti dei controinteressati di cui vanno tutelati gli interessi privati prima indicati, va inviata copia della richiesta mediante raccomandata a/r o per via telematica e quest'ultimi entro 10 giorni possono opporsi mediante una valida motivazione.

⁵⁰ Art.24, comma 1, L. 7 Agosto 1990, n.241, in materia di *Nuove norme sul procedimento amministrativo*.

⁵¹ B. Ponti, *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Maggioli, 2016, il quale qualifica come "proprio" il vecchio accesso civico previsto dal D.lgsl.33/2013 e come "improprio" il nuovo accesso civico generalizzato, affermando, rispetto a quest'ultimo, che: "Se la pretesa alla conoscenza è suscettibile di essere inibita per effetto del contratto con un altrui interesse, la correlata posizione soggettiva non può ritenersi esplicitazione del principio di trasparenza-pubblicità che (...), postula che l'esigenza di conoscenza sia stata ritenuta dal legislatore prevalente in via astratta e assoluta su qualsiasi eventuale interesse di segno contrario".

Il procedimento si deve chiudere entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza, il termine viene sospeso fino a quando c'è l'eventuale opposizione dei contro interessati. L'istanza può essere accolta, rigettata totalmente o parzialmente. In caso di accoglimento, anche se presente l'opposizione dei contro interessati, si dà comunicazioni a questi ultimi del provvedimento di accoglimento e si attendono 15 giorni prima di procedere con la trasmissione dei dati e/o documenti. In caso di mancato accoglimento o di mancata risposta⁵² è prevista la facoltà di richiedere il riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il ricorso al TAR e il ricorso al Difensore civico regionale. Con questo decreto è prevista l'istituzione del sito internet denominato "Soldi pubblici", gestito dall'Agenzia per l'Italia digitale ⁵³(AGID), che consentirà l'accesso e la consultazione dei dati dei pagamenti che ogni Pubblica Amministrazione pubblicherà sul proprio sito all'interno della sezione amministrazione trasparente, indicando la tipologia di spesa, l'ambito temporale di riferimento e i beneficiari, con esclusione delle spese di personale che vengono pubblicate in altre sezioni⁵⁴. Per ciò che concerne la durata dell'obbligo di pubblicazione, viene abrogato il comma 2 dell'art. 9 del D.lgs 33/2013 ed ora i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria devono rimanere sul sito web per un periodo di 5 anni⁵⁵, oltre il quale vengono eliminati dal sito, ma possono essere sempre richiesti con le modalità dell'accesso civico. Per Pubbliche Amministrazioni si intendono tutte le

⁵² Ai sensi dei commi 7 e 8 del nuovo articolo 5 del D.lgs.33/2013.

⁵³ Organo preposto alla realizzazione degli obiettivi dell'Agenda Digitale Italiana in coerenza con gli indirizzi dettati dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dal Ministro Delegato e con l'Agenda Digitale Europea.

⁵⁴ Art.15-20, D.lgs33/2013.

⁵⁵ Salvo per alcune eccezioni disciplinate dall'ANAC.

amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2⁵⁶, del D.lgsl.2001/165⁵⁷, comprese le autorità portuali, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia e vigilanza.

Viene modificato in parte l'art. 12 del D.lgs. 33/2013 e specificata meglio la definizione di atti generali ai fini della trasparenza. Quindi oltre a dover essere pubblicati sul sito web tutti i riferimenti normativi, devono essere pubblicate anche le misure integrative di prevenzione della corruzione, i documenti di programmazione strategico-gestionale e gli atti degli organismi indipendenti di valutazione. Viene modificato anche l'art. 23 del D.lgsl.33/2013, non è più necessario pubblicare i provvedimenti finali dei procedimenti di autorizzazione e concessione e dei concorsi e prove selettive⁵⁸, mentre rimane l'obbligo di pubblicare i provvedimenti finali dei procedimenti di scelta del contraente per contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Vengono abrogati l'articolo 24 relativo agli obblighi di pubblicazione dei dati aggregati concernenti l'attività amministrativa e l'articolo 25 relativo agli obblighi di pubblicazione concernenti i controlli sulle imprese. Il decreto prevede inoltre il superamento del Programma Triennale per la Trasparenza e l'Integrità, che deve essere inserito in una specifica sezione nel Piano triennale per la prevenzione della corruzione; esso viene collegato con il piano delle performance tramite la promozione della trasparenza quale obiettivo strategico per la performance. Viene rafforzato il ruolo del Nucleo di Valutazione o dell'organismo⁵⁹ (OIV) indipendente di

⁵⁶ Art. 1, comma 2, D.lgsl.2001/165, "Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende e le amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni e le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli istituti autonomi case popolari, le camere di Commercio e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale".

⁵⁷ D.lgsl.30 Marzo 2001, n.165, in materia di *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*.

⁵⁸ Art.23, comma 1, lettera a, D. lgs.33/2013.

⁵⁹ E' un soggetto nominato in ogni amministrazione pubblica dall'organo di indirizzo politico-amministrativo. Può essere costituito in forma collegiale con tre componenti o in forma monocratica. Quest'ultimo ha il compito di monitorare il funzionamento complessivo del sistema della valutazione, della trasparenza e integrità dei controlli interni ed elabora una relazione annuale sullo stato dello stesso.

valutazione per la verifica ed attuazione delle misure di trasparenza, che deve verificare la coerenza dei piani triennali per la prevenzione della corruzione con gli obiettivi stabiliti nei documenti di programmazione strategico-gestionale, anche ai fini della validazione della Relazione sulla performance e i contenuti della Relazione sulla performance in rapporto agli obiettivi inerenti alla prevenzione della corruzione e alla trasparenza. L'Organismo, infine deve riferire all'ANAC sullo stato di attuazione delle misure di prevenzione della corruzione e della trasparenza. Per ciò che concerne la performance viene modificato l'articolo 20, obbligando le Pubbliche amministrazioni alla pubblicazione dei criteri definiti nei sistemi di misurazione e valutazione della performance per l'assegnazione del trattamento accessorio nonché i dati di utilizzo della premialità suddiviso tra dirigenti e dipendenti. Viene riscritto l'articolo 31 prevedendo la pubblicazione sia degli atti degli organismi indipendenti di valutazione sia della relazione degli organi di revisione amministrativa e contabile al bilancio di previsione e al conto consuntivo o bilancio di esercizio nonché tutti i rilievi anche se non avuti della Corte dei Conti. Con la l'art. 41 del d.lgs.97/2016 si apportano alcune modifiche all'art. 1 comma 1 della L.190/2016; l'ANAC è l'istituto di competenza per l'adozione del Piano Nazionale Anticorruzione. Il Piano ha durata triennale ed è aggiornato annualmente, di norma il segretario o il dirigente apicale è il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza. Quest' ultimo entro il 31 gennaio di ogni anno deve proporre l'adozione del Piano all'organo di indirizzo politico e si incarica di trasmetterlo all'ANAC.

2.3 Il rapporto tra privacy e diritto di accesso

Il 24 maggio 2016 è entrato in vigore il General Data Protection Regulation⁶⁰ (GDPR), pienamente operativo dal 25 maggio 2018. In questa data, gli Stati membri si sono adeguati alle regole in materia di privacy europea. L'obiettivo principale del GDPR è quello di favorire la protezione dei dati personali. Per quanto concerne il trattamento, si fa riferimento alla raccolta o alla cancellazione dei dati personali. Il GDPR stabilisce infatti che il trattamento è *“Qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione”*⁶¹. Il GDPR con il Decreto Correttivo ha modificato il codice della Privacy. Vi è un cambio di prospettiva radicale, in quanto ora il protagonista della normativa non è più l'Interessato, ma il dato personale. Nello specifico il Regolamento Privacy ha lo scopo di perseguire quattro fondamentali obiettivi: protegge i dati personali dei Cittadini EU, agevola il controllo dei soggetti sui loro dati personali, struttura i ruoli e le responsabilità in capo ai Titolari e Responsabili e semplifica le modalità di raccolta ed elaborazione dati. L'interessato ha il diritto di accedere, modificare o trasferire i propri dati personali, di conoscere quale attività (e per quanto tempo) viene svolta sui

⁶⁰ Regolamento UE del 27 Aprile 2016, n.679, General Data Protection Regulation relativo *al Regolamento generale sulla protezione dei dati*.

⁶¹ Ancora, il medesimo General Data Protection Regulation 2016/679 che abroga la direttiva 95/46/CE.

propri dati personali; di cancellare i propri dati personali⁶² ed infine ricevere delle comunicazioni in caso di rischio per i propri dati o per una violazione avvenuta. Il Titolare del Trattamento ha delle precise responsabilità come quella di agevolare la protezione dei dati personali già in fase di progettazione di tutte le attività di trattamento, di adottare misure di sicurezza, valutando a priori i rischi generati nel processo di trattamento, di garantire trasparenza sui flussi di dati e sulle attività di trattamento ed infine di essere pronto ad intervenire tempestivamente in caso di violazione. Possiamo correlare il GDPR e la normativa sulla Privacy con gli adempimenti relativi alla trasparenza amministrativa disciplinati dal d.lgs. n. 33/2013 e dal 97/2016. La trasparenza trattata in questi due decreti viene 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. Questa è la trasparenza amministrativa che si distingue da quella in materia di privacy ed anzi spesso presenta punti di contrasto con la riservatezza. Tra le numerose novità introdotte dal regolamento, c'è il principio di "responsabilizzazione", che svolge un ruolo centrale per aziende e pubbliche amministrazioni. Secondo questo principio, ovvero il Principio dell'Accountability⁶³, i titolari del trattamento dovranno assicurare il rispetto dei principi applicabili al trattamento dei dati personali. In particolare infatti l'articolo 24 del GDPR, prevede che Il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al presente

⁶² In questo caso si parla del c.d. "diritto all'oblio" che è stato introdotto dall'art.17 del Regolamento europeo.

⁶³ Affrontato in materia approfondita nell' Euro GDPR 2018. Il concetto dell'Accountability si concretizza in più di una disposizione del Reg. UE 2016/679, dando vita ad un impianto normativo, che cambia completamente il punto di vista del sistema privacy.

regolamento. L'introduzione del Principio dell'Accountability⁶⁴ ha determinato un approccio completamente nuovo per quanto riguarda la gestione dei dati personali da parte di aziende, organizzazioni e pubbliche amministrazioni. Il titolare del trattamento ora avrà una maggiore discrezionalità nel decidere con quali modalità tutelare i dati, ma allo stesso tempo il rovescio della medaglia di questa maggiore libertà consiste nell'onere di dimostrare come e per quali motivazioni si è arrivati a determinate decisioni, con tanto di documentazione delle scelte fatte. Il titolare del trattamento quindi deve essere correlato all'articolo 5 del GDPR riguardante l'ambito dei principi applicabili al trattamento dei dati personali. Questi principi sono fondamentali per il trattamento dei dati: liceità, correttezza e trasparenza, limitazione della finalità, esattezza, integrità e riservatezza. Ad ogni modo, nella ricerca del giusto equilibrio tra le due esigenze, la soluzione deve essere individuata attraverso la valutazione degli interessi in gioco alla luce dei principi che caratterizzano la normativa europea sulla protezione dei dati e la normativa nazionale sulla trasparenza. Per bilanciare e allineare questi due sistemi, la dimensione organizzativa disposta dal titolare del trattamento costituisce un elemento fondamentale. Questa, infatti, nel regolamento europeo, viene ad assumere una valenza primaria nella tutela dei dati personali attraverso la duplice declinazione di "privacy by design"⁶⁵ e "privacy by default"⁶⁶. Infatti in questo modo, ai sensi dell'art. 25 del GDPR, il titolare del trattamento è tenuto a porre in essere "misure tecniche e organizzative adeguate per garantire che siano trattati per impostazione predefinita solo i dati necessari per ogni specifica

⁶⁴ Art.32, Reg. UE 2016/679, "il titolare del trattamento ed il responsabile del trattamento mettono in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio".

⁶⁵ Il concetto risale al 2010, già presente negli Usa e Canada e poi adottato nel corso della 32esima Conferenza mondiale dei Garanti privacy.

⁶⁶ Riguardano il principio di incorporazione della privacy a partire dalla progettazione aziendale con le relative applicazioni informatiche di supporto.

finalità del trattamento”⁶⁷; inoltre, lo stesso deve mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volta ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione. Proprio attraverso la realizzazione di tali misure, la complessità del bilanciamento tra il diritto alla conoscibilità e quello alla protezione dei dati personali trova una maggiore semplificazione. La minimizzazione dei dati potrebbe condurre alla piena soddisfazione di entrambe le esigenze attraverso la riduzione della completezza conoscitiva e la conseguente perdita di alcuni contenuti informativi a vantaggio di esigenze concernenti la protezione dei dati personali. Questo è connesso all’ art. 7 bis d.lgs. n. 33 del 2013, che stabilisce che nei casi in cui norme di legge o di regolamento prevedano la pubblicazione di atti o documenti, le pubbliche amministrazioni provvedono a rendere non intelligibili i dati personali non pertinenti o, se sensibili o giudiziari, non indispensabili rispetto alle specifiche finalità di trasparenza della pubblicazione. In questo modo emerge sempre di più la necessità che tutti coloro che procedono all’organizzazione e alla raccolta di informazioni conoscano pienamente le normative in materia e sin da subito sappiano quale sia la funzione del trattamento dei dati e la destinazione degli stessi per poter attuare dall’inizio del trattamento delle misure corrette. Come è stato evidenziato, l’attuazione del principio di responsabilizzazione dei soggetti coinvolti nel trattamento dei dati personali è la misura precauzionale principale al fine di rendere i potenziali pericoli per la privacy minimi. A tal proposito il legislatore europeo ha previsto in determinati casi la figura del DPO⁶⁸ (Data Protection Officer) la cui preparazione giuridica deve esser un elemento indispensabile del suo ufficio da affiancare al titolare del trattamento nello svolgimento delle

⁶⁷ Riguardano la privacy by default.

⁶⁸ E’ il responsabile della protezione dei dati, il cui compito è quello di valutare e organizzare la gestione del trattamento dei dati personali, e dunque la loro protezione, all’interno di un’azienda, di un ente o di una associazione, affinché questi siano trattati in modo lecito e pertinente.

proprie mansioni. La soluzione per il giusto equilibrio tra le due esigenze deve esser individuata attraverso la valutazione degli interessi in gioco alla luce dei principi che permeano la normativa europea sulla protezione dei dati e la normativa nazionale sulla trasparenza.

Cap.3 Il FOIA negli ordinamenti europei e USA

3.1 La nascita del modello FOIA in Europa

Il Freedom of Information Act viene tradotto con “libertà di accesso” o come “libertà di informazione”, sono due facce della stessa medaglia se si tratta di considerare il rapporto di fiducia che ogni cittadino instaura con il proprio Governo e che si basa sulla delega di potere ad una autorità pubblica che è tenuta a rendere conto della modalità con cui tale potere è stato esercitato e dei risultati che ha ottenuto. Non vi può essere una vera e propria libertà di informazione rispetto all’azione di una organizzazione pubblica se le persone non hanno anche la libertà di accesso alle informazioni detenute da quella o da altre organizzazioni pubbliche, al fine di sorvegliare e partecipare alle decisioni. La libertà di informazione, pertanto, in assenza di accesso alle informazioni non rappresenta l’esercizio di una piena libertà come ha sostenuto Anders Chydenius, precursore del primo Freedom of Information Act (FOIA), dove “La libertà frammentata non è libertà, mentre una costrizione, anche se frammentata, è una costrizione assoluta”⁶⁹. Negli Stati Uniti tale libertà è stata riconosciuta nel 1966, tuttavia già 200 anni prima, nel 1766, tale libertà venne riconosciuta nell’allora Regno di Svezia, che all’epoca comprendeva anche la Finlandia. La nascita del diritto di accesso in Europa ha contribuito allo sviluppo di due fattori che hanno formato l’evoluzione di un sistema democratico: la nascita di una stampa indipendente e critica con l’eliminazione di ogni forma di censura preventiva e un sistema di archiviazione in grado di mettere a disposizione di chiunque, più o meno in tempo reale, dati e informazioni

⁶⁹ A.Chydenius, *La ricchezza della nazione*, Stoccolma,1765.

prodotti e detenuti dalle amministrazioni pubbliche. Sul punto, è evidente che la libertà di accesso non richiede un sistema di pubblicazione efficace quanto piuttosto un sistema di conservazione delle informazioni che non devono essere per forza pubblicate, ma necessariamente rese disponibili a chiunque ne faccia richiesta. Per comprendere bene come fu possibile che una tale innovazione si realizzasse in quei Paesi, è necessario inquadrare il contesto storico e culturale di quell'area in quell'epoca e analizzare i contorni della figura più rappresentativa che fece in modo che questo cambiamento si realizzasse e fosse così radicale, il finlandese Anders Chydenius, un esponente della Chiesa Luterana. All'epoca il Regno di Svezia sperimentava un parlamentarismo del tutto peculiare. Vi erano partiti, ma non erano potenti organizzazioni a livello nazionale ed erano per lo più concentrati a Stoccolma. Nel 1760 l'azione di governo sostenuta dal partito degli Hattarna⁷⁰ (Cappelli), caratterizzato da una complessa burocrazia e la simbiosi quasi perfetta tra i vertici dell'amministrazione pubblica e interessi economici privati divenne progressivamente intollerabile per i suoi avversari politici, il partito dei Mössorna (Berretti). I Cappelli, più tradizionalisti, volevano riportare la Svezia a livello di una grande potenza europea ed erano sostenuti dalla Francia. I Berretti invece ritenevano che quei tempi fossero passati ed avevano il supporto di Inghilterra e Russia. Peter Forsskäl e Anders Nordencrantz, due autorevoli intellettuali dell'epoca, fautori dell'area progressista (e quindi dei Berretti), sostenevano che i segreti dell'amministrazione pubblica dovessero essere resi visibili; Nordencrantz addirittura fu autore di una catalogazione di quello che sarebbe dovuto essere pubblicato: il lavoro dei funzionari pubblici in generale e la loro particolare posizione di potere, i privilegi, il conferimento di onori e poi le informazioni sulle finanze nazionali (i bilanci) e i tribunali speciali. Nel 1765 i

⁷⁰ Organizzazione politica svedese, così denominata dal copricapo degli ufficiali hattar, che nel periodo successivo alla morte di Carlo XII nel 1718 si oppose al partito dei Berretti.

Berretti andarono al potere e queste idee vennero tradotte in dispositivi legislativi nel 1766 in Svezia con la legge costituzionale denominata “Tryckfrihetsförordningen “. Nei suoi scritti Anders Chydenius⁷¹ rappresenta il libero Stato come il garante delle libertà e non come il nemico. Per quest’ultimo una nazione si doveva considerare libera solo quando potevano partecipare alle decisioni non solo coloro ai quali veniva attribuita una rappresentanza, ma anche coloro che attribuivano tale rappresentanza e che se l’obiettivo è chiaro, allora la verità doveva essere ricercata attraverso lo scambio di scritti, quindi di punti di vista diversi. La presenza di Chydenius nell’arena politica svedese fù breve ma lasciò il segno. A partire dal 1765 rappresenta i Berretti nella Dieta⁷², quando i Berretti si trovarono a guidare la nazione dopo un lungo periodo di dominio dei Cappelli. Chydenius si trovò a far parte della Commissione che doveva occuparsi di redigere una nuova legge sulla libertà di stampa. Occorreva discutere dell’abolizione, parziale o totale, della censura. Chydenius promosse subito l’idea che la censura politica non fosse affatto necessaria e portò la Commissione alla formulazione di una proposta di legge che garantisse una completa ed incondizionata libertà di accedere attraverso la stampa a tutto ciò che non era espressamente proibito e ad abolire la figura del Censore⁷³.

⁷¹ Nato a Sotkamo in Finlandia nel 1729, esponente dell’illuminismo svedese e come tale fautore dell’idea, rivoluzionaria per quell’epoca, che il Governo di una nazione funziona meglio se condivide più informazioni possibili con il proprio popolo.

⁷² In politica, una Dieta è una assemblea ufficiale. Si utilizza essenzialmente la parola in riferimento al Parlamento Giapponese, alla camera bassa polacca, al Bundestag tedesco, o a vecchie storiche istituzioni.

L’origine del termine è latina e proviene dal tardo latino *dieta* inteso come il giorno stabilito dall’assemblea. Nel Sacro Romano Impero era un’assemblea che riuniva il sovrano e i maggiori principi dell’impero, con i compiti di carattere prevalentemente legislativo.

⁷³ La figura del Censore nacque nell’antica Roma, era colui che esercitava la censura, la magistratura istituita nel 443 a.C e operante fino al 350 d.C. Inutilizzata durante il tardo periodo repubblicano, venne ripristinata da Augusto.

3.2 Il FOIA negli Stati Uniti d'America e l'Open Government

Il Freedom of Information Act (FOIA) viene definitivamente introdotto negli Stati Uniti il 4 Luglio 1966⁷⁴ durante il mandato del presidente Lyndon B. Johnson. Questa legge impose alle amministrazioni pubbliche una serie di regole per permettere a chiunque di conoscere come il Governo federale operasse, comprendendo l'accesso totale o parziale ai documenti classificati. Nel corso degli anni la legge è stata modificata e adeguata ai tempi. Infatti nel 1974 viene approvato il Privacy Act con lo scopo di cercare di conciliare il diritto di cronaca ed informazione con quello della privacy. Nel 1996 la legge è stata adeguata alle nuove tecnologie prevedendo regole volte a disciplinare l'accesso ai documenti elettronici: il c.d. Electronic Freedom of Information Act (e-FOIA). In base alla legge le agenzie dell'Executive Branch⁷⁵ del Governo Federale hanno l'obbligo di rendere noti e pubblicare tempestivamente nel Federal Register⁷⁶ un'ampia gamma di documenti a beneficio pubblico, tra i quali anche i documenti oggetto di più richieste da parte dei cittadini e che acquistano, in tal modo, dignità di pubblicazione obbligatoria. Per i documenti non compresi tra quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria, vale, invece, una forma di accesso generalizzato⁷⁷. Trova un limite ben circoscritto in nove categorie di eccezioni⁷⁸ e in tre leggi speciali di esclusione, che individuano tipologie di

⁷⁴ L. 4 Luglio 1966, in materia di *Libertà sull'informazione*.

⁷⁵ L'Executive Branch comprende i dipartimenti di gabinetto, i dipartimenti militari, le corporazioni governative e altre organizzazioni come come l'Ufficio Esecutivo del Presidente e l'Ufficio del Management e del Budget. Il FOIA non si applica ai funzionari eletti del Governo Federale, inclusi il Vice Presidente, il Presidente, i senatori e i deputati.

⁷⁶ Nel Federal Register devono essere pubblicati i seguenti documenti: la descrizione dell'organizzazione centrale e periferica e i luoghi stabiliti, gli impiegati, e i metodi dove e attraverso i quali il pubblico può ottenere informazioni, presentare richiesta e documenti, e ricevere risposte.

P.Falletta, *Il Freedom of Information Act italiano e i rischi della trasparenza digitale*, federalismi.it, 2016, p.3.

⁷⁷ P.Falletta, *Il Freedom of Information Act italiano e i rischi della trasparenza digitale*, federalismi.it, 2016, p.3.

⁷⁸ Le eccezioni riguardano: informazioni classificate per la difesa nazionale o per la politica estera; le norme interne e le "pratiche" del personale; le informazioni che sono esenti ai sensi di altre leggi; file sanitari e personali e i segreti commerciali tra agenzie o intra-agenzie che sono protette da privilegi legali.

documenti classificati e, pertanto, non accessibili. All'ampiezza dell'ambito oggettivo di conoscibilità corrisponde la pari generalità di quello soggettivo, considerato il riconoscimento dell'accesso a chiunque, inclusi i cittadini non americani, le associazioni ed i gruppi di attivisti. Il FOIA grazie alle sue tecnologie e caratteristiche è assimilabile ad un modello di Open Government, ovvero un modello di amministrazione centrale e locale si caratterizza per forme di discussione e partecipazione dei cittadini, così come per azioni di comunicazione aperta e trasparente nei confronti della comunità locale. In una logica di Open Government emerge il concetto di partecipazione, inteso come quel *“grado di coinvolgimento dei cittadini necessario ad aprire virtualmente le porte degli uffici pubblici, in una logica che rifugge da quell'autoreferenzialità che in passato ha generato una chiusura di tipo burocratico nei confronti delle esigenze e delle richieste dei cittadini”*⁷⁹. Centralità del cittadino, amministrazione partecipata e collaborativa, trasparenza, apertura dei dati e delle informazioni e alla loro condivisione attraverso le nuove tecnologie digitali sono i tratti distintivi dell'Open Government. Questo concetto può essere collegato sia a quello dell'e-Government che a quello di Open data. L'e-Government può essere considerato il precursore dell'Open Government, essendo un processo iniziato alla fine degli anni 90 che ha visto la pubblica amministrazione dotarsi per la prima volta in maniera strutturata di tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT). L'Open data, cioè la pubblicazione online dei dati degli enti governativi in formato aperto e riutilizzabile ai cittadini, imprese e altre pubbliche amministrazioni è diventato l'elemento più rilevante dell'Open Government. Negli ultimi anni una grande spinta propulsiva è stata all'Open Government è stata data dall'amministrazione Obama in seguito all'entrata in vigore nel 2009 della

⁷⁹ S.Callari, intervento alla Settimana dell'Amministrazione Aperta, Terza Edizione, 2019.

Direttiva sull'Open Government⁸⁰, incentrata sui principi di trasparenza, partecipazione e collaborazione all'interno della quale si sottolinea che fin dove possibile e sottostando alle sole restrizioni valide, le agenzie hanno l'obbligo di pubblicare le informazioni online utilizzando un formato aperto (open) che possa cioè essere recuperato, soggetto ad azioni di download, indicizzato e ricercato attraverso le applicazioni di ricerca web più comunemente utilizzate. Per formato open si intende un formato indipendente rispetto alla piattaforma, leggibile dall'elaboratore e reso disponibile al pubblico senza che sia impedito il riuso dell'informazione veicolata. Agli elementi presenti in questa Direttiva è stato dato un effettivo seguito attraverso il sito pubblico Data.gov, lanciato nel Maggio 2009 dal "Chief Information Officer"⁸¹ (CIO) dell'amministrazione pubblica statunitense Vivek Kundra⁸². Il sito raccoglie in un unico portale tutte le informazioni rese disponibili dagli enti pubblici in formato aperto al fine di renderle disponibili ai cittadini e alle imprese statunitensi incrementando la trasparenza e il loro coinvolgimento. Il 21 Gennaio del medesimo anno, il Presidente Obama siglò un memorandum⁸³, dove si raccomanda alle agenzie e ai dipartimenti di divulgare prontamente i dati relativi alle proprie attività, rendendoli accessibili al pubblico in modo semplice attraverso la rete e predisponendo sistemi con i quali il cittadino può fornire un feedback del servizio reso.

⁸⁰ Presidential Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies on the Freedom of Information Act.

⁸¹ Il Chief Information Officer è il manager responsabile della funzione aziendale dell'informazione e della comunicazione, molto spesso coincide con la figura dell'amministratore delegato.

⁸² Vivek Kundra sulla base dei principi di trasparenza, partecipazione e collaborazione contenuti nel documento programmatico "*Transparency and Open Government*" realizzò oltre al portale Data.gov anche Apps.gov, che mette a disposizione delle amministrazioni le applicazioni di tipo cloud computing aventi caratteristiche certificate per un utilizzo in ambito pubblico.

⁸³ In merito a Transparency and Open Government, 21 Gennaio 2009.

Con il successivo memorandum Freedom of Information Act, 74 federal register 4693 del 26 Gennaio del 2009, interamente dedicato all'interpretazione del FOIA, Obama indica chiaramente che in caso di dubbio, l'impronta "open" debba prevalere e che quindi le agenzie devono adottare una presunzione in favore della divulgazione, rinnovando il loro impegno alla trasparenza come nell'originario FOIA e inaugurando una nuova epoca di Open Government.

3.3 La comparazione tra il FOIA americano ed italiano

Il modello universalmente considerato come riferimento e utilizzato come metro di paragone per la valutazione delle legislazioni nazionali in materia di trasparenza è il FOIA statunitense, lo stesso legislatore italiano lo ha preso a riferimento con l'emanazione del D.lgs. 97/2016⁸⁴. Il FOIA statunitense, come il primo FOIA nato in Svezia, vede la trasparenza come un'accessibilità alle informazioni per un patrimonio della collettività e non come un diritto riflesso dell'informazione esercitabile solo verso quelle obbligatorie; non deve essere quindi un *“rovesciamento parziale della segretezza”*⁸⁵. Il FOIA statunitense presenta analogamente a quello italiano una bipartizione tra informazioni e documenti da pubblicare obbligatoriamente e altri da concedere su espressa richiesta; un'altra *“analogia è la possibilità di un riesame di natura gerarchica e di un ricorso giurisdizionale in caso di diniego”*⁸⁶.

Negli Stati Uniti d'America *“ogni ente governativo in presenza di una richiesta di documenti ragionevole deve renderli immediatamente disponibili a chiunque”*⁸⁷. E' quindi proprio il termine ragionevole che differenzia il FOIA americano da quello italiano poiché lo colloca nel giusto mezzo di quello che è stato a lungo il dibattito nazionale in Italia⁸⁸. Nel sistema FOIA italiano sono presenti dei limiti finalizzati alla tutela di interessi pubblici e privati⁸⁹, tra cui ricordiamo: la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; la sicurezza nazionale; la difesa e le questioni militari; le relazioni internazionali; la politica e la stabilità

⁸⁴ Vds. nota 46

⁸⁵ C.Marzuoli, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, La trasparenza amministrativa, 2008.

⁸⁶ A. Moena, *La nuova trasparenza amministrativa alla luce del nuovo D.lgs.97/2016. L'accesso civico*, 2016, 11, pag.5 e ss.

⁸⁷ Legge sulla Libertà di Informazione, 5 U.S.C. 552 come emendata dalla Legge Federale n.110-175, 121 Stat. 25-24 e dalla Legge Federale n.111-83, 564, 123 Stat. 2142, 2184.

⁸⁸ Dove vi è stata l'eliminazione del termine *chiaramente*.

⁸⁹ Art.4, D.lgs.97/2016.

finanziaria ed economica dello Stato; la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento, la protezione dei dati personali, la libertà e la segretezza della corrispondenza e gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica⁹⁰. Il diritto è escluso inoltre anche nei casi di segreto di Stato e negli altri casi previsti.⁹¹ Nel sistema FOIA americano, invece si osserva che sono esclusi dall'obbligo di pubblicità e dal diritto di accesso le seguenti categorie di documenti: i documenti coperti da segreto nell'interesse della difesa nazionale o della politica estera⁹²; le regole e pratiche interne del personale di un ente governativo; le informazioni esentate dalla divulgazione in base all'ordinamento; i segreti industriali e informazioni commerciali o finanziarie; i memorandum o lettere di un ente governativo⁹³; i dati medici o personali coperti dal diritto di privacy; i documenti o informazioni la cui divulgazione potrebbe arrecare danni irrevocabili⁹⁴; i documenti riguardanti l'attività di istituti finanziari; le informazioni e dati sui pozzi di petrolio⁹⁵. Inoltre, gli organismi dei servizi di sicurezza sono esentati dal rendere disponibile qualunque documento⁹⁶. Il FOIA americano per il contesto di riferimento, molto diverso dal nostro, si *“focalizza soprattutto come strumento di controllo del potere politico piuttosto che come strumento di controllo dell'attività della pubblica amministrazione”*⁹⁷ ed inoltre, a differenza da quello italiano presenta un approccio ed uno spirito più aperto⁹⁸ volto alla realizzazione del principio della *maximum disclosure*, *“tutte le agenzie devono adottare in caso di dubbio*

⁹⁰ Compresi anche la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.

⁹¹ Vds. Nota 78

⁹² Specificatamente previsti da un Decreto presidenziale.

⁹³ Che per legge possono essere resi disponibili esclusivamente ad un soggetto in causa con il medesimo ente governativo.

⁹⁴ Come la mancata applicazione della legge, la lesione del diritto di un giusto processo, la divulgazione di una fonte confidenziale ecc.

⁹⁵ Ss.552 (b).

⁹⁶ Ss. 552 (a).

⁹⁷ Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, 2016, fasc. 5.

⁹⁸ *Opened approach*.

la totale apertura per perseguire i principi presenti nel FOIA, arrivando ad una nuova era di Open Government”⁹⁹.

Un altro significativo elemento di differenza tra i due FOIA, è che in quello americano vi è l’obbligo della stesura di una relazione sull’attuazione del diritto d’accesso da parte di ciascun ente governativo e il suo successivo invio all’Attorney General¹⁰⁰, inoltre ogni ente governativo deve promulgare un regolamento sulle tempistiche di evasione delle istanze di accesso civico, con una procedura basata su una multipla tracciabilità delle richieste sulle diverse quantità di lavoro e sui diversi tempi di risposta delle stesse. L’apparato sanzionatorio¹⁰¹ statunitense presenta una sanzione di tipo penale solo in caso di inadempienza al rispetto di un ordine del Tribunale. Non vi sono sanzioni erariali o amministrative. E’ presente questo approccio perché in caso di negato diritto d’accesso civico non sarebbe facile distinguere tra un comportamento doloso ed uno colposo del soggetto pubblico inadempiente. Tornando sul Freedom of Information Act italiano è possibile constatare una minore attenzione al cittadino e alla ricerca di un sistema di qualità in continuo miglioramento, sono presenti infatti alcune lacune rappresentate in via principale dall’abbondanza di eccezioni presenti nella norma e la presenza di una normativa ancora sovrabbondante con tre diversi tipi di accesso.

⁹⁹ B.Obama, Memorandum on Transparency and Open Government, 2009.

¹⁰⁰ Alto funzionario dello Stato presente nei sistemi di *common law* con la *funzione di fornire consulenza giuridica al Governo*.

¹⁰¹ Qualora la Corte ordini ad un ente governativo di produrre la documentazione che indebitamente non è stata fornita al ricorrente e condanni gli Stati Uniti al pagamento delle spese legali e processuali, e inoltre rilevi che le circostanze dell’inadempimento siano state dubbie e sollevi interrogativi sul comportamento arbitrario nei confronti del ricorrente da parte del personale, lo Special Council deve avviare prontamente un procedimento per stabilire se deve essere preso un provvedimento disciplinare contro il funzionario o l’impiegato che è stato il principale responsabile. Lo Special Council, dopo aver esaminato e valutato le circostanze del caso, sottopone le sue conclusioni e raccomandazioni all’autorità amministrativa dell’ente governativo coinvolto, e invia copie delle conclusioni e raccomandazioni al funzionario o impiegato o al suo legale. L’autorità amministrativa deve mettere in atto il provvedimento raccomandato dallo Special Council. L’Attorney General dovrà: notificare allo Special Council ogni azione civile prevista nella prima riga della clausola; inviare annualmente un rapporto al Congresso degli Stati Uniti sul numero di azioni civili intraprese nell’anno precedente. Lo Special Council, a sua volta dovrà inviare annualmente un rapporto al Congresso degli Stati Uniti sulle azioni intraprese nel rispetto della clausola. Nel caso di inadempienza dell’ordine del Tribunale, la Corte distrettuale può punire per oltraggio l’impiegato responsabile, e, nei Servizi Uniformati, il membro responsabile.

Certamente sono presenti alcune criticità e resistenze alla piena applicazione del FOIA anche negli Stati Uniti d'America, ma è chiaro che ad oggi ci sia ancora una maggiore attenzione istituzionale a questa democrazia partecipativa perseguendo il motto "*Democracies die behind closed doors*"¹⁰².

¹⁰² H.J. Conyers JR, D.Keith, Guardian of Construction, Congressional Record, 2013.

Conclusioni

In base alle considerazioni sin qui svolte, emerge con chiarezza l'attenzione posta negli ultimi anni dal legislatore sul tema della trasparenza finalizzata a favorire il controllo dei cittadini sull'operato e sulla gestione amministrativa e delle risorse pubbliche. Dopo le prime norme che, a partire dagli anni novanta hanno trattato il tema, a mio avviso, la riforma apportata al decreto legislativo 33/2013, da parte del decreto legislativo 97/2016, come attuazione della legge delega 124/2015 (c.d. Legge Madia), in materia di trasparenza, ha dato una spinta innovativa alla disciplina in vigore fino a quel momento. Il principale intervento riguarda il passaggio ad un nuovo sistema di accesso civico: non più incentrato a favorire forme diffuse di controllo da parte dei cittadini sull'operato delle amministrazioni pubbliche, ma vera e propria partecipazione democratica e tutela di diritti. Viene ampliato l'ambito soggettivo di applicazione, chiunque ora ha la possibilità di accedere alle informazioni che desidera. Se, da un lato, tali elementi sono sicuramente positivi, dall'altra aprono numerose questioni. Il nuovo sistema di accesso civico è improntato sul modello del "*Freedom Of Information Act*" americano, allo scopo di trasformare la Pubblica Amministrazione in una "casa di vetro". In realtà, il FOIA italiano è ben lontano nella sua attuazione dagli obiettivi prefissati. Il problema principale è dato dall'abbondanza delle eccezioni e dalla sopravvivenza di tre tipi di accesso con la L.241/1990, il D.lgs.33/2013 e il D.lgs.97/2016. L'accesso civico rimane pur sempre un accesso su istanza di parte, anche se quello semplice in Italia prevede la pubblicazione obbligatoria di numerosi atti, mentre negli Stati Uniti d'America è lo Stato che rende tutto pubblico, conoscibile e fruibile gratuitamente dai cittadini. Inoltre, quello che sembrava essere proposto come accesso civico illimitatamente esteso, e dunque un aumento di trasparenza

rispetto alla previgente disciplina, è risultato all'opposto estremamente limitato con gli articoli 5-bis e 5-ter del D.lgs.33/2013. Nozioni come *“conduzione di indagini su reati”*, *“politica”*, *“stabilità finanziaria”* o *“interessi economici e commerciali”*, rappresentano categorie così ampie da lasciare un immenso spazio di discrezionalità alle amministrazioni per negare l'accesso ai cittadini. Da ricordare inoltre l'importante sentenza della corte costituzionale n.20 del 2019 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma del FOIA che obbligava le Pubbliche Amministrazioni a pubblicare le informazioni di tutti i dirigenti, inclusi quelli conferiti discrezionalmente dall'organo politico. In conclusione, la stratificazione di tre diverse discipline dell'accesso, una governance frammentata in diverse autorità che rende difficile armonizzare le prassi legate ad ognuna di esse, il difficile rapporto con la privacy, richiedono necessariamente un nuovo intervento.

A mio avviso, quindi sarà necessaria un'ulteriore spinta da parte del Governo verso una trasparenza e lotta alla corruzione che superi le eccezioni evidenziate, soprattutto in vista di un FOIA più di stampo americano. Dopodiché, bisognerà attendere ancora qualche anno per vedere se le buone intenzioni riusciranno a creare un sistema davvero più trasparente, nel quale il cittadino sia finalmente partecipe, sia in quanto fruitore di servizi, sia come controllore dei propri amministratori.

Bibliografia

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

Callari, S., intervento alla Settimana dell'Amministrazione Aperta, Terza Edizione, 2019.

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

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

Caringella, F., Garofoli, M., Sempreviva, T., *L'accesso ai documenti Amministrativi*.

Cassese, S., *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo stato*, 2001.

Chydenius, A., *La ricchezza della nazione*, Stoccolma, 1765.

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

Clemente, G., di San Luca, *Diritto di accesso e interesse pubblico*, Jovene Editore, Napoli, 2006.

Così Arena, G., *Trasparenza amministrativa*.

Falletta, P., *Il freedom of information act italiano e i rischi della trasparenza digitale*, 30 novembre 2016, www.federalismi.it.

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

Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, 2016, fasc. 5.

Gardini, G., *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal "FOIA Italia"*, 10 ottobre 2018, www.federalismi.it.

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

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

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

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

C.Marzuoli, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, *La trasparenza amministrativa*, 2008.

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

Merloni, F., Ponti, B., *La trasparenza*, in *La corruzione amministrativa*.

Moena, A., *La nuova trasparenza amministrativa alla luce del nuovo D.lgs 97/2016*. *L'accesso civico*, 2016, 11, pag.5 e ss.

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

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

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

Ponti, B., *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Maggioli, 2016.

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

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

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

M. Savino, *The Right to Open Public Administration in Europe: Emerging Legal Standards*, Parigi, Oecd-Sigma, 2010, www.oecd-library.org.

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

Turati, F., *Atti del Parlamento italiano*, Camera dei Deputati, sess. 1904-1908, 17 Giugno 1908.

Villamena, *Il c.d. FOIA e il suo coordinamento con istituti con simili*, pag.2.

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

www.funzionepubblica.gov.it .

www.foia.gov .

www.astrid-online.it.