

Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale

Marco Magri

Abstract

La recente legislazione anticorruzione in tema di trasparenza amministrativa (da ultimo il d.lgs. 33/2013), manifesta l'intento di rendere effettivo il concetto di accessibilità totale mediante il riconoscimento di situazioni soggettive apparentemente "nuove": diritti di "chiunque" rafforzati da un diritto di "accesso civico" a dati, informazioni e documenti amministrativi che devono essere pubblicati. Ad una indagine appena più approfondita, tuttavia, nulla si rivela modificato rispetto al comune istituto dell'accesso ai documenti amministrativi, mentre la tutela dei diritti soggettivi a fruire delle informazioni già accessibili, nonché le controversie sul diritto di accesso a dati personali viene globalmente devoluta, come materia "violazione di obblighi di trasparenza" alla giurisdizione amministrativa; il che non pare in linea con i principi affermati dalla Corte costituzionale nella sentenza 204/2004.

1. I profili soggettivi del concetto di accessibilità totale

La legge 190/2012 assume un raggio di contrasto alla corruzione molto più esteso di quello che si potrebbe tracciare restando all'interno della specificità penalistica del fenomeno¹. A chi chieda se è possibile definire in modo compendioso questo ampio respiro del legislatore, sarebbe facile rispondere che in sostanza il contrasto alla corruzione inizia dalla considerazione del cattivo andamento dei pubblici uffici e, non ultima, dalla esigenza di rimuovere una delle condizioni che agevolano questa patologia: la non visibilità e, in certi casi, la segre-

(1) B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 123 ss.

tezza dei fatti amministrativi. Da qui il bisogno di pubblicità e di trasparenza dei dati la cui conoscenza, a giudizio del legislatore, rende il funzionario esposto all'opinione popolare, lo dissuade dal malaffare, fa sì che diventi parte di una nuova relazione giuridica ideata per permettere il controllo da parte della collettività. Su questo punto, già dalla "riforma Brunetta" (legge 150/2009) le analisi di accompagnamento alla nuova dimensione concettuale della trasparenza sono state talmente esplicite da rendere inutile ogni ulteriore considerazione².

L'art. 11 del d.lgs. 150/2009, l'art. 1, commi 35 ss. della legge 190/2012 e, da ultimo, il d.lgs. 33/2013, ispirandosi al concetto di *accessibilità totale*, danno veste ad un tipo di cittadino informato sull'andamento generale dei pubblici uffici e capace di uno sguardo più occhiuto sull'organizzazione della pubblica amministrazione³. La legge ne alimenta una immagine diversa da quella idealizzata entro il vecchio modello della pubblica amministrazione che si rende percepibile dai cittadini unicamente attraverso atti di volizione (segretezza come principio; imperatività come valore ideologico retrostante alla comunicazione del provvedimento⁴); più spregiudicata anche della immagine del cittadino-parte di un "rapporto giuridico" o di un "contatto" qualificato (trasparenza come elemento della partecipazione al procedimento amministrativo⁵ e della organizzazione della pubblica amministrazione)⁶.

Ma l'accessibilità totale è diversa anche – e soprattutto – dalla ideografia che più aveva dato luogo a proclami di trasparenza: quella

(2) C. SILVESTRO, *Trasparenza e riforma Brunetta*, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 706 ss.

(3) B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, cit., p. 128.

(4) La quale può avvenire nella forma della pubblicazione, combinata al diritto dei destinatari di ricevere copia dell'atto o del documento. Per queste notazioni, V. OTTAVIANO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milano, 1953, p. 258.

(5) M. BOMBARDELLI, *La trasparenza nella gestione dei documenti amministrativi*, in F. MERLONI (a cura di) *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, p. 400.

(6) Su questi profili, in parte emergenti dalla disciplina di cui all'art. 26 della legge 241/1990, E. CARLONI, *L'obbligo di pubblicazione*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 1192 ss.; A. PIOGGIA, *La trasparenza dell'organizzazione e della gestione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni*, in *La trasparenza amministrativa*, cit., p. 693 ss.

del cittadino avente un *diritto di accesso* ai documenti amministrativi, subordinatamente alla titolarità di una posizione legittimante (art. 22 legge 241/1990). Il diritto alla visione ed estrazione di copia di documenti, secondo la legge 241/1990, spetta solamente a chi sia in grado di giustificare la propria istanza con la necessità di tutelare situazioni giuridicamente rilevanti. Perciò, come la dottrina ha giustamente osservato, il principio-cardine dell'accesso ai documenti amministrativi non è affatto incompatibile con un principio di segretezza ed in qualche misura, anzi, lo presuppone come regola generale⁷.

Da questo angolo di visuale, il modo più conveniente di esplicitare il concetto di *accessibilità totale* appare proprio quello di insistere sul confronto con alcuni tra i principali elementi che connotano l'istituto dell'accesso formale ai documenti amministrativi.

Il decreto legislativo 33/2013 riconosce, a fronte di un obbligo di pubblicazione di documenti, dati e informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, un "diritto alla conoscibilità" che coincide con la garanzia, accordata a *chiunque*, di conoscere, fruire gratuitamente, utilizzare e riutilizzare i dati pubblicati. In caso di omessa pubblicazione, il diritto di cui sopra è garantito dalla previsione di una procedura formale di "accesso civico", attivabile da parte di *chiunque* e senza limitazioni legate alla legittimazione soggettiva del richiedente. Il potere del cittadino di provocare la pubblicazione delle informazioni sul sito web, così da rendere immediatamente accessibili i dati pubblicati, capovolge la regola affermata dall'art. 24, comma 3, della legge 241/1990, secondo cui "non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni"⁸, laddove il fine della nuova legge è proprio

(7) C. MARZUOLI, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in *La trasparenza amministrativa*, cit., p. 51; C. CUDIA, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione: istituti/categorie di diritto pubblico e di diritto privato a confronto*, ivi, p. 676.

(8) Per questa ed altre notazioni, sulla falsariga di quelle appena sottolineate nel testo, si può leggere la delibera della Commissione per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche, 14 ottobre 2010, n. 105, *Linee guida per la predisposizione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità (articolo 13, comma 6, lettera e), del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*.

consentire “forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche” (art. 1 d.lgs. 33/2013).

Diverso è inoltre il *contenuto* del nuovo diritto civico, che non è limitato alla conoscenza di ciò che è “rappresentazione del contenuto di atti” (come da definizione di “documento amministrativo” data dall’art. 22 legge 241/1990), ma è esteso a tutto ciò per cui la legge abolisce il diritto alla riservatezza dei titolari di funzioni pubbliche o modifica il regime di pubblicità o, ancora, impone ai corpi amministrativi di rendere note alcune informazioni. Il *diritto alla conoscibilità* è un *diritto ad essere informati*, a cui corrisponde un obbligo di diffusione da parte di un peculiare canale di informazioni, quale è ora la pubblica amministrazione.

Il nesso tra trasparenza e prevenzione della corruzione si fa, a questo punto, molto chiaro. Il diritto all’informazione amministrativa non è tanto e non solamente un diritto del cittadino di avere contezza di com’è organizzata l’amministrazione, ma anche e soprattutto una presa di conoscenza di alcuni aspetti della vita delle persone che la compongono. Per questo buona parte della nuova disciplina interviene a modificare regole sulla protezione dei dati personali, poiché il bersaglio delle norme è l’esposizione individuale diretta di chi ha la titolarità di funzioni pubbliche. Lo scopo è quello di agevolare il formarsi di una opinione pubblica sull’andamento dei pubblici uffici, di incoraggiare la percezione sociale dei fatti amministrativi e, non ultimo, di incutere ai titolari di pubbliche funzioni il timore di una sanzione per riprovazione collettiva del loro operato.

Ciò su cui non pare esservi dubbio, è che l’accessibilità totale dia a *chiunque* la possibilità di elaborare una ipotesi accusatoria spendibile nei modi più diversi: non importa come il cittadino usi l’informazione, ma il fatto stesso che sia informato. È questo: la visibilità del potere, che integra la condizione giuridica del controllo diffuso; e non pare neppure estranea alla nuova legge la finalità di incentivare un rapporto di “collaborazione” tra cittadini e autorità.

2. La necessità di distinguere la situazione “finale” (diritto di ricevere informazioni) da quella “strumentale” (diritto di accesso civico)

Per cercare di riassumere e di mettere in ordine i profili sin qui esposti, con uno sguardo più ravvicinato al decreto del 2013, si direbbe dunque che la normativa anticorruzione abbia dato forma ad un “rapporto giuridico” tra l’obbligo di pubblicazione che grava sull’amministrazione e il “diritto alla conoscibilità” di *ciascun cittadino*, per quanto concerne i documenti, dati e informazioni previsti dal d.lgs. 33/2013. Posizione passiva o sfavorevole, la prima, attiva o di vantaggio, la seconda. Si può aggiungere che l’adempimento dell’obbligo da parte del primo soddisfa un interesse specifico del secondo, nonostante il decreto sia inequivocabile nello stabilire che questo secondo termine del rapporto è “chiunque”. Ciò si evince chiaramente dall’art. 3 del d.lgs. 33/2013: “tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli ai sensi dell’art. 7” ed ancor più immediatamente dall’art. 2 dello stesso decreto: alla pubblicazione “corrisponde il diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione”.

Il decreto del 2013 costituisce quindi una delle (non frequenti) fonti di un dovere di informazione, cui corrisponde il diritto di ricevere informazioni. Della valenza generale di questo rapporto si era dubitato, nel campo degli studi di diritto dell’informazione, sia perché rispetto ai principi dell’art. 21 Cost. non può esistere un generale “dovere” di informare (essendo al contrario la libertà d’informazione il principio generale⁹⁾ sia perché anche nei confronti della pubblica amministrazione, dove pure i principi di buon andamento e imparzialità di cui all’art. 97 Cost. abilitano il legislatore a costruire un quadro normativo d’ispirazione opposta, un dovere di comunicazione istituzionale era stato perlopiù introdotto da normative di settore, quali la legge 150/2000 (disciplina delle attività di informazione e di comunicazio-

(9) R. ZACCARIA, *Diritto dell’informazione e della comunicazione*, Padova, 2007, p. 68.

ne delle pubbliche amministrazioni) o la legge 195/1995 in materia di informazione ambientale¹⁰ (e più spesso, anche in questi ambiti, mediante semplici doveri verso la collettività, cioè doveri senza corrispondenti diritti).

La particolare consistenza di questo diritto ad essere informati è corroborata dall'impostazione della restante disciplina recata dal decreto. Tutto sembra uniformarsi alla garanzia di situazioni funzionali all'immediatezza dell'esercizio ispettivo del singolo sulla pubblica amministrazione.

Evidente ad esempio è il collegamento dell'art. 3 all'art. 9 d.lgs. 33/2013, che prescrive l'inserimento di una apposita sezione dal titolo *Amministrazione trasparente* nella home page dei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni. Questa norma intende assicurare che le modalità di esercizio del diritto di accesso e di fruizione dei dati restino stabilmente rimesse all'uso più familiare delle tecnologie digitali. Si è già accennato alla maggiore semplicità di accesso che è garantita dall'uso dell'informatica; e si dirà tra breve che il *diritto alla conoscibilità* assume, proprio grazie a queste modalità di esercizio, la fisionomia del *diritto soggettivo*, il cui contenuto è la *facoltà* di fruire del materiale informatico oggetto di pubblicazione fin dal momento in cui questo viene messo in rete, entrando così immediatamente nella disponibilità dell'interessato.

Considerazioni simili valgono per l'obbligo delle amministrazioni pubbliche di assicurare la qualità delle informazioni *pubblicate* (integrità, aggiornamento, completezza, ecc.) previsto dall'art. 6 del d.lgs. 33/2013. In apparenza questa norma si presta ad una lettura che v'intraveda un potere di amministrazione del dato pubblicato. L'impressione è però che essa qualifichi solamente in modo più dettagliato, per rapporto ai pubblici uffici, il dovere generale di "non ledere" il diritto di ricevere informazioni (facoltà di uso e fruizione del contenuto dell'obbligo della pubblicazione), di modo che la violazione degli obblighi summenzionati, sanzioni personali a parte, configura una comune ipotesi di responsabilità civile dell'amministrazione.

(10) G. GARDINI, *Le regole dell'informazione*, Milano, 2009, p. 38; R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., p. 53.

Bisogna però fare attenzione a tener distinte, all'interno del concetto di trasparenza, *due distinte posizioni*. La prima posizione soggettiva consiste nel diritto del cittadino di ricevere le informazioni e di utilizzarle o riutilizzarle liberamente (il *diritto alla conoscibilità*): situazione per così dire *finale*, in quanto concepibile posteriormente all'adempimento degli obblighi di pubblicazione; e che nulla vieta di considerare a tutti gli effetti come un autentico *diritto soggettivo ad essere informati*.

L'altra posizione soggettiva del cittadino, il diritto di accesso civico di cui all'art. 5 d.lgs. 33/2013, è una situazione *strumentale* al diritto alla conoscibilità. Ha ad oggetto l'interesse a che l'amministrazione effettivamente adempia gli obblighi di pubblicazione dei dati, dei documenti e delle informazioni prescritti dalla legge. Quindi il suo bisogno di tutela nei confronti della pubblica amministrazione non sorge dalla pubblicazione espletata, ma, semplicemente, dal fatto della omessa o parziale pubblicazione. Sulla struttura di questo ultimo interesse, né più né meno di quanto si è fatto a proposito della natura del diritto di accesso ai documenti amministrativi, vi sarebbe molto da discutere. Ma sta di fatto che l'accesso civico riceve dal d.lgs. 33/2013 *la tutela tipica dell'interesse legittimo*: la soddisfazione dell'interesse soggiace ad una procedura formale di accesso; le relative controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; il rito, camerale, è lo stesso previsto per l'accesso ai documenti amministrativi¹¹.

3. La mancata introduzione di un diritto civico alla pubblicità

È il momento di lasciare sullo sfondo alcuni temi toccati dal discorso fin qui abbozzato, che si perdono in discorsi più ampi. Essi meriterebbero di essere indagati ad una maggiore profondità: i profili costituzionali del diritto alla trasparenza – tra cui il collegamento al “diritto di essere informati” (art. 21 Cost.); i riflessi organizzativi dell'obbligo di pubblicazione; il rapporto tra diritto alla trasparenza e diritto alla

(11) Il quadro ora descritto emerge dalle modifiche apportate agli artt. 23, 87, 116 e 133 del Codice del processo amministrativo dall'art. 52 del d.lgs. 33/2013.

riservatezza; il problema della struttura “civica” del diritto alla trasparenza. Su tutti tali aspetti sembra preferibile un rinvio a trattazioni più complete, di cui si riuscirebbe, in questa sede, ad offrire solo una inesatta compilazione¹².

Proseguiamo dal punto in cui eravamo rimasti: l'accesso civico come diritto strumentale alla libera fruizione di dati, documenti e informazioni pubblicate.

L'accesso civico è il fulcro dell'intera disciplina. Abbiamo già sottolineato che esso non deve essere confuso con il diritto di accesso ai dati pubblicati sui siti istituzionali delle amministrazioni, cioè con la *accessibilità*, che ha una struttura del tutto differente. Nell'immediatezza del decreto del 2013 ha prevalso forse questa impressione: che l'accessibilità ai dati pubblicati sui siti istituzionali faccia, del diritto di accesso civico, un vero e proprio diritto civico¹³. Resta da verificare se sia realmente così o se la differenza con il diritto di accesso ai documenti amministrativi, regolato dalla legge 241/1990, non si riduca a poca cosa, o a semplice apparenza.

Diciamo intanto, in astratto, prescindendo cioè dalla concreta soluzione adottata dal legislatore, che l'idea di un diritto “civico” di accesso reclama la mancanza di una specifica *situazione legittimante* di chi richieda determinati documenti, dati, informazioni. Prova lampante ne è il modello statunitense del *Freedom of Information Act* (FOIA), che

(12) Fondamentali gli scritti raccolti nel volume di F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008. In particolare, per affinità all'argomento qui trattato, i capitoli di F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, p. 3 ss.; G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, p. 29 ss.; C. MARZUOLI, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, cit.; D. DONATI, *Il principio di trasparenza in Costituzione*, p. 83 ss.; G. CORSO, *Potere politico e segreto*, p. 267 ss.; E. CARLONI, *Gli strumenti della trasparenza nel sistema amministrativo italiano, e la sua effettività: forme di conoscibilità, quantità e qualità delle informazioni*, p. 349 ss.; M. BOMBARDELLI, *La trasparenza nella gestione dei documenti amministrativi*, cit., p. 385 ss.; S. FIOREZZANO, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dopo la legge 11 febbraio 2005, n. 15: nuove regole sostanziali e giustiziali*, p. 463 ss.; C. CUDIA, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione*, cit., p. 647 ss.; A. PIOGGIA, *La trasparenza dell'organizzazione e della gestione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni*, cit.

(13) Segue questa impostazione, ad esempio, pare, S. TOSCHEI, *Accesso civico: per l'utente arriva l'azione diffusa*, in *Guida al diritto*, 18, 2013, p. 73 ss.

si incentra proprio sul diritto di chiunque di conoscere le informazioni, al quale corrisponde l'obbligo dell'amministrazione di garantire l'accesso; mentre la pubblicazione delle informazioni non è essenziale all'esercizio del diritto in esame. È anzi, spesso, una semplice facoltà dell'amministrazione¹⁴.

L'accesso civico non si può ridurre ad una situazione giuridica soggettiva, giuridicamente tutelata o rilevante (come il diritto soggettivo o l'interesse legittimo), poiché non si lascia previamente qualificare dall'ordinamento. Al contrario, l'ordinamento si fa da parte per lasciare spazio alla libertà del cittadino di interessarsi all'amministrazione secondo regole da lui stesso stabilite¹⁵. L'accesso è un fatto costitutivo della pubblicità, non ne è l'effetto. Il diritto lo coglie mano a mano che il cittadino compie atti autonomi di ispezione, sul presupposto, anche questo essenziale, che la pubblica amministrazione non si lasci mai ridurre ad una scatola o ad una "casa" trasparente. Non la segretezza, ma nemmeno la conoscenza totale è auspicabile, poiché un certo margine di ignoranza costituisce la base insopprimibile dell'esercizio effettivo del diritto di accesso civico.

Ne consegue che il diritto di "accesso civico" non può essere, per sua indole, configurato come posizione strumentale all'adempimento di un obbligo di pubblicazione. È semplicemente la libertà (e responsabilità) di "chiunque" di accedere a "tutto", mentre la norma tenta fin dove può un ruolo di bilanciamento contro l'abuso del diritto (come nel caso in cui faccia salve informazioni coperte dalle leggi sul segreto o sulla riservatezza). Le informazioni inaccessibili restano il

(14) M. SAVINO, *Le norme in materia di trasparenza e la loro codificazione*, in B.G. MATTARELLA, M. PELLISERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, p. 114. Per una disamina più ampia delle varie esperienze legislative si veda A. SANDULLI, *La trasparenza amministrativa e l'informazione dei cittadini*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, p. 158 s.

(15) Esattamente rileva A. PIOGGIA, *La trasparenza dell'organizzazione*, cit., p. 713, che quando ci si pone il problema dei destinatari della trasparenza nel rapporto con la collettività esterna "in realtà si finisce per prescindere da qualsiasi tipo di rapporto, spostandosi sull'amministrazione della quale la trasparenza diviene un modo di essere, un aspetto del suo esistere in quanto struttura di servizio (nel senso di servente la collettività)".

Minimaltatbestand, mentre l'accesso non ha limiti di sorta, appunto perché emerge dalla spontaneità del giudizio pratico individuale circa la opportunità di conoscere l'amministrazione.

Il diritto di accesso civico, semmai, può coesistere con norme imperative che prescrivano la pubblicazione di determinati contenuti. Ma i due fenomeni sono indipendenti ed anzi, verrebbe spontaneo pensare, sono le informazioni, di cui la legge impone la diffusione, a costituire testimonianza di un più ampio diritto di accesso, il quale ha ad oggetto *precipuamente* le informazioni per le quali la legge non prevede alcun obbligo di pubblicazione.

Vale la pena di aggiungere che il vero elemento strumentale al diritto all'informazione, una volta che si riconosca a "chiunque" il potere di accedere alle informazioni amministrative (è quanto tenta di fare ad esempio la normativa in materia ambientale: d.lgs. 195/2005, convenzione di Aarhus, art. 3-*sexies* d.lgs. 152/2006)¹⁶, è la garanzia di partecipazione civica dei cittadini ai procedimenti amministrativi, nonché la garanzia di accesso civico alla giustizia amministrativa. Se il buon andamento e l'imparzialità esigono la trasparenza, esigono anche che la soggettività del processo amministrativo si ponga al servizio di diritti civili, dunque tolleri l'azione giurisdizionale collettiva o *popolare* come evenienza normale.

Fatta questa premessa, vediamo la soluzione adottata dal d.lgs. 33/2013. L'art. 5 prevede che "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".

Per le informazioni *non soggette* ad obbligo di pubblicazione, la legge non riconosce alcun diritto di informazione. La regola resta quindi la

(16) In forza dell'art. 40 del d.lgs. 33/2013, queste norme "restano ferme" e sono, peraltro, significativamente definite "di maggior tutela". Sottolinea l'ampiezza del diritto di accesso alle informazioni ambientali F. FONDERICO, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 675 ss. Diversa sembra però la posizione della giurisprudenza, la quale ritiene che, anche in questo particolare settore, la domanda di accesso non possa tendere ad un controllo ispettivo sull'attività della pubblica amministrazione (v. *infra*, nota successiva). Su questo contrasto, di recente, D. GIANNINI, *L'accesso ai documenti*, Milano, 2013, p. 313.

segretezza, come facilmente si desume dalla stessa disposizione. Se “l’obbligo [...] di pubblicare [...] comporta il diritto [...] di richiedere”, lo stato di non obbligo (di pubblicazione) *non comporta il diritto* (di richiedere documenti, informazioni o dati). Ma ad eliminare ogni dubbio interviene l’art. 4 del d.lgs. 33/2013, che dà alle pubbliche amministrazioni la facoltà di (“possono”) “disporre la pubblicazione nel proprio sito istituzionale di dati, informazioni e documenti che non hanno l’obbligo di pubblicare [...] fermi restando i limiti e le condizioni espressamente previsti da disposizioni di legge, procedendo alla anonimizzazione dei dati personali eventualmente presenti”. La regola si fa quindi molto nitida: là dove non c’è obbligo di pubblicazione da parte dell’amministrazione non v’è neppure il diritto di accesso civico da parte dei cittadini. Resta fermo il diritto di accesso di cui alla legge 241/1990. Ma il “diritto alla trasparenza” è affidato ad una decisione amministrativa discrezionale, circoscritta alla pubblicazione di documenti e informazioni (si è appena visto che i dati personali, di qualunque tipo devono essere resi anonimi). Questo potere di pubblicazione potrà dirsi assoggettato alle regole di opportunità e di buon governo che circondano i poteri amministrativi riservati. Il punto è che il diritto alla trasparenza torna ad essere, fuori dal perimetro degli obblighi di pubblicazione, un interesse di fatto, un mero interesse semplice o “diffuso”.

4. La tutela giurisdizionale del diritto di accesso civico: la regola del “chiunque” (ed il suo restringimento in sede giurisdizionale)

La mancata introduzione di un diritto civico si percepisce anche esaminando le regole stabilite dal decreto del 2013 in materia di tutela giurisdizionale. Non meraviglia scoprire che manchino rimedi a tutela del diritto di accesso civico ai dati, documenti o informazioni per le quali la legge non prevede un obbligo di pubblicazione. Per questi, si è visto, il decreto non garantisce neppure la situazione sostanziale. Ma il problema riguarda anche la tutela dell’accesso civico alle informazioni che devono essere pubblicate, quindi le controversie sulla mancata o inesatta pubblicazione delle informazioni previste dal d.lgs. 33/2013.

A norma dell’art. 5, comma 5, del d.lgs. 33/2013, “la tutela del diritto

di accesso civico è disciplinata dalle disposizioni di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, così come modificato dal presente decreto” (la regola vale per tutte “le controversie relative agli obblighi di trasparenza previsti dalla normativa vigente”, art. 50).

Riguardo a questa scelta di devolvere alla giurisdizione amministrativa le controversie in materia di accesso e obblighi di trasparenza, giova trattare due profili. Il primo riguarda il “chi” può promuovere il ricorso a tutela del diritto alla trasparenza. Ovviamene *chiunque*, per tutelare il proprio diritto soggettivo (facoltà) di accedere ai dati, documenti e informazioni *una volta che questi siano pubblicati* e dunque liberamente fruibili. Ma resta il problema della legittimazione a promuovere il giudizio di accesso civico, ove il “chiunque” potrebbe avere risvolti differenti. Il secondo aspetto deriva dalla decisione del legislatore del 2013 di devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di “violazione degli obblighi di trasparenza” (accesso civico incluso); scelta della quale va verificata la coerenza all’art. 103 Cost. come interpretato dalla Corte costituzionale (sent. 204/2004).

Iniziamo dal primo problema. Sulla protezione del diritto alla trasparenza inteso come diritto soggettivo alla fruizione dei contenuti informativi pubblicati sui siti istituzionali, c’è poco da osservare: che questa tutela spetti a “chiunque” è logica conseguenza della natura individuale (trattandosi appunto di un diritto soggettivo) della situazione tutelata.

Più interessanti questioni nascono considerando il “chiunque” in relazione al diritto di accesso civico. L’omessa pubblicazione di informazioni, dati o documenti, comporta il diritto di *chiunque* di richiederli alla pubblica amministrazione.

Se ne potrebbe dedurre che *chiunque*, in caso di diniego o silenzio sulla propria richiesta, può proporre ricorso al giudice amministrativo. L’azione prevista dal nuovo rito in materia di accesso ai documenti amministrativi (art. 116 c.p.a.) – integrato dall’art. 52 decreto legislativo del 2013 con l’inserimento della “tutela del diritto di accesso civico connessa all’inadempimento degli obblighi di trasparenza” – sarebbe dunque una *azione popolare*, a cui corrisponderebbe un giudizio di natura “oggettiva” o, comunque (posto che un siffatto modello si è

ben di rado realizzato) un tipo di processo non condizionato dal requisito della legittimazione.

Ma se così non fosse – e si dovesse concludere che l'azione a tutela del diritto di accesso civico è condizionata al possesso di una situazione legittimante – interessanti questioni sorgerebbero ugualmente, poiché la natura soggettiva del giudizio solleciterebbe un interrogativo sul come, allora, il diritto di accesso civico si differenzi dal diritto di accesso ai documenti amministrativi (legge 241/1990), a parte la forma dell'accesso (pubblicazione) e l'estensione dei contenuti accessibili (dati e informazioni, non solo documenti amministrativi).

Ebbene, che la modificazione del rito in materia di accesso introduca una vera e proprio *azione popolare*, è cosa di cui appare lecito dubitare, per (almeno) tre ragioni.

In primo luogo, torna prepotentemente in considerazione la logica del “rapporto giuridico”, il fatto, cioè, che il diritto di accesso civico, nel d.lgs. 33/2013, sia un interesse alla pubblicazione di alcune informazioni: quelle che *devono* essere pubblicate. Il nuovo contesto normativo si basa, come si è riscontrato, su di un principio di tipicità dei dati, documenti e informazioni la cui omessa pubblicazione può essere fatta valere in giudizio (la diffusione di contenuti di cui non è obbligatoria la pubblicazione è facoltativa ed è ammessa solo nella forma delle informazioni anonime). Ancorché i relativi concetti siano, per buona parte del d.lgs. 33/2013, indeterminati (si veda ad esempio l'art. 21, comma 1, sull'obbligo di pubblicazione dei “riferimenti necessari” per la consultazione dei contratti e accordi collettivi nazionali), è evidente che il legislatore abbia voluto rendere trasparenti e accessibili i profili più significativi della pubblica amministrazione (organizzazione e attività, risorse impiegate, prestazioni e servizi erogati, settori speciali). Ma le disposizioni del decreto legislativo del 2010, per il solo fatto di far nascere il diritto di accesso civico dall'inadempimento dell'obbligo di pubblicazione di *determinate categorie di informazioni*, hanno un effetto *naturalmente qualificante*. Il “chiunque” potrà forse apprezzarsi nella sua genericità entro il procedimento amministrativo di cui all'art. 5 del d.lgs. 33/2013. Ma nel momento in cui il diritto di accesso civico si esercita inutilmente in sede amministrativa e nasce il suo bisogno di tutela giurisdizionale, la

tipicità delle categorie di informazioni può ostacolare già di per sé un controllo diffuso sull'amministrazione e dar luogo all'esigenza che il ricorrente dimostri, perlomeno, di tutelare lo stesso interesse protetto dall'obbligo di pubblicazione¹⁷. In altri termini, la mancata risposta alla richiesta di accesso a informazioni il cui contenuto è predeterminato dal legislatore può far sì che l'identità del "chiunque" si accentui, mescolandosi a quella di situazioni sostanziali inevitabilmente determinate dalla specifica funzione che è propria della pubblicità, omessa dall'amministrazione. Situazioni che sembrano corrispondere in definitiva e pur sempre a interessi *giuridicamente tutelati*, non diversi da quelli che costituiscono il presupposto del diritto di accesso ai documenti amministrativi secondo l'art. 22, comma 1, lett. b) della legge 241/1990. Non saranno situazioni di un singolo individuo, né di una formazione sociale personificata, ma neppure situazioni giuridicamente indifferenziate.

Il nostro ordinamento conosce già forme di azione collettiva finalizzata al ripristino del corretto svolgimento della funzione o della corretta erogazione di un servizio, come ad esempio, nella disciplina della *class action* (art. 1 del d.lgs. 198/2009), quella che abilita a proporre il *ricorso per l'efficienza* delle amministrazioni "i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori"¹⁸. Sarà questo il rango della tutela dell'accesso civico? L'inadempimento dell'obbligo di pubblicazione dei dati relativi, ad esempio, agli organi d'indirizzo politico, alla contrattazione collettiva, ai documenti di pianificazione e programmazione, alle carte dei servizi, delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, ecc., potrà

(17) Qualcosa di simile accade già, del resto, quando la giurisprudenza amministrativa, persino nel giudizio contro l'inerzia o il diniego di accesso a informazioni ambientali – ove il richiedente sembra assistito da una legittimazione diffusa o popolare – esclude che il ricorrente possa agire per finalità di semplice sindacato ispettivo e non per riparare ad una compromissione, specificamente individuata, dell'ambiente (tra le altre, Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2010, n. 24; sez. VI, 16 febbraio 2007, n. 668; sez. V, 14 febbraio 2003, n. 816).

(18) Per una estesa disamina sul fondamento sostanziale e processuale di istituti affini a quello citato nel testo, si veda lo studio di R. DONZELLI, *Le azioni di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011.

essere fatto valere dal *quivis de populo*, cioè al limite anche da chi agisca (come è consentito fare, anche stando in giudizio personalmente, art. 23 c.p.a.) per puro gusto di veder sanzionato il dovere degli uffici pubblici? Non si pretenderà invece che occorra una posizione legittimante (altro discorso è se individuale o collettiva) per chiedere al giudice amministrativo una sentenza che ordini la pubblicazione di questi contenuti?

Sia lecito almeno porre il dubbio: il diritto di accesso civico è concesso a “chiunque”; ma se questo “chiunque” può accedere solo alle *categorie di informazioni* che la legge individua, la differenza con la disciplina dell’accesso ai documenti amministrativi, ove solo i titolari di situazioni giuridicamente tutelate (tra cui anche interessi sopraindividuali) possono accedere a *tutti* i documenti, può assottigliarsi, fino a scomparire.

In secondo luogo, occorre considerare la valenza generale del principio di soggettività della tutela offerta dal sistema italiano di giustizia amministrativa, rispetto al quale le azioni popolari costituiscono una ipotesi eccezionale e richiedono quindi una formulazione legislativa in grado di identificarle con sufficiente precisione.

Nella normativa in esame, né l’art. 5, comma 5 del d.lgs. 33/2013, né l’art. 50 dello stesso decreto, ove si dispone per le “controversie relative agli obblighi di trasparenza” (recitando nei termini delle consuete norme devolutive della giurisdizione), né l’art. 116 c.p.a. (modificato) usano le espressioni di solito impiegate dal legislatore per istituire le azioni popolari, quali la formula per cui “è ammesso ricorso [...] da parte di tutti i cittadini”, o altre consimili (“chiunque può ricorrere contro [...]”). E l’art. 116 c.p.a. non esclude che una istanza di accesso civico sia esercitata nel corso di un giudizio ordinario, a cui la richiesta di accesso è connessa; che può essere benissimo, anzi di regola è, esercizio di giurisdizione soggettiva. Lo stesso parlare di “controversie”, devolute al giudice amministrativo, sembra richiamare una funzione di componimento della lite e può portare ad escludere l’azione popolare¹⁹.

(19) Che infatti l’azione popolare metta in discussione la stessa funzione contenziosa del processo, è sostenuto criticamente da C. HARLOW, *Public Law and Popular Justice*,

In terzo luogo, depone contro la natura popolare dell'azione di cui all'art. 116 c.p.c. il fatto che l'art. 52 attribuisca le controversie in materia di "violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa", tra cui anche quelle in materia di accesso civico, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La cognizione in via principale su posizioni di diritto soggettivo (sia pure connesse all'esercizio di un potere) – che è tipica di questa giurisdizione – mal si concilia con una legittimazione diffusa ed ancora meno con l'azione del *quivis de populo*, mentre è comprensibile in una prospettiva in cui, al ricorrente, il quale agisca per la tutela del diritto di accesso civico, sia richiesta la titolarità di un interesse differenziato o qualificato (e ripetiamo, al di là del fatto che questo interesse sia comune ad una categoria omogenea di soggetti).

In definitiva, il diritto di "accesso civico", che grazie al d.lgs. 33/2013 dovrebbe rappresentare l'opposto del diritto di accesso ordinario (ex art. 22 ss. della legge 241/1990), beneficia di una tutela giurisdizionale di eguale ispirazione, perché essenzialmente e concettualmente strutturato, come questo secondo, sull'inadempimento di un obbligo e quindi pur sempre sulla violazione dei termini di un rapporto giuridico intersoggettivo, che riduce a pura apparenza la proclamazione della accessibilità totale vista quale controllo diffuso sulla pubblica amministrazione.

La conseguenza può essere allora anche più drastica; essere, cioè, nel senso che la tutela giurisdizionale del diritto di accesso civico "connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza" non ha una soggettività più ampia di quella del rito in materia di accesso ai documenti amministrativi. Si consideri che già ora la giurisprudenza riconosce il rango di situazione "giuridicamente tutelata", ai fini dell'esercizio e della tutela giurisdizionale del diritto di accesso ai documenti amministrativi (art. 22 legge 241/1990) anche ad interessi che non corrispondono ai diritti o agli interessi legittimi, richiesti per la legittimazione al ricorso giurisdizionale, nei quali appunto rientra-

in *The Modern Law Review*, 2002, p. 1 ss., spec. p. 17 ("In the present political climate, litigation is often a political tactic").

no situazioni strumentali all'esercizio di interessi collettivi o diffusi²⁰. A ciò si aggiunga che l'interpretazione in chiave soggettiva dell'accesso alla giustizia amministrativa, persino dinanzi a norme che istituiscono azioni popolari, è una prassi a cui la giurisprudenza amministrativa italiana è avvezza. Basti por mente al caso della "sentenza del chiunque": dopo qualche anno dall'entrata in vigore dell'art. 10 ultimo della legge-ponte 765/1967 – a norma del quale "*chiunque* può prendere visione presso gli uffici comunali della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto e *ricorrere* contro il rilascio della concessione edilizia 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" – il Consiglio di Stato negò, com'è noto, che tale fattispecie corrispondesse ad una figura di azione popolare. Nella vicenda in esame i giudici amministrativi, pur di fronte ad una norma il cui contenuto era parso inequivocabile alla giurisprudenza precedente²¹, accettarono l'idea che il sistema italiano

(20) A questo proposito, la massima accolta dalla giurisprudenza è che diritto di accesso spetta a "chiunque vi abbia interesse" (art. 22 legge 241/1990), quindi anche a chi si affermi portatore di interessi diffusi o collettivi, sempre che, appunto, la richiesta di accesso non tenda ad un controllo ispettivo o generalizzato sulle pubbliche amministrazioni (al riguardo, 359. Tra le tante, Consiglio di Stato, sez. VI, 22 maggio 2006, n. 2959; sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 555. Più in generale, va osservato che la disciplina processuale dell'accesso ai documenti amministrativi, pur non potendo essere interpretata nel senso dell'azione popolare, denota significative aperture alla tutela di diritti appartenenti in modo eguale ad una pluralità di soggetti. A parte ammettere richieste per la tutela di interessi diffusi, il Consiglio di Stato ha più volte ricordato che la posizione che legittima l'accesso ai documenti amministrativi non deve possedere necessariamente tutti i requisiti che legittimerebbero il ricorso al giudice amministrativo avverso un atto lesivo di una situazione giuridica soggettiva, pertanto è sufficiente che l'istante sia titolare di una posizione giuridicamente rilevante (A. BOHUNY, *L'accesso ai documenti amministrativi nella legge 241/1990 riformata*, in R. TOMEI (a cura di), *La nuova disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi*, Padova, 2007, p. 20; in giurisprudenza più di recente Consiglio di Stato, ad. plen., 24 aprile 2012, n. 7, ma già ad. plen., 18 aprile 2006, n. 6). In altra prospettiva, si è osservata l'importanza del rito camerale (art. 87 c.p.a.) e la scelta per un procedimento speciale differenziato, che potrebbe rendere la disciplina in esame particolarmente adattabile a "cause seriali di massa" (M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale del diritto di accesso ai documenti: effettività della tutela e certezza delle regole*, in www.giustizia-amministrativa.it).

(21) Sulla vicenda si veda F. SAIITA, *L'impugnazione del permesso di costruire nell'evoluzione giurisprudenziale: da azione popolare a mero (ed imprecisato) ampliamento della legittimazione a ricorrere*, in www.lexitalia.it, 7-8, 2007.

di giustizia amministrativa non potesse piegarsi fino a contemplare una giurisdizione a contenuto oggettivo; sottolinearono la centralità del principio dispositivo, da cui l'esigenza imprescindibile del collegamento dell'azione con la tutela di un interesse concreto e differenziato da quello della generalità²². A questa conclusione il Consiglio di Stato pervenne proprio in base ad un criterio di differenziazione sociale degli interessi, provocato dalla norma disciplinante il contenuto dell'attività amministrativa (lì fu il criterio del c.d. *insediamento abitativo*, ma lo stesso potrebbe dirsi, in genere, per l'appartenenza ad una categoria professionale o ad una determinata circoscrizione territoriale). Non meraviglierebbe che la "risposta" della giurisprudenza amministrativa alle nuove norme in materia di trasparenza e "accesso civico" fosse, esattamente, la stessa.

In conclusione, ed anche lasciando da parte queste previsioni, ci sembra di poter affermare che – detto in termini estremamente schematici – il "chiunque" di cui all'art. 5 del d.lgs. 33/2013 non sia lo stesso tipo di soggetto che funge da riferimento per la disposizione processuale di cui all'art. 50 del decreto.

La mancanza di una apposita connotazione popolare dell'azione è la circostanza che fa dubitare di questa asimmetria. Non si può escludere, per come sono state scritte le norme del 2013, che mentre in caso di omessa pubblicazione l'accesso civico possa essere esercitato da tutti, cioè qui veramente da "chiunque", ai fini di pretendere dalla pubblica amministrazione la pubblicazione delle informazioni omesse, la tutela contro l'esito negativo di questa fase, e cioè il silenzio o il diniego di accesso civico, non benefici di analoga garanzia giurisdizionale. L'accesso alla giustizia, per quanto più ampio di quello che richiede il possesso di un diritto o di un interesse legittimo, non sfugge, neanche per l'accesso civico, all'applicazione delle regole generali; resta condizionato a che il ricorrente si dichiari in possesso di una "situazione legittimante", esattamente come nella disciplina del diritto di accesso ai documenti amministrativi.

(22) Consiglio di Stato, sez. V, 9 giugno 1970, n. 523; v. anche Consiglio di Stato, sez. V, 19 febbraio 2007, n. 826.

5. La dubbia legittimità costituzionale della devoluzione alla giurisdizione esclusiva delle controversie in materia di “violazione di obblighi di trasparenza” (art. 52 d.lgs. 33/2013)

Se il controllo giurisdizionale sulla violazione degli obblighi di trasparenza fosse oggettivo, non si porrebbe la questione a cui ora s'intende accennare: quella, cioè, della vastità della materia “obblighi di trasparenza”, in relazione ai principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza 204/2004.

L'art. 52, comma 4, lett. e) del d.lgs. 33/2013, modificando l'art. 133 c.p.c. devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “le controversie in materia di violazione degli obblighi di trasparenza”. Tutte le controversie, quindi: da quelle aventi ad oggetto la violazione delle norme poste a tutela del diritto di fruire delle informazioni (situazione che abbiamo chiamato “finale”), sia quelle aventi ad oggetto la violazione delle norme sull'obbligo di pubblicazione, cioè la tutela del diritto di “accesso civico” (situazione “strumentale”).

Si ricorderà che la Corte costituzionale, nella sentenza 204/2004, ha accolto le censure dei giudici rimettenti essenzialmente nella parte in cui denunciavano la “adozione, da parte del legislatore ordinario [...] di un'idea di giurisdizione esclusiva ancorata alla pura e semplice presenza, in un certo settore dell'ordinamento, *di un rilevante pubblico interesse*; un'idea [...] che presuppone l'approvazione (mai avvenuta) di quel progetto di riforma (Atto Camera 7465 XIII legislatura) dell'art. 103 Cost. secondo il quale *la giurisdizione amministrativa ha ad oggetto le controversie con la pubblica amministrazione nelle materie indicate dalla legge*”. “È evidente”, ha precisato la Corte, “che il vigente art. 103, primo comma, Cost. non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare ‘particolari materie’ nelle quali ‘la tutela nei confronti della pubblica amministrazione’ investe ‘anche’ diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale [...] va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie”. Ha aggiunto la Corte che, ai fini del rispetto del principio sul riparto accolto dall'art. 103 Cost., le materie “devono essere ‘particolari’ rispet-

to a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata della circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo”. Di conseguenza, “il legislatore ordinario ben può ampliare l’area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie [...] che, in assenza di tale previsione, *contemplerrebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità*: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice ‘della’ pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall’altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo” (tutti i corsivi sono nostri).

Proviamo ora a confrontare questi principi con la disciplina delle situazioni soggettive collegate al principio di trasparenza. Una prima osservazione è che l’art. 52 del d.lgs. 33/2013 devolve al giudice amministrativo tutte le controversie in materia di violazione degli obblighi di trasparenza, senza distinzione tra obblighi posti a tutela della situazione “finale” (il diritto soggettivo di conoscibilità e di fruizione libera delle informazioni, garantito dall’art. 3 del decreto) ed obblighi posti a tutela della situazione “strumentale” (il diritto di accesso civico). I primi si collocano posteriormente alla pubblicazione dei contenuti previsti dal d.lgs. 33/2013; la loro violazione si concretizza allorché il comportamento illecito della pubblica amministrazione comprime la facoltà del cittadino di fruire delle informazioni (la violazione del “diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione”); i secondi riguardano invece l’obbligo di procedere alla pubblicazione: la loro violazione si concretizza in un contegno puramente omissivo a fronte del quale l’interessato può richiedere il dato, l’informazione o il documento all’amministrazione (art. 5 del d.lgs. 33/2013) e, in caso di silenzio o di diniego, agire in giudizio per la tutela del diritto di accesso civico (art. 116 c.p.a.).

Fanno parte della prima categoria, ad esempio, gli obblighi di *garanzia della qualità delle informazioni* previsti dall'art. 6 del d.lgs. 33/2013. In forza di tale disposizione, le pubbliche amministrazioni assicurano "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 secondo quanto previsto dall'art. 7". Si consideri anche l'obbligo di pubblicare i dati in formato tipo aperto ai sensi dell'art. 68 del Codice dell'amministrazione digitale (art. 7); oppure quello di collocamento nella home page dei siti istituzionali di una apposita sezione denominata "Amministrazione trasparente" (art. 9). Simili disposizioni qualificano in modo più dettagliato un dovere di "non ledere" che sussisterebbe comunque, anche a prescindere da fattispecie particolari. E questo tipo di obblighi (ed il diritto, a loro correlato) non offre motivo di intravedere una connessione diretta o indiretta ad un potere amministrativo, che giustifichi la devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva. La loro violazione dà luogo ad una comune responsabilità civile della pubblica amministrazione, rispetto alla quale non c'è ragione che la controversia venga distolta dal giudice naturale dei diritti soggettivi.

Un secondo ordine di considerazioni riguardo ai principi stabiliti dalla Corte costituzionale si impone con riferimento all'istituto dell'accesso civico, considerando che il contenuto dell'obbligo di pubblicazione, quindi l'oggetto della pretesa del singolo in caso di omessa pubblicazione, si scinde in tre diverse sottospecie: i *documenti*, le *informazioni*, i *dati*.

Sui primi due oggetti (documenti e informazioni), non sembrano porsi particolari questioni. La controversia sulla loro mancata pubblicazione da parte della pubblica amministrazione lascia intendere un comportamento non dissimile dal diniego o dall'inerzia serbata dall'amministrazione a fronte della presentazione di istanze di accesso formale secondo le norme generali.

Del resto, nell'uso dei vocaboli *documento* e di *informazione* il legislatore batte la strada aperta da concetti già vigenti: quello di *documento amministrativo* di cui all'art. 22 della legge 241/1990 e, per quanto

concerne le *informazioni*, l'art. 2, comma 1, del d.lgs. 195/2005 (in materia di accesso del pubblico all'informazione ambientale).

Si può dubitare che anche le norme generali in materia di accesso non siano in linea con i principi enunciati dalla Corte costituzionale²³. Ma ciò che ora preme sottolineare è che la omessa pubblicazione di *documenti e informazioni* non dà particolari problemi rispetto ad una ordinaria controversia assoggettata al rito di cui all'art. 116 c.p.a. Perlomeno, non ne vengono incise le argomentazioni a sostegno dell'opinione – per chi la voglia condividere – che la forma di tutela del diritto di accesso sia legittimamente ascrivibile a quella dell'interesse legittimo.

Il problema più delicato riguarda la mancata pubblicazione di *dati*. Beninteso, dal punto di vista dell'esecuzione dell'obbligo di pubblicazione, il comportamento a cui la pubblica amministrazione è tenuta, in forza del decreto del 2013, è sempre il medesimo, che si tratti di documenti, informazioni o dati. Il d.lgs. 196/2003 (*Codice in materia di protezione dei dati personali*) distingue però chiaramente tra dati personali contenuti in *documenti* amministrativi di cui sia chiesto l'accesso (a cui potremmo aggiungere le *informazioni*) e disciplina dei *dati* trattati dalla pubblica amministrazione al di fuori delle norme sull'accesso ai documenti amministrativo. Quanto ai primi, l'art. 59 del Codice prevede che i limiti per l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi contenenti dati personali, *e la relativa tutela giurisdizionale*, restino disciplinati dalla legge 241/1990. Per quanto riguarda i dati, l'art. 152 *attribuisce all'autorità giudiziaria ordinaria tutte le controversie che riguardino l'applicazione delle disposizioni del Codice*. E il d.lgs. 33/2013, nella parte in cui prescrive la diffusione di dati personali (ad esempio art. 15, sui dati dei titolari di incarichi dirigenziali e di consulenza esterna) si ricollega palesemente all'art. 19 del d.lgs. 196/2003, il quale stabilisce un principio di tassatività delle ipotesi di diffusione da parte delle pubbliche amministrazioni. A parte questo, la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul trattamento, comunicazione e diffusione di dati personali è un indizio

(23) C. MARZUOLI, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, cit., p. 67.

persino clamoroso circa il fatto che la posizione della pubblica amministrazione, rispetto ai relativi obblighi di comportamento, denota una totale assenza di autorità, di potere nel senso inteso dalla Corte costituzionale con la sentenza 204/2004. Anche per rapporto alle controversie relative agli obblighi di trasparenza, che si concretizzano nel dovere di semplice diffusione di dati, che la devoluzione delle controversie alla giurisdizione esclusiva non appare quindi del tutto giustificata.

In conclusione, l'art. 52 del d.lgs. 33/2013, laddove attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di "violazione degli obblighi di trasparenza", anziché le sole controversie in cui l'attività della pubblica amministrazione opera come autorità, è di dubbia compatibilità con i principi stabiliti dalla Corte costituzionale nella sentenza 204/2004.

6. Considerazioni conclusive. Di un "concetto universalmente accolto": l'origine popolare del potere amministrativo

Il breve percorso d'indagine che abbiamo qui intrapreso con riferimento alle situazioni soggettive derivanti dal d.lgs. 33/2013 porta a concludere che le nuove norme anticorruzione, in materia di accessibilità pubblica totale alle informazioni amministrative, non solo non introducono alcun diritto civico – e confermano anzi sostanzialmente la struttura della posizione soggettiva legittimante l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi secondo le regole di cui alla legge 241/1990 – ma denotano un uso di dubbia legittimità costituzionale della discrezionalità del legislatore di devolvere controversie alla giurisdizione amministrativa esclusiva.

Il motivo che sembra reggere l'intervento del legislatore ordinario del 2013 è proprio quella idea di giurisdizione esclusiva "ancorata alla pura e semplice presenza, in un certo settore dell'ordinamento, di un rilevante pubblico interesse", che la Corte costituzionale ha giudicato in contrasto con l'art. 103 Cost.

A risentirne è anche la razionalità complessiva del nuovo sistema della trasparenza come accessibilità totale. Tornando alle osservazioni da cui eravamo partiti, senza voler giungere a considerazioni eccessive, si direbbe che ancora manca, nella legislazione italiana, anche solo un inizio di disciplina di un "controllo diffuso" sul perseguimento delle funzioni amministrative e sull'uso delle risorse pubbliche.

Occorre d'altronde non dimenticare che il controllo diffuso è pur sempre attività di controllo vera e propria, presuppone “una misura, un sistema di sanzioni” che deve essere identificabile al di là dei semplici effetti di consenso o dissenso che possono derivare nel momento della espressione del voto²⁴. Piaccia o meno, il controllo popolare implica una diversa concezione del “potere amministrativo”.

Signor Presidente, a me parrebbe di ingiuriare l'Assemblea se illustrassi questo emendamento, che è basato su un concetto universalmente accolto, che cioè debba essere esercitato un controllo sulla pubblica amministrazione. E da chi? Evidentemente da chi ne è la fonte, la sorgente della sovranità, del potere²⁵.

L'emendamento non illustrato dal deputato La Rocca, presentato a firma sua e di Togliatti, suggeriva di aggiungere un ultimo comma all'art. 91 del Progetto di Costituzione (art. 97 Cost.), il quale avrebbe disposto che “la legge determina i modi e le forme in cui si esercita il controllo popolare sulle pubbliche amministrazioni”.

La replica di Tosato fu che la Costituzione non vieta al legislatore di introdurre ulteriori forme di controllo sulla pubblica amministrazione, in aggiunta ai controlli (anch'essi, secondo Tosato, popolari), già esercitati per mezzo degli organi rappresentativi. Per questo il comma aggiuntivo appariva “perlomeno superfluo”²⁶.

Ma il senso più profondo dell'emendamento La Rocca e Togliatti, che assumeva la esistenza di una capacità, se non di una vera e propria *legittimazione del popolo* al controllo sulla pubblica amministrazione, non è tale da poter essere minimizzato. In particolare, sorge spontaneo l'interesse per quella *figura giuridica soggettiva* che sarebbe

(24) L. VANDELLI, *Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli?*, nell'omonimo *Volume*, Milano, 2009, p. 23.

(25) In A.C., CCLXXII, Seduta pomeridiana di venerdì 24 ottobre 1947, p. 1563.

(26) Sulla vicenda dell'emendamento La Rocca-Togliatti si veda L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1970, p. 78; U. ALLEGRETTI, *Il cammino accidentato di un percorso costituzionale: quaranta anni di pratiche partecipative in Italia*, in *Astrid-online*, 1, 2011, p. 12.

stata formalmente sancita se l'emendamento fosse stato accolto, ma che ugualmente non si può ritenere estranea al significato dell'art. 97 Cost.: il popolo, ciascun cittadino, membro del popolo, artefice del potere amministrativo e perciò abilitato ad esercitarlo nelle forme e nei limiti stabiliti dalla Costituzione.

L'istituzione di un controllo popolare "diffuso" esige che si condivida una idea: che in una Costituzione fondata sul principio di sovranità popolare il potere amministrativo può anche non essere il potere della pubblica amministrazione; e la legge può curarsi di accordarlo con il potere amministrativo civico, il potere di chiunque. Le figure giuridiche soggettive nei confronti della pubblica amministrazione non sono quindi solo le *situazioni giuridiche soggettive* della teoria generale del diritto (la "dogmatica giuridica"), ma possono anche formarsi e candidarsi alla tutela giurisdizionale in altri modi: in particolare, possono risultare paradossalmente "protette" dall'ordinamento proprio perché quest'ultimo rinuncia volontariamente a qualificarle e differenziarle. Nella costruzione democratica delle regole sulla trasparenza, il contrasto tra i due atteggiamenti tipici dell'ordinamento, protezione e indifferenza, non è radicale, poiché la effettività delle regole è assicurata proprio dal riconoscimento di una garanzia giurisdizionale immediata degli interessi che, per l'ordinamento, sono "irrilevanti"²⁷. Il diritto del "chiunque", in quanto diritto civico, non può sopportare il peso del paradigma del rapporto giuridico, di figure quali il "diritto soggettivo" o l'"interesse legittimo" per come prevalentemente lo si intende (diritto di credito); ma perché ciò si avveri, la legge deve saper resistere alla tentazione di ridurlo ad un mero riflesso del dovere della pubblica amministrazione, deve cioè saper rinunciare alla suggestione della "bilateralità" come essenza della giuridicità della norma.

L'art. 5 del decreto del 2010 avrebbe avuto ben diverse conseguenze se fosse stato così formulato: "anche in mancanza di obblighi di

(27) Osserva C. CUDIA, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione*, cit., p. 676, che, a differenza del diritto di accesso, "la pubblicità, in questo contesto, si lega ad una scelta dell'ordinamento che astraе dall'atteggiarsi delle relazioni giuridiche nel caso concreto e che, con riferimento alla pubblica amministrazione, assume la massima portata".

pubblicazione previsti dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni, chiunque ha il diritto di richiedere documenti, informazioni o dati” (i limiti potrebbero essere gli stessi del diritto di accesso di cui alla legge 241/1990, e la definizione di informazioni ricostruita, o ricavata, con i dovuti adattamenti, dal d.lgs. 195/2005). L’aver costruito il *diritto di accesso civico* come correlato di un *dovere di pubblicazione* di determinate categorie di informazioni, rende il decreto 33/2013 utile – ma solo parzialmente – alla realizzazione del profilo “civico” della trasparenza amministrativa.

L’elemento-cardine resta unicamente il diritto di fruire delle informazioni pubblicate sui siti istituzionali delle amministrazioni. Dal che par lecito desumere che il decreto 33/2013, piuttosto di un controllo diffuso sull’operato delle pubbliche amministrazioni, abbia avuto di mira il perseguimento di un *interesse pubblico alla informazione*, che incanala la trasparenza verso la collaborazione cittadino-autorità.

Questa breve e sommaria riflessione non può chiudersi in modo netto, tranne appunto osservare che la trasparenza come scopertura di dati personali, documenti, informazioni fa pensare veramente alla metafora di una “casa di vetro”, che il cittadino contempla però da una posizione innocua, perché privo di poteri di controllo.

Il profilo giuridico più manifesto della riforma della trasparenza torna così ad essere la specificità penalistica del fenomeno della corruzione. L’immagine che il legislatore ha avuto presente è quella del cittadino-informatore, di un *whistleblower* agente allo stato diffuso, la cui consapevolezza dell’andamento dell’amministrazione è funzionale ad un controllo ancora saldamente allocato presso i corpi rappresentativi; controllo che proprio la trasparenza può contribuire a rendere più enigmatico. Se, infatti, la trasparenza non è un diritto civico, fatalmente torna ad essere prerogativa del potere, funge da legittimazione della potestà di intervento sulle burocrazie, da parte di chi, la politica, si considera abilitato a raccogliere ciò che rimane nella rete dell’offerta di pubblicità: denunce, esposti, dibattiti, ecc. Ecco una prospettiva per nulla tranquillizzante, che il decreto legislativo 33/2013, nella migliore delle valutazioni, non ha avuto la chiarezza e la prontezza di allontanare. E così anche la destinazione del giudice amministrativo ad un ruolo di dubbia compatibilità con l’art. 103

Cost., che lo configura come una sorta di *giudice specializzato della accessibilità totale*, acquista un significato di supporto ad un disegno che, poco importa con quale consapevolezza, tende a trasformare la trasparenza amministrativa in una “riduzione della complessità”, ancora una volta, nel potere²⁸ dei corpi amministrativi come antitesi del potere del cittadino.

(28) In questi termini, richiamando la definizione di Luhmann (il potere come “riduzione della complessità”), G. ARENA, *Il segreto amministrativo*, Padova, 1984, vol. II, p. 23.

