

Elè Belè

Dialoghi su democrazia, diritto e processo

Collana diretta da: Roberto Martino e Antonio Barone

Comitato Scientifico

Endrius Eliseo Cocciolo, Nicola Colaianni,
Enrico Follieri, Fabio Francario,
Fabrizio Fracchia, François Lafarge,
Francesco Manganaro, Andrea Panzarola,
Aristide Police, Francesco Ricci,
Maria Alessandra Sandulli,
Fabio Santangeli, Giorgio Spangher,
Roberta Tiscini, Francesco Vergine.

Segreteria di redazione

Mirko Abbamonte – Raffaella Dagostino

Il tema della trasparenza è sempre più ricorrente negli studi giuridici dell'ultimo periodo. La dottrina lo ha analizzato sotto vari profili e prospettive: come strumento per rinvigorire gli istituti di democrazia amministrativa, quale mezzo per contrastare la corruzione, e come istituito per incrementare la fiducia coltivata dai cittadini nei confronti delle istituzioni, oggi sempre più affievolita.

In una società decostruita e sfiduciata la trasparenza può costruire un elemento chiave per superare la profonda crisi (economica e di valori) in atto. Accesso civico e conoscibilità algoritmica costruiscono solo alcuni esempi dei nuovi volti della trasparenza, che consentono di delineare alcuni tratti originali del rapporto cittadini-amministrazioni, immaginando percorsi di democraticità oltre la crisi attuale.

Angelo Giuseppe Orofino è professore associato confermato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche e dell'Impresa dell'Università Lum Giuseppe Degennaro, Ateneo presso il quale è titolare dei corsi di diritto amministrativo, di diritto processuale amministrativo, di diritto dell'amministrazione digitale e di diritto dell'economia e dell'ambiente. Componente del collegio docenti del dottorato di ricerca in Teoria generale del processo della Lum, è stato invitato come visiting professor presso prestigiosi Atenei stranieri come le Università di Castiglia-La-Mancia (campus di Toledo), di Limoges, di Murcia, e di Santiago di Compostela. È fondatore e direttore responsabile della «European Review of Digital Administration & Law», rivista edita per i tipi di Aracne che vede la partecipazione editoriale di studiosi provenienti da importanti realtà accademiche europee. È direttore del master universitario di secondo livello in «Contratti pubblici ed e-procurement», giunto alla terza edizione; in precedenza è stato direttore di due edizioni del master universitario di secondo livello su «Diritto, organizzazione e programmazione dei servizi alla persona». È negli organi direzionali e redazionali di altre autorevoli riviste giuridiche italiane e straniere, tra le quali «Il Processo» edita per i tipi della Giuffrè Lefebvre. Ha partecipato a interessanti progetti di ricerca, italiani e stranieri, e compone diverse reti internazionali di studiosi del diritto pubblico. È autore di numerose pubblicazioni sui temi del diritto amministrativo e costituzionale. Tra i suoi principali lavori si segnala il volume monografico: *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Cacucci, Bari, 2008. È avvocato amministrativista, abilitato al patrocinio presso le magistrature superiori.

ISBN 978-88-6611-962-3



9 788866 119623

€ 35,00

I volumi pubblicati in questa Collana sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (*double blind peer review*).

Gli atti della procedura di revisione sono consultabili presso i Direttori.



A.G. Orofino LA TRASPARENZA OLTRE LA CRISI

9
S

Elè Belè

Dialoghi su democrazia, diritto e processo

Collana diretta da Roberto Martino e Antonio Barone

ANGELO GIUSEPPE OROFINO

LA TRASPARENZA OLTRE LA CRISI

Accesso, informatizzazione e controllo civico

con prefazione di Jean-Bernard Auby



CACUCCI EDITORE
BARI

La Collana

«Quando da bambini, a Calcutta, eravamo intenti nei nostri giochi, non di rado giungeva un bambino più piccolo, che insisteva per unirsi a noi. Fortunatamente avevamo escogitato un modo per risolvere situazioni come queste: lasciavamo che il nuovo arrivato partecipasse al gioco; prima, però, bisbigliavamo nelle orecchie degli altri giocatori le parole di “elè belè”. Un *elè belè* è un giocatore che crede di prender parte al gioco, ma che in realtà partecipa soltanto in apparenza. Tutti, tranne lui, sanno che non verrà preso sul serio. Un goal segnato da un *elè belè* non è un vero goal [...]» (K. BASU, *L'India e le illusioni della democrazia globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 5). Piace anche a noi utilizzare questa suggestione dell'*elè belè* quale metafora dell'odierna crisi della democrazia, tanto a livello mondiale quanto a livello nazionale. Da qui nasce l'idea di creare un nuovo strumento di “dialogo” su tematiche che coinvolgono trasversalmente il diritto sostanziale ed il diritto processuale, andando talora oltre le tradizionali partizioni tra le varie branche giuridiche. Ciò con l'obiettivo tanto ambizioso quanto doveroso di contribuire a stimolare, attraverso la riflessione giuridica, un rinnovato dibattito sulla nostra democrazia. Il rischio è che la condizione del cittadino possa regredire a quella di un *elè belè*, convinto di partecipare al grande “gioco” della democrazia dal quale, invero, potrebbe restare escluso. Anche per questo abbiamo voluto caratterizzare la copertina dei volumi di questa nuova Collana con l'immagine del dipinto “Giocatori di palla ovale”, 1908, di Henri Rousseau.

Roberto Martino
Antonio Barone

Elè Belè

Dialoghi su democrazia, diritto e processo

Collana diretta da: Roberto Martino e Antonio Barone

Comitato Scientifico

Endrius Eliseo Cocciolo, Nicola Colaianni, Enrico Follieri,
Fabio Francario, Fabrizio Fracchia, François Lafarge,
Francesco Manganaro, Andrea Panzarola, Aristide Police,
Francesco Ricci, Maria Alessandra Sandulli, Fabio Santangeli,
Giorgio Spangher, Roberta Tiscini, Francesco Vergine.

Segreteria di redazione

Mirko Abbamonte – Raffaella Dagostino

I volumi pubblicati in questa Collana sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (*double blind peer review*).

Gli atti della procedura di revisione sono consultabili presso i Direttori.

Elè Belè

Dialoghi su democrazia, diritto e processo

Collana diretta da: Roberto Martino e Antonio Barone

ANGELO GIUSEPPE OROFINO

LA TRASPARENZA OLTRE LA CRISI

Accesso, informatizzazione e controllo civico

con prefazione di Jean-Bernard Auby

CACUCCI  EDITORE
BARI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2020 Cacucci Editore – Bari
Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

INDICE

PREFAZIONE DI JEAN-BERNARD AUBY	pag.	1
INTRODUZIONE	»	5

CAPITOLO PRIMO

L'AMMINISTRAZIONE «CASA DI VETRO»

SEZIONE I

I PERCORSI EVOLUTIVI DELLA TRASPARENZA

1. Da mezzo di difesa a strumento di controllo	»	13
2. Dal segreto all'accesso civico	»	20
3. Articolazioni e declinazioni del principio	»	36

SEZIONE II

TRASPARENZA, DEMOCRATICITÀ E PARTECIPAZIONE

1. Il legame inscindibile con il principio democratico	»	47
2. Uno strumento di promozione sociale e di partecipazione individuale	»	55
3. La trasparenza in funzione di un'amministrazione imparziale, efficiente ed al servizio dei cittadini	»	67
4. Il legame con i temi della giustiziabilità e della responsabilità	»	75
5. La prospettiva del livello essenziale delle prestazioni	»	80

*SEZIONE III**LA DIMENSIONE EUROUNITARIA*

1. Riflessioni introduttive	pag.	85
2. L'affermazione del principio nella Carta di Nizza e nei Trattati	»	89
3. La declinazione del principio nella normativa dell'Unione e nella giurisprudenza comunitaria	»	94
4. Trasparenza e partecipazione nella Cedu	»	98

CAPITOLO SECONDO

LA TRASPARENZA ALLA PROVA DELLE RECENTI RIFORME

*SEZIONE I**LA PUBBLICITÀ TELEMATICA DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI*

1. I mezzi informatici di pubblicazione di atti e provvedimenti	»	115
2. Le disposizioni sulla pubblicità telematica	»	119
3. <i>Segue</i> : ambito oggettivo di applicazione e problematiche attuative	»	120
4. <i>Segue</i> : ambito soggettivo di applicazione	»	130
5. Rilievi critici	»	131

*SEZIONE II**L'ACCESSO AGLI ATTI E ALLE INFORMAZIONI
NEL «DECRETO TRASPARENZA»*

1. Considerazioni preliminari	»	133
2. La fase programmatica	»	137
3. L'oggetto della trasparenza	»	143

4. Gli strumenti operativi	pag. 147
5. I soggetti coinvolti	» 149
6. <i>Segue</i> : il responsabile della trasparenza	» 154
7. L'accesso civico: legittimazione attiva e oggetto della richiesta conoscitiva	» 158
8. <i>Segue</i> : la pretesa funzionalizzazione della istanza ostensiva	» 169
9. I problemi di raccordo con l'accesso documentale	» 179
10. Modalità e strumenti per l'esercizio dell'accesso civico	» 183
11. I limiti all'accesso civico	» 187

CAPITOLO TERZO

LE NUOVE FRONTIERE DELLA TRASPARENZA AMMINISTRATIVA

SEZIONE I

LA TRASPARENZA INFORMATICA

1. La trasparenza informatica: profili introduttivi	» 193
2. La discussa qualificazione del software come atto amministrativo	» 196
3. Il codice sorgente e la sua ostensibilità	» 202
4. Tra accessibilità e intellegibilità: le nuove esigenze della trasparenza algoritmica	» 207
5. Tra software proprietario e software open source: la scelta del programma quale momento di trasparenza	» 212
6. La definizione delle regole di programmazione	» 218
7. La responsabilità dell'immissione dei dati e l'accesso ai file di log	» 226

- | | |
|---|----------|
| 8. La motivazione degli atti automatici | pag. 229 |
| 9. Brevi riflessioni di sintesi | » 234 |

SEZIONE II

LA TRASPARENZA IN CHIAVE ANTICORRUTTIVA

- | | |
|---|-------|
| 1. La conoscibilità quale strumento di contrasto della corruzione | » 237 |
| 2. Il controllo civico sul corretto svolgimento delle funzioni e sull'impiego delle risorse | » 241 |
| 3. Alcune peculiarità in tema di appalti pubblici | » 242 |

CAPITOLO QUARTO

TUTELE E RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DELL'AMMINISTRAZIONE TRASPARENTE

- | | |
|---|-----------|
| 1. Il confronto civico nella crisi del principio di legalità | » 247 |
| 2. La mancanza di trasparenza come momento patologico dell'esercizio delle funzioni | » 256 |
| 3. Trasparenza ed attenzione alla qualità dell'azione | » 261 |
| 4. Per un superamento del giudizio sull'atto: la tutela processuale avverso l'amministrazione trasparente. | » 264 |
| 5. Le ricadute in tema di onere probatorio | » 274 |
| 6. La trasparenza nell'era della disintermediazione: tra strumento di legittimazione e mezzo «controdemocratico» di amministrazione | » 278 |
| 7. Miti ed ombre della trasparenza | » 285 |
|
BIBLIOGRAFIA |
» 291 |

PREFAZIONE

È per me un grande piacere presentarvi il libro di Angelo Giuseppe Orofino, per la ragione che non solo è un prezioso affresco sul diritto italiano della trasparenza amministrativa, ma è anche un lavoro particolarmente aperto ed entusiasta. È aperto in proporzione all'interesse che Angelo nutre da tempo per la digitalizzazione dell'azione pubblica: la sua competenza è visibile nel terzo capitolo, particolarmente stimolante (pubblicato in inglese anche nella «European Review of Digital Administration & Law», che Angelo Giuseppe Orofino ha avviato con Julián Valero Torrijos). L'opera è anche aperta alla comparazione e l'apparato bibliografico è ricco di riferimenti stranieri, molti dei quali, tra l'altro, sono francesi. È anche entusiasta: l'autore porta alta l'idea che la trasparenza amministrativa sia, in breve, un elemento essenziale del funzionamento democratico.

Nell'epoca contemporanea, sono pochi gli oppositori all'idea che la trasparenza dell'azione pubblica sia un elemento essenziale dei processi democratici, come una componente fondamentale dell'etica democratica. Siamo oggi ben consapevoli che i meccanismi elettorali e rappresentativi non sono più sufficienti a mantenere la promessa democratica e che tutto ciò che può permettere ai cittadini di avere un contatto diretto con la cosa pubblica, così come tutto ciò che può riequilibrare il rapporto tra cittadini e dirigenti pubblici, deve essere ricercato: la trasparenza gioca un ruolo essenziale in questo senso. Inoltre, è pienamente coerente con l'etica democratica della dignità umana: permettere ai cittadini di conoscere il più possibile le ragioni delle prescrizioni che le autorità pubbliche emanano contro di loro, le indicazioni che scelgono per loro, è rispettare la loro dignità.

Non è un caso che la trasparenza sia diventata una sorta di principio comune nei nostri diritti pubblici, fortemente veicolato pure dal diritto europeo. Si può anche pensare che sia un principio generale del diritto internazionale.

Inoltre, come sottolinea Angelo Giuseppe Orofino, la sempre maggiore importanza della trasparenza amministrativa è dovuta anche a considerazioni meno ontologiche e più operative. La trasparenza sembra

essere una delle chiavi per una buona amministrazione, soprattutto perché è una buona garanzia di imparzialità. È anche un ingrediente essenziale dell'etica pubblica, in particolare in quanto è indispensabile nella lotta contro la corruzione e i conflitti di interesse.

A questo possiamo aggiungere, in un campo ancora più concreto, che è una forza trainante per lo sviluppo economico: i dati pubblici sono di grande utilità per molti attori economici, e se lo sviluppo di "open data", rendendo questi dati aperti e riutilizzabili, è incoraggiato nei nostri Paesi e dall'Unione Europea, è anche perché alimenta alcune attività economiche, in particolare consentendo la creazione di alcuni servizi.

Il libro è prezioso per il lavoro comparativo: è pieno di confronti con altri sistemi. Per il lettore francese che sono, offre un prezioso spaccato di una legge di trasparenza amministrativa che solleva sostanzialmente le stesse domande del diritto francese – e di vari altri sistemi giuridici – e fornisce risposte a volte simili, a volte diverse. Come la maggior parte degli altri sistemi, il diritto francese e il diritto italiano si sono storicamente evoluti da un'apertura "difensiva" dei dati pubblici alle persone interessate a vederli comunicati, a un "accesso civico" aperto a tutti i cittadini in quanto tali. I limiti di accesso – ordine pubblico e sicurezza, privacy e segreti commerciali, segreti di Stato – sono sostanzialmente gli stessi in entrambi i diritti.

Ma il libro introduce anche il lettore straniero alle caratteristiche originali della legislazione italiana, che possono essere fonte di ispirazione. L'idea di una piattaforma nazionale per la pubblicazione di atti amministrativi è interessante, anche se non sembra facile da realizzare nella pratica. La ricerca di un'iscrizione di trasparenza nell'organizzazione amministrativa, con piani triennali, con responsabili della trasparenza è una strada importante. È importante anche il costante desiderio di collegare la questione della trasparenza a quella della corruzione.

Come già suggerito, uno dei maggiori interessi del libro risiede negli sviluppi dedicati alle nuove dimensioni che la rivoluzione digitale sta introducendo nella trasparenza amministrativa e nel suo diritto. La tecnologia digitale è ovviamente uno strumento essenziale per la diffusione degli atti amministrativi e dei dati pubblici, nonché più in generale per la comunicazione tra i cittadini e la pubblica amministrazione. Ma sta anche diventando, e questo è sia l'aspetto più interessante che quello più preoccupante, uno strumento per le decisioni pubbliche: una tendenza irresistibile sta portando le amministrazioni locali e nazionali ad affidarsi ad algoritmi e tecniche di intelligenza artificiale e machine learning per guidare le loro decisioni.

E questo pone problemi giuridici sempre più evidenti. Uno dei più difficili è determinare la natura degli algoritmi “pubblici”, nel senso di algoritmi utilizzati nei processi decisionali pubblici. Atti amministrativi? Semplici documenti amministrativi? Allontanandosi dalla sua giurisprudenza nazionale, Angelo Giuseppe Orofino si orienta verso la seconda soluzione, che è quella attualmente fatta propria dal diritto amministrativo francese.

Questa è probabilmente la soluzione più compatibile con la natura spesso opaca degli algoritmi: è difficile accettare che un atto amministrativo sia incomprensibile per il cittadino medio. Resta il fatto che la qualificazione come documento amministrativo non risolve tutti i problemi. Come spiega Angelo, lascia aperta la questione della proprietà intellettuale sull'algoritmo. Inoltre, anche se si distingue l'algoritmo pubblico dalla decisione amministrativa che guida, esso sarà comunque un elemento di motivazione di tale decisione. Questa motivazione può essere difficile da capire per i cittadini – e quindi poco “trasparente” – e può anche essere difficile da controllare da parte dei giudici, mentre essi sono i massimi garanti della trasparenza, della legalità delle motivazioni e dell'adeguatezza dell'atto amministrativo in relazione alla sua motivazione.

Queste vertiginose questioni sollevate dalla digitalizzazione dell'azione pubblica sono già, e lo saranno ancora di più domani, al centro del problema della trasparenza amministrativa. Lo status dei dati pubblici, il diritto che ne regola la raccolta, la protezione, la divulgazione e l'utilizzo – attraverso algoritmi sempre più diffusi – nella preparazione delle decisioni pubbliche, il loro riutilizzo da parte dei cittadini e delle imprese: queste saranno alcune delle questioni più strategiche dei nostri diritti amministrativi di domani.

Sono temi di grande attualità, tutti legati alla trasparenza amministrativa, della cui importanza occorre avere particolare consapevolezza. La crisi sanitaria, come la crisi climatica, sta mettendo le nostre società di fronte a se stesse, costringendole a guardarsi per quello che sono. Lo specchio dell'informazione pubblica è l'unico in cui si può razionalmente pensare di farlo. Le discipline che circondano questo specchio devono dunque essere caratterizzate dal massimo rigore.

Ecco di cosa tratta in questo libro, di cui sono felice e onorato di essere stato invitato a scrivere la prefazione e che sono sicuro i lettori troveranno di grande interesse da scoprire.

Bayonne, 4 novembre 2020

JEAN-BERNARD AUBY

INTRODUZIONE

È, quello attuale, un tempo di crisi.

Di crisi sanitaria, evidentemente.

Ma anche, e soprattutto, di crisi economica e di crisi di valori (sociali e giuridici), che la diffusione della pandemia ha solo avuto l'effetto di acuire, ma non anche di propiziare.

Non è da oggi, del resto, che si parla dei problemi che incontra il diritto¹, soprattutto statale², aggredito dall'esterno per via della crescente globalizzazione³ dei sistemi giuridici⁴ ed economici⁵, e dall'interno a causa del proliferare delle fonti⁶, oltre che della cattiva qualità della normazione⁷.

¹ J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1998, 659, sottolinea la «crise du droit moderne». In argomento v. anche J. CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l'administration. Recherches sur la politique du droit administratif*, Puf, Paris, 2008, 231 e *passim*.

² J.-B. AUBY, *La bataille de San Romano : réflexions sur les évolutions du droit administratif*, in *Actualité juridique. Droit administratif*, vol. 57, n. 11, 2001, 912.

³ J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, II ed., Lextenso, Paris, 2010, cui adde S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003; ID., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009.

⁴ J.-B. AUBY, *La globalisation*, cit., 240: «L'étendue de la pénétration de normes internationales dans les questions relevant du droit administratif est aujourd'hui impressionnante». Sul punto v. anche P. COSSALTER, *L'internationalisation du droit administratif : un point de vue français*, in ID., G.J. GUGLIELMI (a cura di), *L'internationalisation du droit administratif*, Ed. Pantheon Assas, Paris, 2020, 15

⁵ F. BALAGUER CALLEJÓN, *Crisis económica y crisis constitucional en Europa*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 98, 2013, 91 e spec. 103: «A nivel mundial hace ya tiempo que determinadas instancias externas condicionan la política económica de los Estados nacionales».

⁶ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, IV ed., Giuffrè, Milano, 1999.

⁷ Stigmatizza un «modo di esercizio della funzione legislativa, alluvionale e contraddittorio», e pertanto «foriero di incertezze applicative e di contenzioso», che «costituisce un onere amministrativo [...] inaccettabile» la stessa Consulta, nella recente sentenza C. cost., 8 luglio 2020, n. 141, in *Giurcost.org*, da cui le frasi virgolettate sono tratte. Osservazioni non dissimili sono svolte in Francia

Ma la crisi non è collegata solo al caos nella produzione delle regole.

È, invece, anche intimamente connessa con una destrutturazione sociale⁸, compulsata dall'affermarsi di aspirazioni individualistiche⁹ ed egoistiche¹⁰ che – all'esito delle crescenti diseguaglianze causate dalle vicissitudini economiche¹¹ – sta portando alla attenuazione dei legami

dal Conseil constitutionnel che, in diverse occasioni, ha sottolineato l'importanza de «le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent, afin de prémunir les sujets de droits contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques» (C. const., décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, in www.legifrance.gouv.fr), valorizzando «l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; qu'en effet l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et “la garantie des droits” requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables» (Id., décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *ivi*). Critica «la sensación de poder que invade a tantos políticos (y a las fuerzas en que militan) con el activismo de hacer más y más leyes, sin pararse a meditar si con menos sería suficiente, si bastaría con algún retoque» M. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La calidad de la ley según la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos*, in *Derecho Privado y Constitución*, n. 17, 2003, 377 e spec. 379. In argomento v. anche J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne ?*, cit., 659; B.G. MATTARELLA, *Codificazione e stato di diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 365; M.A. SANDULLI, *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici*, in *Federalismi*, n. 11, 2018, 2. È noto che la complessità ordinamentale ha portato il giudice costituzionale, con la storica sentenza C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Giurcost.org*, a ritenere illegittimo l'art. 5 c.p. nella parte in cui non consente la scusabilità dell'ignoranza della legge qualora, per fatto non ascrivibile all'interessato, quest'ultimo si sia trovato nella impossibilità di conoscere il precetto penale.

⁸ A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa*, Franco Angeli, Milano, 2017, 75.

⁹ Racconta di «une “culture du narcissisme” faisant de l'“épanouissement de soi” la principale valeur de la vie», J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne ?*, cit., 659.

¹⁰ P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, Seuil, Paris, 2011, ad opinione del quale l'era d'oro dell'uguaglianza e della tutela dei diritti sociali è stata fortemente propiziata dalla solidarietà di esperienze e di problemi vissuti nel corso delle due guerre mondiali, laddove nell'ultimo turno di tempo si sta assistendo ad un ritorno alla disuguaglianza e ad una disgregazione dei legami di solidarietà sociale.

¹¹ M. ALMEIDA CERREDA, *Instrumentos de optimización y técnicas de tutela del Estado social español*, testo dattiloscritto della relazione svolta in occasione del seminario tenuto in data 18 ottobre 2019 presso la Scuola di specializzazione

di cittadinanza¹², e ad un affievolimento degli ideali¹³ che ispirano le democrazie¹⁴ postmoderne¹⁵, delle quali si arriva ad auspicare correzioni «epistocratiche»¹⁶.

Ne consegue l'insorgere, tra i cittadini, di uno strisciante senso di sfiducia e rassegnazione¹⁷, con conseguente affermazione di tendenze populistiche¹⁸.

Si è, in proposito, parlato di disintermediazione¹⁹ e di democrazia post-rappresentativa²⁰, al fine di sottolineare le rivoluzioni che stanno

dell'Università Lum Jean Monnet: «Es un hecho incontrovertido que la Gran Recesión ha incrementado el nivel de desigualdad en el seno de todas las sociedades occidentales». In argomento v. anche ID., *La incidencia del Derecho de la crisis económica en la configuración de la nueva disciplina en materia de ordenación, funciones y medios de las Administraciones locales en España*, in L. VANDELLI, G. GARDINI, C. TUBERTINI (a cura di), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, 393.

¹² J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, IV ed., Lextenso, Paris, 2017, 91.

¹³ Cfr. J. TUDELA ARANDA, *La democracia contemporánea. Mitos, velos y (presuntas) realidades*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 111, 2017, 125, il quale arriva ad affermare: «Es la misma democracia la que se encuentra en crisis como valor compartido» (*op cit.* 150). Con toni più sfumati v. S. LEVITSKY, L. WAY, *The Myth of Democratic Recession*, in *Journal of Democracy*, vol. 26, n. 1, 2015, 45.

¹⁴ Osserva P. ROSANVALLON, *Le bon gouvernement*, Seuil, Paris, 2015, 10 che è in atto un deficit democratico, chiaramente percepito dalle stesse cittadinanze: «Pour les citoyens, le défaut de démocratie signifie ne pas être écoutés, voir des décisions prises sans consultation, des ministres ne pas assumer leurs responsabilités, des dirigeants mentir impunément, un monde politique vivre en vase clos et ne pas rendre assez de comptes, un fonctionnement administratif rester opaque».

¹⁵ J.F. LYOTARD, *La Condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Éditions de Minuit, Paris, 1979.

¹⁶ J. BRENNAN, *Against Democracy*, Princeton University Press, Princeton, 2016.

¹⁷ S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1.

¹⁸ P. ROSANVALLON, *Le Siècle du populisme. Histoire, théorie, critique*, Seuil, Paris, 2020.

¹⁹ Il concetto di disintermediazione nasce in campo economico, e sviluppa l'idea che le nuove tecnologie consentano agli utenti di svolgere autonomamente attività che, di solito, richiedevano figure di mediazione: la sua prima teorizzazione viene fatta risalire al lavoro di P. HAWKEN, *The Next Economy*, Holt, Rinehart, and Winston, New York, 1983.

²⁰ C. BIANCALANA (a cura di), *Disintermediazione e nuove forme di mediazione. Verso una democrazia post-rappresentativa?*, Feltrinelli, Milano, 2018.

caratterizzando anche il settore del diritto pubblico e gli istituti della partecipazione e della rappresentanza²¹.

In questo scenario è sempre più evidente una volontà conoscitiva dei cittadini, alimentata da sentimenti di sospetto nei confronti dei soggetti della mediazione politica ed istituzionale (e, in *primis*, nei confronti dei partiti politici) per i molti fallimenti che vengono loro addebitati.

Il fenomeno descritto ha certamente un evidente rilievo sociologico e politologico.

Ha, però, un non meno importante risvolto giuridico, ove si rifletta sulle conseguenze che i cambiamenti innanzi descritti stanno avendo sul mondo del diritto, soprattutto pubblico²².

In questo contesto, la trasparenza assume un nuovo ruolo, ma anche nuovi contorni e nuovi significati: gli istituti conoscitivi cessano di essere visti esclusivamente come strumenti offerti al cittadino al precipuo scopo di tutelare le proprie posizioni soggettive eventualmente incise dall'agire amministrativo, e finiscono per assumere una insolita connotazione, distonica rispetto alla tradizione amministrativistica italiana: diventano, infatti, strumenti di vigilanza e controllo²³.

Di controllo civico, in funzione di contrasto della corruzione, e in funzione di supporto solidale ad amministrazioni sempre più in difficoltà nello svolgimento dei loro compiti che, attraverso la vivificazione degli istituti partecipativi, intendono rinsaldare i rapporti di cittadinanza e la fiducia istituzionale, appannatasi per via dello scalpore destato da vicende ed inchieste che hanno incrinato la credibilità dei decisori pubblici.

Non è un caso se (non solo in Italia) le disposizioni sulla trasparenza e sull'accesso civico sono certamente state propiziate da scandali politici²⁴, che hanno suscitato una veemente indignazione popolare, resa ancor più impetuosa dalle ristrettezze alle quali la maggior parte della popolazione era costretta per via della crisi economica: è apparso

²¹ Con toni critici sul fenomeno v. L. FASANO, *La democrazia fra disintermediazione politica e rappresentanza organizzata degli interessi*, in A. DI GREGORIO, L. MUSSELLI (a cura di), *Democrazia, Lobbying e processo decisionale*, Franco Angeli, Milano, 2015, 11.

²² M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. inf.*, 2015, 275; L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1111.

²³ M.A. SANDULLI, L. DROGHINI, *La trasparenza amministrativa nel FOIA italiano. Il principio della conoscibilità generalizzata e la sua difficile attuazione*, in *Federalismi.it*, n. 19, 2020, 401.

²⁴ V. quanto si dirà *infra*, nel cap. 2, sez. 2, par. 1.

assolutamente inaccettabile che in un periodo caratterizzato dalla scarsità di risorse, nel quale le stesse autorità chiedevano sacrifici agli italiani, vi fossero poi sprechi di denari pubblici.

In siffatto contesto, il riconoscimento della trasparenza ha avuto un significato duplice e convergente: *a)* da un lato, quello di corrispondere ad un urgente bisogno sociale di controllo *diretto e preventivo* su come venivano gestite le risorse e le funzioni pubbliche; *b)* dall'altro, quello di recuperare la fiducia dei cittadini, attraverso un loro coinvolgimento «esterno» nella gestione partecipata delle istituzioni, e attraverso mezzi utili ad incrementare le forme di legittimazione²⁵, anche facendo perno sull'intervento sussidiario dei privati²⁶ nei confronti di amministrazioni indebolitesi²⁷.

L'accrescimento di trasparenza consegue, dunque, ad un bisogno di vivificazione – soprattutto a livello locale²⁸ – degli istituti democratici sanciti dalla Costituzione²⁹.

Sviluppando le riflessioni innanzi svolte, il presente volume intende indagare e chiarire il mutamento di prospettiva che ha caratterizzato l'approccio verso la trasparenza, anche in funzione dell'utilizzo di nuovi strumenti tecnologici, che offrono nuove opportunità ma fanno sorgere problemi inediti.

L'analisi sarà condotta, anzitutto, attraverso il vaglio dei percorsi evolutivi che hanno caratterizzato gli istituti conoscitivi, oltre che del loro fondamento teorico, alla luce del quadro costituzionale e eurounitario. Si intende, in tal modo, contribuire a propugnare una lettura della normativa nazionale in linea con lo sviluppo del diritto dell'Unione e con l'analisi evolutiva dei vari principi costituzionali che informano

²⁵ Cfr. *infra*, cap. 4.

²⁶ F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 2020, 3.

²⁷ M. PROTTO, *Il diritto debole*, Giappichelli, Torino, 2019.

²⁸ M. ALMEIDA CERREDA, D. SANTIAGO IGLESIAS, *Transparencia, buenas prácticas y gestión de la calidad en la actividad de la administración pública gallega*, in *Dereito*, vol. 19, n. 2, 2010, 131; M. ALMEIDA CERREDA, *Los desafíos de las políticas y de los servicios sociales municipales: de la superación de las secuelas de la Gran Recesión, a la adaptación a un nuevo entorno socioeconómico*, in *Anuario del Gobierno Local*, 2017, n. 1, 157.

²⁹ L. DE LUCIA, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale*, in *Pol. del diritto*, 2019, 3, che propone il superamento della situazione di crisi mediante la rivalutazione della Costituzione: «La debolezza istituzionale richiede [...] di affrontare i diversi fattori di crisi dell'amministrazione a partire dalle indicazioni contenute nella Carta fondamentale» (*op. cit.*, 43).

l'agire amministrativo, tra i quali occorre innanzitutto richiamare quelli di democraticità, di imparzialità e di buon andamento, ma anche quelli volti a garantire la centralità dell'uomo e la sua promozione nelle formazioni sociali in cui egli sviluppa la sua personalità.

Senonché, se l'attuazione del principio è doverosa e vi è un contenuto minimo irrinunciabile di trasparenza che deve essere garantita³⁰, le modalità (e le «quantità») attraverso le quali tale garanzia possa essere offerta variano a seconda della differente sensibilità mostrata, dal legislatore (o dall'interprete), nei confronti dei valori (finanche contrapposti) che la trasparenza sottende.

L'apertura conoscitiva, se certamente porta vantaggi, può anche costituire un costo per le amministrazioni e, talvolta, viene ad essere addirittura considerata un intralcio all'assunzione di decisioni ben ponderate e serene: è il caso, per esempio, della valutazione tecnico-qualitativa di offerte presentate in pubblici appalti, ancora oggi effettuata in seduta riservata al fine di evitare influenze esterne sui giudizi dei membri della commissione giudicatrice³¹, ed anomali riverberi causati dall'anticipata cognizione dei dati tecnici dell'offerta sulla formazione del convincimento dei commissari, al di fuori della contestualità collegiale nella quale tale convincimento deve maturare³².

In altri casi, la concessione di spazi conoscitivi è vista come elemento di potenziali contrasti e generatrice di tensione sociale: si è, infatti, sostenuto – con enfasi forse eccessiva – come l'accesso sia un'arma eventualmente utilizzabile strumentalmente, e ciò potrebbe creare qualche rischio per una serena convivenza sociale e, al limite, per lo stesso sistema democratico³³.

Anche la trasparenza, dunque, può recedere a fronte di esigenze antagonistiche – oltre quelle, classiche, di tutela della riservatezza³⁴ –

³⁰ In tal senso R. MARRAMA, richiamato da G. ARCONZO, *Il dovere al buon andamento della pubblica amministrazione e il diritto alla buona amministrazione: la legislazione interna tra giurisprudenza costituzionale e principi comunitari*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana. Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Esi, Napoli, 2006, 38.

³¹ Cons. St., sez. V, 17 settembre 2010, n. 6939, in *Foro amm. CdS*, 2010, 1868.

³² Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 28 giugno 2010, n. 493, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³ È l'opinione manifestata da S. GIACCHETTI, *Accesso «über alles»?* , in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 1023.

³⁴ Cfr. E. DEGRAVE, *L'e-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et contrôle*, Larcier, Bruxelles, 2014, 177.

che rendano necessario attenuare i livelli di conoscibilità dell'azione e dell'organizzazione amministrativa.

È stato ricordato che il segreto costituisce un momento ineliminabile di qualsiasi ordinamento, fungendo da strumento di tutela di interessi pubblici e privati, che non potrà essere del tutto accantonato, in favore di una accessibilità incontrollata agli atti delle amministrazioni³⁵, ma deve essere solo disciplinato in maniera tale che venga garantito nella misura in cui necessario³⁶, ed avendo riguardo non solo alla *quantità*, ma anche alla *qualità* della trasparenza³⁷.

Ovviamente, procedere ad un simile bilanciamento di contrapposti interessi e valori è compito che spetta innanzitutto al legislatore, nell'esercizio di quella discrezionalità che gli compete, la quale può essere sindacata solo laddove se ne dimostri la irragionevolezza e la poca coerenza rispetto ai fini perseguiti, posti in connessione sia con l'esigenza generale di verificabilità dell'operato dei pubblici poteri, sia con gli obiettivi particolari cui la singola disciplina è preordinata³⁸.

Alla luce di siffatti criteri e di tali indicazioni di metodo occorre, dunque, condurre l'esame delle nuove norme sulla pubblicità e conoscibilità dell'agire delle p.a., verificando in che misura l'accrescimento di trasparenza sia realmente utile e in che maniera sia in grado di rinvigorire il rapporto tra cittadini e amministrazioni.

³⁵ J. VALERO TORRIJOS, *Las transformaciones de la innovación tecnológica en la administración pública y su proyección sobre la protección de los datos de carácter personal*, in *Datospersonales.org*, n. 56, 2012; M. ALMEIDA CERREDA, *Las entidades locales y la protección de datos*, in *Anuario de Derecho Municipal*, n. 12, 2018, 87.

³⁶ Così R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione*, cit., 422.

³⁷ S. COGNETTI, *“Quantità” e “qualità” della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2000; S. CARMONA GARIAS, *Democracia y gobierno abierto. Una nueva cultura administrativa*, McGraw-Hill, Madrid, 2019, 13.

³⁸ Così C. cost., 5 marzo 1988, n. 40, in *Giurcost.org*. In termini, Id., 21 febbraio 2019, n. 20, cit.