

Posizione di minoranza espressa dal Consigliere, Prof. Ida Nicotra

Al fine di giungere ad una corretta interpretazione dell'art. 14, comma 1° del dlgs n. 33 del 2013 sembra utile tratteggiare, seppur in breve, le previsioni costituzionali che delineano il quadro di valori entro il quale trovano collocazione il diritto alla trasparenza e il diritto alla riservatezza.

In primo luogo, sembra inconfutabile il rilievo dato in tempi più recenti, al diritto dei cittadini di partecipazione ai processi decisionali delle istituzioni pubbliche. In capo alle amministrazioni grava un vero e proprio obbligo di assicurare l'accessibilità delle informazioni ad una pluralità indeterminata di soggetti e di diffonderle attraverso i propri siti istituzionali.

Si tratta dell'aspirazione antica (contenuta nel rapporto Giannini del 1975) di rendere l'amministrazione come una "casa dalle mura di vetro", aperta e collaborativa, in cui le istituzioni forniscono le informazioni ai cittadini a prescindere da un loro interesse giuridicamente rilevante.

La previsione contenuta nell'art. 97 della Costituzione, laddove impone che sia assicurato il rispetto dei canoni di buon andamento ed imparzialità nell'azione amministrativa, si colloca al centro di una cornice ordinamentale in cui il diritto alla conoscibilità è presupposto ineliminabile per una collaborazione consapevole di tutti i consociati alla cura dell'interesse generale.

Il dibattito intorno all'inveramento di siffatti principi costituzionali trova una sua prima significativa attuazione con gli istituti del diritto di accesso, del responsabile del procedimento amministrativo e della motivazione introdotti con la legge n. 241 del 1990. Con la l. n. 241 si inaugura una nuova stagione nella quale l'approccio finalistico del principio di trasparenza segna il passaggio dalla p.a. - autorità alla p.a. - servizio.

La conoscibilità e l'informazione ai cittadini, da eccezione, diviene regola dell'azione dei pubblici poteri. Chiarezza, comprensibilità e qualità dell'attività amministrativa divengono un ulteriore mezzo di contrasto al perseguimento di interessi personali o di gruppo, (sul punto si rinvia alle considerazioni di F. Manganaro, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*)

Cionondimeno, il principio di trasparenza assume nella fase odierna del nostro Paese una dimensione ancor più pregnante, sol che si rifletta sulla circostanza che esso rappresenta una declinazione della stessa concezione liberaldemocratica degli Stati contemporanei. Esso si pone quale presupposto retrostante alla disposizione contenuta nell'art. 1 della Costituzione, diretta conseguenza del principio di sovranità popolare. La spettanza della sovranità al popolo esige strumenti che rendono effettiva la partecipazione dei cittadini alle scelte politiche fondamentali che non possono esaurirsi nella selezione dei rappresentanti nei vari livelli di governo, ma consentire, altresì, un controllo sull'operato degli stessi.

Si assiste ad un vero e proprio salto di qualità del principio di trasparenza chiamato a svolgere un compito ancor più penetrante e delicato non solo di conoscenza ai fini della partecipazione, ma di controllo sociale diffuso da parte dei cittadini su chi esercita pubbliche funzioni, sui risultati raggiunti e sull'impiego delle risorse umane ed economiche. Ulteriormente, il principio di trasparenza costituisce un deterrente rispetto alla commissione di fatti corruttivi, inducendo l'amministrazione a porre in essere comportamenti legittimi e volti al buon andamento e all'imparzialità. (F. Patroni Griffi, *La trasparenza della pubblica*

amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza, in *Federalismi.it* n.8/2013). La trasparenza diviene un'opportunità per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e, più in generale, di vicende di maladministration.

Tale sistemazione teorica trova realizzazione nella figura dell'accesso civico, proprio per effetto del decreto legislativo n. 33 del 14 marzo 2013. Non a torto l'accesso civico è stato giustapposto all'azione popolare, in considerazione della sua idoneità a costituire un mezzo di controllo sociale delle decisioni assunte dalle istituzioni. Ed, invero, già in apertura lo stesso dlgs precisa che la trasparenza intesa come accessibilità totale "concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo delle risorse pubbliche, integrità e lealtà, nel servizio della nazione".

Infatti, a ben guardare, vi è un nesso molto stringente tra obblighi di pubblicità e lotta alla corruzione: la trasparenza consente di verificare se la fiducia che i governati hanno conferito ai governanti sia stata ben riposta, per ribadire quella relazione fiduciaria o, in caso contrario, revocarla al successivo appuntamento elettorale.

Tuttavia, la richiamata previsione di legge espressamente afferma che il principio di trasparenza deve essere realizzato "nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio, di segreto statistico e di protezione dei dati personali" (art. 1, co.2). Come dire che il legislatore ordinario, in linea con quanto previsto dalla Costituzione italiana, ha operato un bilanciamento in considerazione di tutti gli interessi meritevoli di tutela e senza che nessuno di essi subisca un sacrificio assoluto che finisca per vanificare la sua rilevanza costituzionale.

Una lettura non superficiale della norma impone una applicazione della stessa che consenta di operare un contemperamento tra principio di trasparenza e diritto alla riservatezza della persona, sancito espressamente nell'art. 15 della Costituzione e qualificato dalla giurisprudenza costituzionale come "inviolabile". Il principio alla riservatezza trova anch'esso fondamento costituzionale e l'oggetto di tutela di siffatto diritto è costituito dalla sfera di intimità della persona. Quest'ultima deve essere protetta da intrusioni altrui che raccolgono aspetti della sua vita privata. Altrimenti detto, il diritto del singolo alla riservatezza non può essere sacrificato per soddisfare la curiosità sociale, nel momento in cui dalla conoscenza dei fatti di un privato non deriva alcuna utilità generale. A seguito dello sviluppo tecnologico informatico, infatti, la raccolta e il trattamento dei dati personali sono sempre più esposti al rischio di divulgazioni lesive della libertà fondamentale alla riservatezza, (sul tema, fra gli altri, Bin – Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino 2013, 496; I. Nicotra, *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino 2013, 102 ss.)

Da siffatta prospettazione è stato fatto esattamente osservare come "il dinamismo e la vis expansiva della privacy costituiscono una chiave per orientare in analoga direzione sia l'accesso ai documenti amministrativi, sia il principio di trasparenza; affinare strumenti di conoscibilità dei dati rispettosi della privacy dei singoli significa limitare ed orientare il potere pubblico al rispetto del diritto alla conoscenza e del diritto alla riservatezza", così, F. Merloni, *La trasparenza amministrativa*, Milano 2008, 306.

Una interpretazione costituzionalmente orientata del decreto legislativo in oggetto costituisce l'approccio corretto al fine di evitare che la pubblicazione di dati mediante inserimento sui siti istituzionali e la sua diffusione sul web costituisca una forma indebita di invasione del diritto inviolabile alla protezione dei dati personali, espressamente tutelata anche dal diritto comunitario.

Come non manca di sottolineare anche il Garante della privacy i rischi connessi al trattamento dei dati personali sulla rete “emergono ancor di più ove si consideri la delicatezza di talune informazioni e la loro facile reperibilità una volta pubblicate, grazie anche ai motori di ricerca”.

In tale contesto di riferimento la previsione contenuta nell’art. 14 va interpretata secondo quanto stabilito dai criteri per l’interpretazione della legge: l’art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile prescrive che alla stessa non può essere attribuito “altro senso se non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore”. Sicché, la “connessione” che lega la disposizione contenuta nell’art. 14 alle altre previsioni del decreto legislativo n. 33, e segnatamente a quella di cui all’art. 15, lascia poco spazio alla discrezionalità dell’interprete e suggerisce, per dirla con Livio Paladin, una lettura da cui traspare chiaramente l’intenzione oggettiva del legislatore, ricavabile dall’incorporazione della disposizione all’interno di quell’atto normativo.

E’ bene precisare, ulteriormente, che i parametri di interpretazione della legge indicati nell’art. 12 vanno integrati con la c.d. interpretazione “conforme”. Come ha ripetutamente affermato la Corte Costituzionale, nella sue pronunce sul sindacato delle leggi, nell’interpretazione delle disposizioni vigenti, occorre preferire, tra tutte quelle astrattamente possibili, quella conforme alla Costituzione, per addivenire alla indispensabile attività di bilanciamento e alla ricerca di un punto di equilibrio tra diversi valori, principi ed interessi costituzionali egualmente compresenti nel Testo del 1948.

Ora, dal combinato disposto degli artt. 1, 14, 15 e 22 del decreto legislativo n. 33 emerge la volontà del legislatore di operare una gradazione degli obblighi di pubblicazione sia sotto il profilo della platea dei soggetti coinvolti, che del contenuto degli atti da pubblicare: con la richiesta solo ai titolari di incarichi politici di un dovere di trasparenza “rafforzato”, comprensivo della situazione patrimoniale, e con un obbligo in capo alle categorie di soggetti elencati nell’art. 15 di pubblicare curriculum, retribuzione e ogni altro elemento connesso con funzione svolta, ad eccezione, unicamente, della posizione patrimoniale.

Si tratta di un giudizio compiuto “ex ante” dallo stesso legislatore e basato sul principio di proporzionalità rispetto alle finalità di trasparenza che lo stesso provvedimento normativo intende perseguire, attesa anche l’invasività della pubblicazione dei dati mediante diffusione sul web. Criterio di stretta proporzionalità imposto anche dalla decisione “Data Retention”, dell’8 aprile 2014 della Corte di Giustizia (pronunciata nella causa Digital Rights Ireland Ltd contro Irlanda) che, in fase di scrutinio circa la necessità della misura rispetto agli obiettivi perseguiti, precisa che la lotta alla criminalità e al terrorismo, per quanto costituisca un obiettivo di interesse generale, non giustifica in quanto tale, la compressione del diritto alla riservatezza. Una certa misura non può essere considerata necessaria – precisa la Corte - in una società democratica, solo perché persegue uno scopo di interesse generale, ma deve essere bilanciata con opposti interessi degni di tutela.

Più nel dettaglio “la garanzia del diritto fondamentale al rispetto della vita privata ammette deroghe o limitazioni alla protezione dei dati personali soltanto nella misura in cui le stesse siano strettamente necessarie”. (Cfr. O. Prevosti, Tutela della privacy come presupposto della libertà: due recenti sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione Europea a difesa della riservatezza individuale, in Rivista dell’Associazione italiana dei costituzionalisti, settembre 2014, in particolare p.10 e 11).

Alla luce di tali considerazioni il sacrificio richiesto alla tutela dei dati personali dei titolari degli organi di indirizzo politico potrebbe essere ritenuto “non sproporzionato” solo laddove si riferisca unicamente a soggetti che ricoprono incarichi politici, di carattere elettivo o comunque di esercizio di poteri di indirizzo

politico, in quanto solo nei confronti di questi ultimi si potrebbe ritenere preminente un'esigenza di controllo dei consociati nei confronti dei propri rappresentanti, titolari di incarichi politici di enti di livello statale, regionale e locale; **esso, viceversa, appare del tutto ultroneo se applicato a soggetti che svolgono la loro attività al servizio di enti non connotati dal requisito della politicità.**

A tal proposito, sembra difficile confutare la tesi, del resto pacificamente sostenuta dalla dottrina, secondo cui gli organi politici sono unicamente quelli previsti come tali dalla Costituzione, competenti a svolgere la funzione di indirizzo politico, ossia diretta ad individuare, promuovere ed attuare fini di interesse generale che riguardano la collettività nel suo complesso: Parlamento, Governo, a livello centrale, organi rappresentativi di Regioni, Province, Comuni e Città Metropolitane, a livello periferico (artt. 55, 95, 114, 123 Cost). I Costituenti, in proposito, accolsero l'idea secondo cui il carattere della "politicità" va riconosciuta solo agli enti esponenziali di una collettività stanziata sul corrispondente territorio. Vale a dire, sono quelli esponenti di un gruppo (sociologicamente inteso) il cui criterio di coesione è dato dal luogo ove si svolge la vita dei suoi membri. L'ente esponenziale è, per sua naturale vocazione, un ente a finalità generali. La Costituzione prende atto della loro sostanza sociologica di enti a finalità generali. La politicità si sostanzia nel conferire agli enti territoriali, nell'osservanza del principio di sussidiarietà, tutte le funzioni e i compiti amministrativi relativi alla cura degli interessi e alla promozione dello sviluppo delle rispettive comunità.

Il tratto differenziale degli enti territoriali rispetto agli altri enti pubblici è racchiuso nel rilievo politico – amministrativo; gli enti territoriali realizzano il collegamento con le rispettive comunità, attraverso la elezione dei componenti dei loro organi da parte dell'intera collettività, nel rispetto del principio democratico. (Amplissima la letteratura sul punto, per tutti, A. M. Sandulli, Manuale di diritto amministrativo, Napoli 1989, p.368 ss.); Diritto amministrativo, vol. I, a cura di L. Mazza, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Monduzzi editore, 1993, p.671 ss.). Fondando la legittimazione sul principio democratico gli enti territoriali costitutivi della Repubblica, secondo quanto dispone l'art.114 Cost., sono gli unici cui viene riconosciuto il potere di indirizzo politico – amministrativo. Ne consegue che l'organo di indirizzo politico è manifestazione dell'ente caratterizzato dalla politicità.

Il legislatore ordinario, dal canto suo, in attuazione del dettato costituzionale ha sempre avallato siffatta impostazione; infatti solo quando ha ritenuto di estendere, in via d'eccezione, la portata di una specifica disciplina normativa a soggetti pubblici non rientranti nella categoria di "organi di indirizzo politico" si è preoccupato, già in premessa, nella parte definitoria della legge, di precisare che ai (soli) fini dell'applicazione di quella determinata previsione per "componenti di organi di indirizzo politico" si intende: "le persone che partecipano, in via elettiva o di nomina, a organi di indirizzo politico di amministrazioni statali, regionali e locali, quali Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministro, vice Ministro, Sottosegretario di Stato o Commissario straordinario del governo di cui all'art. 11 della legge 23 agosto 1988, n.400, parlamentare, presidente della giunta o Sindaco, assessore o consigliere nelle Regioni, nelle Province e nei Comuni e nelle forme associative tra enti locali, oppure a organi di indirizzo a enti pubblici o di enti di diritto privato in controllo pubblico, nazionali, regionali e locali". (così è avvenuto con il Decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39 in materia di incompatibilità e inconfiribilità, art. 1, 2° comma, lettera f).

Diversamente da quanto ha fatto il legislatore, peraltro coevo, del decreto legislativo n. 3; proprio ai fini di un corretto bilanciamento degli interessi in gioco in quella disciplina (trasparenza e riservatezza) ha accolto la tradizionale nozione di "titolari di incarichi politici", senza fornire alcuna interpretazione

estensiva della stessa. In altre parole, se il legislatore della trasparenza avesse voluto allargare il novero dei soggetti tenuti alla pubblicazione totale lo avrebbe stabilito nel medesimo decreto alla stregua di quanto è stato fatto dalla c.d. legge Severino.

Ciò nella consapevolezza che la trasparenza “generalizzata” attraverso la diffusione di informazioni in rete può riguardare dati sensibili **“solo se autorizzata da espressa disposizione di legge”**, nella quale siano specificati i tipi di dati, le operazioni eseguibili, i soggetti interessati, le finalità di rilevante interesse pubblico perseguito (Cfr, Garante della privacy, linee guida in materia di trattamento dei dati personali contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato da soggetti pubblici per finalità pubblicazione e diffusione nel web, 2 marzo 2011).

Al riguardo, vale la pena ricordare quanto il Garante della protezione dei dati personali ha molto opportunamente affermato in merito “all’invasività della pubblicazione mediante diffusione del web, rispetto ad una massa enorme di informazioni che in alcuni casi possono rivelare aspetti, anche intimi, della vita privata delle persone, soprattutto se si riferisce al coniuge, ai figli e ai parenti, che sono estranei all’incarico pubblico (**si pensi ai possibili risvolti sociali di una lettura mirata, se non tendenziosa, del reddito e della consistenza patrimoniale dei soggetti, specie in ambiti territoriali ristretti e ai connessi rischi di discriminazione sociale**)”. (così, testualmente, in Parere del Garante su uno schema di decreto legislativo concernente il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte della p.a., Registro dei provvedimenti, n. 49 del 7 febbraio 2013, 8).

Ancora, nello stesso documento il Garante fa osservare che anche in ambito comunitario si fa strada l’orientamento enunciato dalla Corte di Giustizia secondo cui “le istituzioni prima di divulgare informazioni riguardanti una persona fisica, devono soppesare l’interesse dell’Unione a garantire la trasparenza delle proprie azioni con la lesione dei diritti riconosciuti dagli artt. 7 e 8 della Carta”, posto l’impossibilità di affermare “alcuna automatica prevalenza dell’obiettivo di trasparenza sul diritto alla protezione dei dati personali, anche qualora siano coinvolti rilevanti interessi economici” (C-455/00, C-138/01, C-92/09 e 93/09).

Più in generale, l’auspicio dell’Authority della protezione dei dati personali è quello che il legislatore intervenga nuovamente in materia apportando sostanziali correttivi al decreto n. 33 che consentano un controllo diffuso sull’attività della pubblica amministrazione per assicurarne il buon andamento e l’imparzialità ma attraverso modalità di diffusione dei dati meno invasive del diritto inviolabile alla riservatezza. In una logica di leale collaborazione Anac e Garante della Privacy dovrebbero concorrere alla revisione del decreto n. 33, magari attraverso “uno stretto coordinamento” tra loro (così, opportunamente, F. Merloni, La trasparenza e l’integrità delle pubbliche amministrazioni, Roma 23 marzo 2011, slide n. 9, in Intervento in Civit)

Del resto, anche attenta dottrina non ha mancato di rimarcare talune rilevanti criticità dell’odierno testo di legge laddove il diritto alla conoscibilità delle informazioni può finire **“con il favorire, anziché la trasparenza dell’amministrazione e la realizzazione del diritto all’informazione, l’esercizio di una sorta di “voyerismo” amministrativo da parte di chiunque abbia accesso al web(...) L’eccesso di informazione disponibile, (...) può diventare rumore, finendo per alimentare un generico sospetto nei confronti dell’amministrazione, anziché favorire la buona amministrazione”**. (così, M. Bombardelli, Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza, in Istituzioni del Federalismo ³/₄. 2013, p. 670, 671).