

14/9)/1990 n. 12389)", peraltro indicando – con la terza eventualità, relativa al "danno alla pubblica amministrazione" – un presupposto che non è contenuto nell'art. 326 c.p. e che nell'art. 15 del dPR n. 3 del 1957 è scomparso sin dal 1990 con il nuovo testo introdotto dall'art. 28 della legge 241;

- osserva: "Occorre ricordare come la legge n. 241 del 1990 abbia rivoluzionato la disciplina degli atti e dell'accesso agli stessi, sancendo in definitiva **il principio che tutto ciò che non è segreto è accessibile**" e che pertanto l'accessibilità agli atti resta "comprimibile solo attraverso l'imposizione del segreto *nei casi previsti dalla legge*", con conseguente "**imprescindibilità della previsione normativa degli atti che devono rimanere segreti**" che sono pertanto tutti atti tipici;
- conclude escludendo che ai consiglieri comunali possa estendersi "la disciplina sancita per gli impiegati civili dello Stato dal dPR 10 gennaio 1957 n. 3, art. 15, come modificato dalla citata legge n. 241 del 1990, art. 28, che impone a tale categoria l'obbligo del segreto d'ufficio sui provvedimenti o operazioni amministrative in corso o conclusive, di cui sia venuta a conoscenza a causa delle funzioni, al di fuori dell'ipotesi e delle modalità previste dalle norme sul diritto d'accesso"; e quindi afferma il principio che nei loro confronti non sia ipotizzabile il reato di rivelazione di segreto d'ufficio, prevista dall'art. 326 c.p., tenuto conto della "*preclusione in materia penale di applicazioni analogiche "in malam partem"*". Tale sentenza, per la verità, lascia irrisolti i seguenti nodi sistematici.

6.1- Non si comprende perché la Cassazione abbia continuato a porsi il problema, insorto nel corso del giudizio, relativo all'applicabilità al consigliere comunale dell'art. 28 delle legge n. 241.

Un problema del genere aveva un senso soltanto nel regime precedente alla legge 241 del 1990. Va tenuto presente che inizialmente a fronte della previsione dell'art. 326 c.p., che subordina il reato di violazione di segreti d'ufficio alla generica violazione dei "doveri inerenti alle funzioni o al servizio" o all'abuso della qualità di pubblico ufficiale (e quindi al concretarsi di una norma incriminatrice parzialmente in bianco), non esisteva una precisa ed esaustiva normativa amministrativa che regolasse tutte quelle situazioni che poi sono state ricomprese nell'istituto dello "accesso" e quindi precisasse quello che il pubblico dipendente dovesse e potesse fare in proposito. Opportunamente pertanto l'originario art. 15 del dPR n. 3/1957 aveva precisato in quali casi si concretasse – per il dipendente statale – la fattispecie della violazione del segreto d'ufficio, integrando così, *quanto all'oggetto del reato*, la generica disposizione penale. Ma successivamente tutto quello che il pubblico dipendente deve e può fare in proposito è stato minuziosamente ed ampiamente stabilito dagli artt. 22-24 delle legge n. 241, che così sono diventati essi le disposizioni direttamente integratrici della norma è penale; sicché l'attuale art. 28, con le sue già rilevate incongruità, in materia di accesso

non ha alcun contenuto dispositivo *autonomo*: si limita a ricordare, in modo del tutto generico, che l'impiegato che viola la legge agendo “*al di fuori delle ipotesi e delle modalità previste dalle norme sul diritto d'accesso*” (e cioè degli artt. 22-24) commette una violazione dei propri doveri d'ufficio. Bella scoperta. Occorreva proprio che fosse consacrata da un'apposita lapalissiana disposizione? Sembra proprio di no. Dovrebbe quindi concludersi che l'applicabilità dell'art. 28 al consigliere comunale costituiva un falso problema. In ogni caso la tesi della sentenza porta a due conseguenze che non sembrano accettabili:

- in mancanza dell'art. 28 nessun dipendente statale potrebbe essere imputato del reato di violazione del segreto d'ufficio, pur essendo pacifico che ai sensi degli artt. 22-24 sia venuto meno ai suoi doveri;
- per la gran parte dei dipendenti pubblici (che com'è noto, non è dipendente dello Stato, e non ha per lo più specifiche norme sul segreto d'ufficio), pur nell'accertata presenza di comportamenti contrari ai doveri d'ufficio previsti dai rispettivi ordinamenti interni non sarebbe ipotizzabile il reato di violazione del segreto d'ufficio, dato che - come rileva la Cassazione - sussiste “*la preclusione in materia penale di applicazioni analogiche in malam partem*”; il che, in presenza di comportamenti oggettivamente analoghi imputabili a dipendenti non statali, darebbe luogo ad evidenti disparità di trattamento, con conseguenti problemi di legittimità costituzionale.

6.2- La questione, semmai, era un'altra.

Ai consiglieri comunali si applica la disciplina generale della legge n. 241 così come modificata dall'art. 43 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali n. 267/2000, secondo cui i consiglieri comunali “*hanno diritto di ottenere*” dagli uffici comunali “*tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del loro mandato. Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge*”.

Ora poiché la diffusione di notizie riservate non rientra certamente nel loro mandato, e quindi costituisce quanto meno un abuso della qualità di pubblico ufficiale, restava soltanto da stabilire se il legislatore, con la previsione espressa dell'obbligo di rispettare il vincolo di segretezza, avesse inteso implicitamente consentire il mancato rispetto del vincolo di riservatezza (sui poteri del consigliere comunale cfr. Commissione per l'accesso, *Giurisprudenza 2009*, pag. 50). Ma una conclusione del genere sarebbe stata palesemente eversiva di tutto il sistema della legge 241.

6.3- La sentenza respinge la tesi del PM, secondo cui la locuzione dell'art. 326 c.p. “*notizie di ufficio, le quali debbono rimanere segrete*” assumerebbe non solo il significato di informazione sottratta alla divulgazione in ogni tempo e nei confronti di chiunque (come accade nel caso di segreto in senso tecnico), ma anche quello di informazione per la quale la diffusione sia vietata dalle norme sul diritto d'accesso; e quindi afferma il principio che il reato in questione si

realizzi solo nel caso di indebita divulgazione di notizie o atti segreti in senso tecnico.

Ma da questa impostazione discende che l'area della violazione del segreto d'ufficio di cui all'art. 326 c.p. è più ristretta dell'omonima area prevista dall'art. 28 della legge n. 241: il che rende ancora meno comprensibile la tesi della sentenza secondo cui per l'esistenza del reato occorrerebbe o l'esistenza di un segreto in senso tecnico o l'applicabilità dell'art. 28, dal momento che quest'ultimo fa coincidere la violazione del segreto d'ufficio con la violazione delle norme sul diritto d'accesso, violazione che comprende anche i documenti e le notizie non segrete ma semplicemente attinenti alla riservatezza.

6.4- Non sembra poi condivisibile l'assunto che la legge n. 241 abbia sancito “*il principio che tutto ciò che non è segreto è accessibile*”.

In realtà, la legge n. 241 opera non una bipartizione ma una ripartizione più complessa:

- 1) documenti il cui accesso è in astratto “escluso” *a priori* per legge (art. 24, comma 1);
- 2) documenti il cui accesso è in concreto “escluso” (anche se la disposizione dice, impropriamente, “sottratto”) dalle singole pubbliche amministrazioni con proprio regolamento (art. 24, comma 2), che individua i casi specifici rientranti nelle categorie generali del precedente comma 1;
- 3) documenti in astratto accessibili ma il cui accesso è “sottratto” con regolamento governativo (art. 24, comma 6), peraltro sinora non intervenuto;
- 4) documenti in astratto accessibili ma il cui accesso è “sottratto” dalle singole pubbliche amministrazioni per motivi di riservatezza pubblica o privata. In realtà l'art. 24, comma 6, prevede soltanto che la materia possa essere disciplinata con regolamento governativo; ma nella perdurante mancanza di questo regolamento generale opera comunque la disciplina generale di tutela della riservatezza di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196 e la facoltà delle singole pubbliche amministrazioni di autodisciplinare il settore di propria competenza. Tali regolamenti particolari dovrebbero mantenersi nei limiti previsti per il regolamento governativo, non sembrando logico che una pubblica amministrazione di secondo livello possa – salvo specifiche peculiarità del proprio settore - avere poteri regolamentari più ampi di quelli governativi;
- 5) documenti liberamente accessibili, da chiunque ne abbia il prescritto interesse.

Ora il segreto in senso tecnico opera soltanto per parte dei documenti amministrativi sub 5); e cioè (comma 1, punto *a*, dell'art. 24) nei casi di “*segreto di Stato*” e “*di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge....e dalle pubbliche amministrazioni*”. Non opera invece – salvo rare eccezioni – nei

confronti dei successivi punti *b*) (procedimenti tributari), *c*) (atti amministrativi normativi o a carattere generale) e *d*) (procedimenti selettivi); né opera nel caso del successivo comma 6, lett. *d*) (per quanto attiene alla tutela della riservatezza) ed *e*) — (attività sindacale di lavoro a carattere nazionale).

Quindi tra il segreto in senso tecnico e l'accessibilità da parte di chiunque c'è una vasta area di riservatezza che non è né segreta né liberamente accessibile da chiunque, che ha una disciplina (più esattamente, un fascio di discipline non sempre omogenee) sua propria.

6.5- Infine la sentenza sembrerebbe riconoscere ai consiglieri comunali una sorta di autorizzazione in bianco a divulgare notizie riservate, fermo restando che essi — ai sensi dell'art. 43 del decreto legislativo n. 267/2000 — “sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge” (locuzione che chiaramente allude al segreto in senso tecnico e non al generale e generico segreto *amministrativo* d'ufficio ex art. 28 della legge n. 241); il che non sembrerebbe corrispondere ad alcun pubblico interesse.

7- L'accesso limitato previsto dalla legge 241 e la trasparenza “totale”, sancita dagli artt. 11 e 74 del decreto legislativo Brunetta 27 ottobre 2009 n. 150: dal bikini al naturismo giuridico. La veemente reazione del Garante della protezione dei dati personali, anche in nome dei diritti fondamentali alla riservatezza e alla tutela dei dati personali, come recepiti dal Trattato di Lisbona del 2007.

Come prima indicato, secondo la legge n. 241/1990 il diritto d'accesso ha in sostanza quattro limiti: la necessità di essere fondato su “*un interesse diretto concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*” (art. 22, comma 1, b)); la possibilità di esercitarsi soltanto su formali documenti amministrativi; il divieto di operare nei confronti di determinate categorie di documenti, sia per motivi di interesse pubblico (art. 24, commi 1 e 6, lettere da a) a c)) sia per motivi di riservatezza privata (art. 24, commi 1 e 6, lett. d)); e infine il divieto di essere “*preordinato ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni*” (art. 24, comma 3). Questo sistema di limiti è rafforzato dal cosiddetto codice della privacy (decreto legislativo n. 196/2003). In base a queste norme si riconosce alla trasparenza carattere di *principio generale ma non illimitato*: perché anche nelle case più per bene, di vetro o non, esistono stanze in cui è buona educazione chiedere ed ottenere permesso prima d'entrare. Insomma, trasparenza sì; ma non oltre il bikini: perché altrimenti rischia di far intravedere situazioni che non incoraggiano una convivenza rispettosa delle libertà del prossimo.

Bene; dal 15 novembre 2009 non è più così (o, per essere più precisi, *non dovrebbe essere più così*): perché l'art. 11 del decreto Brunetta (decreto legislativo 27 ottobre 2009 n. 150) ha stabilito: “*La trasparenza è intesa come accessibilità*

totale” – (e quindi non più limitata) – “*delle informazioni*”- (e quindi non più dei soli documenti amministrativi) - “*allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità*” (e quindi controllo non più di singoli determinati documenti ma controllo generalizzato). Il tutto è rafforzato sia dalla circostanza che è svanito qualsiasi accenno alla necessità di un interesse legittimante l’accesso sia dall’affermazione che la trasparenza (intesa come valore oggettivo, e quindi senza limiti soggettivi) “*costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettera m, della Costituzione*”, come tale rientrante nella potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 74 del decreto Brunetta), livello essenziale che peraltro solo quattro mesi prima la legge n. 69/2009, introducendo nell’art. 29 della legge 241 il nuovo comma 2 *bis*, aveva già riconosciuto all’accesso (inteso però come valore soggettivamente limitato): con la singolare conseguenza che adesso abbiamo due principi generali di segno almeno parzialmente diverso che costituiscono entrambi livello essenziale e di rilievo costituzionale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche. E così si è passati dal bikini della legge n. 241/1990 al completo naturismo giuridico del decreto Brunetta.

Vero è che l’appena citato articolo 11 del decreto Brunetta si riferisce soltanto all’attività *organizzativa interna* delle pubbliche amministrazioni e non anche all’attività *operativa esterna*, per la quale quindi dovrebbe continuare a valere il sistema precedente. Ma, a parte l’evidente difficoltà pratica di distinguere nettamente tra le due aree, ognuno si rende conto che non è possibile – a regime – che le amministrazioni operino, contemporaneamente e schizofrenicamente, secondo due logiche opposte: una delle due deve prevalere; e favorita d’obbligo sembra essere la trasparenza, anche per la pressione in tal senso del diritto europeo.

Questa minirivoluzione ha creato tra gli operatori di diritto comprensibili incertezze operative: perché è innegabile che il decreto Brunetta modifichi radicalmente sia la legge n. 241 sia il codice della privacy.

E qui sorge un’ulteriore complicazione: perché l’implicita modifica del codice della privacy ha suscitato la veemente reazione del Garante della protezione dei dati personali nella sua relazione al Parlamento del 30 giugno 2010. Il Garante, premesso che il diritto alla tutela dei dati personali ed il diritto alla riservatezza sono riconosciuti dagli artt. 7 e 8 della *Carta dei diritti fondamentali* dell’UE, attualmente inglobata nel Trattato di Lisbona del 2007, entrato in vigore in Italia l’1 dicembre 2009, ha rilevato che quella teorizzata dal decreto Brunetta potrebbe finire col risultare “*una società nella quale non vi è più riservatezza e ciascuno, solo perché è entrato in relazione con la Pubblica Amministrazione, deve accettare la conoscibilità totale delle notizie che lo riguardano.... Una società mostruosa, quella casa di vetro che è stata sempre il sogno di ogni dittatura e di ogni*

concezione basata sul totale prevalere dell'interesse pubblico della collettività rispetto ad ogni spazio di libertà e di autonomia del singolo. Un incubo, destinato a diventare ancora più orrido se non si mettesse alcun limite all'accessibilità ai dati messi in rete da parte dei motori di ricerca. Questi infatti li decontestualizzano dai siti delle amministrazioni facendoli diventare parti di biografie artificiali e spesso artificiose, costruite sulla base di criteri ignoti ai più” (pagg. 13-14 della relazione).

Si tratta di parole con cui, senza alcuna concessione alla corrente ipocrisia del *politically correct*, si esprime una preoccupazione sostanziale non certo priva di fondamento.

Ma il decreto legislativo n. 150/2009 non ha ritenuto di indicare agli operatori se e cosa restasse del sistema precedente; e - ciò che è ancora più preoccupante - forse non si è nemmeno accorto dello sconquasso sistematico che derivava da quello che stabiliva. Per una disposizione (quella del citato art. 11) inserita in un decreto nato al dichiarato fine della *“ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e di trasparenza delle pubbliche amministrazioni”* e che era passata indenne sotto l'esame della Conferenza unificata Stato-Regioni e delle competenti Commissioni parlamentari non c'è male. Resta la sconfortante sensazione che principi fondamentali di rilievo costituzionale o addirittura supercostituzionale (secondo i correnti indirizzi della giurisprudenza i diritti fondamentali dell'UE dovrebbero prevalere sulle disposizioni costituzionali non di principio) vengano immessi nel firmamento giuridico in modo frettoloso, scoordinato e talvolta contraddittorio, e quindi finiscono col risultare fuochi d'artificio, che per un attimo illuminano il cielo e subito dopo si spengono, lasciando dietro di sé soltanto un denso fumo scuro.

8- *La nuova testa di ponte nell'area della riservatezza stabilita dalla sentenza della Cassazione civile 9 luglio 2010 n. 16236 in nome del diritto d'inchiesta giornalistica. Da parte di chiunque? La pratica riaffermazione, per altra via, del principio che “tutto ciò che non è segreto è accessibile”, già enunciato dalla Cassazione penale.*

A pochi giorni dall'orgogliosa rivendicazione del Garante è però intervenuta una brusca contropinta: la sentenza della Sezione Seconda civile della Cassazione 9 luglio 2010 n. 16236, che ha rimesso in discussione il ruolo da attribuire alla riservatezza.

Per una migliore comprensione della vicenda vanno brevemente ricordati i fatti di causa.

Nel 1998 il giornale *Tempo* per testare l'affidabilità delle strutture sanitarie pubbliche faceva riempire di varie decine di contenitori sterili che poi presentava come campioni di urine a vari laboratori di analisi di laboratorio chiedendo di effettuare il relativo esame. I laboratori provvedevano all'analisi senza che nessuno di essi si accorgesse che il liquido esaminato non era urina.

A seguito di ciò il giornale pubblicava i risultati della sua inchiesta, qualificando i referti dei laboratori “scandalosi” e “sconcertanti” esempi di “malasanità”.

Ne seguiva una denuncia per diffamazione da parte di uno dei laboratori, che si concludeva con la sentenza suindicata, che, nell’assolvere pienamente i giornalisti, affermava i seguenti principi:

- a) che la vertenza concerneva il cosiddetto “*diritto di inchiesta, espressione più alta e più nobile dell’attività di informazione....espressione del diritto insopprimibile e fondamentale della libertà di informazione e di critica, corollario dell’art. 21 Cost.,...nonché dell’art. 2 della legge professionale n. 69/1963 (dedicato alla deontologia professionale del giornalista nell’ambito dell’ordinamento della professione del giornalista),....riconosciuto dalla Corte di Strasburgo (in particolare, con sentenza 27.3.1996) e dalla Carta dei doveri del giornalista (firmata a Roma l’8 luglio 1993 dalla Fnsi e dall’Ordine nazionale dei giornalisti, che tra i principi ispiratori prevede testualmente che “il giornalistaricerca e diffonde ogni notizia che ritenga di pubblico interesse, nel rispetto della verità e con la maggiore accuratezza possibile”, e cioè “fermi restando i limiti dell’interesse pubblico alla notizia (tra le altre, Cass. n. 7261/2008) e del linguaggio continentale, ispirato ad una correttezza formale dell’esposizione (sul punto, tra le altre, Cass. n. 7271/2005)”;*
- b) che “*ne consegue che detta modalità di fare informazione non comporta violazione dell’onore e del prestigio di soggetti giuridici, con relativo discredito sociale, qualora ricorrano l’oggettivo interesse a rendere consapevole l’opinione pubblica di fatti e avvenimenti socialmente rilevanti, l’uso di un linguaggio non offensivo e la non violazione della correttezza professionale*”;
- c) che “*pur in presenza della rilevanza costituzionale della tutela della persona e della sua riservatezza la prevalenza del fondamentale e insopprimibile diritto all’informazione si evince*”:

- dall’art. 1, comma 2, Cost., secondo cui la sovranità appartiene al popolo, dal momento che la sovranità si realizza mediante tutti gli strumenti democratici a tal fine predisposti dall’ordinamento, tra cui avrebbe un posto e una funzione preminente l’attività di indagine, necessaria perché “*il popolo possa ritenersi costituzionalmente sovrano (nel senso rigorosamente tecnico giuridico del termine)*”;
- nell’avere il legislatore ricondotto reputazione e privacy “*nell’alveo delle eccezioni rispetto la principio generale della tutela dell’informazione*”.

La sentenza, nel suo sforzo di blindare sino al massimo livello costituzionale l’autorità ed il valore delle conclusioni a cui perviene, contiene alcune affermazioni non necessarie o sopra le righe che forse è opportuno innanzi tutto mettere da parte per concentrare l’attenzione sulla parte conclusiva e sui problemi che comporta, senza indulgere ad inutili diversivi.

8.1- Innanzi tutto, non sembra che fosse necessario affermare la natura “*più alta e più nobile*” del diritto d’inchiesta rispetto al normale diritto di

cronaca. Se la libertà di stampa ha la funzione – come dichiara la sentenza – di assicurare al popolo quella compiuta e corretta informazione che è presupposto necessario per un consapevole esercizio della sovranità, quello che veramente importa è la completezza e l'esattezza (cioè la *bontà oggettiva*) dell'informazione e non già il modo in cui essa sia stata acquisita, se semplicemente raccolta o creata *ex novo* dal giornalista (tratti che, ai fini dell'art. 1, comma 2, Cost., restano del tutto irrilevanti).

8.2 Ad ogni modo, venendo alla sostanza dei problemi sollevati, la sentenza fa due affermazione di grande rilievo sistematico:

- a) che un corretto esercizio del diritto all'informazione “*non comporta violazione dell'onore e del prestigio di soggetti giuridici, con relativo discredito sociale*”;
- b) che va riconosciuta “*la prevalenza del fondamentale e insopprimibile diritto all'informazione pur in presenza della rilevanza costituzionale della tutela della persona e della sua riservatezza*”.

Può però osservarsi:

sub a) il giornalista d'inchiesta in buona fede fa una lavoro analogo a quello del circense lanciatore di coltellini: in uno stato di eventuale colpa cosciente lancia un articolo potenzialmente mortale confidando nel fatto di avere con diligenza acclarato che la notizia sia vera e corretta. Ma *quid est veritas?* La risposta, come ben sapeva Pilato, è molto difficile; anche perché è molto difficile stabilire *a priori* se la verità sia *tutta* la verità. A volte, solo *ex post* è possibile rendersi conto che l'informazione apparentemente corretta in realtà non lo era; quante inchieste giudiziarie, partite con grande clamore, si concludono con un nulla di fatto perché la notizia originaria era vera ma non completa?. A quel punto però il danno è fatto, e il prestigio e l'onore del soggetto inciso può orami risultare irrimediabilmente compromesso. Per esempio, nel caso in esame è probabile che il giornalista del *Tempo* non sapesse che le analisi di laboratorio sono generalmente effettuate in modo informatizzato, *autoanalyser*, secondo un *software* in base al quale la macchina a domanda risponde: e cioè prende per buono l'ordine dell'operatore (che le dice di fare un'analisi su un campione di x), e non perde tempo ad esaminare preliminarmente se si tratti davvero di un campione di x o si tratti invece di un campione di y (analisi che sarebbe di *routine* in sede di polizia scientifica ma che normalmente è del tutto inutile in sede di analisi di laboratorio medico). A quel punto però la pubblicizzazione - sia pure in perfetta buona fede – di un referto acquisito in un quadro di notizie *vere* ma non *complete* può comportare il marchio di (apparente) malasanità, ed il relativo discredito sociale e commerciale del soggetto colpito dall'inchiesta, senza che l'opinione pubblica possa rendersi tempestivamente conto che l'inchiesta, malgrado l'astratta “nobiltà” di essa, abbia costituito, in concreto, poco più di uno scherzo di cattivo gusto.

Ma a parte queste considerazioni preliminari, va considerato che affermare in via generale la prevalenza del diritto di inchiesta sul diritto alla riservatezza comporta due conseguenze:

- a) che il giornalista che si proponga, o dichiari di proporsi, di svolgere una inchiesta non sia soggetto ai limiti oggettivi del diritto d'accesso sanciti dall'art. 24 delle legge n. 241 a tutela della pubblica e privata riservatezza;
- b) che, dal momento che il principio costituzionale della libertà di stampa assicura a chiunque, anche se non iscritto alla corporazione dei giornalisti, la facoltà di pubblicare un articolo, chiunque si proponga, o dichiari di proporsi, di svolgere una inchiesta da pubblicare poi sulla stampa sia anch'egli non soggetto ai limiti oggettivi dell'art. 24, sia per motivi soggettivi di *par condicio* sia per l'indicato motivo sostanziale che al titolare della sovranità interessa la notizia e non chi l'ha fornita;
- c) che, pertanto, sia pure per vie diverse, la Cassazione civile e quella penale già citata giungono - di fatto - alla conclusione che la riservatezza non sia un diritto fondamentale e incondizionato ma un diritto che deve cedere il passo ogni qual volta ricorrono *“l'oggettivo interesse a rendere consapevole l'opinione pubblica di fatti e avvenimenti socialmente rilevanti, l'uso di un linguaggio non offensivo e la non violazione della correttezza professionale”*; il che comporta – sempre di fatto – l'implicita abrogazione degli attuali limiti oggettivi al diritto d'accesso. Ed è abbastanza singolare che questi limiti non vengano mai citati dalla Cassazione, che probabilmente non li aveva presenti, dal momento che in entrambi i casi ha sempre esaminato la questione secondo l'ottica del giudice ordinario, e cioè dal versante della riservatezza, senza tener conto che riservatezza ed accesso sono due concetti che si presuppongono a vicenda.

Sarebbe quindi quanto mai opportuno un intervento del legislatore che faccia chiarezza in proposito.

9- Esiste ancora la necessità che la legge n. 241 rechi un'apposita disposizione sulla violazione del segreto d'ufficio?

A questo punto, però, sorge spontanea una domanda: esiste ancora la necessità che la legge n. 241 rechi un'apposita disposizione sulla violazione del segreto d'ufficio?

Per rispondere a questo interrogativo occorre partire dalla constatazione che in materia attualmente esistono due complessi di disposizioni, per ognuno dei quali è dichiarato che *“costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione”*, e che quindi è dichiarato integrativo del dettato costituzionale:

- a) quello degli artt. 22-24 e 29, comma 2 bis, della legge n. 241, secondo cui l'accesso *deve* avere limiti, complesso che ha l'appoggio esterno del Trattato di Lisbona;

b) quello degli artt. 11 e 74 del decreto Brunetta, da cui si desume che l'accesso *non deve* avere limiti; questo anche se, almeno a quanto risulta sino ad ora, non sembra che tale decreto sia stato preso troppo sul serio dalle Amministrazioni, che si sono limitate a qualche iniziativa (non generalizzata) di maggiore trasparenza delle retribuzioni del personale dipendente. Tale secondo complesso ha a sua volta l'appoggio esterno delle sentenze della Cassazione citate ai precedenti nn. 6 e 8.

Per l'interprete quindi resta l'imbarazzo della scelta tra i due complessi, anche se – a rigore – il decreto Brunetta, in quanto *lex posterior*, dovrebbe prevalere sulla legge 241 come modificata dalla legge n. 69/2009; scelta peraltro che, essendo non tecnica ma di politica generale del diritto, avrebbe dovuta essere fatta dal legislatore e non dall'interprete. E così si concreta, ancora una volta, una situazione – per così dire – da “pianto antico”: nel senso che sembra di risentire le meste parole – di Seneca, se ben ricordo – *ut olim vitis nunc legibus laboramus*.

Ad ogni modo:

- se si sceglie la via della legge 241 e del Trattato di Lisbona la figura del segreto d'ufficio (e quindi l'art. 28 della legge 241) è inutile perché in sostanza non è altro che il negativo della fotografia del diritto d'accesso: infatti si limita ad indicare in termini negativi (e cioè stabilendo ciò che non va fatto) gli stessi comportamenti che gli artt. 22-24 della legge indicano in termini positivi (e cioè stabilendo ciò che va fatto);

se invece si sceglie la via del decreto legislativo Brunetta la figura del segreto d'ufficio svanisce del tutto: diventa una scatola vuota, un'ombra senza più corpo.

Di tutto ciò il legislatore dovrebbe cominciare col prendere atto.

10- Uno strano quartetto. La necessità di un salto di qualità del diritto d'accesso, da garanzia giustiziale ad interesse europeo in quanto fattore di produzione, con conseguente nuovo e più ampio ruolo della Commissione per l'accesso.

Da quanto sopra rilevato risulta che il diritto d'accesso, il segreto d'ufficio (ammesso che sopravviva), la tutela dei dati personali e la trasparenza totale formano uno strano quartetto, costituito da concetti che nell'ordinamento continuano convivere ma che logicamente si escludono a vicenda, almeno in parte: nel senso che il diritto d'accesso può logicamente convivere sia con il segreto d'ufficio sia con la tutela dei dati personali, dal momento che può costituire un *quid medium* di essi, ma il segreto d'ufficio e la tutela dei dati personali sono logicamente incompatibili con la trasparenza assoluta, in quanto espressione di ideologie antitetiche: e quindi uno di essi deve essere necessariamente falso, o quanto meno da intendere in senso fortemente riduttivo. Ma quale di loro?

La buona educazione istituzionale impone all'interprete — *noblesse oblige* — di elaborare una soluzione che consenta di superare le apparenti o — purtroppo — reali aporie dell'ordinamento, ricomponendo il tutto in un insieme accettabile. In questo spirito, nel caso in esame la ricomposizione può essere ottenuta solo riconoscendo:

- 1) che il segreto d'ufficio, nel suo senso proprio di segreto soltanto amministrativo (con esclusione pertanto delle notizie e degli atti già *ex se* segretati), oggi è svanito del tutto, o quanto meno riguarda soltanto gli atti non segretati ma purtuttavia non accessibili; con il che, peraltro, il tradizionale segreto d'ufficio, quale enunciato dal citato art. 28 della legge n. 241/1990, degraderebbe a categoria inutile, in quanto priva di un proprio autonomo contenuto;
- 2) che la trasparenza, contrariamente a quanto affermato dall'art. 11 del decreto Brunetta, non comporta una “*accessibilità totale*” in senso assoluto ma un'accessibilità totale nell'ambito degli atti accessibili ai sensi della legge n. 241/1990, nel senso cioè che in questo ambito il diritto d'accesso non incontra alcun limite soggettivo o funzionale; con il che, peraltro, l'area oggettiva della trasparenza verrebbe a risultare totalmente coincidente con quella del diritto d'accesso, e quindi risulterebbe anch'essa priva di un proprio autonomo contenuto;
- 3) che pertanto *la vigente disciplina del diritto d'accesso ha assorbito la parte vitale della disciplina sia del segreto d'ufficio che della trasparenza*, che restano dei gusci vuoti;
- 4) che allora occorre ripensare il ruolo del diritto d'accesso nel sistema, al fine di meglio collegarlo alla normativa europea e di renderlo funzionale anche alle indicate potenziali utilità economiche di “*riutilizzo*” ad esso connesse: a quelle utilità, che come già accennato (v. prec. par. 4.4), potrebbero trasformare il diritto d'accesso da **dovere** delle amministrazioni di corrispondere ad interessi giuridici di privati ad **interesse pubblico** e addirittura ad **interesse europeo**, conferendogli la funzione di *risorsa* che deve poter diventare un fattore di crescita politica economica e sociale: e cioè un *fattore di produzione*, nell'attuale pienezza di valori politici, etici e sociali di tale concetto.

Appare quindi matura — ed urgente — una profonda rimeditazione della materia.

Sotto il profilo della democrazia reale va tenuto presente che l'inefficienza o addirittura la scomparsa dei controlli sull'operato delle pubbliche amministrazioni ne sta incidendo pesantemente la credibilità, con conseguente divaricazione del solco tra amministratori e amministrati e fuga degli amministrati dall'interesse generale (percepito come interesse estraneo). Gli unici rimedi apparentemente praticabili senza ulteriori spese (ed anzi con qualche guadagno) sembrano quelli di liberare l'accesso dal vincolo dell'interesse soggettivo legittimante, di abbandonare anacronistiche

preoccupazioni di accesso “per mera curiosità” (come se cercare di capire se i propri soldi vengono amministrati bene o male fosse una cosa disdicevole), ed in particolare di aprire l’accesso a quel “controllo generalizzato” che si è voluto illogicamente escludere e che invece potrebbe fare dei cittadini una sorta di consapevoli collaboratori esterni di giustizia e di correttezza amministrativa, fermi restando – ovviamente – i limiti oggettivi relativi alla non ostensibilità di determinate categorie di atti o di notizie. E con questo non si inventa niente: si dà semplicemente corpo alla parte vitale della teoria del decreto Brunetta, che all’art. 11 precisa che la trasparenza ha lo “*scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità*”, e quindi postula un accesso da parte di chiunque e senza limiti oggettivi di ampiezza.

Sotto il profilo economico troppe amministrazioni operano come se lo sfruttamento delle risorse in loro possesso non fosse affar loro: piangono miseria e non si curano di sfruttare al meglio i beni in loro possesso. Dovrebbero invece tener presente che tra le iniziative di finanza creativa andrebbero considerate anche quelle relative allo sfruttamento economico delle notizie e delle informazioni di cui sono depositarie. Occorrerebbe quindi cominciare a pensare ad uno *screening* preliminare dei dati economicamente utilizzabili. E anche qui non si inventa niente: si dà unicamente corpo ed attuazione pratica alla teoria europea del “riutilizzo” (cfr. il parere positivo reso al riguardo alla Presidenza del Consiglio dei ministri dalla Commissione per l’accesso, *Giurisprudenza 2009*, pag. 88).

Sotto il profilo del coordinamento con il diritto europeo va ricordato che quest’ultimo concepisce il diritto d’accesso come l’altra faccia del dovere di trasparenza; esplicito in tal senso il Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea, come modificato dal Trattato di Lisbona, che all’art. 15, ridisciplina la materia dell’accesso prevista dall’art 255 del Trattato della Comunità Europea, premettendo: “*Al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell’Unione operano nel modo più trasparente possibile*”. Perciò secondo la logica dell’ordinamento europeo il diritto d’accesso *non attiene ai rapporti economici ma ai rapporti politici* e se attiene ai rapporti politici non ha alcun senso né pretendere un ulteriore specifico interesse legittimante (dal momento che si tratta di una forma di partecipazione democratica al buon governo, e quindi l’interesse è in *re ipsa*, com’è per il diritto di voto) né porre il limite del controllo generalizzato (dal momento che *il controllo generalizzato è proprio l’effetto che il Trattato vuole perseguire*). Ne consegue che l’esercizio del diritto d’accesso può essere subordinato soltanto – al più – alla qualità di cittadino dell’Unione. E siccome il diritto europeo esercita una crescente pressione conformativa su quelli nazionali è presumibile che la logica europea

finirà fra non molto con l'imporsi a quella italiana; sicché non sembra proprio il caso di impegnarsi troppo in battaglie di retroguardia in difesa dell'interesse specifico all'accesso e del divieto di controllo generalizzato.

Sotto il profilo strutturale, infine, esiste già un organismo - la Commissione governativa per l'accesso ai documenti amministrativi - che con minima spesa per l'erario e a costo zero per gli interessati ha sinora costituito una sede amministrativa giustiziale di equilibrato impulso alla cultura ed all'effettività non solo del diritto d'accesso ma anche delle situazioni ad esso collegate, quali la trasparenza e la tutela dei dati personali, svolgendo così un importante ruolo di educazione sia alla democrazia partecipativa sia alla giustizia come valore costituzionale concreto: perché la promessa della Costituzione di garantire a "tutti" la tutela dei diritti e degli interessi legittimi in sede giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione può risultare, per gran parte dei cittadini, una scatola vuota, una giustizia di classe – o, più esattamente, di censio - in contrasto con il principio di uguaglianza, dal momento che non si può parlare realmente di "garanzia" quando poi l'esercizio di tale garanzia comporta spese e tempi che non sono sopportabili da gran parte degli interessati. E quindi, il prestigio ormai acquisito dalla Commissione in un settore oggettivamente limitato ma molto rilevante sotto il profilo della partecipazione democratica all'attività amministrativa e che significativamente presenta un crescente gradimento da parte degli utenti, indurrebbe a potenziare l'attività di questo organo, che opera in tempi molto brevi, senza alcuna formalità e senza alcuna spesa per gli interessati, colmando così, per quanto di competenza, il solco tra istituzioni e amministrati. Andrebbe quindi valutato se alla Commissione, che finora ha bene operato *nel prevalente interesse giuridico privato degli aspiranti all'accesso, e cioè come garanzia giustiziale*, sia opportuno affidare gli ulteriori compiti di coordinare ed indirizzare la cultura e l'effettività dell'accesso a fini di riutilizzo *nel prevalente interesse politico-economico della collettività, come garanzia politico-economica*: e cioè, come rilevato al precedente paragrafo **4.4**, garantendo che la conoscenza degli atti e delle notizie in possesso delle pubbliche amministrazioni (e dei soggetti ad esse equiparati dalla legge 241) possa assumere anche la funzione di strumento di crescita politica, economica e civile, divenendo così un *fattore di produzione*, nell'attuale pienezza di valori di tale concetto.

Certo, tutto questo significa proiettarsi con decisione nel futuro; e, si sa, quando si risveglia il futuro in anticipo quello che spesso si ottiene è soltanto un presente assonnato. Ma in questo caso mi auguro che la consapevolezza della gravità dell'attuale momento economico e sociale induca tutti a riconoscere la necessità e l'urgenza di far sorbire a questo presente, e di buon mattino, un buon caffè.

2. La composizione della Commissione dalla istituzione ad oggi (1991-2010)

La composizione della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 27 della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modifiche ed integrazioni, ha subito una modifica per effetto della legge n. 15 del 2005 che ne ha sostanzialmente ridotto i componenti, in un'ottica di semplificazione e razionalizzazione.

Dal 1991, anno di costituzione, al 2005, la Commissione, nominata con decreto del Presidente della Repubblica, risultava composta da sedici membri, dei quali:

- due senatori e due deputati, designati dai Presidenti delle rispettive Camere;
- quattro scelti fra i magistrati e gli avvocati dello Stato, designati dai rispettivi organo d'autogoverno;
- quattro fra i professori di ruolo in materia giuridico – amministrativa;
- quattro fra i dirigenti dello Stato e degli altri enti pubblici.

Con DPCM 15 luglio 2005, si è provveduto alla ricostituzione della Commissione ai sensi delle modifiche legislative intervenute, secondo la seguente composizione, oltre al Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, che la presiede di diritto:

- due senatori e due deputati, designati dai Presidenti delle rispettive Camere;
- quattro fra i magistrati e gli avvocati dello Stato, designati dai rispettivi organo d'autogoverno;
- due fra i professori di ruolo in materia giuridico - amministrativa, designati dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca;
- uno fra i dirigenti dello Stato o di enti pubblici, designati dalla Presidenza del Consiglio dei ministri;
- il capo della struttura della Presidenza del Consiglio dei Ministri che costituisce il supporto organizzativo per il funzionamento della Commissione (capo del Dipartimento per il coordinamento amministrativo).

A decorrere dal 2005, sono stati, altresì, nominati i cinque esperti a supporto della Commissione medesima, ai sensi dell'art. 27, comma 2, ultimo periodo.

Di seguito, la composizione dei primi venti anni della Commissione

COMPOSIZIONE TRIENNIO 1991-1994**D.P.C.M. 31 maggio 1991 (integrato con D.P.C.M. 27 giugno 1991)**

Presidente: Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri
pro tempore

Componenti:

- Sen. Giorgio Giulio COVI;
- Sen. Francesco GUIZZI;
- On. Augusto Antonio BARBERA;
- On. Adriano CIAFFI;
- Prof. Antonio CARULLO, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico
presso l'Università di
Bologna, con funzioni di Vice Presidente;
- Dott. Silvino COVELLI, Presidente di Sezione della Corte dei Conti;
- Avv. Ignazio Francesco CARAMAZZA, Segretario Generale
dell'Avvocatura Generale dello Stato;
- Dott. Alessandro PAJNO, Consigliere di Stato;
- Prof. Pietro Alberto CAPOTOSTI, Ordinario di Istituzioni di Diritto
Pubblico presso l'Università
“La Sapienza” di Roma;
- Prof. Massimo C. BIANCA, Ordinario di Diritto Civile presso l'Università
“La Sapienza” di Roma;
- Prof. Aldo LOIODICE, Ordinario di Diritto Costituzionale presso
l'Università di Bari;
- Prof. Ing. Gianni BILLIA, Segretario Generale del Ministero delle Finanze;
- Dott. Cesare VETRELLA, Dirigente Generale della Presidenza del
Consiglio dei Ministri;
- Dott. Mario SERIO, Dirigente Generale dell'Archivio Centrale dello Stato;
- Cons. Vincenzo MARINELLI, Magistrato di Corte d'Appello, sostituito, in
quanto dimissionario,
dal Cons. Eduardo di SALVO, a far data dal 1994;
- Dott. Elio FELICIANI, Dirigente dell'A.N.A.S. (dimissionario dal 23
dicembre 1993).

A seguito dello scioglimento anticipato della Commissione (art. 27, 3° comma
della Legge 241 del 1990)

i quattro membri parlamentari sono stati sostituiti, con D.P.C.M. 9 febbraio
1993, con i seguenti:

- Sen. Avv. Maria Giovanna VENTURI;
- Sen. Terzo PIERANI;
- On. Avv. Eugenio TARABINI;
- On. Prof. Giulio CELLINI.

COMPOSIZIONE TRIENNIO 1994-1997
D.P.C.M. 24 novembre 1994

Presidente: Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri
pro tempore

Componenti:

- Sen Luigi ROVEDA;
- Sen. Antonella BRUNO GANERI;
- On. Mario FERRARA;
- On. Vincenzo NESPOLI;
- Prof. Carlo MEZZANOTTE, Ordinario di Diritto Costituzionale presso la Libera Università

Internazionale Studi Sociali;

- Dott. Silvino COVELLI, Presidente di Sezione della Corte dei Conti;
- Avv. Ignazio Francesco CARAMAZZA, Segretario Generale dell'Avvocatura dello Stato;
- Dott. Alessandro PAJNO, Consigliere di Stato;
- Dott. Eduardo di SALVO, Sostituto Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di

Cassazione;

- Prof. Achille MELONCELLI, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico dell'Economia presso la Terza Università di Roma;
- Prof. Massimo C. BIANCA, Ordinario di Diritto Civile presso l'Università "La Sapienza" di Roma;
- Prof. Aldo LOIODICE, Ordinario di Diritto Costituzionale presso l'Università di Bari;
- Dott. Cesare VETRELLA, Dirigente Generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri;
- Dott. Mario SERIO, Dirigente Generale dell'Archivio Centrale dello Stato;
- Dott. Giorgio TINO, Dirigente Generale del Ministero delle Finanze.