
FRANCESCO CARDARELLI

AMMINISTRAZIONE DIGITALE, TRASPARENZA E PRINCIPIO DI LEGALITÀ*

SOMMARIO: 1. Il quadro di riferimento normativo. Il Codice dell'amministrazione digitale. — 2. Segue: la *governance* dell'amministrazione digitale. — 3. Segue: la trasparenza. — 4. Coordinamento informatico, regole tecniche e principio di legalità. — 5. Prime conclusioni: difficoltà di sistema. — 6. Modelli eteronomi di amministrazione digitale: *open government* ed *open data*. — 7. Segue: *cloud computing*. — 8. Fondamento e limiti dei diritti "digitali": il diritto all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione. — 9. Segue: il "diritto" all'informazione amministrativa.

1. IL QUADRO DI RIFERIMENTO NORMATIVO. IL CODICE DELL'AMMINISTRAZIONE DIGITALE.

Una stratificazione normativa confusa ed oggetto di continue manipolazioni successive costituisce il fondamento dell'amministrazione digitale nel nostro ordinamento. Non tragga in inganno la presenza, nel novero delle fonti, del Codice dell'amministrazione digitale (utilizzato per definire, in un'epoca storica connotata dal ricorso alla ri-codificazione¹, il plesso delle norme sull'attività amministrativa in forma digitale), poiché esso è dedicato in gran parte a materia generale (quale il sistema delle firme elettroniche, che riguarda tutte le possibili applicazioni, anche — e soprattutto — riferibili all'attività privata, e costituisce norma di recepimento di apposita direttiva europea), non esaurisce affatto il quadro ordinamentale (i riferimenti all'organismo di coordinamento, e cioè l'Agid, sono ricavabili da norme di diversa collocazione), solo in parte riguarda le novità derivanti dalla

* Il presente saggio è stato redatto nell'ambito della ricerca finanziata dall'Istituto di Studi Politici S. Pio V, coordinata dal prof. G. Acocella, dal titolo "Materiali per una cultura della legalità 2015", ed è oggetto di pubblicazione in apposito volume collettaneo. Si ringrazia l'Istituto per l'autorizzazione alla pubblicazione sulla questa *Rivista*.

¹ Sulla idea della buona codificazione (o meglio del policentrismo delle codificazioni) come forma di semplificazione v. CORRADINO M., *La qualità delle regole nell'amministrazione digitale*, *Inf. Dir.*, 2005, 1, pagg. 33 ss.

disciplina della trasparenza (contenute nel d.lgs. 13/2013), non esaurisce affatto tutte le possibili declinazioni dell'attività amministrativa dematerializzata (affidate all'applicazione evolutiva delle norme generali sul procedimento, ed alle determinazioni proprie dell'ambito strettamente tecnico), necessita di continue modalità applicative derivanti dall'adozione di apposite regole tecniche.

Che l'amministrazione digitale non costituisca un modello compiuto di riferimento organizzativo è dimostrato dalla sostanziale eterogeneità delle fonti. Il codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 82/2005, modificato con il d.lgs. 235/2010, dalla legge 221/2012, dal d.lgs. 33/2013, e da ultimo dalla legge 114/2014) che costituisce il corpus normativo più consistente per la disciplina della materia è infatti articolato su più piani ².

Uno riguarda i principi generali, a sua volta declinato tra

i) la ricognizione di diritti del cittadino e delle imprese, fra i quali il “diritto all'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni” — art. 3, il domicilio digitale del cittadino — art. 4, le modalità di comunicazione tra cittadino ed imprese e l'utilizzo della posta elettronica certificata: la sezione del Codice in realtà riguarda indistintamente “diritti digitali” (alcuni dei quali non rappresentano che la declinazione tecnologica delle misure partecipative all'attività procedimentalizzata dell'amministrazione, il cui fondamento va quindi rinvenuto nella legge generale sul procedimento) e misure applicative di carattere generale (quali sono quelle destinate a consentire pagamenti elettronici verso l'amministrazione e l'istituzione di un pubblico indice degli indirizzi PEC delle imprese e dei professionisti), che non definiscono certamente diritti ³;

ii) l'articolazione dell'organizzazione e delle competenze, tra amministrazione centrale, regioni ed autonomie locali, che si

² Sui commenti al Codice v. CARLONI E., *Il Codice dell'amministrazione digitale*, Rimini, 2005; MERLONI F., *Introduzione all'e-government*, Torino, 2005; CACACE S., *Codice dell'amministrazione digitale*, 2006, www.giustizia-amministrativa.it; PONTI B., *Il regime dei dati pubblici*, Rimini, 2008, AA.VV., (a cura di Mancarella M.), *Profili negoziali ed organizzativi dell'amministrazione digitale*, Trento, 2009.

³ Significativa in tal senso è la vicenda relativa alle modalità di comunicazione tra imprese e pubblica amministrazione, prevista dall'art. 5-bis del Codice esclusivamente mediante uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, previa adozione di un apposito DPCM attuativo. Con decreto del 22 luglio 2011 è stata data attuazione al precetto, prevedendo che le mo-

dalità interattive digitali tra imprese ed amministrazioni pubbliche abbiano inizio dal 1 gennaio 2013; tuttavia il medesimo decreto dispone che le pubbliche amministrazioni centrali definiscono un programma di informatizzazione delle comunicazioni con le imprese fissando obiettivi intermedi quantitativamente omogenei a cadenza almeno semestrale. In altri termini la piena digitalizzazione sarà subordinata alla pubblicazione semestrale dell'elenco dei procedimenti amministrativi relativamente ai quali le comunicazioni sono svolte esclusivamente in via telematica, con l'indicazione della data di decorrenza, comunque non superiore a sessanta giorni. Sembrerebbero escluse dalla previsione le amministrazioni regionali e locali: va segnalato tuttavia che il decreto non è stato adottato attraverso le modalità di

ispira, nel rispetto del principio dell'autonomia organizzativa dell'amministrazione, alla utilizzazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, nonché per la garanzia dei diritti dei cittadini e delle imprese. Simmetricamente, il perseguimento dei medesimi obiettivi (si deve notare la traslitterazione dei "principi" informatori dell'attività amministrativa ai sensi della legge 241/90 in "obiettivi"), deve avvenire attraverso processi di "riorganizzazione strutturale e gestionale delle pubbliche amministrazioni" (sicché l'impatto delle tecnologie sull'organizzazione amministrativa non appare affatto una invariante), "anche" (e quindi non solamente) attraverso il migliore e più esteso utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nell'ambito di una coordinata strategia che garantisca il coerente sviluppo del processo di digitalizzazione (art. 15): se ne ricava che l'amministrazione digitale non è configurata, nell'ambito del codice ad essa appositamente dedicato, come un modello organizzativo in sé, ma piuttosto come un processo dinamico nell'ambito del quale le tecnologie di volta in volta disponibili impongono profili di rimodulazione organizzativa e di modelli di gestione (il principio, al di là della sua sostanziale vacuità precettiva, dal momento che non sono previste sanzioni, è rimasto di fatto lettera morta ⁴). Analogamente costituisce un elemento programmatico, privo di una dimensione coercitiva, il principio della progressiva razionalizzazione e semplificazione dei procedimenti amministrativi, delle attività gestionali, documenti, modulistica, modalità di accesso e di presentazione delle istanze da parte dei cittadini e delle imprese ⁵: da un lato la materia della semplificazione procedimentale non costituisce compito (se non sotto il profilo organizzativo) proprio dell'autonomia delle amministrazioni, ma ricade nell'am-

intesa con la conferenza unificata, e che quindi la sua efficacia (e la relativa coercibilità degli adempimenti) appare quanto meno di dubbia legittimità.

⁴ Continua ad essere rilevante la "perdurante debolezza" del Codice (v. CARLONI, E., *La riforma del Codice dell'amministrazione digitale*, *Giorn. dir. Amm.*, 2011, 5. pagg. 469 ss.), soprattutto perché le disposizioni ivi previste, lungi dal configurare obblighi afferenti a puntuali tempistiche, riconduce l'apparato sanzionatorio per le amministrazioni poco diligenti alla valutazione della performance ai sensi del d.lgs. 150/2009.

⁵ Ad ulteriore dimostrazione del valore programmatico della disposizione, e della sua scarsa valenza pratica, basti rammen-

tae che il legislatore è ulteriormente intervenuto in materia, con disposizione stravagante rispetto al Codice (e quindi anche di difficile coordinamento) tramite l'art. 24 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (conv. con legge 11 agosto 2014, n.114) che prevede l'istituzione di una Agenda per la semplificazione e l'approvazione "di un piano di informatizzazione delle procedure per la presentazione di istanze, dichiarazioni e segnalazioni che permetta la compilazione on line con procedure guidate accessibili tramite autenticazione con il Sistema pubblico per la gestione dell'identità digitale di cittadini e imprese. Le procedure devono permettere il completamento della procedura, il tracciamento dell'istanza con individuazione del responsabile del procedimento e, ove appli-

bito del potere del legislatore (si tratterebbe quindi di una invocazione impropriamente collocata nell'ambito di una fonte primaria, giacché solo con le apposite modifiche dell'impianto normativo dei singoli procedimenti, in omaggio al principio di legalità e di tipicità degli atti, è possibile semplificare, e quindi razionalizzare, le sequenze procedimentali); dall'altro la razionalizzazione delle modalità di accesso della presentazione di istanze, ed in genere delle modalità di partecipazione dei privati all'attività procedimentalizzata, appare garantita dal riconoscimento della legittimità della presentazione delle istanze dei privati ai sensi degli artt. 45 (i documenti trasmessi da chiunque ad una pubblica amministrazione con qualsiasi mezzo telematico o informatico, idoneo ad accertarne la fonte di provenienza, soddisfano il requisito della forma scritta e la loro trasmissione non deve essere seguita da quella del documento originale) e soprattutto 65 del Codice ⁶.

Il secondo piano riguarda il documento informatico (la cui formazione, memorizzazione e trasmissione con strumenti telematici conformi alle regole tecniche disciplinate da altra disposizione del Codice sono valide e rilevanti agli effetti di legge: la disciplina primaria è quindi integrata, in modo sostanziale, dalla produzione di regole tecniche: similmente, con abbondanti e reiterati riferimenti alle norme tecniche, si atteggia la disciplina relativa alle regole della formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici da parte delle amministrazioni pubbliche, che sono comunque tenute a valutare in termini di rapporto tra costi e benefici il recupero su supporto informatico dei documenti e degli atti cartacei dei quali sia obbligatoria o opportuna la conservazione e provvedono alla predisposizione dei conseguenti piani di sostituzione degli archivi cartacei con archivi informatici), le firme elettroniche nonché le modalità di formazione e trasmissione di documenti informatici (l'ambito di applicazione di siffatta disciplina è esteso alla generalità dei consociati, trattandosi in gran parte di disposizioni di recepimento della direttiva

cabile, l'indicazione dei termini entro i quali il richiedente ha diritto ad ottenere una risposta. Il piano deve prevedere una completa informatizzazione" (comma 3 bis). Cfr VESPERINI G., *La semplificazione, politica comune*, *Giorn. Dir. Amm.*, 2014, 11, pagg. 1019 ss.

⁶ A tale scopo modificato nel 2012, secondo il quale le istanze e le dichiarazioni presentate per via telematica alle pubbliche amministrazioni e ai gestori dei servizi pubblici sono valide: a) se sottoscritte mediante la firma digitale, b) ovvero, quando l'autore è identificato dal sistema informatico con

l'uso della carta d'identità elettronica o della carta nazionale dei servizi, nei limiti di quanto stabilito da ciascuna amministrazione ai sensi della normativa vigente, c) ovvero quando l'autore è identificato dal sistema informatico, d) ovvero se trasmesse dall'autore mediante la propria casella di posta elettronica certificata purché le relative credenziali di accesso siano state rilasciate previa identificazione del titolare, anche per via telematica secondo modalità definite con apposite regole tecniche e ciò sia attestato dal gestore del sistema nel messaggio o in un suo allegato.

europea 1999/93/CE, e non riguarda certamente la sola pubblica amministrazione, come si arguisce dall'art. 2 del Codice ⁷).

Un terzo livello riguarda la disciplina dei dati delle pubbliche amministrazioni e dei servizi in rete, a sua volta articolato in diverse sezioni:

i) la prima attiene alla disciplina “sostanziale” dei dati. Sono in particolare previste condizioni concernenti la disponibilità dei dati pubblici, il principio di continuità operativa, le modalità per garantire la sicurezza dei dati (e la loro integrità ed esattezza), l'accesso telematico, le caratteristiche ed i contenuti dei siti delle amministrazioni. Questo ultimo aspetto merita una preliminare riflessione: ai sensi dell'art. 53 le pubbliche amministrazioni centrali realizzano siti istituzionali su reti telematiche che rispettano i principi di accessibilità, nonché di elevata usabilità e reperibilità, anche da parte delle persone disabili, completezza di informazione, chiarezza di linguaggio, affidabilità, semplicità di consultazione, qualità, omogeneità ed interoperabilità (in questo caso il legislatore non ha ritenuto di poter intervenire su tutte le amministrazioni pubbliche, comprese quelle locali, evidentemente ritenendo insufficiente la copertura costituzionale derivante dal principio del coordinamento informatico, che è materia di competenza esclusiva del legislatore statale, considerato all'epoca recessivo rispetto all'autonomia organizzativa delle singole amministrazioni pubbliche); mentre ai sensi dell'art. 54 del Codice i siti di tutte le pubbliche amministrazioni, ivi comprese quelle locali, contengono i dati di cui al decreto legislativo recante il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, adottato ai sensi dell'articolo 1, comma 35, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (e cioè il d.lgs. 33/2013: al di là dell'evidente difetto di coordinamento redazionale, in quanto la norma avrebbe potuto essere aggiornata a seguito dell'entrata in vigore del decreto adottato a seguito dell'esercizio della delega, il diverso ambito applicativo delle due disposizioni appare fondarsi sulla diversa matrice costituzionale su cui si basa l'esercizio della potestà normativa statale, che, nel caso del decreto legislativo in materia di trasparenza, concerne non soltanto il principio del coordinamento informatico, ma anche quello della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione). Questo difetto di coordinamento tra norme di diversa origine e provenienza, oltre che diversificate nel tempo, appare

⁷ Ai sensi del quale le disposizioni di cui al capo II, agli articoli 40, 43 e 44 del capo III, nonché al capo IV, si applicano ai

privati ai sensi dell'articolo 3 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, e successive modificazioni

confermato dalla sostanziale estensione del principio generale sulla qualità dell'informazione delle amministrazioni pubbliche contenuto nel Codice, operato dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. 33/2013, per effetto dei quali le disposizioni ed i principi richiamati dal Codice (e, come detto, diversificati), sono di fatto estesi a tutte le amministrazioni pubbliche, anche nella più ampia accezione che il legislatore del 2013 ha ritenuto di dover accogliere nelle disposizioni sulla trasparenza. Ed infatti le richiamate disposizioni, da un lato prevedono che “le pubbliche amministrazioni garantiscono la qualità delle informazioni riportate nei siti istituzionali nel rispetto degli obblighi di pubblicazione previsti dalla legge, assicurandone l'integrità, il costante aggiornamento, la completezza, la tempestività, la semplicità di consultazione, la comprensibilità, l'omogeneità, la facile accessibilità, nonché la conformità ai documenti originali in possesso dell'amministrazione, l'indicazione della loro provenienza e la riutilizzabilità secondo quanto previsto dall'articolo 7” (si tratta di norma evidentemente sovrapponibile a quella dell'art. 53 del Codice); e dall'altro (art. 7) dispongono che “i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente, resi disponibili anche a seguito dell'accesso civico... sono pubblicati in formato di tipo aperto ai sensi dell'articolo 68 del Codice dell'amministrazione digitale, e sono riutilizzabili... senza ulteriori restrizioni diverse dall'obbligo di citare la fonte e di rispettarne l'integrità”;

ii) ulteriori profili riguardano la fruibilità dei dati pubblici (tuttavia non si tratta di disposizioni che attengono alle modalità con le quali in genere le amministrazioni predispongono ambienti tecnologici accessibili ai consociati, quanto piuttosto misure destinate a disciplinare specifiche banche dati — quelle di interesse nazionale, l'anagrafe nazionale della popolazione residente, la banca dati dei contratti pubblici, l'anagrafe degli assistiti); la tipologia dei servizi in rete dell'amministrazione digitale (con istituzione di un sistema di gestione dell'identità digitale di cittadini ed imprese), e la creazione di carte elettroniche di identità e dei servizi; le modalità di sviluppo, acquisizione e riuso di sistemi informatici delle amministrazioni pubbliche; il sistema pubblico di connettività e rete internazionale della pubblica amministrazione. Questa serie di disposizioni ha rilievi ed effetti applicativi (anche differiti nel tempo), che traducono in misure organizzative specifiche la predisposizione di ambienti tecnologici per la realizzazione delle condizioni di interoperabilità ed interconnessione tra le amministrazioni pubbliche: sebbene di carattere settoriale, e soprattutto riferite all'organizzazione dell'amministrazione centrale, esse rappresentano il primo e più rilevante nucleo di disposizioni che attengono al principio costituzionale del coordinamento informatico (riservato alla potestà esclusiva dello stato).

2. *SEGUE: LA GOVERNANCE DELL'AMMINISTRAZIONE DIGITALE.*

Appartiene ad un altro filone normativo la vicenda relativa alla individuazione dell'organismo deputato all'esercizio di poteri di coordinamento e di impulso per lo sviluppo dell'amministrazione digitale. Un primo profilo riguarda le previsioni contenute nel d.l. 5/2012 (al di là di quelle che hanno comportato modifiche al Codice dell'amministrazione digitale⁸), ed in particolare l'istituzione di una cabina di regia (una struttura composta da vari ministri, e coadiuvata da un organismo consultivo) per l'attuazione dell'agenda digitale italiana nel quadro delle indicazioni sancite dall'agenda digitale europea⁹. Il carattere programmatico della disposizione (che è rimasta esterna al Codice) si segnala non tanto per l'effettiva istituzione dell'organismo (affiancato pochi mesi dopo, almeno per ciò che concerne l'attività operativa, dall'AgID), quanto per due distinti profili: il primo è che la previsione di una agenda digitale nazionale non riguarda solo la pubblica amministrazione, ma in genere l'intera collettività, e si colloca all'interno di una prospettiva legata allo sviluppo dell'economia digitale (l'agenda, ed il rispetto delle scadenze ivi previste, diventano quindi fattore di crescita economica, e non solo mezzi o strumenti per la semplificazione amministrativa: resta tuttavia indubbio che le misure previste nella norma riguardano essenzialmente sviluppi legati alla dimensione ed all'operatività dell'amministrazione pubblica); il secondo è che entrano a far parte del nostro ordinamento vocaboli (e quindi concetti) che erano già stati utilizzati in sede europea (ed in genere negli studi preparatori dell'agenda digitale) ma che avrebbero necessitato presumibilmente (come del resto aveva tentato di fare il codice dell'amministrazione digitale) di un ben più meditato approccio definitorio (quali ad esempio le "comunità intelligenti" — *smart communities* —, finalizzate a soddisfare la crescente domanda di servizi digitali in settori quali la mobilità, il risparmio energetico, il sistema educativo, la sicurezza, la sanità, i servizi sociali e la cultura; il "paradigma dei dati aperti" (*open data*) quale modello di valoriz-

⁸ Quali ad esempio l'affermazione di un principio di "esclusività digitale" a mente del quale a decorrere dal 1° gennaio 2014 le pubbliche amministrazioni utilizzano esclusivamente servizi telematici o la posta elettronica certificata anche per gli atti, le comunicazioni o i servizi dagli stessi resi: tuttavia con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, che avrebbe dovuto essere emanato entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della disposizione (ma mai adottato) sono stabilite le deroghe e le eventuali limitazioni al principio di esclusività anche

al fine di escludere l'insorgenza di nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Con la conseguenza che, in assenza di provvedimenti applicativi, la forzatura verso la totale digitalizzazione dei servizi della p.a. è rimasta fondamentalmente legata alla operosità delle singole amministrazioni. Sulle novità del d.l. 5/2012, v. CARLONI E., *La semplificazione telematica e l'Agenda digitale*, *Giorn. dir. amm.*, 2012, 7, pagg. 708 ss.

⁹ Comunicazione della Commissione europea COM (2010) 245 definitivo/2 del 26 agosto 2010.

zazione del patrimonio informativo pubblico, al fine di creare strumenti e servizi innovativi; il potenziamento delle applicazioni di “amministrazione digitale (*e-government*)” per il miglioramento dei servizi ai cittadini e alle imprese, per favorire la partecipazione attiva degli stessi alla vita pubblica e per realizzare un’amministrazione aperta e trasparente; la promozione della diffusione e del controllo di “architetture di *cloud computing*” per le attività e i servizi delle pubbliche amministrazioni).

Questo impulso alla *governance* del sistema è sfociato nella istituzione dell’Agenzia per l’Italia digitale (d.l. 83/2012), che opera sulla base di principi di autonomia organizzativa, tecnico-operativa, gestionale, di trasparenza e di economicità e persegue gli obiettivi di efficacia, efficienza, imparzialità, semplificazione e partecipazione dei cittadini e delle imprese (sostituisce nelle competenze la DigitPA, a sua volta erede del CNIPA, a sua volta successore dell’Autorità per l’informatica nella pubblica amministrazione la cui istituzione risale al 1993). Gran parte dei compiti attribuiti all’Agenzia costituiscono piena applicazione della materia costituzionale del coordinamento informatico di cui all’art. 117 Cost., comma 2 lett. r), attenendo a indirizzi, regole tecniche e linee guida in materia di sicurezza informatica e di omogeneità dei linguaggi, delle procedure e degli standard, in modo da assicurare anche la piena interoperabilità e cooperazione applicativa tra i sistemi informatici della pubblica amministrazione, ad iniziative in materia di digitalizzazione dei flussi documentali delle amministrazioni promuovendo la rimozione degli ostacoli tecnici, operativi e organizzativi che si frappongono alla realizzazione dell’amministrazione digitale e alla piena ed effettiva attuazione del diritto all’uso delle tecnologie (previsto dall’articolo 3 del codice). Tuttavia proprio il richiamo al principio del coordinamento informatico (assieme alla sostanziale diluizione delle funzioni di vigilanza, che si riferiscono alla qualità dei servizi ed alla razionalizzazione della spesa in materia informatica, e quindi attengono più al monitoraggio del sistema che ad un vero e proprio controllo assistito da specifici poteri sanzionatori o sostitutivi verso le singole amministrazioni), nell’accezione che ne ha progressivamente fornito la Corte Costituzionale, disvela la natura giuridica dell’ente: che non è quella di soggetto esponentiale dell’amministrazione digitale, né di soggetto preposto a funzioni di controllo, quanto di un ente titolare di competenze tecniche (o meglio titolare del coordinamento di molteplici versanti tecnici, nazionali ed internazionali) che sono necessarie per garantire il costante adeguamento delle modalità operative delle amministrazioni pubbliche rispetto alle evoluzioni delle tecnologie disponibili

(ed utilizzabili da parte dei destinatari dei comportamenti e dei provvedimenti dell'amministrazione)¹⁰.

La centralità dell'AgID appare tuttavia ridotta sotto molteplici profili (al di là dei problemi di concreta operatività che si sono verificati a seguito dell'approvazione del relativo statuto, intervenuta molto dopo la sua istituzione): per un verso non è venuta meno la funzione della cabina di regia dell'agenda digitale; per altro verso lo stesso decreto legge istitutivo dell'Agenzia ha affidato alla società CONSIP Spa le attività amministrative, contrattuali e strumentali già attribuite a DigitPA, ai fini della realizzazione e gestione dei progetti in materia; ed ancora, le originarie attribuzioni spettanti alla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT) istituita con il d.lgs. 150/2009 in materia di trasparenza (fra le quali la predisposizione di linee guida per le amministrazioni pubbliche e la gestione di un apposito portale della trasparenza in collaborazione con il CNIPA), e rafforzate dall'art. 45 del d.lgs. 33/2013¹¹, sono state trasferite all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC). Se ne ricava quindi che l'amministrazione digitale, sul versante degli enti statali di riferimento dotati delle necessarie competenze per assicurare il coordinamento informatico (o comunque ad interloquire con le amministrazioni pubbliche in materia di norme tecniche ed applicazione corretta degli obblighi di trasparenza realizzabili attraverso tecnologie della comunicazione), continua a scontare, soprattutto per effetto della recente stratificazione normativa, una sorta di policentrismo frammentato, potenzialmente foriero di contrasti e distonie¹².

3. *SEGUE: LA TRASPARENZA.*

Un terzo nucleo normativo su cui poggia l'amministrazione

¹⁰ La istituzione dell'AgID è stata salutata con favore dai commenti al d.l. 83/2012 (v. CARLONI E., *Amministrazione aperta e governance dell'Italia digitale*, *Giorn. dir. amm.*, 2012, 11, pag. 1046) quale ricomposizione di un complesso ampio ed organico di funzioni che consentirebbe una più chiara proiezione e rappresentazione del nostro paese nel contesto nazionale ed europeo, superando la crescente frantumazione delle responsabilità tra soggetti diversi: in realtà il modello di *governance* dell'amministrazione digitale non risulta affatto organico e coerente, anche dopo l'istituzione dell'agenzia.

¹¹ In forza del quale La CIVIT, anche in qualità di Autorità nazionale anticorruzione, controlla l'esatto adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla nor-

mativa vigente, esercitando poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle amministrazioni pubbliche e ordinando l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dalla normativa vigente, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza.

¹² Cfr. SARTORI L., *Open Government: what else?*, *Ist. del federalismo*, 2013, 1, pag. 762, secondo la quale fra gli elementi che hanno rallentato l'effettiva realizzazione di azioni di *Open government* (e non solo di *Open data*) sono ravvisabili nel complesso intreccio di attribuzioni per l'implementazione dell'Agenda digitale dovuti all'instabilità politica che ha contribuito a relegare i temi dello sviluppo digitale in secondo piano.

digitale si è articolato sulla declinazione positiva ed applicativa del principio di trasparenza. Già il d.lgs. 150/2009 (art. 11) prevedeva che la trasparenza “è intesa come accessibilità totale”, e costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell’articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione: essa viene realizzata “anche” attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell’organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all’utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell’attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità. La disposizione è stata successivamente abrogata e modificata dall’art. 1 del d.lgs. 33/2013¹³, che rinforza e sistematizza il principio: in primo luogo l’accessibilità totale delle informazioni concernenti l’organizzazione e l’attività delle pubbliche amministrazioni è diretto a favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche; in secondo luogo la trasparenza concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell’utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione, ma soprattutto integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una “amministrazione aperta” (per la prima volta in un testo normativo viene espressamente richiamato *l’open government*); in ultimo (e in ciò consiste il punto di saldatura con l’amministrazione digitale) il fondamento costituzionale delle disposizioni contenute nel decreto non riguarda solamente il livello essenziale delle prestazioni, ma viene rinvenuto nell’esercizio della funzione di coordinamento informativo

¹³ Sulla trasparenza, ed in particolare sul principio alla luce delle recenti riforme, MERLONI F. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008; BONOMO A., *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall’accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari, 2012; SAVINO M., *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, 8-9, pagg. 795 ss.; PATRONI GRIFFI F., *La trasparenza della Pubblica Amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *www.federalismi.it*, 2013, 8, 12; BOMBARDELLI M., *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, *Istituz. Fed.*, 2013, pagg. 657 ss., che attribuisce al principio di trasparenza signi-

ficati polisensi, meccanismo di garanzia contro la corruzione e strumento a presidio della buona amministrazione, SIMONATI A., *La trasparenza amministrativa ed il legislatore: un caso di entropia normativa?*, *Dir. Amm.*, 2013, 4, pp.749 ss. Per una completa disamina dell’evoluzione del concetto di trasparenza v. VV. PONTI B. (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, 2013; SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2011, pagg. 89 ss., che sottolinea il nesso tra principio di trasparenza e obbligo per l’amministrazione di dotarsi di modelli organizzativi e forme comportamentali lineari, semplici, comprensibili e certi.

statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale.

Non è questa la sede per analizzare la portata del principio di trasparenza nell'ambito del nostro ordinamento: e certamente l'affermazione del principio nel sistema dell'amministrazione democratica risponde ad esigenze diverse e preesistenti ai modelli di amministrazione digitale. Tuttavia la diffusione delle tecnologie dell'informazione ha comportato l'emersione di nuove modalità di comunicazione, superando i limiti dei media tradizionali (la stampa e la televisione in primo luogo ¹⁴), ed imponendo forme reticolari di connessione, di tipo multimediale ed ipertestuale, consentendo l'ordinamento dei dati, la facilità di accesso, il loro riuso, un diverso grado di personalizzazione (di tipo capillare e puntuale): e proprio le possibilità legate alle tecnologie dell'informazione che accrescono la domanda di conoscenza e (se legata all'amministrazione pubblica) trasparenza, ed impongono misure organizzative adeguate per il corretto sfruttamento del patrimonio informativo pubblico ¹⁵. Ne deriva che l'affermazione del principio di trasparenza (finalizzato alla prevenzione della *maladministration* e dei fenomeni corruttivi, e ciò legittima l'imputazione formale dei relativi compiti di indirizzo all'Autorità nazionale anticorruzione, ma anche alla realizzazione dell'amministrazione aperta per facilitare il controllo democratico e diffuso sull'attività dell'amministrazione) diviene uno dei punti cardine della struttura e delle funzioni dell'amministrazione digitale: prova ne sia che oltre ai già rammentati artt. 6 (sulla qualità delle informazioni pubbliche) e 7 (sui dati aperti e sul loro riutilizzo), il d.lgs. 33/2013 prevede la definizione di criteri, modelli e schemi standard per l'organizzazione, la codificazione e la rappresentazione dei documenti, delle informazioni e dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente, nonché relativamente all'organizzazione della sezione «Amministrazione trasparente», da adottarsi con appositi DPCM, sentiti il Garante per la protezione dei dati personali, la Conferenza unificata, l'AgID, l'ANAC e l'ISTAT: detti decreti servono ad assicurare il coordinamento informativo e informatico dei dati, per la soddisfazione delle esigenze di uniformità delle modalità di codifica e di rappresentazione delle informazioni e dei

¹⁴ Sul ruolo essenziale che possiede la "buona stampa" per realizzare gli obiettivi dell'apertura dell'amministrazione, allo scopo di superare gli incentivi al segreto del governo, e sulla funzione essenziale che l'accesso all'informazione riveste per l'opposizione politica e le organizzazioni portatrici di interessi diffusi, v. STIEGLITZ J., *Transparency in government*, in AA.VV., World

Bank Institute, *The right to tell: the role of mass media in economic development*, Washington D.C., 2002, pag. 40.

¹⁵ MARSOCCHI P., *Gli obblighi di diffusione delle informazioni ed il d.lgs. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale di amministrazione*, *Ist. del federalismo*, 2013, 3-4, pag. 714.

dati pubblici, e a definire i requisiti di qualità delle informazioni diffuse e consentire eventuali modifiche sulla base delle richieste da parte di chi vi abbia interesse (art. 45).

4. COORDINAMENTO INFORMATICO, REGOLE TECNICHE E PRINCIPIO DI LEGALITÀ.

L'individuazione di un siffatto quadro normativo (che per semplicità si è inteso schematizzare su tre assi portanti) non esaurisce affatto il novero delle possibili fonti su cui si articola il funzionamento dell'amministrazione digitale. Per un verso il legislatore nazionale indulge verso discipline di settore che comportano l'applicazione di tecnologie ICT, e che costituiscono altrettanti segmenti della digitalizzazione amministrativa: per altro verso non è affatto inibita al legislatore regionale la possibilità di dettare regole specifiche in materia di informazione e comunicazione pubblica, ivi comprese misure di carattere organizzativo dei propri uffici e servizi ¹⁶. L'astratta possibilità della confluenza di più fonti statali o regionali viene solo parzialmente dipanata in base al criterio dell'attribuzione delle competenze normative nella materia del coordinamento informativo statistico ed informatico, che, come si è visto, il legislatore nazionale espressamente evoca nel corpo normativo delle principali fonti in questa sede prese in esame. Sebbene la giurisprudenza della Corte Costituzionale abbia affermato che non è preclusivo di autonome iniziative regionali tese alla razionale ed efficace organizzazione di basi dei dati disponibili il mancato esercizio dell'esclusivo potere statale di tipo tecnico di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale di cui all'art.

¹⁶ Afferma la Corte Costituzionale (Sent. 7 luglio 2005, n. 271, *Riv. internet*, 2005, pag. 555, con nota di COSTANZO P., nonché 28 gennaio 2005, n. 50, *Giur. Cost.*, 2005, I, pag. 395) che resta ferma la competenza del legislatore regionale a disciplinare procedure o strutture organizzative che prevedono il trattamento di dati personali, pur ovviamente nell'integrale rispetto della legislazione statale sulla loro protezione, potendo "anche organizzare e disciplinare a livello regionale una rete informativa sulle realtà regionali, entro cui far confluire i diversi dati conoscitivi (personali e non personali) che sono nella disponibilità delle istituzioni regionali e locali o di altri soggetti interessati". Ciò, tuttavia, In questo ambito non appare preclusiva la titolarità esclusiva del legislatore statale in tema di "coordinamento informativo statistico e

informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale", di cui alla lettera r) del secondo comma dell'art. 117 Cost., perché si tratta di un potere legislativo di coordinamento, "il cui mancato esercizio non preclude autonome iniziative delle Regioni aventi ad oggetto la razionale ed efficace organizzazione delle basi di dati che sono nella loro disponibilità ed anche il loro coordinamento paritario con le analoghe strutture degli altri enti pubblici o privati operanti sul territorio. Il problema sorgerebbe solo nel momento in cui il legislatore statale dettasse normative nei medesimi ambiti a fine di coordinamento". V. anche Foà S., Tutela della privacy e sistemi informativi regionali: il potere normativo regionale è riconosciuto solo se richiama e rispetta il codice sul trattamento dei dati personali, www.federalismi.it, 2006.

117, comma 2, lett. r) Cost.¹⁷, e che il potere esercitato ha un contenuto meramente tecnico¹⁸, essa ha più volte affermato che rientrano nella nozione di coordinamento, e quindi sono di piena ed esclusiva competenza statale, i profili della qualità dei servizi e della razionalizzazione della spesa in materia informatica, in quanto necessari al fine di garantire a omogeneità nella elaborazione e trasmissione dei dati¹⁹, i progetti di innovazione tecnologica nelle p.a. e nel Paese che possono riguardare l'organizzazione e la dotazione tecnologica delle regioni e degli enti territoriali²⁰, la predisposizione di modalità uniformi di codificazione di dati di rilievo contabile (incassi e pagamenti) e di trasmissione dei bilanci degli enti locali alla competente sezione della Corte dei conti²¹, la conduzione coordinata ed integrata del sistema informativo lavoro²², la tutela del diritto dei cittadini ad accedere ad informazioni ambientali²³, il monitoraggio dei dati relativi alla realizzazione del rispetto degli adempimenti di contenimento della spesa per il personale di regioni, enti locali ed enti del S.s.n.²⁴, le sanzioni amministrative irrogabili per il caso di mancata, tardiva o incompleta trasmissione delle informazioni desumibili dalle ricette mediche e dalle confezioni dei farmaci²⁵, l'obbligo di fornire informazioni all'Osservatorio nazionale dell'agriturismo²⁶, le misure per la realizzazione sul territorio nazionale dei progetti per la « Società dell'informazione » atte a favorire il riuso dei software elaborati su committenza del Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione con lo scopo di razionalizzare la spesa e, contemporaneamente, favorire l'uniformità degli standard²⁷, le modalità tecniche di trasmissione in via telematica dei dati » relativi alle dichiarazioni dei redditi ed all'import/export alle regioni²⁸, gli obblighi di trasmissione all'amministrazione centrale di dati ed informazioni a scopo di monitoraggio ovvero di prescrizioni rela-

¹⁷ Sentenza 271/2005, cit.

¹⁸ Corte Cost., 16 gennaio 2004, n. 17, *Foro amm.-CS*, 2004, pagg. 73 ss. Chiarisce la dottrina che la natura eminentemente tecnica del coordinamento non è giustificata in quanto tale, ma è funzionale al coordinamento dei dati delle pubbliche amministrazioni, ai fini del mantenimento dell'unitarietà del sistema informativo pubblico, dal momento che consente di rendere uniforme la rappresentazione di determinati elementi informativi non solo in relazione alle tecniche di tale rappresentazione quanto piuttosto in relazione agli oggetti che debbono essere rappresentati (v. PONTI B., *I dati di fonte pubblica: coordinamento, qualità e riutilizzo*, AA.VV. [a cura di Merloni F.], *La trasparenza...*, cit., pagg. 405 ss., in particolare pag. 417.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Corte Cost. 26 gennaio 2005, n. 31, *Giur. Cost.*, 2005, 1, pag. 201.

²¹ Corte Cost., 27 gennaio 2005, n. 35, *Giur. Cost.*, 2005, 1, pag. 267.

²² Corte Cost. 50/2005, cit.

²³ Corte Cost., 1 dicembre 2006, n. 398, *Foro amm.-CS*, 2006, 12, pag. 3263.

²⁴ Corte Cost., 17 maggio 2007, n. 169, *Foro amm.-CS*, 2007, 5, pag. 1346.

²⁵ Corte Cost., 26 giugno 2007, n. 240, *Foro amm.-CS*, 2007, 6, pag. 1741.

²⁶ Corte Cost., 12 ottobre 2007, n. 339, *Giur. Cost.*, 2007, 5, pag. 3388.

²⁷ Corte Cost., 14 maggio 2008, n. 133, *Foro amm.-CS*, 2008, 5, pag. 1366.

²⁸ Corte Cost., 16 maggio 2008, n. 145, *Giur. Cost.*, 2008, 3, pag. 1768.

tive al conferimento di piena pubblicità per alcune categorie di dati ²⁹, l'attività conoscitiva per le finalità di tutela e risanamento del suolo e del sottosuolo, risanamento idrogeologico del territorio tramite la prevenzione dei fenomeni di dissesto, la messa in sicurezza delle situazioni a rischio e la lotta alla desertificazione e riferita all'intero territorio nazionale, svolta secondo criteri, metodi e standard di raccolta, elaborazione e consultazione, nonché modalità di coordinamento e di collaborazione tra i soggetti pubblici comunque operanti nel settore ³⁰, la previsione dell'obbligo di trasmissione dei bilanci al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio ³¹, i compiti ed il funzionamento dello "sportello unico per le imprese", attraverso la istituzione di un procedimento amministrativo uniforme volto a consentire ai soggetti in possesso dei requisiti di legge la intrapresa della attività economica ³², l'inclusione delle opere di competenza regionale nell'elenco-anagrafe nazionale delle opere pubbliche incompiute, sottoponendole ai criteri valutativi stabiliti con regolamento ministeriale ³³, l'istituzione di un sistema informativo, al quale affluiscono i dati relativi al finanziamento dell'attività dei gruppi politici, da pubblicarsi sul sito istituzionale e resi disponibili per via telematica al sistema informativo della Corte dei conti, al Ministero dell'economia e delle finanze, nonché alla Commissione per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti ³⁴.

Emerge dalla giurisprudenza della Corte che il coordinamento informatico è concepito come una competenza trasversale e di scopo, non di rado connessa ad altre materie (sulle quali è esercitabile parimenti una competenza statale esclusiva), da valutare caso per caso ³⁵, dotata di un diverso grado di precettività e di incidenza, ed in ogni caso in sé non escludente possibili interventi regionali se calibrati sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa. Coerente con questa chiave di lettura è altra dottrina ³⁶ che fa leva sulla formulazione dell'art. 14 del Codice dell'amministrazione digitale, secondo il quale lo Stato disciplina il coordinamento informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, dettando "anche" le regole tecniche ne-

²⁹ Corte Cost., 20 maggio 2008, n. 159, *Foro amm.-CS*, 2008, 5, pag. 1371.

³⁰ Corte Cost., 23 luglio 2009, n. 232, *Giur. Cost.*, 2009, 4, pag. 2713.

³¹ Corte Cost., 24 luglio 2009, n. 246, *Giur. Cost.*, 2009, 4, pagg. 3113 ss.

³² Corte Cost., 21 gennaio 2010, n. 15.

³³ Corte Cost., 19 dicembre 2012, n. 293, *Giur. Cost.*, 2012, 6, pag. 4580.

³⁴ Corte Cost., 13 febbraio 2014, n. 23, *Giur. Cost.*, 2014, 1, pag. 341.

³⁵ D'ORLANDO E., *Profili costituzionali*

dell'amministrazione digitale, *Dir. inf.*, 2011, 1, pagg. 213 e ss., pag. 215. Sostiene inoltre l'A. che gli interventi normativi in tema di *e-government* nonché le connesse prassi amministrative sarebbero assistite da una presunzione di conformità costituzionale/legittimità, nella misura in cui sono dirette a semplificare l'attività e l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni al fine di fornire migliori servizi pubblici agli utenti.

³⁶ MARONGIU D., *Il governo dell'informatica pubblica. Tra Stato, Regioni ed enti locali*, Napoli, 2007, pag. 115.

cessarie per garantire la sicurezza e l'interoperabilità dei sistemi informatici e dei flussi informativi per la circolazione e lo scambio dei dati e per l'accesso ai servizi erogati in rete dalle amministrazioni, con le modalità di cui all'art. 71 del medesimo Codice, sostenendo che l'attribuzione di potestà amministrative a favore un organismo che non afferisce allo Stato persona e sia esponente in sede paritetica dei diversi livelli di governo del territorio consenta di estendere le competenze in materia non solo alle norme tecniche ma anche ad aspetti di carattere funzionale, qualitativo e più propriamente amministrativo.

La questione si presenta in realtà più complessa. La disposizione dell'art. 71 del Codice è stata infatti di recente modificata (con d.l. 90/2014, allo scopo di consentire l'adozione di regole tecniche afferenti all'agenda digitale — e quindi non solo nell'ambito del Codice), prevedendo che l'adozione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro delegato per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con i Ministri competenti, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, ed il Garante per la protezione dei dati personali nelle materie di competenza, previa acquisizione obbligatoria del parere tecnico di DigitPA (oggi AgID), possa avvenire anche senza il parere delle altre amministrazioni coinvolte se non vi provvedono entro trenta giorni dalla relativa richiesta. Ne deriva che quel modello “partecipato”³⁷ che coinvolgeva i diversi livelli di governo assuma carattere recessivo, sia per effetto del consolidamento del principio del coordinamento informatico operato dalla Corte, sia per effetto (in determinate materie, come quelle relative alla trasparenza) dell'attrazione anche in altra competenza normativa statale (livelli essenziali delle prestazioni), sia in ultimo per la natura transnazionale degli obblighi assunti con l'agenda digitale (sicché il coinvolgimento delle relazioni tra Stato e altri soggetti internazionali comporterebbe la necessità di accelerazioni incompatibili con il sistema partecipato multilivello che originariamente il Codice aveva previsto).

Vi è tuttavia una ulteriore ragione per la quale il modello partecipativo nella fase di adozione delle regole tecniche possa recedere a favore dell'imputazione ad un unico soggetto di afferenza statale: la disciplina della relativa adozione soggiace infatti ad una fase procedimentalizzata retta dalla direttiva 98/34/CE (come modificata dalla direttiva 98/48/CE, recepite dalla legge 317/1986 e ss.mm.ii.), per effetto della quale la regola tecnica relativa a servizi della società dell'informazione in grado di incidere potenzialmente sugli scambi transfrontalieri deve essere

³⁷ D'ORLANDO E., *op. cit.*, pag. 226.

previamente notificata alla Commissione europea ed attendere il decorso di un termine di *standstill* trimestrale (prima dello spirare del quale la regola non può entrare in vigore) allo scopo di consentire l'espressione di pareri ed osservazioni da parte della Commissione stessa o di uno stato membro³⁸. Ne deriva che soprattutto nei settori merceologici interessati dalla società dell'informazione la produzione di regole tecniche ha assunto connotazioni sottratte all'esercizio della sovranità dello stato a favore della dimensione globale dei fenomeni: ed al principio di legalità derivante dall'applicazione delle disposizioni costituzionali sul sistema delle fonti e sulle competenze ripartite, si è ormai sostituita una più ampia (e più efficace) legalità eurounitaria di matrice procedimentale, che consente l'esercizio degli istituti di partecipazione e di rappresentazione (e tutela) degli interessi in gioco.

La rilevanza delle regole tecniche nel contesto delle disposizioni del Codice ed in genere per la realizzazione degli obiettivi dell'agenda digitale, impone alcune riflessioni: una di carattere generale, l'altra strettamente legata agli effetti delle norme tecniche non tanto sulla struttura organizzativa dell'amministrazione digitale, quanto sull'attività amministrativa proceduralizzata. In ordine al primo profilo, costituisce un dato acquisito negli studi sulla società dell'informazione che la tecnica costituisce il fondamento del funzionamento dei sistemi organizzativi (pubblici o privati) alla pari delle regole imposte da fonti legali (siano esse direttamente derivanti dalla legge o dal contratto³⁹): nella società complessa, e nella tradizione giuridica europea, le regole tecniche sono "indispensabili ad un'economia poliarchica organizzata o sociale di mercato", che "adempiono ad una funzione di eterocorrezione del mercato", e perciò "hanno un ruolo di potere (o di contropotere) nell'equilibrio dei poteri"⁴⁰. Secondo una consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale le regole tecniche non implicano valutazioni politiche e quindi sono inidonee ad imporre limitazioni alle scelte rientranti nell'autonomia costitu-

³⁸ Si veda ad esempio il recente DPCM 13 novembre 2014 contenente regole tecniche in materia di formazione, trasmissione, copia, duplicazione, riproduzione e validazione temporale dei documenti informatici nonché di formazione e conservazione dei documenti informatici delle pubbliche amministrazioni ai sensi degli articoli 20, 22, 23-bis, 23-ter, 40, comma 1, 41, e 71, comma 1, del Codice dell'amministrazione digitale, nel quale si dà atto di aver espletato la procedura di notifica alla Commissione europea di cui alla direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, modificata dalla direttiva 98/

48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 luglio 1998.

³⁹ V. per tutti LESSIG L., *The law of the horse: what cyberlaw might teach*, *Harvard law review*, 1999, pagg. 501 ss., per il quale la regolazione dello spazio "cibernetico" avviene contemporaneamente in base alla legge, alle norme sociali, alle dinamiche di mercato ed all'architettura (intesa come "codice" digitale, cioè come norma tecnica che regola ed indirizza i comportamenti).

⁴⁰ PREDIERI A., *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, *Dir. Econom.*, 1996, 2, 296.

zionalmente garantita dell'ente; in sé considerate non sono state ritenute lesive né delle competenze costituzionali, né del principio di legalità sostanziale⁴¹: la condizione di legittimità della produzione di regole tecniche dipende dall'esistenza di norme legislative abilitative di organi del potere esecutivo "dotati di specifiche attitudini", quindi in forza di una norma primaria attributiva di una competenza specifica in base al grado di conoscenza (relativa alle scienze esatte) espresso dall'organo (o dagli organi)⁴². In questo senso, ancorché ci si interroghi⁴³ sulla obsolescenza del principio del coordinamento tecnico naturalmente spettante al legislatore statale, soccorre il dato normativo più volte rammentato: proprio nell'ambito dell'attività informatica e statistica dell'amministrazione pubblica la materia del coordinamento è espressione di una potestà inequivocamente spettante allo Stato-persona per effetto dell'art. 117 Cost.⁴⁴. Viene così soddisfatto sia il necessario requisito del rispetto della conformità costituzionale dell'attribuzione delle competenze senza che questo costituisca una indebita invasione della sfera di autonomia (legislativa, se riferita alle regioni, organizzativa, se riferita al plesso delle amministrazioni pubbliche); sia il principio di legalità formale derivante dall'art. 97 della Costituzione (proprio per l'indubbia proiezione organizzativa della regola tecnica per la gestione ed elaborazione dei dati e delle informazioni pubbliche, che legittima l'esorbitanza del relativo potere — tecnicamente connotato, esercitato); sia in ultimo il principio di legalità sostanziale, che emerge attraverso la procedimentalizzazione eurounitaria della formazione della regola tecnica, la cui adozione diviene quindi la condizione legittima e necessaria per l'attuazione delle politiche di *e-government*.

Se sul piano dell'allocazione delle competenze il Codice individua un sistema partecipato di emanazione delle regole tecniche che costituiscono una variante determinante per la compiuta

⁴¹ IANNUZZI A., *Sull'apparente irrilevanza della tecnica nella giurisprudenza costituzionale più recente*, *www.federalismi*, 2012, pag. 2.

⁴² Sottolinea l'importanza del collegamento tra l'oggettiva consistenza tecnica degli atti di coordinamento e determinati requisiti soggettivi quale vincolo di garanzia della effettiva tenuta dei primi PONTI B., *op. ult. cit.*, in particolare pag. 408.

⁴³ IANNUZZI A., *loc. cit.*

⁴⁴ Sicché è la stessa Corte Costituzionale ad affermare che nel primo comma dell'art. 14 del Codice dell'amministrazione digitale si identifica il limite della competenza esclusiva dello Stato, di cui alla lettera r), secondo comma, dell'art. 117 Cost., là

dove esso "individua il concretizzarsi del coordinamento nella definizione di regole tecniche, che possono anche investire aspetti di carattere organizzativo, allorché gli stessi siano « ritenuti necessari al fine di garantire la omogeneità nella elaborazione e trasmissione dei dati » (sentenza n. 31 del 2005). Ne consegue che la citata disposizione deve essere intesa nel senso che lo Stato disciplina il coordinamento informatico, oltre che per mezzo di regole tecniche, anche quando sussistano esigenze di omogeneità ovvero anche « profili di qualità dei servizi » e di « razionalizzazione della stessa », funzionali a realizzare l'intercomunicabilità tra i sistemi informatici delle amministrazioni (sentenza n. 17 del 2004)" (v. Corte Cost. 133/2008, cit.).

realizzazione dell'amministrazione digitale⁴⁵, resta comunque aperto il problema del loro contenuto (ovviamente non formalizzabile a priori in base a norme primarie)⁴⁶. Sotto un primo aspetto le norme tecniche non sono, per definizione, stabili nel tempo: esse necessitano di una continua rivisitazione in base al ritmo di crescita del progresso scientifico e tecnologico. Ne consegue che eventuali misure organizzative che dipendono dalla formulazione di una regola tecnica condivisa possono essere destinate a rapidi processi di obsolescenza. Inoltre le regole tecniche non sono necessariamente neutrali, in quanto dipendono a loro volta da processi di divaricazione che seguono logiche implementative di mercato, sistemi di protezione della proprietà intellettuale o delle invenzioni industriali: dipendono quindi da scelte di indirizzo della ricerca e della tecnologia, compiute da gruppi dotati di notevole potere di mercato, condizionate da opzioni di valore. Più chiaramente la neutralità tecnologica della regola tecnica è, in termini sostanziali, un mero postulato (che teoricamente può essere messo in discussione) che costituisce la premessa della scelta operata: nell'ambito delle attività di scelta tecnica delle amministrazioni la neutralità tecnologica è, in termini formali, il riflesso del principio di imparzialità, che deve operare non solo verso gli utenti finali dei servizi erogati dall'amministrazione digitale, ma soprattutto delle imprese potenzialmente coinvolte nei processi implementativi degli ambienti tecnologici. Temperamenti alla variabilità delle scelte operate in sede di emanazione di regole tecniche possono essere di diversi tipi: da un lato la previsione di obblighi procedurali preliminari che impongano alle amministrazioni (e prima di esse, agli enti titolari delle competenze all'emanazione delle regole) la verifica di soluzioni tecnologiche alternative (un esempio viene dall'art. 68 del Codice in materia di analisi comparativa delle soluzioni, nell'ambito delle quali sono previste utilizzazioni relative a software libero, o riutilizzato, o a codice sorgente aperto); dall'altro il ricorso a regole tecniche che minimizzino l'impatto per gli utenti finali in ordine ai costi che sarebbero tenuti a sopportare (un esempio

⁴⁵ Si deve tuttavia segnalare che, per effetto della stratificazione normativa e di una compilazione non troppo sorvegliata, il sistema di produzione di regole tecniche previsto dal Codice non sempre individua un modello unitario. A fronte della norma di chiusura di cui all'art. 71, applicabile a (tutte) le regole tecniche del Codice, è prevista l'emanazione di specifiche regole per le modalità di fruibilità del dato da parte dell'AgID (e non della Presidenza del Consiglio, art. 58), o, sempre da parte dell'AgID, l'adozione di "linee guida nazionali" (quindi non un decreto) che definiscono standard

tecnici per l'accesso telematico ed il riutilizzo dei dati delle pubbliche amministrazioni (art. 52): sparisce invece l'Agenzia dalla produzione delle regole tecniche per il sistema pubblico per la gestione dell'identità digitale di cittadini ed imprese (SPID, art. 64). La ragione di questa diversificazione di modelli è obiettivamente inspiegabile.

⁴⁶ Sulla rilevanza delle scelte tecniche V. di recente il saggio di MERLONI F., *Le attività conoscitive e tecniche delle amministrazioni pubbliche. Profili organizzativi*, *Dir. Pubbl.*, 2013, 2, pagg. 481 ss.

viene dalla disposizione dell'art. 68, comma 3 del Codice, in materia di dati di tipo aperto, nel quale è contemplata la possibilità dell'erogazione di dati gratuita, ovvero orientata al solo costo marginale sostenuto per la loro riproduzione e divulgazione); ovvero, ancora, tramite la scelta di soluzioni organizzative interne all'amministrazione che corrispondano ad un decalogo standardizzato sulle modalità di costituzione, funzionamento e competenza scientifica dei singoli uffici ⁴⁷.

Un secondo profilo attiene alla rilevanza delle regole tecniche nell'ambito dell'attività procedimentale delle amministrazioni: ciò in particolare sulla base dell'art. 14 del Codice dell'amministrazione digitale nella parte in cui prevede che esse siano principalmente destinate a garantire la sicurezza e l'interoperabilità dei sistemi informatici e dei flussi informativi. La reale portata innovativa dell'utilizzazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nell'amministrazione, al di là dell'uso dell'elaboratore a fini meramente strumentali, risiede nella possibilità di risolvere conflitti latenti nel dominio dell'informazione ⁴⁸: il sistema informativo interconnesso di più amministrazioni è, in altri termini, destinato all'applicazione di misure per prevenire o bilanciare le distorsioni informative (es. bandi di gara, formulari e moduli, certificazioni conformative di beni, di qualità o di fatti rilevanti ai fini del decidere) che sono inevitabili all'interno di qualsiasi attività procedimentalizzata ⁴⁹. Per altro verso il condizionamento delle regole di "architettura" dei sistemi rende necessaria, sul piano giuridico, l'attuazione dei principi dell'interconnessione e della interoperabilità quali prerequisiti del funzionamento dell'amministrazione digitale: il corollario è che interconnessione ed interoperabilità, prima ancora che essere un requisito tecnologico, o una regola tecnica, divengono un presup-

⁴⁷ V. sul punto MERLONI F., *op. cit.*, pag. 515 ss., per il quale deve essere ammesso il diritto alla difesa contro il cattivo esercizio delle attività conoscitive: "la rilevanza giuridica dell'organizzazione ha anche questa finalità: consentire al giudice amministrativo di sindacare le scelte organizzative, nel nostro caso le soluzioni con le quali sono organizzate le attività conoscitive e tecniche, anche sotto il profilo della loro coerenza (e proporzionalità) con le esigenze di supporto di una decisione amministrativa imparziale". Sulle potenziali disfunzioni delle regole tecniche, e sui condizionamenti che possono derivare sul corretto funzionamento del mercato, si prenda il caso dei dispositivi di firma sicura che devono essere dotati di apposita certificazione di sicurezza ai sensi dell'art. 35 del Codice. Tuttavia l'attuale sistema si è retto sinora attraverso

l'emanazione di appositi DPCM che ha consentito, in luogo dell'ottenimento della prescritta certificazione, ai produttori dei singoli dispositivi, di autocertificare la conformità dei propri prodotti e sistemi agli standard di sicurezza individuati in linee guida dettate dall'AgID.

⁴⁸ Sia consentito rinviare a CARDARELLI F., *Uso della telematica. Commento all'art. 3-bis della legge 241/90*, in AA.VV. (a cura di Sandulli M.A.), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, pagg. 427 ss.

⁴⁹ Sulla doppia valenza (interna, quale potenziamento dei supporti conoscitivi per la decisione pubblica) ed esterna (miglioramento dei servizi, trasparenza) del circuito dell'informazione pubblica, cfr. CARLONI E., *La qualità delle informazioni pubbliche. L'esperienza italiana nella prospettiva comparata*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 1, pagg. 155 ss.

posto giuridicamente rilevante della cooperazione amministrativa in sede procedimentale: costituiscono, sotto il profilo tecnologico, la garanzia di completezza dell'istruttoria, in quanto tutti i flussi documentali in origine riferibili a singole articolazioni dell'amministrazione producono il risultato di un'unica informazione dedotta oggettivamente nell'arena procedimentale. E soprattutto l'interoperabilità (e cioè l'idoneità dei programmi di cui si dispone a colloquiare tra loro) costituisce, sotto il profilo tecnico, la garanzia dell'effettiva partecipazione al procedimento di una pluralità di soggetti sia pubblici che privati. In questo caso è possibile affermare che concetti tecnologicamente condizionanti sono divenuti, nella società dell'informazione, requisiti giuridicamente rilevanti ⁵⁰.

5. PRIME CONCLUSIONI: DIFFICOLTÀ DI SISTEMA.

Considerata sotto l'aspetto organizzativo e funzionale l'amministrazione digitale non appare connotata da una disegno coerente ed organico ⁵¹. In primo luogo rileva l'eterogeneità delle fonti: sebbene il codice dell'amministrazione digitale contenga una apposita previsione in ordine agli aggiornamenti (art. 89) tale che venga assicurata, nel caso di successivi interventi normativi "incidenti sulle materie oggetti di riordino", la loro attuazione "esclusivamente mediante la modifica o l'integrazione delle disposizioni contenute nel presente codice", si è già segnalato che nel corso degli anni molteplici disposizioni settoriali sono state adottate attraverso interventi esterni al codice (ivi compreso quel filone normativo che ha condotto alla piena disciplina del principio di trasparenza). Se la frantumazione delle fonti primarie, ed il massivo uso di norme attuative (non solo per ciò che concerne l'adozione delle regole tecniche, comunque formalmente imputabili a decreti del Presidente del Consiglio, quanto soprattutto per il riferimento a piani e programmi — l'agenda digitale — e linee guida adottate dagli enti di riferimento di settore — si pensi alle delibere e linee guida della CIVIT/ANAC sui siti dell'amministrazione pubblica), non costituisce in sé una violazione del principio di legalità (o meglio, in tema di organizzazione amministrativa, della riserva relativa di legge ai sensi dell'art. 97 Cost., che consente di limitare gli effetti della normazione primaria alla definizione degli obiettivi cui è preposta l'amministrazione, re-

⁵⁰ In generale sulle precondizioni tecniche necessarie per l'espletamento di una piena attività amministrativa digitale in sede procedimentale v. MASUCCI A., *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino 2011.

⁵¹ Sulle ragioni della crisi della codificazione digitale v. CARLONI E., *La riforma...*, cit., pag. 474 ss.: sebbene riferite alla prima riforma del codice del 2010, molte osservazioni conservano tuttora una piena validità.

stando questa libera di disporre dei relativi mezzi per la loro attuazione), riguardando più che il profilo formale della conformità costituzionale, quello sostanziale della qualità e della chiarezza, certezza e prevedibilità della regolazione, la sovrapposizione di norme legislative, appartenenti a plessi normativi diversi, ed i continui adeguamenti della governance imposti da riforme di più ampio respiro e segnate dalla necessità di garantire una consistente riduzione della spesa pubblica, hanno finora impedito una piena realizzazione dei veri obiettivi della digitalizzazione dell'amministrazione pubblica (che consistono, oltre che nell'accrescimento delle forme partecipative e di controllo diffuso dell'operato dei plessi pubblici, nella maggiore efficienza dei processi decisionali attraverso la semplificazione procedimentale⁵²). Tuttavia la razionalizzazione dell'attività amministrativa, diversamente dall'efficienza, che costituisce un principio (almeno in origine metagiuridico) immanente nel diritto amministrativo, deve essere intesa come una connotazione dinamica dell'azione della pubblica Amministrazione, derivante da alcuni fenomeni tra loro strettamente collegati:

i) il grado di complessità dei procedimenti amministrativi (che ha determinato, come reazione, nella recente esperienza giuridica, una nutrita serie di leggi e di regolamenti di "semplificazione": si è già detto a tale proposito che l'invocazione contenuta nel Codice alla razionalizzazione e semplificazione procedimentale non può che avere effetti di tipo organizzativo, in quanto la vera semplificazione nasce — questa sì in omaggio al principio di legalità — da modifiche normative afferenti ai provvedimenti tipizzati e nominati da fonti primarie);

ii) il processo di integrazione europea, che ha progressivamente eroso settori tradizionali di esclusiva pertinenza dell'apparato politico-amministrativo nazionale (e che nei settori a forte connotazione tecnologica impone comportamenti rispettosi delle dinamiche di mercato, dei principi di libera circolazione, dell'ossequio a direttive che armonizzano le regole della società dell'informazione — si pensi ad esempio alla disciplina delle firme digitali);

iii) la progressiva riduzione delle risorse finanziarie che richiede controlli più efficaci sulla spesa ed impone un diverso

⁵² Sulla simmetria tra le tendenze della semplificazione normativa e l'accrescimento dell'efficienza dell'amministrazione attraverso l'uso delle tecnologie dell'informazione PIRAS P., *Itinerari dall'idea di semplificazione al percorso di innovazione tecnologica. L'equivoco di una fusione concettuale*, *Dir. Inf.*, 2006, 4-5, pagg. 537 ss., 540, per la quale l'amministrazione digitale può comportare all'inverso fenomeni di com-

plicazione, almeno all'inizio del processo. Sul principio di semplicità dell'azione amministrativa, derivante dall'applicazione del principio di proporzionalità, ed i suoi riflessi sul piano dell'organizzazione v. PELLIZZARI S., *Make it better and simpler. Semplificazione amministrativa e principio di semplicità dell'azione dei pubblici poteri nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione Europea*, *Dir. pubbl.*, 2012, 1, pagg. 265 e ss.

grado di responsabilità dell'amministrazione (per la gestione, per obiettivi, per risultati).

Ne deriva che le difficoltà di attuazione dei processi di digitalizzazione amministrativa derivano in primo luogo dal sistema ordinamentale nel suo complesso e da fattori esogeni che segnano i più recenti percorsi delle economie della crisi. Si pensi ad esempio alle differenze strutturali e dimensionali delle singole amministrazioni, cui si è cercato di porre rimedio prevedendo nel Codice forme di aggregazione e di gestione condivisa delle risorse digitali; ovvero alle notevoli disuguaglianze che dipendono da fattori culturali, sociali, economici e geografici cui si ricorre comunemente con il termine di *digital divide*, ed il cui superamento non appare possibile se non attraverso l'incentivazione alla formazione ed alla alfabetizzazione informatica (pure programmaticamente prevista dall'art. 8 del Codice), e soprattutto mediante la realizzazione e lo sviluppo di efficienti infrastrutture di rete a larga banda che siano in grado di coprire tutto il territorio nazionale; ovvero ancora alle ricorrenti clausole di invarianza finanziaria contenute nel Codice (quando non siano addirittura previste norme incentivanti i risparmi della spesa⁵³), che hanno sostituito, lasciando sostanzialmente invariati gli effetti ma modificando il mezzo, le originarie disposizioni di salvaguardia ivi contemplate⁵⁴.

⁵³ Ai sensi dell'art. 15, comma 2-ter del Codice Le pubbliche amministrazioni, quantificano annualmente i risparmi effettivamente conseguiti in attuazione delle disposizioni concernenti la riorganizzazione strutturale e gestionale delle pubbliche amministrazioni e la razionalizzazione e semplificazione dei procedimenti amministrativi, attività gestionali, documenti, modulistica, modalità di accesso e di presentazione delle istanze da parte dei cittadini e delle imprese. Tali risparmi sono utilizzati, per due terzi secondo quanto previsto dall'articolo 27, comma 1, del decreto legislativo n. 150 del 2009 e in misura pari ad un terzo per il finanziamento di ulteriori progetti di innovazione.

⁵⁴ Il Codice era condizionato nella sua applicazione, nei confronti delle Regioni e degli enti locali, alla circostanza che "sussistano risorse tecnologiche ed organizzative disponibili" (introducendosi quindi una situazione soggettiva così differenziata in relazione alla diversa amministrazione cui il cittadino o l'impresa chieda l'uso delle tecnologie "ed alla situazione economico-

organizzativa dell'amministrazione stessa, nel cui esclusivo dominio, si badi, rientrano le scelte attinenti agli elementi, che il legislatore disegna come condizionanti la nascita del diritto", CACACE S., *op. cit.*). Allo stesso tempo era previsto che "tutte le disposizioni previste dal presente codice per le pubbliche amministrazioni si applicano, ove possibile tecnicamente e a condizione che non si producano nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica ovvero, direttamente o indirettamente, aumenti di costi a carico degli utenti, anche ai soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative" (art. 2-bis): ciò che rendeva sostanzialmente inapplicabile ogni forma di innovazione organizzativa e procedimentale, se questa non fosse stata possibile tecnicamente e se essa avesse comportato, ai fini della sua realizzazione maggiori oneri per la finanza pubblica. Sebbene le due disposizioni siano state formalmente abrogate nella riforma del 2010 (per ragioni attinenti alle evidenti disuguaglianze formali cui la loro applicazione avrebbe condotto) appare evidente la funzione di freno alla concreta e piena evo-

6. MODELLI ETERONOMI DI AMMINISTRAZIONE DIGITALE: *OPEN GOVERNMENT* ED *OPEN DATA*.

Le difficoltà applicative del disegno originariamente concepito e più volte manipolato dal legislatore, hanno reso permeabile il modello incompiuto dell'amministrazione digitale verso nuovi paradigmi, che sono stati importati (ed in parte letteralmente trasposti in disposizioni di legge) senza la necessaria meditazione in ordine alla loro compatibilità con il tessuto normativo esistente, con il nostro modello costituzionale di amministrazione e con le altre leggi fondamentali dell'ordinamento. In particolare il concetto di "amministrazione aperta"⁵⁵, che si rinviene nell'art. 1 del d.lgs. 33/2013 (nel quale la trasparenza "integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta") corrisponde al modello di *open government* progressivamente affermatosi nella cultura statunitense ed esportato a livello internazionale attraverso l'iniziativa multilaterale *Open government partnership* cui l'Italia ha aderito⁵⁶. Nella relativa dichiarazione⁵⁷ del 2011 i diversi paesi aderenti hanno affermato di impegnarsi ad incrementare la disponibilità di informazioni sull'attività di governo, supportare la partecipazione pubblica, implementare i più alti standards di integrità professionale nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, incrementare l'accesso alle nuove tecnologie per l'apertura e l'*accountability*: proprio con riferimento a questo ultimo profilo (che è quello che in questa sede interessa), i paesi aderenti hanno riconosciuto la necessità che l'uso delle tecnologie digitali è una sfida che richiede lo sviluppo di maggiore connettività *online* e mobile, e che comporta il coinvolgimento sia della società civile che delle imprese per individuare pratiche efficaci ed approcci innovativi per consentire alle nuove tecnologie di promuovere la

luzione del modello di amministrazione digitale.

⁵⁵ V. CARLONI E., *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Rimini 2014. CAPALBI M., *Open Government: un'amministrazione trasparente?*, *Amministrativamente*, 2012, 2, pagg. 1 ss.; LUBELLO V., *L'Open Government negli Stati Uniti d'America tra il Freedom of Information Act e il bazar*, *Inf. Dir.*, 2011, 1-2, pagg. 371 ss. I principi su cui si fonda l'amministrazione aperta sono trasparenza (per promuovere l'*accountability* dell'amministrazione attraverso la pubblicazione delle informazioni sull'attività di governo), partecipazione (che consente a chiunque di fornire idee e conoscenze per il miglioramento delle politiche pubbliche) e collaborazione (che rafforza l'efficacia dell'azione amministrativa attraverso la cooperazione

tra tutti i livelli di governo centrale e locale e le istituzioni private). V. *Open government directive* dell'8.12.2010 <http://www.whitehouse.gov>. Nella sua accezione originaria (il termine *government* non coincide pienamente con quello di amministrazione pubblica) il concetto appare più facilmente applicabile alle organizzazioni sovranazionali: in relazione alla natura espansa del potere normativo e di amministrazione, ed al crinale della trasformazione di molte organizzazioni sovranazionali in veri e propri sistemi politici, il concetto di "apertura" appare di rilevante importanza per consentire il controllo dell'operato dell'organizzazione da parte degli *stakeholders*.

⁵⁶ Presentando un proprio Action Plan nel 2012, www.funziionepubblica.gov.it.

⁵⁷ *Open government declaration*, www.opengovpartnership.org

trasparenza, ma hanno altresì riconosciuto che la tecnologia è un complemento, e non un sostituto, per una informazione chiara, utile ed utilizzabile.

Sebbene risulti chiaro il ruolo strumentale delle tecnologie rispetto ai principi dell'amministrazione aperta le modalità adesive del governo italiano al programma di *open government* si incentrano soprattutto sull'uso delle tecnologie dell'informazione (*open data*, pubblica amministrazione 2.0 e *government cloud*). Quanto ai "dati aperti" l'art. 68, comma 3 del Codice stabilisce che sono tali quelli che presentano tre caratteristiche: la disponibilità secondo i termini di una licenza che ne permetta l'utilizzo da parte di chiunque, anche per finalità commerciali, in formato disaggregato⁵⁸; accessibilità attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, in formati aperti, adatti all'utilizzo automatico da parte di programmi per elaboratori e provvisti dei relativi metadati; disponibili gratuitamente attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, oppure sono resi disponibili ai costi marginali sostenuti per la loro riproduzione e divulgazione. Non vi è convergenza sulla reale portata della nozione di *open data*⁵⁹: si deve tuttavia ritenere che, al di là delle suggestioni fornite da altri modelli di amministrazione⁶⁰ (che dimostra ancora una volta come la creazione di standard tecnologici non sia affatto immune dalla sensibilità mercatoria, soprattutto quando essa proviene dall'esperienza di altri paesi) essi riguardino l'informazione pubblica in molti settori di attività, ad esempio informazioni di tipo

⁵⁸ A tale proposito è stata sviluppata una licenza pubblica (quindi liberamente accessibile) IODL, sul modello delle licenze non proprietarie (*creative commons*).

⁵⁹ CAPADI M., *op. cit.*, pag. 8.

⁶⁰ Il Dipartimento della funzione pubblica ha promulgato un proprio vademecum sugli *open data*, che contiene l'indicazione delle caratteristiche dei dati aperti (disponibilità e accesso, riutilizzo e redistribuzione, partecipazione universale), ed ha altresì precisato che essi devono essere, in conformità a standard internazionali: *i*) Completi. I dati devono comprendere tutte le componenti (metadati) che consentano di esportarli, utilizzarli *on line* e *off line*, integrarli e aggregarli con altre risorse e diffonderli in rete; *ii*) Primari. Le risorse digitali devono essere strutturate in modo tale che i dati siano presentati in maniera sufficientemente granulare, così che possano essere utilizzate dagli utenti per integrarle e aggregarle con altri dati e contenuti in formato digitale; *iii*) Tempestivi. Gli utenti devono essere messi in condizione di accedere e

utilizzare i dati presenti in rete in modo rapido e immediato massimizzando il valore e l'utilità derivanti da accesso e uso di queste risorse; *iv*) Accessibili. I dati devono essere resi disponibili al maggior numero possibile di utenti senza barriere all'utilizzo, quindi preferibilmente attraverso il solo protocollo Hypertext Transfer Protocol (HTTP) e senza il ricorso a piattaforme proprietarie. Devono essere inoltre resi disponibili senza alcuna sottoscrizione di contratto, pagamento, registrazione o richiesta; *v*) Leggibili da computer. Per garantire agli utenti la piena libertà di accesso e soprattutto di utilizzo e integrazione dei contenuti digitali, è necessario che i dati siano *machine-readable*, ovvero processabili in automatico dal computer; *vi*) In formati non proprietari. I dati devono essere codificati in formati aperti e pubblici, sui quali non vi siano entità (aziende o organizzazioni) che ne abbiano il controllo esclusivo; *vii*) Liberi da licenze che ne limitino l'uso. I dati aperti devono essere caratterizzati da licenze che non ne limitino l'uso, la diffusione o la

sociale, economico, geografico, climatico, turistico, informazioni in materia di affari, di brevetti e di istruzione. Tale indicazione proviene dai considerando della direttiva europea 2003/98/CE 17 novembre 2003 relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, di recente modificata dalla direttiva 2013/37/UE, e sulla quale la Commissione ha di recente adottato una propria comunicazione interpretativa avente ad oggetto gli “Orientamenti sulle licenze standard raccomandate, i *dataset* e la tariffazione del riutilizzo dei documenti” (2014/C 240/01): le finalità della comunicazione, che è stata considerata urgente dato lo sviluppo commerciale che l'utilizzazione dei dati aperti comporta, sono quelle di consentire una maggiore valorizzazione dei dati nell'economia dell'UE (compresi i dati scientifici e i megadati — *big data* — provenienti da fonti non appartenenti al settore pubblico), favorendo anche l'introduzione graduale di infrastrutture di dati aperti nel quadro di programmi europei in corso. La riconduzione della natura degli *open data* alla loro matrice sostanzialmente commerciale ed economica in base ai chiarimenti ed alle indicazioni della Commissione europea appare utile per operare una distinzione concettuale (che risulta obiettivamente appropriata, date le modalità con le quali le nozioni sono state approcciate dal nostro legislatore): e cioè che la declinazione dei dati aperti (da non confondere, come si vedrà, con i dati in “formato aperto”), non riguarda il principio di trasparenza (che risponde a finalità di prevenzione della corruzione, di controllo sociale sull'operato dell'amministrazione, e di partecipazione democratica all'attività amministrativa), ma quello della valorizzazione del patrimonio informativo pubblico per finalità connesse allo sviluppo economico (non attiene quindi all'esercizio di libertà politiche, o a posizioni giuridiche soggettive strumentali rispetto all'amministrazione — autorità, ma a quello di libertà economiche) ⁶¹.

redistribuzione; viii) Riutilizzabili. Affinché i dati siano effettivamente aperti, gli utenti devono essere messi in condizione di riutilizzarli e integrarli, fino a creare nuove risorse, applicazioni e servizi di pubblica utilità; ix) Ricercabili. I dati devono essere facilmente identificabili in rete, grazie a cataloghi e archivi facilmente indicizzabili dai motori di ricerca; x) Permanenti. Le peculiarità fino ad ora descritte devono caratterizzare i dati nel corso del loro intero ciclo di vita. Le indicazioni del Dipartimento della Funzione pubblica in realtà sono sostanzialmente trasposte dagli esiti di un gruppo di lavoro statunitense (CAPALDI M., *op. cit.*, pag. 9) al quale hanno preso parte esperti provenienti sia dall'industria del web, sia dall'amministrazione. Esse tuttavia non ap-

paiono pienamente conformi alle indicazioni provenienti dalla Commissione europea sul riuso dei dati pubblici, di cui si dirà ultra nel testo.

⁶¹ Anche la dottrina americana si è posta il problema della necessaria separazione tra la nozione di *open government* (che risale agli anni 50) ed *open technologies*: le seconde riguardano solo le modalità con le quali le amministrazioni condividono i propri dati sulla rete, per ragioni del tutto indipendenti da un comportamento *publicly accountable*. Occorre quindi distinguere la nozione politica di *open government* da quella delle tecnologie degli *open data*: “*technological enhancements alone will not resolve debates about the best priorities for civic life, and enhancements to government*

7. *SEGUE: CLOUD COMPUTING.*

Più ambigua, e potenzialmente più pericolosa, è la penetrazione nel modello dell'amministrazione digitale della tecnologia *cloud* (che viene richiamata nell'art. 68 comma 1 del Codice, e dall'art. 47 d.l. 5/2012)⁶². Ovviamente non viene fornita dal Codice alcuna definizione delle tecnologie di *cloud computing*, sicché sembra utile riferirsi, anche in questo caso, a nozioni prettamente tecniche⁶³: il *cloud computing* è un ambiente di esecuzione elastico che consente l'accesso via rete e su richiesta ad un insieme condiviso di risorse di calcolo configurabili (ad esempio rete, server, dispositivi di memorizzazione, applicazioni e servizi) sotto forma di servizi, a vari livelli di granularità, che possono essere rapidamente richiesti, forniti e rilasciati con minimo sforzo gestionale da parte dell'utente e minima interazione con il fornitore⁶⁴. Nella documentazione amministrativa di riferimento (anche in questo caso occorre rifarsi alla *soft law*)⁶⁵ l'utilizzazione di tecnologie *cloud* viene vista come una notevole opportunità, in quanto esse servono a superare la frammentazione dei sistemi informativi

services are no substitute for public accountability" (Yu H., ROBINSON D.G., *The New Ambiguity of "Open Government"*, Yale law review, 2012, pagg. 178 ss.).

⁶² Nella letteratura italiana più recente v. MANTELEO A., *Processi di outsourcing informatico e cloud computing: la gestione dei dati personali ed aziendali*, *Dir. Inf.*, 2010, 4-5, pag. 673; NOTO LA DIEGA G., *Il cloud computing. Alla ricerca del diritto perduto nel web 3.0*, *Europa dir. Priv.*, 2014, 2, pag. 577; RICCI A., *Outsourcing e cloud computing*, in AA.VV. (a cura di Delfini F., Finocchiaro G.), *Diritto dell'informatica*, 2014, Torino, pagg. 664 ss. Concorde la dottrina richiamata nel ritenere che il modello contrattuale (atipico) cui il *cloud computing* può essere assimilato è quello di outsourcing informatico (che dal punto di vista tipologico altro non è che un appalto di servizi).

⁶³ *National Institute of Standards and Technology, The NIST Definition of Cloud Computing. Recommendations of the national Institute of Standards and Technology*, 2011, p. 2 ss., in <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf>.

⁶⁴ In particolare nei sistemi di *cloud computing* sono evincibili alcune ricorrenti caratteristiche: si tratta di una fornitura unilaterale di capacità necessitata automaticamente (self service); l'accesso avviene tramite reti e protocolli che supportano apparecchiature e clienti eterogenei (compu-

ter, tablet, smartphones); le risorse sono destinate a soddisfare domande multiple e contemporanee, e sono indipendenti dalla loro locazione fisica (ovvero il cliente generalmente non ha né il controllo né la conoscenza dell'esatta locazione fisica delle risorse a lui fornite; tuttavia, il fornitore potrebbe permettere all'utente di specificare dei vincoli sulla locazione delle risorse a lui assegnate in termini di area geografica, Paese o anche singolo data center); le capacità di software e di dati possono essere fornite rapidamente ed elasticamente, ed in alcuni casi anche automaticamente, per incrementare velocemente la capacità computazionale, ed allo stesso modo possono essere rapidamente rilasciate per decrementare la capacità computazionale. Dal punto di vista dell'utente le risorse disponibili appaiono illimitate, e possono essere richieste in qualsiasi quantità ed in qualsiasi momento; è possibile la misurazione automatica del servizio.

⁶⁵ Si veda a tale proposito comunicazione della Commissione Europea «Sfruttare il potenziale del *cloud computing* in Europa» Com. 27-9-2012 n. 529, e, più specificamente per la pubblica amministrazione italiana, la raccomandazione DigitPA del 2012 sul *cloud computing* in archivio.digitpa.gov.it. Rilevante il parere sul *cloud computing* del Gruppo art. 29 istituito presso la Commissione Europea in base alla direttiva 95/46/CE sul trattamento dei dati personali (Parere 05/2012 - WP 196) adottato il luglio 2012.

pubblici, a realizzare economie di scala, ad incidere sul ciclo degli investimenti pubblici su apparecchiature e software che possono essere acquisiti in base alle migliori tecnologie disponibili ed a prezzi contenuti (si paga solo il servizio), nonché a realizzare il decentramento organizzativo. Tuttavia nella medesima documentazione vengono evidenziate le numerose (ed in gran parte irrisolte) implicazioni che l'adozione di un simile modello di esternalizzazione può comportare: da un lato, sul versante organizzativo, la riduzione del modello gerarchico su cui si articola l'amministrazione pubblica a favore di una amministrazione reticolare e ispirata a modelli di sussidiarietà orizzontale pubblico/privato; dall'altro, sul versante operativo, le minacce alla sicurezza dei dati e delle informazioni (per ciò che concerne la loro confidenzialità, integrità e disponibilità). Anche il Parlamento europeo ⁶⁶, pur riconoscendo che il *cloud* rappresenta uno strumento economico ed ecologico che permette di migliorare le prestazioni informatiche delle imprese pubbliche e private, nonché di ridurre i costi di elaborazione e limitare quelli di archiviazione, non ha potuto esimersi dal rammentare il rischio di una connessione tra l'utente e il server non sufficientemente sicura e "di una certa perdita di controllo da parte dell'utente": ha quindi affermato che i servizi di *e-government* transfrontalieri interoperabili dovrebbero beneficiare di architetture e tecnologie innovative (servizi *cloud* "pubblici", architettura orientata ai servizi) e che un maggiore utilizzo della nuvola presuppone che sia assicurato il monitoraggio della delocalizzazione delle risorse informatiche e il controllo rigoroso dell'accesso ai server e ai dati, nell'ottica, fra l'altro, di evitare qualsiasi utilizzo commerciale non autorizzato da parte di terzi: ha concluso infine sulla necessità che simili questioni dovrebbero essere affrontate nel quadro della riforma delle norme UE in materia di protezione dei dati proposta dalla Commissione ⁶⁷.

Al di là della incertezza definitoria, della assenza di standardizzazione (anche in sede sovranazionale), della complessità dei modelli contrattuali, ciò che preme rilevare in questa sede, e per le finalità dell'indagine, è l'astratta compatibilità del modello *cloud computing* con le norme ed i principi posti a presidio del corretto funzionamento dell'amministrazione pubblica. Ciò che viene in rilievo in questa prospettiva non è tanto (o solo) il

⁶⁶ Risoluzione del 20 aprile 2012 sull'*eGovernment* come elemento trainante di un mercato unico digitale competitivo (2011/2178(INI)).

⁶⁷ Punto 39 della risoluzione del Parlamento Europeo. La proposta della Commissione è la (COM(2012)0011, COM(2012)0010). Si deve peraltro far no-

tare che la stessa Commissione europea ha istituito un gruppo di lavoro per la redazione delle clausole contrattuali e la risoluzione dei problemi giuridici del cloud: ne deriva che si tratta di un modello, per quanto efficace e soprattutto economico, le cui implicazioni giuridiche sono ancora tutte da vagliare e verificare.

principio di legalità (rafforzato in simile materia dall'obbligatorio rispetto di normative europee in materia di protezione dei dati personali, e dei principi dell'evidenza pubblica nell'affidamento dei relativi servizi ⁶⁸), quanto la dimensione stessa della sovranità dello Stato e del primato del potere pubblico sul proprio patrimonio informativo. A tale proposito si è fatto riferimento, nella dottrina più pronta a raccogliere le sollecitazioni derivanti dall'applicazione di un simile modello di gestione dei dati, al concetto di "*data sovereignty*", intesa come il potere esclusivo del governo di controllare tutti i beni pubblici digitali, che non sono di pubblico dominio, indipendentemente dal fatto che essi siano conservati in proprio o siano nella disponibilità o presso la sede di terzi ⁶⁹: in altri termini si tratta del potere di decisione sul regime giuridico dei dati pubblici, con riferimento ai principi comunitari (tutela della riservatezza personale) e nazionali (ad esempio segretezza o confidenzialità delle informazioni), che implica che le garanzie europee e nazionali siano rispettate ovunque siano localizzate le informazioni. In questo senso la "sovranità informatica" va tenuta distinta dal regime di titolarità dei dati e delle informa-

⁶⁸ Ad esempio uno dei profili segnalati dal parere del Gruppo art. 29 (v. *supra*, nota 62) riguarda la necessità di rendere noti i subappaltatori (necessari, vista la natura incerta e cangiante, se non ubiqua, del luogo di prestazione del servizio) per rendere conformi le prestazioni alla disciplina in materia di protezione dei dati personali ed in particolare per l'individuazione dei responsabili e degli incaricati del trattamento. Similmente l'applicazione delle disposizioni in materia di subappalto previste nell'art. 118 del Codice dei Contratti pubblici risulterebbero praticamente impossibili da rispettare (si pensi all'obbligo del preventivo deposito dei relativi contratti e della dimostrazione del possesso dei requisiti di onorabilità in capo ai subappaltatori per contrarre con la pubblica amministrazione).

⁶⁹ IRION K., *Government cloud computing and National data sovereignty*, Policy & Internet, 2012, 3-4, pagg. 40 ss., pag. 41; DE FILIPPI, P., BELLI L., *The Law of the Cloud v the Law of the Land: Challenges and Opportunities for Innovation*, European Journal of Law and Technology, 2012, 2. Sul problema della sovranità nel cyberspazio v. LESSIG L., *Code and other laws on cyberspace*, New York, 1999; ZICCARDI, *Informatica giuridica*, Milano, 2010, pag. 150., e soprattutto ODDENINO A., *Il problema della governance internazionale della rete*, in AA.VV. (a cura di Durante M., Pagallo, U.), *Manuale di informatica giuridica e*

diritto delle nuove tecnologie, pagg. 45 ss. Il problema della proiezione della sovranità statale, legata alla sua dimensione ontologicamente territoriale, e quindi del connesso effetto del primato della legge, nello spazio virtuale della rete, è da tempo all'attenzione della dottrina. La genesi della rete come luogo di libertà si fonda sulla idea della autoregolamentazione tecnica come unico modello normativo accettabile: sebbene la percezione delle potenzialità economiche e sociali della rete abbia generato ambizioni di eteroregolamentazione da parte degli stati, gli effetti non sono stati efficaci (come è accaduto per la repressione dei reati informatici). Nessuno dei possibili modelli di governance appare prevalente (non quello unilaterale di eteroregolamentazione, proiezione della sovranità statale; non quello plurilaterale che si fonda sul sistema della cooperazione internazionale classica; non quello puramente autoregolamentativo, che si fonda sui sistemi di soft law, di tipo negoziale): appare viceversa efficiente il modello dell'autorità internazionale — non governativa — per l'assegnazione dei nomi di dominio (ICANN) che ha natura reticolare, elastica e multiforme, e che coniuga competenze economiche e soprattutto tecniche, sulle quali fonda il consenso degli *stakeholders* (CAROTTI B., *L'ICANN e la governance di nternet*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2007, 3, pagg. 671 ss.; DE GRAZIA D., *L'Internet governance tra tecnica, politica e diritto*, Inf. Dir., 2009, 1, pp. 29 ss.).

zioni pubbliche (che appartengono all'amministrazione pubblica in quanto produttore e detentore delle informazioni), e si estende a tutte le tipologie di dati (quindi non riguarda solamente il lato "attivo", e cioè del potere e del controllo sull'informazione, ma anche il lato "passivo", e cioè la garanzia dell'integrità — non alterazione dei dati e della loro confidenzialità). Molteplici sono i profili dei modelli *cloud computing* che mettono in discussione la *data sovereignty* statale: il primo nasce dalla immaterialità dei beni (che elide il vecchio paradigma quiritario del regime sui beni ⁷⁰); il secondo deriva dalla transnazionalità della rete (e quindi dalla molteplicità dei luoghi in cui i dati possono essere immagazzinati); il terzo dalla individuazione della legge e della giurisdizione applicabile sia nel caso di contrasto tra utente e fornitore delle prestazioni, sia nel caso della perdita, deterioramento, alterazione dei dati derivanti dal fatto del terzo (o addirittura dall'esercizio di potestà pubbliche di altro stato sovrano ⁷¹); il quarto è costituito dalla resilienza della rete (è cioè dalla sua intrinseca fragilità: incidenti tecnici, attacchi di criminali informatici o decisioni di responsabili politici hanno interrotto recentemente il funzionamento di Internet, che, in origine, non era stata progettata per usi commerciali). Ne consegue che le limitazioni imposte non solo al naturale controllo dell'utente rispetto all'attività del fornitore (circostanza che potrebbe trovare soluzioni negoziate tra le parti), ma soprattutto all'esercizio di naturali e necessarie funzioni pubbliche ordinamentali (che rappresentano in primo luogo un apparato di garanzie di interesse generale alla corretta gestione e controllo dei dati pubblici), costituiscono un limite difficilmente valicabile per la praticabilità delle tecnologie *cloud* da parte dell'amministrazione: e sebbene in molti stati si utilizzano strategie negoziali per preservare l'integrità della propria sovranità "informatica" (ad esempio imponendo una localizzazione rigidamente limitata al territorio nazionale dei data center, di difficile realizzazione e soprattutto di verifica del corretto adempimento), resta ferma la necessità di disporre di regole coerenti ed armonizzate, quanto meno a livello europeo ⁷².

⁷⁰ V. NOTO LA DIEGA, *op. cit.*, pag. 597.

⁷¹ Un esempio ricorrente (IRION K, *op. cit.*, pag. 49) è rappresentato dalla Section 505 dello USA Patriot Act che consente al Governo, previo invio di una National Security Letter, senza un ordine del giudice, di richiedere la messa a disposizione "*of any data stored in any data center, anywhere in the world, if that system is operated by a US - based company*" (*Ibidem*).

⁷² Così ancora il parere del Gruppo art. 29, che per le amministrazioni pubbliche suggerisce, oltre alle normali cautele comuni ai soggetti privati, ed alla possibilità di avvalersi di un sistema *cloud* pubblico europeo, che si valuti se la comunicazione, il trattamento e la conservazione di dati fuori dal territorio nazionale possa esporre a rischi inaccettabili la sicurezza e la privacy dei cittadini, nonché la sicurezza e l'economia nazionale, in particolare se sono

8. FONDAMENTO E LIMITI DEI DIRITTI “DIGITALI”: IL DIRITTO ALL’USO DELLE TECNOLOGIE DELL’INFORMAZIONE E DELLA COMUNICAZIONE.

Un profilo conclusivo attiene alla declinazione dei nuovi diritti “digitali”. Il Codice prevede all’art. 3 il diritto dei cittadini e delle imprese a richiedere ed ottenere l’uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni, con le società pubbliche e con i gestori di pubblici servizi: spetta al giudice amministrativo, ed in via esclusiva, la tutela giurisdizionale del diritto. Appaiono connessi e strumentali alla situazione giuridica definita dall’art. 3 il diritto al domicilio digitale, l’effettuazione dei pagamenti con modalità informatiche e l’utilizzo della posta elettronica certificata (artt. 4, 5 e 6). È già stato sottolineato che il diritto all’uso delle tecnologie (che non riguarda quindi il contenuto dell’informazione, ma l’uso del mezzo comunicativo) così come originariamente concepito non costituiva situazione giuridica soggettiva coercibile⁷³, dal momento che la previsione, abrogata nel 2010, del limite all’esercizio del “principio” in base alle risorse tecnologiche disponibili, rendeva sostanzialmente inattuabile la pretesa. L’avvenuta abrogazione dei limiti tecnologici opponibili da parte delle amministrazioni⁷⁴ non ha comportato, a parere di chi scrive, significativi mutamenti: il diritto all’uso delle tecnologie continua ad essere una posizione giuridica soggettiva strumentale verso la pubblica amministrazione, che si concretizza nella pretesa di uno standard comunicativo liberamente determinabile da parte del privato, tutte le volte che costui necessiti di comunicare con l’amministrazione in modo diverso dalla tradizionale ostensione materiale di una comunicazione cartacea. In questo senso, data la natura doppiamente strumentale della pretesa (è tale perché rivolta verso l’attività della pubblica amministrazione; è tale perché non riguarda il contenuto della comunicazione, ma il mezzo utilizzabile), essa potrà essere fatta valere in base ad una posizione differenziata dal resto della collettività, tutte le volte che si richieda all’amministrazione di provvedere, o di astenersi dal provvedere, nell’am-

coinvolte banche dati sensibili (ad es. dati del censimento) e servizi (ad es. servizi sanitari).

⁷³ Il Consiglio di Stato nel parere della sez. consultiva atti normativi del 7 febbraio 2005 parla espressamente di pretesa non azionabile: nel successivo parere 31/2006, pur condividendo la scelta dell’attribuzione della tutela al giudice amministrativo ha ritenuto “che la situazione soggettiva tutelata non è un diritto soggettivo in senso proprio, poiché tale situazione non è tutelata nella sua pienezza allorché non vi siano

le necessarie risorse” (con riferimento alla disposizione, poi abrogata nel 2010, dei limiti di applicabilità del principio a seconda delle risorse disponibili): “né, ovviamente, sarebbe costituzionalmente consentito differenziare la situazione soggettiva in relazione alla diversa amministrazione (statale o meno) cui il cittadino o l’impresa chiede l’uso delle tecnologie”. V. anche DE GRAZIA D., *Informatizzazione e semplificazione dell’attività amministrativa nel nuovo codice dell’amministrazione digitale*, *Dir. Pubbl.*, 2011, 2, pagg. 611 ss., specialmente 646.

⁷⁴ V. *Supra* nota 54.

bito di una attività procedimentalizzata. In questo senso appare ben difficile che la posizione giuridica soggettiva del privato possa essere fatta valere autonomamente, e non sia invece collegata all'esercizio di altre pretese coercibili verso l'amministrazione, o per l'annullamento dei provvedimenti adottati (ad esempio per il mancato rispetto di garanzie partecipative al procedimento), o per il riconoscimento di diritti e la condanna dell'amministrazione ad adempiere: con l'effetto che appare preclusa non solo la possibilità di ottenere il risarcimento del danno conseguente alla violazione in sé (si tratterebbe pur sempre di un danno-conseguenza, derivante appunto dalla illegittima adozione di provvedimenti causalmente dipesi dal mancato uso delle tecnologie richieste), ma anche di dimostrare l'esistenza stessa di un pregiudizio derivante dal solo mancato adeguamento della richiesta di uso di particolare modalità tecnologiche, quando non ve ne sia una necessità collegata ad altri doverosi adempimenti o attivazioni pretese verso l'amministrazione pubblica (con l'inevitabile dichiarazione di inammissibilità cui sarebbe sottoposta l'eventuale pretesa giudiziale rivolta solamente all'applicazione dell'art. 3 del Codice)⁷⁵. Ne deriva che la morfologia della pretesa (confermata peraltro dall'attribuzione della protezione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo) resta pur sempre accostabile al paradigma dell'interesse legittimo: prova ne sia che dall'entrata in vigore del Codice in poi, anche nella diversa formulazione dell'art. 3, esiste un solo precedente giurisprudenziale in materia⁷⁶, peraltro dipeso da una delle prime e sporadiche applicazioni del ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici che contempla la possibilità di proporre un'azione allo scopo di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, azionabile sia da singoli titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori, sia

⁷⁵ Non si rivengono posizioni particolari in dottrina sulla esatta qualificazione del diritto all'uso delle tecnologie dell'informazione, data anche la scarsa ricorrenza di fattispecie emerse in sede giurisprudenziale. Si segnala CARLONI E., *La riforma...*, op. cit., pag. 472, per il quale "se il diritto è una posizione protetta (ed invero di più, azionabile) allora le cose sono due: o quelli del Cad non sono diritti (ma solo, ed al più, nuove modalità di fruizione di diritti tradizionali), oppure se sono diritti vanno resi effettivi. Sanzionando le amministrazioni inadempienti, ma anche eliminando le condizioni materiali che ne impediscono la fruizione, il che rimanda alla questione assolutamente centrale dei *digital divides*". Più articolata altra posizione (che sconta tuttavia l'esegesi

riferita alla vecchia formulazione della norma) che ritiene di scarsa importanza il dibattito sulla esatta qualificazione della situazione giuridica soggettiva di cui trattasi, atteso che la risarcibilità del danno ex artt. 2043 e 2059 c.c. è comunque riconosciuta dal nostro ordinamento indipendentemente se si tratti di diritti o interessi (CAMILLETTI F., *La responsabilità della pubblica amministrazione per violazione del diritto all'uso delle tecnologie*, in AA.VV., a cura di De Marco E., *Accesso alla rete e disuguaglianza digitale*, Milano, 2008, pagg. 85 ss.).

⁷⁶ Tar Basilicata, 23 settembre 2011, n.478, *Foro amm. TAR*, 2011, 12 pagg. 4104 ss. con nota critica di ZAMPETTI E., *Class action pubblica ed effettività della tutela*.

da associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati ⁷⁷.

Secondo altra prospettiva si potrebbe sostenere che l'uso delle tecnologie digitali costituisca mera norma di principio avente valore sostanzialmente programmatico, di natura riedittiva, quanto alle modalità di esercizio, di posizioni giuridiche soggettive comunque riconosciute dall'ordinamento (anche, ma non solo, verso le amministrazioni pubbliche) in quanto dotata comunque di una copertura costituzionale relativa all'applicazione dei principi contenuti nell'art. 2 Cost., quale fattispecie aperta ai mutamenti della coscienza sociale, o quale principio generale del libero sviluppo della personalità ⁷⁸. In altri termini, partendo dai principi della cd. libertà informatica ⁷⁹ come nuova dimensione della libertà di manifestazione del pensiero e di comunicazione ⁸⁰ e

⁷⁷ In quel caso il giudice ha ritenuto che la mancata individuazione di almeno un indirizzo istituzionale di posta elettronica certificata sul sito web nonché la mancata attuazione del diritto degli utenti di comunicare elettronicamente tramite l'utilizzo della stessa determina un disservizio, costringendo gli interessati a recarsi personalmente presso gli uffici e ad utilizzare lo strumento cartaceo per ricevere ed inoltrare comunicazioni e/o documenti.

È interessante notare che il disservizio lamentato non è stato valutato solamente in sé (quindi come lesione di una situazione giuridica soggettiva piena), ma per il carattere strumentale rispetto ad altre pretese vantabili: infatti esso "estende i suoi riflessi negativi anche sulle modalità di esercizio del diritto del privato di partecipare al procedimento amministrativo poiché l'art. 4, comma 1, del codice dell'amministrazione digitale consente, infatti, di esercitare tali diritti procedurali anche attraverso strumenti di comunicazione telematici. Né è possibile sottovalutare le ripercussioni di tale disservizio sulla disciplina delle notificazioni, così come previsto dall'art. 4 del d.lgs n. 82/2005, il quale consente che "ogni atto e documento può essere trasmesso alle pubbliche amministrazioni con l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione se formato ed inviato nel rispetto della vigente normativa", che attribuisce al documento trasmesso lo stesso valore giuridico della trasmissione del documento in originale, posto che a norma dell'art. 45 dello stesso decreto legislativo il documento trasmesso con qualsiasi mezzo informatico idoneo ad accertarne la fonte di provenienza, soddisfa il requisito della forma scritta e la sua trasmissione non deve essere seguita da quella del documento originale e che "il

documento informatico trasmesso per via telematica si intende spedito dal mittente se inviato al proprio gestore, e si intende consegnato al destinatario se reso disponibile all'indirizzo elettronico da questi dichiarato, nella casella di posta elettronica del destinatario messa a disposizione dal gestore". La sentenza conclude che "in accoglimento delle censure con cui è dedotta la violazione degli articoli 3, 6 e 54 del codice dell'amministrazione digitale, la Regione Basilicata, è tenuta a consentire agli utenti di interloquire tramite posta elettronica certificata e a rendere visibile nella home page del sito l'elenco degli indirizzi di posta elettronica certificata, come imposto dalle "Linee guida per i siti web della P.A. — Anno 2010 —" dettate dal Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione".

⁷⁸ V. soprattutto D'ORLANDO E., *op. cit.*, pag. 216.

⁷⁹ Locuzione coniata da FROSINI V., *Informatica diritto e società*, Milano, 1992, *passim*, ripresa da FROSINI T.E., *Tecnologie e libertà costituzionali*, *Dir. Inf.*, 2033, 2, pag. 487, con la quale in via sintetica si descrivono i diritti derivanti dalla nuova collocazione della persona nell'evoluzione tecnologica. Segnala tuttavia il progressivo superamento del concetto di libertà informatica quale matrice comune di diritti di libertà e diritti sociali sulla rete NANNIPIERI L., *Costituzione e nuove tecnologie. Profili costituzionale dell'accesso ad internet*, *www.gruppodipisa.it*, 2013, pag. 4, data la natura partecipativa della rete e non più semplicemente recettizia alla pari dei media tradizionali.

⁸⁰ Più perplesso sul punto COSTANZO P., *Internet (diritto pubblico)*, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, Torino, 2000, pagg. 347 ss., che non ritiene

nuova manifestazione del principio di libertà personale, il Codice non avrebbe fatto altro che articolare una pluralità coerente di pretese derivanti dall'unico ceppo della libertà informatica costituzionalmente derivabile, nata come forma di tutela dal potere informatico diffuso, e trasformatasi "in diritto attivo di partecipazione del cittadino, articolandosi in una sommatoria di facoltà tutte finalizzate all'espressione della personalità individuale attraverso il mezzo telematico"⁸¹.

Piuttosto occorre porsi ulteriori questioni sulla effettività del diritto riconosciuto dalla norma. In primo luogo sovviene la circostanza, già in precedenza rammentata⁸², che l'art. 5-bis del Codice (introdotto con la riforma del 2010) impone che la presentazione di istanze, dichiarazioni, dati e lo scambio di informazioni e documenti tra le imprese e le pubbliche amministrazioni avvenga "esclusivamente" utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione: sebbene la forma espressiva delle due disposizioni sia diversa, sembra evidente che il diritto all'uso delle tecnologie da parte delle imprese nelle comunicazioni con la p.a. sia di fatto vanificato dall'obbligo generalizzato imposto dalla disposizione sopravvenuta. In altri termini ciò che era una facoltà esercitabile dal privato è stata sostituita da un obbligo imposto dalla legge (e mediato da decreti attuativi che stabiliscono tempi e modalità di esecuzione) sia all'amministrazione che, soprattutto, alle imprese: a meno che non si intenda che il diritto alla scelta degli standard tecnologici continui a spettare ai soggetti privati (e che l'amministrazione sia tenuta ad adeguarvisi), anche in deroga alle norme attuative che i DPCM previsti riterranno necessario adottare.

Resterebbe comunque in vigore l'art. 3, sotto il profilo soggettivo esteso anche ai cittadini: in disparte ogni considerazione sul fatto che la disposizione non riguarda la generalità dei consociati (chi è privo della cittadinanza non avrebbe diritto all'esercizio della relativa facoltà, con qualche dubbio sulla corretta applicazione del principio di uguaglianza), ci si chiede se una pretesa del privato che contempli standard tecnologici superiori a quelli di cui dispone l'amministrazione, e superiori a quelli che sono stati

declinabili i nuovi diritti sulla base delle libertà costituzionalmente garantite nell'attuale tessuto della carta fondamentale. Con specifico riferimento al dibattito sul diritto di accesso ad internet (questione non totalmente sovrapponibile, ma certamente connessa, al tema dei diritti digitali) lo stesso autore (Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica), www.consultaonline.it, 2012) afferma che non appare possibile "attribuire alle pur straordinarie caratteristiche di internet ca-

pacità nomopoietiche tali da accreditare senz'altro la comparsa nell'ordinamento di un nuovo, autonomo e, secondo taluni, fondamentale diritto individuale, identificabile con quello di accedere al mezzo".

⁸¹ Ancora D'ORLANDO E., *op. cit.*, pag. 218. Più specificamente sul rapporto tra diritto ad essere informati, pubblici poteri e cittadinanza v. ZENO ZENCOVICH V., *Diritto ad essere informati quale elemento del rapporto di cittadinanza*, *Dir. Inf.*, 2006, 1, pagg. 1 ss.

⁸² V., *supra* nota 3.

consentiti (*rectius* imposti) alle imprese (presumibilmente più avvezze all'uso delle nuove tecnologie), sia una pretesa ragionevolmente coercibile (e se l'amministrazione non abbia titolo a sollevare questione di illegittimità costituzionale per irragionevolezza e violazione del principio di uguaglianza delle norme contenute nell'art. 3 e nell'art. 5-bis del Codice). Alla luce delle accelerazioni che il processo di digitalizzazione dell'amministrazione, e conseguentemente dei privati, ha subito negli ultimi anni, ci si dovrebbe forse (provocatoriamente) interrogare se non sussista, nel rispetto del principio di uguaglianza sostanziale, un diritto del cittadino (o meglio di chiunque) ad utilizzare standard comunicativi più bassi e più accessibili rispetto a quelli che il legislatore ed il governo hanno progressivamente imposto: in altri termini se il diritto all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (liberamente esercitabile in un contesto di sostanziale parità delle armi) non possa prevedere, oltre che l'esercizio di una modalità sollecitatoria e proattiva verso l'amministrazione, una tecnica di tutela verso l'invasività e l'esoterismo delle tecnologie, quando queste risultino imposte dalla p.a. e non richieste dall'utente dei suoi servizi.

Alla luce di questa prospettiva sembra quindi più rilevante il problema della precondizione di effettività dell'esercizio dei diritti digitali verso la pubblica amministrazione (e simmetricamente dell'amministrazione verso i destinatari della sua attività), e cioè il superamento delle condizioni di disuguaglianza sostanziale derivanti dal *digital divide*. È del tutto ovvio che la previsione del diritto all'uso delle tecnologie si fonda su una presunzione non dichiarata di un grado di alfabetizzazione informatica sufficiente e generalizzata, dell'amministrazione e della società civile: e che non possa essere considerata sufficiente la presenza nel Codice, per consentire effettivamente l'esercizio del diritto in forza del principio di eguaglianza sostanziale (che si traduce nella cd. eguaglianza digitale⁸³), la promozione di iniziative volte all'alfabetizzazione informatica ed il favore verso le forme di partecipazione democratica elettronica. I divari digitali (uno riguarda la disuguaglianza nella alfabetizzazione informatica, ed è

⁸³ D'ORLANDO E., *loc. ult. cit.*; PAPA A., *Il principio di uguaglianza (sostanziale) nell'accesso alle tecnologie digitali*, AA.VV. (a cura di De marco E.), *op. cit.*, pagg. 11 ss., per la quale viene in evidenza la connotazione dell'uguaglianza digitale quale presupposto per l'individuazione di una serie di situazioni giuridiche soggettive, riconducibili alla categoria dei diritti sociali, basate sulla richiesta ai pubblici poteri di specifici interventi suscettibili di superare o quanto meno ridurre la disugua-

glianza di base. Va tuttavia segnalato che la sola alfabetizzazione informatica non basta: alfabetizzare deve significare anche la possibilità di comprendere il senso e la portata sociale delle nuove tecnologie, per avere nei loro confronti capacità critiche e non cadere nella facile identificazione tra innovazione tecnologica e progresso sociale (RODOTÀ S., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Bari, 2004, pag. 92).

un problema culturale, educativo, demografico; l'altro attiene ad una dimensione infrastrutturale, ed attiene alla disuguaglianza generata dalla geograficamente diversa allocazione e disponibilità delle risorse di rete) costituiscono quindi non solo il limite al compiuto e diffuso esercizio dei diritti digitali, ma la ragione di diritti "nascosti" nelle pieghe dell'ordinamento che spinge verso la digitalizzazione e dematerializzazione dei rapporti⁸⁴. Non appare possibile in questa sede analizzare tutte le implicazioni che l'affermazione di un diritto sociale all'accesso alle tecnologie comporta⁸⁵ (sia in ordine alla sua stessa connotazione formale, sia sul piano della stretta connessione con altri diritti a prestazione, quali l'educazione e la cultura⁸⁶, sia con riferimento ad obblighi di erogazione di servizio universale derivanti dall'applicazione estensiva delle direttive europee in materia di comunicazione elettronica⁸⁷): sembra sufficiente considerare che, al di là della coercibilità dei diritti a prestazione verso l'amministrazione, una eventuale spinta alla digitalizzazione dei rapporti tra amministrazione e comunità (ad esempio in tutti i casi in cui una modalità comunicativa risulti direttamente o indirettamente "imposta") potranno trovare formidabili controllimiti (questi certamente azionabili o eccepibili sul piano giurisdizionale) nel mancato raggiungimento degli obiettivi di parificazione (o quanto meno di riduzione delle disuguaglianze) delle condizioni tecniche, infra-

⁸⁴ Altre disposizioni dell'ordinamento sembrano riconoscere l'esistenza di un diritto all'uso delle tecnologie della comunicazione anche sotto forma di accesso: l'art. 1 della legge 9 gennaio 2004, n.4 prevede che la Repubblica riconosce e tutela il diritto di ogni persona ad accedere a tutte le fonti di informazione e ai relativi servizi, ivi compresi quelli che si articolano attraverso gli strumenti informatici e telematici, e che "è tutelato e garantito, in particolare, il diritto di accesso ai servizi informatici e telematici della pubblica amministrazione e ai servizi di pubblica utilità da parte delle persone disabili, in ottemperanza al principio di uguaglianza ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione".

⁸⁵ La questione appare ormai "classica" nella più recente letteratura: cfr., fra gli altri, AA.VV., PIETRANGELO A., *Il diritto di accesso ad internet*, Napoli, 2010; RODOTÀ S., *Una Costituzione per Internet?*, in AA.VV. (a cura di Amoretti F.), *Diritti e sfera pubblica nell'era digitale, numero speciale di Politica del diritto*, 2010, 3; BETZU M., *Regolare Internet. La libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Giappichelli, 2012; DE MINICO G., *Internet. Regola ed anarchia*, Napoli, 2012.

⁸⁶ V. ad esempio Corte Costituzionale, sentenza n. 307 del 2004, su con osservazioni critiche di PACE A., *I progetti PC ai giovani e PC alle famiglie: esercizio di potestà legislativa esclusiva statale o violazione della potestà regionale residuale?*, *Giur. Cost.*, 2004, 5, nonché PIZZETTI F., *Il progetto "PC ai giovani" nel quadro della promozione dell'eguaglianza digitale da parte dello stato e delle Regioni*, in *www.federalismi.it*, 2008.

⁸⁷ V. DE MINICO G., *Regulation, Banda Larga e Servizio Universale. Immobilismo o Innovazione?*, *Forum quaderni costituzionali*, 2009: nella dimensione nazionale la banda larga appare lo strumento tecnico che assicura il pari pregio sostanziale dei cittadini e rende effettivo il dovere di imparzialità dell'amministrazione: "nella dimensione sovranazionale la stessa concorre all'equiordinazione sociale e al riequilibrio territoriale in linea con le preoccupazioni europee. L'Unione almeno in punto di principio vincola la promozione delle reti di telecomunicazione all'assolvimento di una precisa missione sociale: l'armonico sviluppo dell'insieme delle Comunità (art. 158, par.1, TUE)" pag. 5. Successivamente parla di occasione perduta la medesima A. in *Uguaglianza ed accesso ad internet*, *www.forumcostituzionale.it*, 2013.

strutturali e culturali su cui deve fondarsi la disponibilità dei mezzi di comunicazione e di partecipazione digitale.

9. *SEGUE*: IL “DIRITTO” ALL’INFORMAZIONE AMMINISTRATIVA.

La dimensione polimorfa dei diritti digitali verso l’amministrazione pubblica non si esaurisce nel testo del Codice, ma si arricchisce a seguito delle nuove disposizioni normative in materia di trasparenza: in particolare la disciplina contenuta nel d.lgs. 33/2013, che ha razionalizzato in un complesso articolato tutti gli obblighi di pubblicazione eterogeneamente previsti in diverse pregresse disposizioni normative, dispone che la nozione di pubblicazione ivi contemplata coincide con “la pubblicazione, in conformità alle specifiche e alle regole tecniche di cui all’allegato A, nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni dei documenti, delle informazioni e dei dati concernenti l’organizzazione e l’attività delle pubbliche amministrazioni, cui corrisponde il diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione” (art. 2). Il sistema di pubblicità previsto si fonda quindi, anche in questo caso, sull’ovvio presupposto della disponibilità di mezzi e piattaforme tecnologiche. Agli obblighi imposti alle amministrazioni pubbliche (che non riguardano tutti i dati pubblici, ma solamente quelli per i quali l’ordinamento prevede un dovere di pubblicazione) ed alle correlate modalità organizzative, corrisponde il diritto di chiunque alla conoscenza: “tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli ai sensi dell’articolo 7” (art. 3). Parimenti conoscibili sono dati, informazioni e documenti che le amministrazioni pubbliche sono facoltizzate a pubblicare “fermi restando i limiti e le condizioni espressamente previsti da disposizioni di legge, procedendo alla anonimizzazione dei dati personali eventualmente presenti” (art. 4): tuttavia ad essi non si estende l’esercizio del nuovo “diritto di accesso civico” (art. 5), che può avere ad oggetto solamente beni informativi la cui pubblicazione è obbligatoria.

È già stato detto⁸⁸ che, nonostante nella relazione di accompagnamento al decreto legislativo il Governo abbia affermato di essersi ispirato al Freedom of Information Act statunitense del 1966⁸⁹, numerose sono le differenze tra i due modelli: in primo

⁸⁸ V. SIMONATI A., *op. cit.*, pag. 751, ma soprattutto SAVINO M., *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8/9, 795 ss., in particolare 802, e GARDINI G., *Il codice della*

trasparenza: un primo passo verso il diritto all’informazione amministrativa?, *Giorn. dir. amm.*, 2014, 8/9, pagg. 875 ss.

⁸⁹ Avvisa tuttavia PATRONI GRIFFI F., *op. cit.*, *passim*, che sono ben note le diffe-

luogo il Foia ha ad oggetto obblighi di *disclosure* di tutta la documentazione pubblica (nessuna informazione è esclusa) salvo che non sia necessario contemperare l'interesse pubblico (relazioni internazionali, difesa ed affari militari, sicurezza ed ordine pubblico, politica economica e finanziaria) ovvero privato (dati personali, segreti industriali, interessi commerciali), secondo un metodo di ponderazione caso per caso (non sottoposto quindi alla preventiva esenzione legislativa), e per di più orientato, in sede applicativa, alla prevalenza del principio dell'apertura⁹⁰: ciò in quanto il presupposto del sistema anglosassone è dato dalla natura "patrimoniale" delle informazioni pubbliche⁹¹, tanto da configurare il *right to know* quale proiezione di una relazione dominicale con dei *public goods*. Nel sistema delineato dal nostro ordinamento, nel quale convivono il diritto di accesso ai sensi della legge 241/90, e le previsioni sugli obblighi di pubblicità previste dal d.lgs. 33/2013 (cui in via surrogatoria si può provvedere con il diritto di accesso civico), il diritto all'informazione pubblica è in realtà concepito come una tecnica riflessa di protezione di situazioni giuridiche soggettive, esercitabile in una doppia prospettiva: quella tradizionale, propria del diritto di accesso ai sensi della legge 241/90, relativa a documenti (quindi solo a "cose rappresentative di fatti", che si riferiscono ad attività già compiute da parte dell'amministrazione, e non si estende alle informazioni o dati, che riguardano anche attività per le quali l'amministrazione non ha ancora operato l'incorporazione in un documento, ancorché elettronico) necessari per la tutela di interessi qualificati (che richiede quindi la previa dimostrazione della legittimazione dell'istante e l'ostensione di motivi per l'esercizio del relativo diritto); quella introdotta dalla disciplina sulla trasparenza, che riguarda sia documenti che informazioni, che dati (e quindi afferente anche ad attività informative che contemplano, da parte dell'amministrazione, obblighi di formazione ed elaborazione, e non solamente di esibizione) ma solo nei limiti dettati preventivamente dalla legge (cioè solo con riferimento alle informazioni che devono essere obbligatoriamente oggetto di pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche)⁹².

Il paradigma del rapporto del privato con l'amministrazione pubblica contenuto nei FOIA appare quindi, nel nostro sistema,

renze (anche in positivo) rispetto al FOIA statunitense.

⁹⁰ Si veda ad esempio il Memorandum on transparency and open government statunitense del 2009 (www.uspto.gov), che espressamente riconosce che "*The Freedom of Information Act should be administered with a clear presumption: in the face of doubt, openness prevails.*"

⁹¹ V.G. ARDINI G., *op. cit.*, pag. 883.

⁹² Sottolinea che uno degli elementi di differenziazione (in positivo) del nostro sistema rispetto al Foia statunitense, consista nella previsione di un obbligo a carico delle amministrazioni di pubblicità per alcune categorie di informazioni in luogo dei soli obblighi di disclosure (cioè di mera consegna), PATRONI GRIFFI F., *op. cit.*, pag.7. Va tuttavia rammentato che sebbene la pubblicità non costituisca obbligo nel Foia, essa

del tutto rovesciato: nel sistema anglosassone, ed in genere negli ordinamenti che si sono dotati di FOIA, la legge riconosce e tutela un diritto di chiunque all'informazione pubblica, ed ammette eccezioni (debitamente motivate in relazione alle dimensioni degli interessi pubblici protetti) all'esercizio del diritto; nel nostro ordinamento viceversa la legge serve per regolare l'accesso ai documenti amministrativi, o serve, nel caso del d.lgs. 33/2013, a fornire una tassonomia dell'informazione liberamente accessibile: con la conseguenza che, nel caso di inadempimento del relativo obbligo da parte delle amministrazioni pubbliche, il diritto di accesso civico dettato dall'art. 5 non è subordinato ad alcuna dimostrazione di legittimazione, e tanto meno di indicazione dei motivi dell'accesso, semplicemente perché è la legge medesima, e nei limiti da essa stabiliti, a consentire che determinate informazioni siano di pubblico dominio. La non necessità di dimostrare la sussistenza di un interesse qualificato e differenziato per l'esercizio dell'accesso alle informazioni oggetto di trasparenza ed obblighi di pubblicità non nasce quindi da una estensione "civica" della relativa legittimazione, ma dipende dalla qualificazione dell'oggetto della pretesa: se l'informazione è "pubblica" perché è destinata ontologicamente dalla legge ad essere diffusa senza alcuna restrizione, non occorre dimostrare alcun interesse puntuale all'adempimento della pretesa⁹³. In altri termini, la pubblicità, essendo effettiva ed azionabile "solo se e nei limiti in cui è imposta dalla legge, finisce con operare come regola di stretto diritto positivo", e ciò implica, in definitiva, "il disconoscimento del *right to know* come diritto fondamentale" (che è e resta tale soltanto negli ordinamenti che contemplano — sulla base dei *Freedom of information acts* — un diritto onnicomprensivo del singolo a conoscere le informazioni in possesso delle autorità pubbliche⁹⁴).

Questa particolare natura del rapporto tra diritto del privato all'accesso totale, informazione pubblica e fonte primaria consente una possibile ricostruzione della matrice costituzionale della situazione giuridica soggettiva protetta. In primo luogo non sembra possibile ritenere che il diritto di conoscere le informazioni pubbliche obbligatoriamente oggetto di pubblicità, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 33/2013 (diritto esercitabile attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione), e del coevo e surrogatorio rimedio dell'accesso civico (in caso di inadempimento da parte dell'amministrazione) sia ascrivibile al più ampio

viene solitamente scelta come modalità più efficiente per le amministrazioni per consentire la conoscenza delle informazioni, in luogo dell'evasione della consegna a seguito di singole richieste.

⁹³ Similmente MARZUOLI C., *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in AA.VV. (a cura di Merloni F.), *La trasparenza...*, op. cit., pag. 64.

⁹⁴ SAVINO M., op. cit., pag. 803.

novero del diritto all'informazione (diritto ad essere informati e/o ad informarsi) ai sensi dell'art. 21 Cost.⁹⁵. Il riconoscimento di una piena libertà di informazione postula infatti la riserva di legge solo allo scopo di fornire garanzie sulla corretta applicazione delle limitazioni all'esercizio del diritto: e pertanto l'esistenza di una norma primaria che definisca cosa, quanto e come informare, sarebbe del tutto incompatibile con il dettato costituzionale, se il nostro ordinamento riconoscesse l'esistenza di un diritto all'informazione verso l'amministrazione pubblica come articolazione di una libertà fondamentale. Le sue ascendenze pertanto poggiano altrove: è lo stesso d.lgs. 33/2013 a suggerire che l'informazione pubblica, connotata dall'applicazione del principio di legalità ai sensi dell'art. 97 Cost. che consente alle norme primarie di declinare positivamente l'imparzialità ed il buon andamento, costituisca un servizio al pubblico con carattere di livello essenziale di prestazioni da garantire su tutto il territorio nazionale: con la conseguenza che nel nostro ordinamento non appare configurabile un diritto all'informazione pubblica, ma solo una pretesa alla pubblicità in base alle condizioni minime stabilite dall'ordinamento positivo⁹⁶. Si tratta quindi, per tornare alla prospettiva sin qui seguita, non dell'applicazione del principio della riserva di legge come limite all'esercizio di un diritto fondamentale, ma del principio di legalità che opera (in positivo) al fine

⁹⁵ Si veda ad esempio MARSOCCHI P., *op. cit.*, pag. 722, secondo la quale appare preferibile inquadrare le "nuove" pretese di conoscenza, in special modo quelle che siano tese a dare sostanza al controllo su ciascun potere pubblico, non solo alla luce dell'interpretazione dell'art. 21, ma dell'interpretazione aperta dell'art. 2 della Costituzione, e più in generale del complesso dei principi che denotano la nostra forma di Stato.

⁹⁶ Cfr. anche GARDINI G., *op. cit.*, pag. 885; MARZUOLI C., *op. cit.*, pagg. 45 ss. Di segno parzialmente diverso BONOMO A., *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici, Istituzioni del federalismo*, 2013, pagg. 725 ss., in particolare 735, per la quale quella riconosciuta dall'art. 3 del d.lgs. al potenziale destinatario dell'informazione qualificata come pubblica dalla normativa vigente, è situazione sicuramente configurabile come un autentico diritto soggettivo ad essere informati: e si tratta in ogni caso di diritto, perché se le informazioni sono "pubbliche", cioè rientrano in quelle qualificate come tali dalla normativa vigente, esse devono essere messe a disposizione del cittadino (pag. 743),

né la circostanza che si tratti di un diritto configurabile uti cives ne inficierebbe la qualificazione in termini di diritto, dal momento che è evidente che la rilevanza giuridica di un interesse non è un carattere che dipende dal numero dei soggetti che possono esserne in astratto o in concreto titolari. Ad una simile ricostruzione si oppongono tuttavia le stesse conclusioni cui perviene l'A: finendo per ammettere che il diritto all'informazione pubblica ha un carattere limitato, la tesi della situazione giuridica soggettiva piena non sembra reggere proprio in relazione alla inconsistenza di un nesso costituzionalmente garantito ai sensi dell'art. 21 Cost.. Senza dubbi di sorta sulla ricorrenza di un *right to know* configurato dal legislatore del 2013 PATRONI GRIFFI F., *op. cit.*, pag. 6; R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, il decreto trasparenza e le politiche ancora necessarie*, in www.giustizia-amministrativa.it; PONTI B., *Il codice della trasparenza amministrativa: non solo riordino, ma ridefinizione complessiva del regime della trasparenza amministrativa online*, in www.neldiritto.it: *contra*, decisamente, GARDINI G., *op. cit.*, pag. 885.

di assicurare le garanzie costituzionalmente previste sulla organizzazione e sulla attività delle amministrazioni pubbliche ⁹⁷.

Se il fulcro del principio di trasparenza non attiene ai diritti dei singoli, e tanto meno ad un diritto all'informazione pubblica (ed in questo, in definitiva, consiste il punto di divaricazione più evidente con l'impianto dei Freedom of Information Acts anglosassoni), quanto al modo di agire ed alla struttura organizzativa dell'amministrazione pubblica, non possono non ricavarsi conseguenze sulla operatività concreta delle previsioni contenute. Sovvengono in questo caso alcune considerazioni (che meriterebbero ben altro grado di approfondimento):

i) l'individuazione dell'esatta qualificazione della situazione giuridica soggettiva (se si tratti cioè di un pieno diritto soggettivo ⁹⁸, ovvero di un interesse legittimo ⁹⁹, ovvero ancora di un interesse diffuso ¹⁰⁰ con una legittimazione fissata ex lege in capo ai cittadini) potrebbe sembrare allo stato di ridotta utilità pratica ¹⁰¹, rispetto alla definizione comunque di una pretesa operata direttamente dalla legge, ed ad un apparato di tutela, relativo all'accesso civico, affidato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (che ne dimostra quindi l'astratta coercibilità verso l'amministrazione recalcitrante) ¹⁰²;

ii) sembra invece utile (ri)considerare il problema della coercibilità della pretesa in relazione al diverso problema non solo della omissione della pubblicazione obbligatoria, ma della inesat-

⁹⁷ Sulla relazione mezzi-fini e sulla estensione del principio di legalità anche all'attività e non solo alla organizzazione delle amministrazioni pubbliche v. Corso G., *Il principio di legalità*, AA.VV. (a cura di Sandulli M.A.), *Il codice...*, op. cit. pagg. 1 ss.

⁹⁸ V. *supra* nota 95.

⁹⁹ Sulla scorta del fatto che l'accesso civico beneficia di una tutela giurisdizionale identica a quella sul diritto di accesso ai sensi della legge 241/90, "perché essenzialmente e concettualmente strutturato, come questo secondo, sull'inadempimento di un obbligo e quindi pur sempre sulla violazione dei termini di un rapporto giuridico intersoggettivo, che riduce a pura apparenza la proclamazione della accessibilità totale vista quale controllo diffuso sulla pubblica amministrazione" v. MAGRI M., *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale, Istituzioni del federalismo*, 2013, 2, pagg. 425 e ss., sebbene il diritto del "chiunque", in quanto diritto civico, "non può sopportare il peso del paradigma del rapporto giuridico, di figure quali il "diritto soggettivo" o l'"interesse legittimo" per come prevalentemente lo si intende" (*Idem*, pag. 449).

¹⁰⁰ GARDINI G., op. cit. pag. 384.

¹⁰¹ Risulta allo stato un solo caso di controversia nell'ambito della quale il giudice amministrativo ha fatto riferimento al d.lgs. 33/2013, peraltro per negare l'applicabilità del principio dell'accesso civico *sia ratione temporis* che *ratione materiae* (V. Cons. Stato, sez. VI, 20 novembre 2013, n.5515, in *Foro Amm.-C.d.S.* (II) 2013, 11, pag. 3166, in tema di accesso agli atti di una procedura valutativa in ambito universitario).

¹⁰² Questa conclusione è funzionale ai limiti del presente saggio. In realtà sono possibili ulteriori percorsi concettuali: l'uno che poggia sulla giurisprudenza della Corte EDU (v. causa Sdeuzeni Jihoeske Matky c. Czech Republic, 10 luglio 2006, e soprattutto causa Tarasasag a Szabad-sagjogokert v. Hungary, 14 aprile 2009) nella quale è stato riconosciuto che l'accesso alle informazioni pubbliche rientra in una "nozione più ampia del diritto ad essere informati, che ricomprende anche il diritto di accesso ai documenti pubblici" ai sensi dell'art. 10 della Convenzione, che resiste alla indebite interferenze dell'amministrazione pubblica, la cui penetrazione nell'ambito del nostro ordinamento appare possibile alla luce dell'art. 117 Cost. (GARDINI G., op. cit., pag.

tezza, incompletezza, erroneità del dato che abbia ingenerato un legittimo affidamento nei confronti dei fruitori dell'informazione. Si deve infatti rammentare che il d.lgs. 33/2013 non solo attribuisce una pretesa di conoscenza relativamente ai dati ed alle informazioni la cui pubblicazione digitale è obbligatoria, ma pone anche precisi obblighi in ordine alla qualità delle informazioni riportate nei siti istituzionali, specificando che l'esigenza di assicurare adeguata qualità delle informazioni diffuse non può, in ogni caso, costituire motivo per l'omessa o ritardata pubblicazione dei dati, delle informazioni e dei documenti (art. 6).

Sovviene in questo caso una responsabilità dell'amministrazione di tipo extracontrattuale, in quanto riferibile ad attività di diffusione di informazioni al pubblico, di macroinformazione slegata da rapporti specifici, ma derivante dall'assolvimento di un obbligo generale e predeterminato dalla legge¹⁰³: ovviamente per l'insorgere di una specifica responsabilità della pubblica amministrazione, occorrerà verificare la rilevanza dell'errore o della omissione, ed il nesso causale rispetto alla fattispecie concreta di danno subita, oltre che l'esistenza del dolo o della colpa¹⁰⁴. Schematicamente sono ipotizzabili tre possibili evenienze: se l'inesattezza dell'informazione oggetto di pubblicazione obbligatoria ha determinato conseguenze pregiudizievoli per il titolare della

877; SAVINO M., *op. cit.* pag. 796); l'altro, che ne rappresenta la conseguenza, che potrebbe dubitarsi della legittimità costituzionale dell'attribuzione della giurisdizione relativa alle controversie in materia al giudice amministrativo (MAGRI M., *op. cit.*, pag. 448).

¹⁰³ Sul tema v. CARLONI E., *La qualità dei dati pubblici*, in AA.VV. (a cura di Ponti B.), *Il regime dei dati pubblici, esperienze europee e ordinamento nazionale*, Rimini, 2008, e ID., *La qualità dei dati pubblici. L'esperienza italiana nella prospettiva comparata*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 1, pagg. 155 ss. Non vi è uniformità in giurisprudenza sull'importanza da attribuire all'affidamento di privati e imprese tratti in inganno da erronee informazioni diffuse attraverso i siti Internet delle amministrazioni: meritevole di tutela tale affidamento per il TAR Sardegna, sez. I, 22ottobre 2004, n. 1507, *Dir. Internet*, 2005, pag. 173; contra, TAR Veneto, sez. I, 15 maggio 2003, n. 2812, in *Foro amm. TAR*, 2003, pag. 1570. Sempre valide ed acute le considerazioni di FERRARA L., *Profili problematici della responsabilità della pubblica amministrazione per mancata o inesatta informazione*, *Dir. pubbl.*, 2004, 3, pagg. 755 ss.

¹⁰⁴ V. Cassazione civile sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2424, *Foro amm.-CS*, 2004, 12, pag. 3450, e *Giur. it.* 2005, pag. 275 con

nota di Sorrentino F.: “la responsabilità della p.a. per illecito extracontrattuale — che può essere fatta valere dal privato con azione di risarcimento del danno davanti al giudice ordinario — è astrattamente configurabile anche nella diffusione di informazioni inesatte, in quanto lede la posizione (meritevole di tutela) del privato in contatto con la p.a. di affidamento nella stessa, tenuto conto che questa deve ispirare la propria azione a regole di correttezza, imparzialità e buon andamento (art. 97 cost.). Peraltro, per l'affermazione in concreto della sussistenza della responsabilità extracontrattuale della p.a., non può prescindersi dal requisito soggettivo richiesto dall'art. 2043 c.c. e cioè dall'accertamento della colpa (o del dolo), riferibile non già al funzionario agente, ma all'amministrazione come apparato. Ne consegue che non può escludersi, in linea di principio, la rilevanza dell'errore scusabile commesso dalla p.a., dovendosi valutare in concreto nel singolo caso la eventuale sussistenza di detto carattere di scusabilità dell'errore stesso. Nel compimento di tale accertamento, da effettuarsi “ex ante”, di spettanza del giudice del merito ed incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato, l'errore sulla interpretazione della norma, in presenza della regola della inescusabilità dell'error iuris, deve essere considerato eccezionalmente scusabile

pretesa legate ad una successiva determinazione negativa provvedimento dell'amministrazione, la responsabilità per effetto della violazione degli obblighi di qualità dell'informazione rileverà nell'ambito di un giudizio sulla legittimità del provvedimento, e delle eventuali conseguenze risarcitorie per la violazione di situazioni giuridiche soggettive protette rispetto alle quali l'informazione assume una connotazione squisitamente strumentale (ad esempio idonea a configurare il legittimo affidamento del privato a fronte di eventuali provvedimenti adottati in autotutela). Se l'inesattezza dell'informazione viene fatta valere nell'ambito di un giudizio innestato in sede di accesso civico (sulla scorta di una sostanziale equiparazione, in astratto possibile, tra dato omesso o dato errato: la distinzione tra le due fattispecie non appare così netta, ad esempio nel caso di una sopravvenienza nell'ambito di atti a contenuto generale adottati dalle amministrazioni pubbliche), e quindi sulla base di una richiesta finalizzata al rispetto dell'obbligo di pubblicazione, sembra difficile ritenere che il giudice amministrativo si possa spingere fino ad ordinare la riparazione patrimoniale della pretesa¹⁰⁵. Se l'inesattezza dell'informazione ha determinato un affidamento rilevante del privato, tale da indurlo al compimento di determinate attività economiche, o comunque di rilevanza patrimoniale rispetto a terzi, sembra inevitabile la configurazione di un giudizio per l'accertamento di una responsabilità aquiliana dell'amministrazione ed il conseguente risarcimento del danno: con la precisazione che, rispetto all'obbligo formalizzato direttamente dalla legge di fornire informazione conformata a determinati standard qualitativi, quella che sembrava la maggiore difficoltà probatoria nell'ambito di siffatti accadimenti processuali (e cioè l'accertamento dell'elemento psicologico doloso o colposo imputabile all'amministrazione) potrebbe recedere di fronte alla presunzione legale di

solo se imputabile ad una oggettiva oscurità della norma medesima, o se altrimenti inevitabile alla stregua dei parametri forniti dalla Corte cost. (sent. n. 364 del 1988, ed altre). A siffatte ipotesi è da ricondurre l'adeguamento da parte della p.a. alla interpretazione della norma in atto dominante in sede giurisprudenziale, in quanto il vigente ordinamento assegna in ultima istanza proprio ai giudici, sia pure con riferimento al solo specifico caso di volta in volta sottoposto al loro esame, la interpretazione e l'applicazione della legge. (Nella specie, in applicazione del principio di cui alla massima, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva rigettato la domanda di risarcimento di danni avanzata nei confronti della regione Friuli Venezia Giulia da una società impegnata nella lavo-

razione di mobili in legno, in relazione alla informazione fornita da un funzionario di quella amministrazione circa la non necessità di autorizzazione ex d.P.R. n. 915 del 1982 per lo svolgimento di attività di riciclo di cascami lignei, informazione, poi rivelatasi inesatta, in base alla quale la ricorrente aveva asserito di avere effettuato ingenti investimenti, vanificati dal successivo diniego di autorizzazione; i giudici di merito avevano nell'occasione ritenuto, con apprezzamento non censurato dalla Corte di legittimità, che l'errata informazione fosse frutto di errore scusabile in quanto all'epoca era prevalente l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'autorizzazione per lo smaltimento di rifiuti fosse necessaria solo con riferimento ai rifiuti tossici o nocivi)" (massima a cura di *De jure*).

¹⁰⁵ GARDINI G., *op. cit.*, pag. 885.

conformità del dato a parametri di qualità (tra cui l'integrità, l'esattezza e la tempestività), onerando quindi le autorità pubbliche (in una sorta di inversione dell'onere della prova) di dimostrare l'assoluta incolpevolezza (o non imputabilità, se ciò dipenda dal cattivo funzionamento di sistemi la cui gestione è affidata all'esterno) dell'errore informativo.

Di ben diversa portata potrebbe essere connotata la medesima questione con riferimento agli *open data*, e cioè quando la pretesa all'informazione pubblica sia destinata ad assolvere finalità di carattere economico mediante il suo riutilizzo: ma una simile ipotesi, non ancora presentatasi in concreto, non sembra poter rientrare nel paradigma del d.lg.33/2013, sia con riferimento alla tipologia di dati (per i quali non è previsto l'obbligo di pubblicazione), sia per effetto di una generale esenzione contenuta nell'art. 4 ultimo comma del medesimo decreto ("Sono esclusi dall'ambito di applicazione del presente decreto i servizi di aggregazione, estrazione e trasmissione massiva degli atti memorizzati in banche dati rese disponibili sul web");

iii) resta sullo sfondo il problema della complessiva efficacia del sistema della trasparenza e soprattutto delle modalità di pubblicità delle informazioni pubbliche attraverso i necessari adeguamenti dell'amministrazione digitale. Gran parte della dottrina ha rilevato come non sia sopita dalla società civile la richiesta di un Freedom of Information Act nel nostro ordinamento, nel quale si riconosca un vero e proprio diritto all'informazione pubblica: ed ha anche ritenuto che il d.lgs. 33/2013, ed in particolare la obbligatoria pubblicazione di una tipologia predefinita dalla legge di dati pubblici, costituisca solo il primo passo per il pieno riconoscimento della libertà di informazione verso le autorità pubbliche. Una simile prospettiva merita considerazioni di politica del diritto non esplorabili compiutamente in questa sede. Mi limito ad osservare che anche la dottrina nordamericana ritiene che la trasparenza ad ogni costo non costituisca un obiettivo efficace nell'azione dei pubblici poteri, in quanto non necessariamente una maggiore informazione produce mercati più efficienti, o rende più efficace il controllo sull'operato dei pubblici poteri. E poiché le risposte alla domanda di informazione sono inseparabili dagli interessi che la spingono, dai desideri, risorse, capacità cognitive, contesti sociali, in base a ciascuno di questi fattori la società civile può ignorare l'informazione, non comprenderla appieno, non utilizzarla in modo corretto: ciò impone un diverso approccio alla trasparenza, valutando con attenzione tutte le implicazioni collaterali che l'ostensione indifferenziata di dati, e la loro libera circolazione, può comportare: "*there is no questioning the good of transparency creates in a wide range of context, government especially. But we should also recognize*

that the collateral consequence or that good need not itself to be good"¹⁰⁶.

Questa ultima considerazione serve ad introdurre l'ulteriore profilo dei limiti alla trasparenza digitale, anch'esso individuabile in base all'operatività di norme cogenti nel nostro ordinamento. L'art. 4 del d.lgs. 33/2013 tenta una mediazione *a priori* tra gli effetti della trasparenza ed altre situazioni giuridiche soggettive protette, in particolare per ciò che concerne il regime del trattamento dei dati personali: si prevede che gli obblighi di pubblicazione dei dati personali diversi dai dati sensibili e dai dati giudiziari, comportano la possibilità di una diffusione dei dati medesimi attraverso siti istituzionali, nonché il loro trattamento secondo modalità che ne consentono la indicizzazione e la rintracciabilità tramite i motori di ricerca web ed il loro riutilizzo nel rispetto dei principi sul trattamento dei dati personali.

La successiva disposizione sul riutilizzo dei dati oggetto di pubblicazione non solo prevede il "formato" di tipo aperto ai sensi dell'articolo 68 del Codice dell'amministrazione digitale, ma anche la facoltà di riutilizzo senza ulteriori restrizioni diverse dall'obbligo di citare la fonte e di rispettarne l'integrità. La combinazione di queste regole non può essere considerata soddisfacente per il raggiungimento del punto di equilibrio tra il valore della trasparenza (soprattutto a seguito della emersione dei fenomeni corruttivi che hanno sollecitato ed accelerato l'adozione del relativo decreto legislativo) e della riservatezza¹⁰⁷: sicché essa deve essere letta, secondo una modalità piuttosto frequente nell'ambito di operatività del regime di protezione dei dati personali, alla luce di meccanismi di *soft law* che consentono di adeguare costantemente i principi europei e nazionali in materia di trattamento dei dati personali alla molteplicità delle relazioni che si innestano nella società dell'informazione e dell'economia digitale. In questa prospettiva si collocano le Linee guida in materia di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati del Garante per la protezione dei dati personali, adottato nel 2014¹⁰⁸, che rappresentano un corposo decalogo per le amministrazioni pub-

¹⁰⁶ LESSIG L., *Against transparency*, New republic, 2009, 9: si contrappongono in questo senso le idee della *naked transparency* (come totale *disclosure* o pubblicità proattiva) e della *targeted transparency* (trasparenza che implica *disclosure* su richiesta). V. FUNG A., GRAHAM M., WEIL D., *Full disclosure: the perils and promise of Transparency*, New York, 2007, e ID., *Targeting transparency*, Science, 2013, 240, pagg. 1410 ss.

¹⁰⁷ Concordano sulla insoddisfacente formulazione del d.lgs. 33/2013 sul bilanciamento dei diversi valori in gioco GARDINI G., *op. cit.*, pagg. 887 e ss., nonché BOMBARDELLI M., *op. cit.*, pag. 671.

¹⁰⁸ Provvedimento n. 243 del 15 maggio 2014, pubblicato in *www.garanteprivacy.itdoc. web* n. 3134436.

bliche, destinato ad integrare le attività (e conseguentemente l'organizzazione) in materia pubblicità digitale delle informazioni. Sebbene sia stato scelto uno strumento meno pervasivo di un vero e proprio provvedimento (l'adozione delle linee guida è disposta ai sensi dell'art. 154, lett. h) del Codice dei dati personali, che consente al Garante di "curare la conoscenza tra il pubblico della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali e delle relative finalità, nonché delle misure di sicurezza dei dati"), le linee guida pongono seri limiti alla piena operatività di alcune norme contenute nel d.lgs. 33/2013.

In particolare Il Garante ha chiarito che l'obbligo di pubblicazione in "formato di tipo aperto" non comporta che tali dati, pubblicati sui siti web istituzionali in ottemperanza agli obblighi di trasparenza, siano anche "dati di tipo aperto" nei termini definiti dal Codice dell'amministrazione digitale: tale concetto attiene più propriamente alla disponibilità unita alla riutilizzabilità del dato da parte di chiunque, anche per finalità commerciali e in formato disaggregato, mentre il formato del dato riguarda solo lo standard tecnologico prescelto per consentirne la immediata lettura senza mediazioni tecnologiche particolari (par 5). Ne consegue che i dati personali oggetto di pubblicazione obbligatoria non sono liberamente riutilizzabili da chiunque per qualsiasi ulteriore finalità (contrariamente quindi alla applicazione letterale della disposizione di cui all'art. 7 del d.lgs. 33/2013): infatti il principio generale del libero riutilizzo di documenti contenenti dati pubblici stabilito dalla disciplina nazionale ed europea (direttiva 2003/98/CE 17 novembre 2003 relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, come modificata dalla direttiva 2013/37/UE, non ancora recepita) riguarda documenti che non contengono dati personali oppure riguarda dati personali opportunamente aggregati e resi anonimi: "il semplice fatto che informazioni personali siano rese pubblicamente conoscibili online per finalità di trasparenza non comporta che le stesse siano liberamente riutilizzabili da chiunque e per qualsiasi scopo, bensì impone al soggetto chiamato a dare attuazione agli obblighi di pubblicazione sul proprio sito web istituzionale di determinare — qualora intenda rendere i dati riutilizzabili — se, per quali finalità e secondo quali limiti e condizioni eventuali utilizzi ulteriori dei dati personali resi pubblici possano ritenersi leciti alla luce del "principio di finalità" e degli altri principi di matrice europea in materia di protezione dei dati personali" (par. 6) ¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Il Garante ha quindi specificato che l'amministrazione dovrebbe

a) stabilire se è lecito, alla luce dell'esistenza di un presupposto normativo ido-

neo, che i dati personali pubblicamente accessibili sui siti web istituzionali possano essere riutilizzati da terzi e per scopi ulteriori (art. 11, comma 1, lett. a e b del CDP);

La sola lettura delle disposizioni normative primarie non consente quindi una facile applicazione delle modalità operative previste nella digitalizzazione degli obblighi informativi da parte delle pubbliche amministrazioni: il punto di equilibrio tra i diversi valori in gioco non può quindi essere rinvenuto solo nella possibilità combinatoria di diverse disposizioni (alcune delle quali, come si è visto, non possiedono neanche il rango di fonti del diritto, ma non per questo risultano prive di efficacia precettiva, soprattutto se sono destinate a dare attuazione a principi generali direttamente derivanti dal diritto europeo, con ogni conseguenza circa l'obbligo di interpretazione conforme o addirittura di disapplicazione di norme contrastanti o elusive¹¹⁰), e tanto meno nella definizione di una soluzione appagante sotto il profilo formale, dotata di relativa ed apparente stabilità. Il bilanciamento degli interessi in gioco potrà avvenire solo in modo dinamico, con due necessarie avvertenze: da un lato, come si è già detto, il legislatore ha definito un quadro di riferimento delle diverse autorità di settore non compiutamente coordinato (si pensi alla potenziale sovrapposizione delle decisioni del Garante dei dati personali rispetto all'Anac o all'AgID); dall'altro non sono previsti meccanismi di protezione adeguati alla materia di cui trattasi (rimedi digitali), alternativi alla tutela giurisdizionale, in cui la tempestività delle decisioni è determinante per consentire l'assolvimento di obblighi di legge ed assicurare la tutela di diritti individuali. Con la conseguenza che il probabile pendolo tra i due valori debba seguire le oscillazioni della giurisprudenza amministrativa (che, per quanto dotata di strumenti di accelerazione del contenzioso, rischia di intervenire quando le lesioni sulla rete si sono ormai realizzate): o della tutela giustiziale domestica disposta dal Codice sul trattamento dei dati personali in seno al Garante (le cui decisioni possono essere sindacate solo dal giudice ordinario).

b) in caso di valutazione positiva, occorre poi verificare se l'utilizzo ulteriore di questi dati possa essere consentito:

— limitatamente ai dati rielaborati in forma anonima e aggregata, individuando il livello appropriato di aggregazione e la specifica tecnica di anonimizzazione da utilizzare sulla base di una ponderata valutazione del rischio di re-identificazione degli interessati oppure rispetto a tutti o soltanto ad alcuni dei dati personali resi pubblici (cfr. artt. 3 e 11, lett. d, del CDP);

— per qualsiasi scopo ulteriore o solo per taluni scopi determinati (art. 11, comma 1, lett. b, del CDP);

— secondo modalità di messa a disposizione online conformi ai principi di necessità, proporzionalità e pertinenza (artt. 3 e 11 del CDP);

— a condizione che gli utilizzatori adottino modalità tecniche e rispettino specifici vincoli giuridici definiti in apposite licenze predisposte al fine di individuare idonee cautele per tutelare i diritti degli interessati nei successivi trattamenti di dati a fini di riutilizzo.

In genere, sul regime del trattamento dei dati personali in ambito pubblico sia consentito rinviare a Cardarelli F., *I trattamenti in ambito pubblico*. I soggetti ed i rapporti tra le fonti, in AA.VV. (a cura di Cardarelli F., Sica S., Zeno Zencovich V.), *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano 2004, pagg. 203 e ss.

¹¹⁰ Come ha insegnato il recente caso sul "diritto all'oblio", sancito da una decisione della Corte di Giustizia (grande sezione 13 maggio 2014 C-131/12, Google Spain).