

Introduzione / *Introduction*

SIMONE CALZOLAIO

Il tema della trasparenza e dell'“amministrazione trasparente” ha conosciuto negli ultimi anni un cambio di paradigma, e non soltanto in Italia. Lo sviluppo delle tecnologie ha ampliato enormemente la possibilità di rendere l'azione amministrativa *trasparente, visibile, accessibile*. Sulla scorta di un Seminario del 2014¹, il Giornale di storia costituzionale ha deciso di dedicare un numero monografico alla dimensione *lato sensu* costituzionale della trasparenza. Più l'accessibilità delle informazioni aumenta, diventa reale e pervasiva, più si pone il problema della tutela della riservatezza quale diritto fondamentale della persona. Mai come oggi ci troviamo di fronte a valori e istanze parimenti apprezzabili. Da un lato sta il governo della democrazia che ha bisogno di una effettiva circolazione delle informazioni, dall'altro la tutela del diritto alla *privacy* sempre più rilevante in una società a crescente dimensione tecnologica. Si tratta di un potenziale conflitto sistemico e di un concretissimo conflitto quotidiano determinato da infini-

ti casi della vita sociale. Certamente, è una delle principali emergenze “costituzionali” che richiede l'individuazione di forme di bilanciamento “mobile”, come nel caso italiano dell'intervento del Garante per la protezione dei dati personali.

Si tratta di una vicenda che si situa lungo un percorso dalla significativa profondità storica e teorica. La trasparenza di cui parliamo ha una “storia” e si collega ad una costellazione di concetti assai densi come visibilità, pubblicità, opinione pubblica, sfera pubblica, governo in pubblico. Nel corso del XVIII secolo il concetto di trasparenza inizia il suo cammino antinomico rispetto a quello di segretezza, *instrumentum regni* e regola del governo assoluto. La trasparenza moderna, “scoperta” da Jean-Jacques Rousseau, rivela da subito uno statuto ambivalente e svolge una funzione critica verso la stessa “modernità” (Andrea Marchili). Il lessico della trasparenza si sviluppa nel contesto della Rivoluzione francese muovendo dalle pratiche di opposizione per assumere una valenza costituzionale

nella formazione della legge, nella visibilità della cosa pubblica, nell'amministrazione della giustizia e nel controllo del potere da parte dei cittadini (Marco Fioravanti).

Nella coeva riflessione politica e costituzionale la trasparenza comincia ad intrecciare la sua parabola con il nesso pubblicità del governo / responsabilità dei governanti. Il governo rappresentativo diventa uno spazio "specializzato" che connette in forma strutturale l'opinione e le leggi, la società e il governo stesso. Bentham è certamente il pensatore che più riflette sulla autonoma dimensione della trasparenza. La sua architettura *panottica* ha una forte connotazione costituzionale. Anche la forma delle assemblee parlamentari deve facilitare l'effettività del principio di trasparenza costringendo i deputati, posti sotto il controllo "ispettivo" della stampa e del pubblico, a perseguire l'interesse del maggior numero (Paola Rudan). Anche nella prima esperienza italiana, il governo costituzionale non può che essere un "governo trasparente" capace di rappresentare la Nazione e mantenere vivo il legame con la coscienza popolare generando "conoscenza" diffusa e maggiore consenso da parte degli elettori (Giuseppe Mecca).

Se si osserva come il contenuto dell'idea di "governo trasparente" incrocia attualmente l'evoluzione del principio della trasparenza amministrativa non si può non trarne l'impressione che la storia abbia subito una vertiginosa accelerazione a cavallo del secondo millennio. Nella formulazione attuale del principio generale di trasparenza amministrativa la parola "conoscenza" neanche ricorre, sostituita da una più incalzante "accessibilità totale" finalizzata all'esercizio di un controllo diffuso (art. 1, d.lgs. n. 33 del 2013). Qui si innesta un certissimo percorso della memoria, volto a ricostru-

ire le fondamenta giuridiche e la ricchezza originaria di un concetto a virtualità multiple (Licia Califano) e di sicuro ancoraggio costituzionale (Giulio M. Salerno), cui la legislazione non solo italiana riconosce rilievo primario (Pierre Serrand). Non può non apparire curioso che proprio il campo dei finanziamenti pubblici ai partiti politici si sia rivelato terreno fecondo per una evoluzione stratificata, e da ultimo incalzante, degli strumenti della trasparenza amministrativa (Massimo Rubechi).

Paolo Barile chiariva, ormai trent'anni fa, che "l'apparato della democrazia ha per regola la trasparenza, ed il segreto costituisce una eccezione" ed aggiungeva che "i diritti costituzionalmente garantiti al soggetto privato in democrazia (la libertà nella comunità) hanno per regola la privacy, e per eccezione la pubblicità".

L'analisi della disciplina positiva del «decreto trasparenza» mette in crisi questa visione schiettamente liberaldemocratica. Infatti, sotto il profilo oggettivo, non sono affatto poche o poco rilevanti le eccezioni alla regola aurea della protezione dei dati personali per i soggetti privati che entrano in contatto con le pubbliche amministrazioni (Matteo Timiani). Non meno rilevanti i quesiti che si pongono in merito alla esatta definizione dell'ambito soggettivo della trasparenza amministrativa, che con la prossima approvazione del decreto correttivo attuativo della delega di cui all'art. 7, l. n. 124 del 2015, si appresta ad essere modificato per la seconda volta in tre anni (Valentina Fiorillo). D'altra parte, gli strumenti a disposizione del Garante per la protezione dei dati personali che consentono di fornire tutela al "soggetto privato", attraverso una ponderata opera di indirizzo interpretativo, sono essenzialmente ricon-

ducibili alla *soft law* (Giovanni Di Cosimo) e questa condizione rende arduo – ma non per questo meno opportuno – arginare la tendenza a riconoscere una accessibilità parziale con legittimazione oggettiva (Francesco De Leonardis).

Si sarebbe portati a concludere che il fattore che causa il regredire della protezione e della sicurezza dei dati personali sia il principio della trasparenza amministrativa. Tuttavia, se si osservano attentamente le modalità operative del d.lgs. n. 33 del 2013 ed i raffinati rilievi posti nelle linee guida del Garante del 2014 non si può non rilevare che una parte cospicua del conflitto si realizza a causa, e nei confronti, della digitalizzazione, più che a causa della trasparenza amministrativa in sé considerata (Simone Calzolaio). È la digitalizzazione che consente di poter sfruttare in pieno l'ubiquità dei dati garantita da internet e di aspirare alla costruzione – sulla scia di quanto accade in altri Paesi – di un modello efficace di *open data* pubblico (Valentina Pagnanelli).

Come si può dunque garantire e sviluppare la protezione e la sicurezza dei dati personali al tempo della accessibilità totale? Nonostante l'odierna approvazione del nuovo «pacchetto protezione dati» europeo, ancora non si profila all'orizzonte una risposta all'altezza della sfida contemporanea per la civiltà giuridica.

E forse è questo l'autentico *digital divide* che abbiamo di fronte. Che spetterà ai *nativi digitali* risolvere. Fra storia e diritto.

The issue of transparency and of "transparent administration" experienced a change of paradigm in recent years, not only in Italy though. Technology development

enormously widened the possibility of making administrative operations *transparent, visible, accessible*. Following a seminar held in 2014², the Journal of Constitutional History decided to dedicate a monographic issue to the *lato sensu* constitutional dimension of transparency. The more the accessibility of information grows, becomes real and pervading, the more the question of privacy protection as fundamental right of the person is raised. Now more than ever, we find ourselves facing values and issues which are of similar worth. On the one hand, there is the government of democracy which needs an effective circulation of information, on the other there is the protection of the right of privacy which is all the more relevant in a society with a growing technological dimension. It is a matter of a potential systemic conflict and of a daily very substantial conflict which is determined by infinite cases of social life. Surely, it's one of the main "constitutional" emergencies which requires the singling out of forms of "mobile" balancing like, in the Italian case, of the intervention of the Data Protection Authority.

We are dealing with a series of events which happened following a path of meaningful historical and technical depth. The transparency we talk about today has a "history" and is connected to a myriad of really substantial concepts like visibility, publicity, public opinion, public sphere, open government. During the 18th century the concept of transparency starts its path which is antinomical to that of secrecy, *instrumentum regni* and rule of the absolutist government. Modern transparency, "discovered" by Jean-Jacques Rousseau, reveals an ambivalent statute from the very beginning and carries on a critical

function toward the same “modernity” (Andrea Marchili). The lexicon of transparency develops itself in the context of the French Revolution moving from the practices of opposition in order to assume a constitutional value in the legislative making up, in the visibility of the *res publica*, in the administration of justice and in the control of the power by the citizens (Marco Fioravanti).

In the coeval political and constitutional reflexion, transparency starts intertwining its parabola with the connection: publicity of government / responsibility of governing people. The representative government becomes a “specialised” space which connects opinion and statute laws, society and the same government in a structural way. Bentham certainly is the thinker who more than anybody else reasons on the autonomous dimension of transparency. His panoptical architecture has a strong constitutional connotation. Also the shape of the parliamentary assembly must facilitate the effectiveness of the principle of transparency forcing the deputies, subjected to the “inspection” control of press and public, to pursue the interest of the greatest number (Paola Rudan). In the first Italian experience as well, the constitutional government can only be a “transparent government”, able to represent the Nation and keep the link with the popular conscience alive generating widespread “knowledge” and greater consent of the voters (Giuseppe Mecca).

If we observe how the content of the idea of “transparent government” currently crosses the evolution of the principle of administrative transparency, we cannot but obtain the impression that history underwent a vertiginous

acceleration over the second millennium. In the recent formulation of the general principle of administrative transparency, the word “knowledge” doesn’t even recur, is substituted by a more pressing “total accessibility” finalised to the exercise of a widespread control (art. 1, Legislative Decree N°. 33/2013). Here, a detail-oriented memory pathway introduces itself, directed to reconstruct the juridical foundations and the original wealth of a concept with multiple virtualities (Licia Califano) and a sound constitutional mooring (Giulio M. Salerno), of which the legislation, not only Italian, acknowledges its primary importance (Pierre Serrand). It can only appear curious the fact that exactly the field of public financing of political parties revealed itself as a fertile ground for a stratified (and, at the end, pressing) evolution of the tools for administrative transparency (Massimo Rubechi).

Paolo Barile made clear, almost thirty years ago, that the apparatus of democracy has transparency as its rule, and secrecy represents an exception and added that the rights that are constitutionally guaranteed for the private subject in democracy (freedom within community) have privacy as a rule and publicity as an exception.

The analysis of the positive content of the «transparency decree» questions this plainly liberal-democratic vision. Indeed from an objective point of view, exceptions to the golden rule of the personal data protection of the private citizens who get in touch with public administrations are not few or of little relevance (Matteo Timiani). No lesser importance should be given to the questions asked about the exact definition of the subjective field of administrative transparency which, with

the close approval of the corrective decree implementing the legislative delegation foreseen by article 7 Law N°. 124/2015, is going to be modified twice in three years (Valentina Fiorillo). On the other hand, the tools which are at the disposal of the Data Protection Authority and consent to give protection to the “private subject” by way of a thoughtful work of interpretative orientation, can be essentially ascribed to the *soft law* (Giovanni Di Cosimo) and this condition makes it hard – but not less appropriate – to control the tendency to acknowledge a partial accessibility with an objective legitimisation (Francesco De Leonardis).

We could be brought to conclude that the factor which causes the regression of personal data protection and safety consists in the principle of administrative transparency. However, if we carefully look at the operative methods indicated in Legislative Decree N°. 33/2013 and the refined remarks enclosed in 2014 Authority guidelines, we can only notice that a conspicuous part of the conflict is

produced more because of (and against) digitalisation than because of administrative transparency in itself (Simone Calzolaio). It is digitalisation that consents to fully exploit the ubiquity of data guaranteed by internet and to aspire to the construction – in the wake of that which happens in other countries – of an effective model of public *open data* (Valentina Pagnanelli).

How can we therefore guarantee and develop personal data protection and safety in the era of total accessibility? Notwithstanding the recent approval of the new European «data protection package», an answer able to face the contemporary challenge for the juridical civilisation has not risen yet.

And maybe this is the authentic digital divide which we face. Which the digital natives will have the task to solve. Between history and law.

¹ *La trasparenza della Pubblica Amministrazione nel Web. Le nuove linee Guida del Garante Privacy*, Macerata, 10 ottobre 2014, organizzato dal prof. Simone Calzolaio in collaborazione con il Dipartimento di Scienze Politiche, della Comunicazione e delle Relazioni internazionali e il Centro di studi costituzionali dell'Università di Macerata.

Macerata, 10th october 2014, organised by Prof. Simone Calzolaio together with the Dipartimento di Scienze Politiche, della Comunicazione e delle Relazioni internazionali (Department of Political Sciences, of Communication and of International Relations) and the Centro di studi costituzionali (Centre of constitutional studies) of the University of Macerata.

² *La trasparenza della Pubblica Amministrazione nel Web. Le nuove linee Guida del Garante Privacy*,

