Giornale di
Storia costituzionale

n. 31 / I semestre 2016

Trasparenza e privacy. Conflitti e bilanciamenti tra storia e teoria

Transparency and privacy. Conflicts and balances between history and theory

eum > edizioni università di macerata

Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History
n. 31 / I semestre 2016 Issue n° 31 / 1st semester 2016

Chief Editors
Luigi Lacchè, Roberto Martucci, Luca Scuccimarra

International Board
Bruce Ackerman (University of Yale), Vida Azimi (CNRS-Cersa, Paris II), Bronislaw Backo (Université de Genève), Olivier Beaud (Université Paris II, Panthéon-Assas), Giovanni Busino (Université de Lausanne), Bartolomé Clavero (Universidad de Sevilla), Francis Delperée (University of Leuven), Alfred Dufour (Université de Genève), Dieter Grimm (Wissenschaftskolleg zu Berlin), António Manuel Hespanha (Universidade Nova de Lisboa), Martti Koskenniemi (University of Helsinki), Lucien Jaume (CNRS-Cevipof, Paris), Peter L. Lindseth (University of Connecticut), Martin Loughlin (London School of Economics & Political Science), Heinz Mohnhaupt (Max-Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main), Peter S. Onuf (University of Virginia), Michel Pertué (Université d'Orléans), Jack Rakove (University of Stanford), Dian Schefold (Universität zu Bremen), Michael Stolleis (Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main), Gunther Teubner (Goethe Universität, Frankfurt am Main), Michel Troper (Université de Paris Ouest-Nanterre-La Défense), Joaquin Varela Suanzes-Carpegna (Universidad de Oviedo), H.H. Weiler (New York University), Augusto Zimmermann (Murdoch University).

Board of Editors
Ronald Car, Ninfa Contigiani, Paola Persano, Monica Stronati

Editors' Assistant
Antonella Bettoni

Address
Giornale di Storia costituzionale, c/o Dr. Antonella Bettoni, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata
Piaggia dell'Università, 2 – 62100 Macerata, Italy
giornalestoriacostituzionale@unimc.it
www.storiacostituzionale.it

I testi inviati alla redazione sono sottoposti a referaggio anonimo da parte di due esperti selezionati dalla Direzione sulla base delle proprie competenze e interessi di ricerca. Responsabili del processo di valutazione sono i Direttori della rivista.
The papers submitted for publication are passed on two anonymous referees (double-blind paper review), which are chosen by the Chief Editors on the base of their expertise. The Chief Editors are responsible for the peer review process.

I libri per recensione, possibilmente in duplice copia, vanno inviati alla Segreteria di redazione. La redazione si rammarica di non potersi impegnare a restituire i dattiloscritti inviati.
Books for review should be submitted, if possible in two copies, to the Editors' Assistants. The Editors regret the fact that they cannot commit themselves to sending back received books and papers to the authors.

Il Giornale di Storia costituzionale è indicizzato nelle seguenti banche dati / The Journal of Constitutional History is indexed in the following databases:
Scopus – Elsevier; Heinonline; Historical Abstracts – EBSCO; Summon by Serial Solutions (full-text dal 01.01.2005); Google Scholar; DoGi (Dottrina Giuridica) – ITTIG (Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica)-CNR; BSN (Bibliografia Storica Nazionale); AIDA (Articoli Italiani di Periodici Accademici); Catalogo Italiano dei Periodici – ACNP; Casalini Libri; EUM (Edizioni Università di Macerata).

Direttore responsabile
Angelo Ventrone
Registrazione al Tribunale di Macerata n. 463 dell'11.07.2001

Editore / *Publisher*
Edizioni Università di Macerata
Via Carducci, snc – 62100 Macerata
T (39) 0733 2586081 – F (39) 0733 2586086
info.ceum@unimc.it
http://eum.unimc.it

Distribuited by PDE
ISBN 978-88-6056-470-2
ISSN 1593-0793

Tipografia / Printer
Global Print, Gorgonzola (MI)

La rivista è pubblicata con fondi dell'Università di Macerata.

In copertina: "Panopticon, sezione", disegno di Willey Reveley, 1791

Finito di stampare nel mese di giugno 2016
Printed in the month of June 2016

Prezzo di un fascicolo / Single issue price
euro 30
Arretrati / Back issues
euro 30

Abbonamento annuo (due fascicoli) / Annual Subscription rates (two issues)
Italy, euro 43; European Union, euro 56; U.S.A. and other countries, euro 82

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:
bonifico bancario a Intesa S. Paolo, IBAN: IT98 J03069 13401 100000300004 - codice BIC/SWIFT: BCITITMM

Please remit amount due in Euro drawn on Intesa S. Paolo, IBAN: IT98 J03069 13401 100000300004 - codice BIC/SWIFT: BCITITMM payable to Edizioni Università di Macerata

For further information, please contact:
ceum.riviste@unimc.it
T (+39) 0733-258 6080 (Mon.-Fri.: 10am-1pm)
F (+39) 0733-258 6086

Gli abbonamenti non vengono rinnovati automaticamente. Per ricevere l'annata successiva a quella in corso occorre inviare una richiesta esplicita all'indirizzo ceum.riviste@unimc.it

Subscriptions are not renewed automatically. To receive subscriptions the next year, please send an explicit request at ceum.riviste@unimc.it

Sommario / *Contents*

GIORNALE DI STORIA COSTITUZIONALE n. 31 / I semestre 2016
JOURNAL OF CONSTITUTIONAL HISTORY n. 31 / I semester 2016

Trasparenza e privacy. Conflitti e bilanciamenti tra storia e teoria / *Transparency and privacy. Conflicts and balances between history and theory*

5 Introduzione / *Introduction*
SIMONE CALZOLAIO

Fondamenti

13 Rousseau e l'ideale della trasparenza. Nascita di un mito moderno / *Rousseau and the Ideal of Transparency. The Birth of a modern Myth*
ANDREA MARCHILI

27 Per un lessico giuridico della trasparenza. Pubblicità e segretezza in Francia tra *Ancien régime* e Rivoluzione / *Toward a legal lexicon of transparency. Publicity and Secrecy in France between the* Ancien régime *and the Revolution*
MARCO FIORAVANTI

47 Jeremy Bentham, la trasparenza e la disciplina sociale della costituzione / *Jeremy Bentham, transparency and the social discipline of the constitution*
PAOLA RUDAN

63 Per un "governo trasparente". Principio della pubblicità e consenso pubblico nell'esperienza del Piemonte Subalpino / *For an "open government". The principle of publicity and public consensus in the experience of Piedmont-Savoy*
GIUSEPPE MECCA

Itinerari

77 Trasparenza e privacy nell'evoluzione dell'ordinamento costituzionale / *Transparency and privacy in the evolution of the constitutional system*
LICIA CALIFANO

97 Verso un'amministrazione trasparente: principi costituzionali e regole legisla-

tive / *Towards transparent administration: constitutional principles and legislative rules*
GIULIO M. SALERNO

115 La transparence administrative et le code des relations entre le public et l'administration / *Administrative transparency and the code on the relationship between the public and the administration*
PIERRE SERRAND

125 Il finanziamento pubblico ai partiti e la sua trasparenza: profili storico-evolutivi / *The public funding of political parties and its transparency: history and evolution*
MASSIMO RUBECHI

141 La trasparenza di cosa? L'evoluzione dell'ambito oggettivo / *The evolution of the matter of public transparency*
MATTEO TIMIANI

155 La trasparenza di "chi"? L'evoluzione dell'ambito soggettivo / *The evolution of subjective field of public transparency*
VALENTINA FIORILLO

169 Sul ricorso alle linee guida da parte del Garante per la privacy / *About the use of Guidelines by the Italian Data Protection Authority*
GIOVANNI DI COSIMO

175 Tra obblighi di trasparenza e diritto alla riservatezza: verso una trasparenza di tipo "funzionale" / *Among transparency obligations and the right to privacy: towards a functional transparency*
FRANCESCO DE LEONARDIS

185 *Digital (and privacy) by default*. L'identità costituzionale della amministrazione digitale / *Digital (and privacy) by default. Constitutional identity of e-government*
SIMONE CALZOLAIO

205 Accesso, accessibilità, Open Data. Il modello italiano di Open Data pubblico nel contesto europeo / *Access, accessibility, Open Data. The italian model of Public Open Data in the european context*
VALENTINA PAGNANELLI

Ricerche

223 Ministerial Responsibility as a Safety Valve for the Constitutional Powers in Great Britain from the Seventeenth Century Onwards / *Responsabilità ministeriale come valvola di sicurezza per i poteri costituzionali in Gran Bretagna dal Diciassettesimo secolo in poi*
DIEDERICK SLIJKERMAN

251 I *Catechismi costituzionali* del 1820: strumenti di propaganda e di diffusione della Costituzione spagnola nel Regno delle Due Sicilie / *Constitutional Catechisms of 1820: tools of propaganda and circulation of the Spanish Constitution in the Kingdom of Two Sicilies*
MARIACONCETTA BASILE

269 La teoria del potere di Alessandro Paternostro / *The theory of power of Alessandro Paternostro*
GIAN PAOLO TRIFONE

Librido

299 Ventuno proposte di lettura /*Twenty-one reading proposals*

315 Autori / *Authors*

317 Abstracts

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 2014[1], 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 infiniti 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 certosino percorso della memoria, volto a ricostruire 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 2014[2], 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).

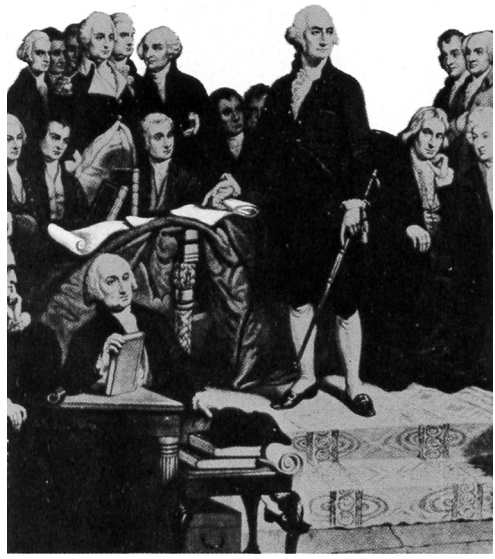
How can we therefore guarantee and develop personal data protection and safety in the era of total accessibility? Notwithstanding the recent approval of the new European «data protection package», an answer able to face the contemporary challenge for the juridical civilisation has not risen yet.

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.

***

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



Rousseau e l'ideale della trasparenza. Nascita di un mito moderno

ANDREA MARCHILI

Quando parliamo di trasparenza siamo rimandati inevitabilmente all'universo morale dei Lumi e, in modo particolare, alla peculiare problematica di Rousseau: è nel suo pensiero, infatti, che troviamo la prima elaborazione moderna di questa idea. In termini generali, la rivendicazione della trasparenza reclama l'unità di essere e azione, la congruità dell'esteriorità con l'interiorità, la totale adesione dell'*apparire* all'*essere*. È dunque un concetto a forte connotazione morale. L'ideale della trasparenza può essere considerato come un frammento di quel vasto discorso, nato con la modernità e affermatosi nell'età romantica, sull'*etica dell'autenticità*, che pone al centro l'idea che l'essere umano abbia la capacità e il dovere di essere se stesso. Questa forma di etica sottolinea come l'uomo possa sempre attingere ai propri sentimenti morali per agire giustamente, ascoltando la propria voce interiore sommersa dalle passioni determinate socialmente[1].

In Rousseau l'ideale della trasparenza viene declinato criticamente, all'interno del più vasto problema del conflitto fra uomo e società: è prima di tutto un concetto *antagonista*, attraverso il quale Rousseau critica un modello di riproduzione sociale che impedisce la piena realizzazione umana. Si può dire che è proprio tale concetto a rappresentare il punto cardinale su cui Rousseau costruisce la sua impresa intellettuale:

> Dal momento in cui fui in grado di osservare gli uomini, li guardai fare e li ascoltai parlare; poi vedendo che le loro azioni non somigliavano ai loro discorsi, cercai la ragione di questa dissomiglianza, e trovai che essere e apparire essendo per essi due cose tanto differenti quanto agire e parlare, questa seconda differenza era la causa dell'altra e aveva essa stessa una causa che mi restava da cercare.
> La trovai nel nostro ordine sociale, che del tutto contrario alla natura che nulla può distruggere, tuttavia la tirannizza incessantemente, e le fa reclamare senza posa i suoi diritti. Seguì questa contraddizione nelle sue conseguenze e vidi che spiegava da sola tutti i vizi degli uomini e tutti i mali della società[2].

L'ideale della trasparenza si presenta come un criterio valutativo intorno al quale

si organizza la riflessione sulla società. In questo modo Rousseau riesce a interpretare le dinamiche sociali come l'effetto contingente di determinati assetti storici[3].

1. *Il prisma Starobinski*

Dobbiamo al volume di Jean Starobinski, *Jean-Jacques Rousseau. La transparence et l'obstacle*[4], la scoperta della sua centralità nel sistema rousseauiano. Pubblicato per la prima volta nel 1957, questo testo non smette mai di sollecitare punti di vista e nuove ricerche. La tesi espressa dall'autore vuole che sia possibile inquadrare, e dunque comprendere, tutta le serie di contraddizioni presenti nel pensiero di Rousseau alla luce di un'antitesi originaria. Per Starobinski Rousseau esprime una fondamentale unità di vita e pensiero; egli cioè non si distingue dal complesso meccanismo di opposizioni che il suo pensiero manifesta: individuo e società, natura e cultura, verità e menzogna, virtù e corruzione sono coppie che appartengono come ferite alla dimensione esistenziale di Jean-Jacques e sono poi oggettivate nei testi sotto forma di concetti filosofici. Questa identità è il riflesso di un rapporto conflittuale – intorno al quale si sviluppa tutto il sistema rousseauiano – fra l'aspirazione di Jean-Jacques alla *trasparenza* e l'*ostacolo* che il mondo pone alla sua piena realizzazione. La trasparenza è aspirazione all'unità naturale dell'individuo con se stesso; nello stesso tempo è aspirazione a una comunicazione fusionale dei cuori. Rousseau dirà di sé per interposta persona: «Il suo cuore, trasparente come il cristallo, non può nascondere nulla di ciò che vi avviene; ogni moto che prova traspare dai suoi occhi e dal suo viso»[5]. Essa è individuale, in quanto trasparenza di sé a sé; è sociale, in quanto trasparenza di sé con gli altri. Così autorelazione ed eterorelazione si presuppongono vicendevolmente. Come ha specificato Robert Mauzi, la trasparenza implica due elementi: essa esprime un desiderio di *insularità*, cioè la chiusura dello spazio intorno a un unico individuo, a un gruppo di anime o anche a una singola comunità politica, chiusa nei confronti dell'esterno e autarchica, come mostrano sia l'utopia di Clarens espressa nella *Nouvelle Héloïse*, sia la costruzione della comunità politica del *Contrat social*; ed esprime il rifiuto di ogni *mediazione*, cioè il rifiuto della presenza di ogni forma di intermediario, fisico e simbolico, fra l'uomo e l'uomo e fra l'uomo e il mondo[6].

Ma Starobinski mostra bene come la pretesa identità dell'essere e dell'apparire non si distingue dal contrasto con la società. L'ideale della trasparenza ha sempre dinanzi a sé l'opacità dell'ostacolo, costituito dalle maschere che gli uomini indossano in società (e dal giudizio che, nel caso specifico, gli uomini formulano su Jean-Jacques). I comportamenti sociali lungi dall'essere naturali, sono solo «false dimostrazioni della *politesse* e [...] ingannevoli apparenze volute dal costume sociale». Nella polemica contro l'apparire, che ruota intorno alla polemica contro la grande città, Rousseau non vede che maschere[7].

L'anelito a un recupero di una dimensione immediata fra l'uomo e gli altri uomini sfugge sempre a una completa realizzazione a causa della mediazione sociale, questo ostacolo (invalicabile) che si eleva fra i cuori. L'*ostacolo* è dunque il simbolo dell'alienazione dell'uomo moderno.

Piuttosto, si potrebbe dire che la rivendicazione alla trasparenza prende forma solo lì dove già vi è una coscienza divisa, lacerata. Per questa ragione la rivendicazione della trasparenza diventa il principio di un «gesto accusatore» contro la società, che induce tanto a una valutazione critica dei processi storico-sociali, quanto a progetti di riforma morale e politica finalizzati alla ricomposizione in unità del tessuto connettivo dell'individuo nel suo rapporto con se stesso e col mondo. Critica e riforma appartengono a un medesimo problema:

> Rousseau non ha dubbi che un intervento sia possibile, che una libera decisione possa consacrarci al servizio della verità velata. Ma, quanto alla natura di tale decisione e di un tale intervento, individua parecchie esortazioni che esprime successivamente (o simultaneamente) nella sua opera: la riforma morale della persona (*vitam impendere vero*), l'educazione dell'individuo (*Emilio*), la formazione politica della collettività (*Economia politica*, *Contratto sociale*). […] Di tanti disegni dissimili, così difficili da far concordare in maniera del tutto soddisfacente, va preso in considerazione l'unico tratto che li accomuna: la loro *unità d'intenzione*, volta alla salvaguardia o alla restituzione della trasparenza compromessa[8].

Ciò che interessa in questa sede è rilevare come la società divenga un oggetto di riflessione privilegiato sotto un duplice aspetto. Primo: Rousseau indaga i princìpi di una società i cui rapporti concreti si presentano sotto il volto lacerato della separazione dei cuori. Secondo: egli indaga inoltre i princìpi attraverso i quali è possibile pensare rapporti sociali non distorti, che rappresentano pienamente un modello di vita compiuta in se stessa. La rivendicazione dell'immediato si articola pertanto all'interno del linguaggio della filosofia sociale. Questo è il problema che verrà sviluppato in questo lavoro.

2. *La società come problema*

È nel tardo Settecento che la parola *trasparenza* verrà utilizzata per qualificare indifferentemente inclinazioni, abilità, propositi, comportamenti. Si può ritenere che l'affermazione di tale espressione dipenda dalla diffusione delle nuove idee (diritti fondamentali, interesse generale) dibattute in questo periodo.

> Nel 1748 il tema della menzogna dell'apparenza non è affatto originale. A teatro, in chiesa, nei romanzi, sui giornali, ciascuno denuncia a suo modo false sembianze, convenzioni, ipocrisia, dissimulazioni. Nel vocabolario della polemica e della satira nessun termine è più frequente di *svelare* e *mascherare*[9].

Questo termine assume un senso critico, in opposizione alla gestione politica opaca delle procedure assolutistiche. Tuttavia, con Rousseau si orienta verso un ulteriore piano di analisi.

La posizione di Rousseau si spiega alla luce del fatto che la società, nella metà del Settecento, si è resa ormai autonoma rispetto alle istituzioni storiche di antico regime, dunque rispetto ai vincoli gerarchici, insieme storici e naturali, della società integrata vetero-europea. La società, dunque, è divenuta un soggetto autonomo di riflessione. Anzi l'Illuminismo è la proiezione culturale del lavoro che la società fa su sé stessa, in modo da fissare come contenuto precipuo delle scienze politiche i rapporti di forza che sono alla base della stessa società, e che nell'antico regime sono espulsi dal sistema politico[10]. Nella figura di Rousseau convergono due forme diverse di marginalità: da un parte, egli è al di fuori dalla società nobiliare, rispetto alla quale sperimenta l'umiliazione della classe subalterna; dall'altra parte, nella sua tratta-

zione egli ha già di mira i processi della società borghese, di cui scorge le dinamiche alienanti. In questo senso l'innovazione importante di Rousseau sta nel riflettere su quegli elementi dei processi sociali strutturalmente patologici: il pensiero di Rousseau intende sondare le limitazioni che la forma di vita borghese impone all'autorealizzazione dell'uomo[11]. Nel definire questo peculiare profilo filosofico, Ernst Cassirer ha parlato di «secolarizzazione della teodicea»: il pensiero di Rousseau costituirebbe una precisa soluzione del problema della giustificazione di Dio, nel momento in cui sottrae al processo intentato contro il male sia la figura stessa del divino, sia quella dell'individuo. Rousseau scopre un nuovo soggetto di imputazione del male morale: la società[12].

Sebbene il termine *civilisation* abbia un'introduzione tardiva – la prima attestazione è nell'*Ami des hommes* di Mirabeau del 1757 – esso finisce per connotare un oggetto preesistente. Pertanto, se il lemma è assente dalla grammatica concettuale di Rousseau, non può esserci alcun dubbio che egli fornisce un contributo essenziale alla formazione della sua problematica[13]. La *civilisation* è l'ambito proprio di sviluppo della società: la autoriflessione illuminista colloca la *civilisation* al culmine di un processo storico che essa tende a realizzare moralmente; essa incarna, infatti, un principio di perfezionamento e progresso in cui la società, nel distanziarsi storicamente dalla natura, si oppone moralmente ad essa. La sua caratteristica precisa, ciò che la distingue dalla costellazione di termini che la precedono, quali *civilité*, *politesse*, *poli*, *police*, è che questi termini indicano norme che regolano i comportamenti sociali, laddove la *civilisation* è, insieme, un *fatto* storico e, in quanto *fatto di progresso*, un *valore*[14]. Dilthey ha mirabilmente riassunto questo quadro storico-culturale:

> Così sorse il concetto della grande civiltà, che possiede i suoi saldi fondamenti nella potenza della monarchia ordinata secondo leggi, nello sviluppo dell'industria, del commercio e della ricchezza, e che su questi fondamenti si fa valere come scienza certa progressiva e universalmente valida, come illuminazione e potenza dell'uomo sulla natura, per sbocciare infine in una fioritura delle arti nobilitate dal pensiero, in un gusto raffinato e pieno di misura e in un modo di vita elegante, che congiunge tutti gli strati superiori della società. L'Illuminismo trasse da se stesso questo concetto, impiegandolo come criterio di valutazione di ogni epoca precedente. La sua forza persuasiva stava nel sentimento della nuova sicurezza che il processo di incivilimento aveva raggiunto nei grandi stati con la scienza a base matematica. Anche gli artisti e i poeti rientrano in questa comune aspirazione a governare la vita attraverso il pensiero[15].

Questo costituisce l'obiettivo polemico di Rousseau. Egli interpreta la società già come un *milieu* che si riproduce a prescindere dalle istanze normative degli individui. I processi sociali sono già interpretati come *tropismi*, per usare un termine anacronistico, che orientano gli individui stratificando sulla originaria trasparenza umana l'artificio della società. Si comprende che il "disvelamento" ha una così grande importanza nell'opera di Rousseau:

> Oggi che ricerche più sottili e un gusto più fine hanno ridotto in formule l'arte di piacere (*l'art de plaire*), nei nostri costumi regna una vile e ingannevole uniformità e tutti gli spiriti sembrano usciti dallo stesso stampo: senza posa la cortesia (*politesse*) esige, buona educazione (*bienséance*) comanda: senza posa si segue il costume (*usages*), mai il proprio genio. Non si osa più apparire ciò che si è; e in questa perpetua costrizione gli uomini che formano il gregge chiamato società faranno tutti, nelle stesse circostanze, le stesse

cose, a meno di esserne distolti da motivi più potenti[16].

A partire dal rilievo del nesso ideologico che stringe in un solo nodo scienza e società, la frattura fra essere e apparire diventa il filo rosso per fare un discorso sull'opacità dell'interdipendenza sociale. Rousseau ribalta dunque l'immagine positiva offerta dalla autorappresentazione illuminista. L'Illuminismo fa dell'intimo legame fra *sociabilité* e virtù il presupposto di ogni discorso filosofico sulla *civilisation*. La scelta di Rousseau di tradurre la *sociabilité* con *art de plair* rappresenta un momento di una ampia strategia di disvelamento in cui le virtù sociali sono destinate a mostrarsi per quel che sono: *les apparences de toutes les vertus sans en avoir aucune*[17]. Le virtù sociali sono pertanto un simulacro della virtù, un *habitus* che la società fa indossare all'uomo già depravato dalla socializzazione. La peculiarità dell'affondo rousseauiano sta proprio nell'indagare fino alla radice i princìpi della autorappresentazione sociale dell'Illuminismo. In effetti, Rousseau non si limita a denunciare la verità velata dalla storia, non vi è un discorso generico sulla interdipendenza sociale che interrompe la verace comunicazione dei cuori, ma un discorso specifico che individua nell'ineguaglianza il fondamento degli ostacoli che la società usa per impedire l'autorealizzazione individuale: «Donde nascono tutti questi abusi, se non dalla funesta ineguaglianza introdotta fra gli uomini dalla distinzione dei talenti e dall'avvilimento della virtù?»[18]. Il processo della civilizzazione raffina i bisogni che rendono gli uomini dipendenti da desideri artificiali. L'abbandono del modello naturale determina la negazione della dimensione civica. La sfera sociale è regolata dalla divisione del lavoro che si accompagna al senso di distinzione che gli individui rivendicano l'uno con l'altro. Al civismo si sostituisce l'agire competitivo e per timore di essere escluse dall'accesso ai beni sociali, le persone preferiscono collocarsi su forme socialmente omogenee di autorappresentazione (apparenza), invece di approfondire forme di autorappresentazione dipendenti dalla propria identità (essere, autenticità)[19].

È evidente, pertanto, come il discorso sull'essere e l'apparire fornisce l'abbrivio per una articolazione più complessa della relazione fra antropologia e politica, fra natura e storia. Nel costruire una genealogia capace di spiegare filosoficamente il passaggio dalla condizione naturale alla condizione sociale moderna, Rousseau approfondirà i princìpi morali che orientano l'uomo in una vita non distorta: il valore della trasparenza si accompagna sempre al disvalore dell'apparire.

3. *Trasparenza e natura umana*

Proprio per il suo valore morale, l'ideale della *civilisation* genera un sistema di relazioni antitetiche (natura-civiltà, barbarie-civiltà) che lo definiscono come criterio di giudizio. Nel *Discours sur l'inégalité*, Rousseau decostruisce il valore di queste opposizioni revocando in causa il fatto e il valore del processo storico. Due temi si incrociano fra gli altri, quello del passaggio dallo stato di natura allo stato di società (la genealogia del vizio) e quello antropologico in cui Rousseau elabora la propria concezione di una vita compiuta in se stessa.

Nel fare ciò egli assume una posizione estraniata rispetto al proprio oggetto

di studio. La società viene studiata con un approccio etnologico e la metafora dell'osservatore rinvia ad una esperienza etnografica: «Quando si vuole studiare gli uomini, bisogna guardare vicino a sé; ma per studiare l'uomo, bisogna imparare a spingere le proprie vedute lontano: bisogna dapprima osservare le differenze per scoprire le proprietà»[20]. Questo approccio – nel quale rientra anche l'uso che Rousseau fa della storia[21] – lo condurrà, come ha sottolineato Lévi-Strauss, a un paradosso: «che Rousseau sia riuscito, simultaneamente, a preconizzare lo studio degli uomini più lontani, ma dedicandosi soprattutto all'analisi di quell'uomo particolare che sembra il più vicino, cioè di se stesso; e che, in tutta la sua opera, la volontà di identificazione *all'altro* vada di pari passo con un rifiuto ostinato di identificazione a sé»[22]. L'identificazione all'altro comporta il rifiuto di identificazioni obbligate, in modo particolare con la propria cultura: «Le ragioni che mi si oppongono sono sempre dedotte da Parigi, da Londra o da qualche altro piccolo angolo del mondo; al contrario io non intendo trarre le mie che dal mondo stesso»[23]. Tutto il pensiero rousseauiano è una continua esaltazione di altri mondi: la città antica, i selvaggi d'America, il proprio mondo interiore – che Rousseau giunge a sdoppiare, come nei *Dialogues* – servono al filosofo ginevrino come altrettanti criteri di valutazione della società moderna. Sono esempi di una umanità intatta, moralmente irriducibile alla *civilisation*.

L'allegoria platonica della statua di Glauco, che Rousseau pone all'inizio del *Discours sur l'inégalité*, chiarisce molto bene le intenzioni e il metodo di Rousseau: la storia e la civiltà si stratificano sulla natura umana, alterandone tuttavia la costituzione ma non l'essenza[24]. In questo modo è sempre possibile comprendere i princìpi morali e la genesi della corruzione. Nel fare ciò, Rousseau interpreta la nozione di natura come un'immagine rovesciata della società, in quanto costituita dall'assenza di ogni fattore che presuppone l'interdipendenza sociale: socialità, linguaggio, ragione, lavoro sono espunti dal sistema naturale per essere interpretati come momenti del processo di socializzazione. Essi sono cioè interamente storicizzati. Per questa ragione il ricorso al concetto di natura viene spogliato di ogni intento giustificatorio rispetto alla genesi dei rapporti sociali. I concetti di natura e società assumono una posizione del tutto antitetica:

> L'uomo naturale è tutto per sé: è l'unità numerica, l'intero assoluto che si rapporta solo a se stesso o al suo simile. L'uomo civile non è che un'unità frazionaria dipendente dal denominatore, e il cui valore consiste nel rapporto con l'intero che è il corpo sociale[25].

L'assolutezza dell'uomo naturale è dedotta dall'astrazione di ogni dato sociale. Eliminato ogni vincolo morale dalla società, Rousseau interpreta la dipendenza dalla natura come non costrittiva. Attraverso una meditazione sulle «semplici operazioni dell'anima umana»[26], egli individua due princìpi morali: l'*amour de soi*, che si identifica con la cura della propria conservazione, e la *pitié*, che è la capacità di *ogni essere* di identificarsi con qualunque altro essere vivente sofferente. Il fondamento di questi due princìpi è la sensibilità. L'*amour de soi* è una *passione* innata che ci fa «interessare ardentemente al nostro benessere e alla conservazione di noi stessi»[27], la *pitié* serve a mitigare quel tanto di aggressività che l'animale della specie *homo sapiens* più avere nel tentativo di soddisfare i bisogni fisici.

Sebbene contempli la presenza dell'altro, la *pitié* non definisce di per sé uno spazio di azione specificamente umano, visto che è un principio che regola tutti gli esseri senzienti e che, pertanto, è condivisa con gli animali. Caratteristica di questi principi morali, dunque, è il loro fondamento biologico; l'*amour de soi* si riferisce al solo bisogno fisico:

> I nostri bisogni sono di più specie; i primi sono quelli che riguardano la sussistenza e da cui dipende la nostra conservazione. Essi sono tali che uomo morirebbe se non fosse più in grado di soddisfarli: si chiamano bisogni fisici perché ci sono dati dalla natura e niente può liberarcene[28].

L'*amour de soi* è la passione attraverso la quale l'uomo percepisce naturalmente la vita, attraverso la quale egli sente il flusso dei bisogni; in quanto tale non consente all'individuo di fuoriuscire dal cerchio della consumazione-digestione: «Il primo sentimento dell'uomo fu quello della sua esistenza, la prima cura quella della conservazione. I prodotti della Terra gli fornivano tutti gli aiuti necessari, l'istinto lo portò a farne uso. La fame, gli altri appetiti gli facevano provare diversi modi di esistere»[29]. È chiaro che per Rousseau l'accentuazione del carattere naturalistico dell'autoconservazione ha lo scopo di escludere l'attività della immaginazione e della ragione dai fondamenti morali – che presuppongono relazioni sociali – individuando invece nei sensi il fondamento di tutte le passioni propriamente dette, le quali si svilupperanno solo con il divenire morale dell'uomo. È noto, infatti, come l'alter ego polemico sia qui rappresentato da Thomas Hobbes. Il filosofo inglese non individua alcuna regolarità morale inscritta nella natura dell'uomo. In opposizione al modello etico-politico aristotelico, l'antropologia hobbesiana si concentra sugli aspetti servili della natura umana, in quanto «interpreta ciò che è naturale per l'uomo come una successione infinita di desideri e una ricerca infinita di potere»[30]. Per natura l'uomo cerca solo di perseguire beni sensibili e contingenti. L'uomo di Hobbes è sempre rivolto all'esterno perché non ha un criterio assoluto che definisca il proprio valore. L'opinione che ciascuno ha di sé non dipende dalla coscienza del proprio valore, ma dipende dal confronto, dalla stima degli altri. «Gli uomini vivono nell'apparire, non nell'essere – ha scritto Tito Magri – e per il loro onore e valore, dipendono del tutto dalla stima altrui»[31]. Rousseau ritiene questa tesi corretta, solo che Hobbes commette l'errore di scambiare per naturale un comportamento che è tipicamente sociale: parla dell'uomo naturale, ma descrive l'uomo che vive in società complesse. Hobbes scambia per essenziali, passioni che, in quanto sociali, sono contingenti e determinate.

Rousseau sottrae le passioni mimetiche alla sfera dell'*amour de soi* e le assegna all'*amour propre*, che del primo è una perversione, come recita una celebre nota del *Discours sur l'inégalité*:

> Non bisogna confondere l'amor proprio con l'amor di sé; si tratta di due passioni molto diverse per la loro natura e per i loro effetti. L'amor di sé è un sentimento del tutto naturale che porta ogni animale a vegliare sulla propria conservazione e che nell'uomo, governato dalla ragione e modificato dalla pietà, dà luogo all'umanità e alla virtù. L'amor proprio, invece, è solo un sentimento relativo, artificioso, nato nella società, che porta l'individuo a far più caso di sé che di ogni altro, e che ispira agli uomini tutto il male che si fanno a vicenda, costituendo la vera sorgente dell'onore[32].

Rousseau ristabilisce dunque la stretta correlazione sociale fra passioni mimetiche e apparenza. Tanto l'*amour de soi* è assoluto,

quanto l'*amour propre* è artificiale e relativo. Come nel caso di Hobbes, è una passione servile che sta ad indicare come l'uomo sociale non abbia una misura interna del proprio valore e dipenda dalla stima altrui. Quindi fattori costitutivi dell'*amour propre* sono il confronto e il conflitto. Rousseau interpreta dunque i rapporti sociali moderni secondo il criterio della *competizione* e ritiene che essa non abbia misura interna per autoregolamentarsi. Egli ha qui di mira tutto il livello dei bisogni materiali e immateriali che creano ineguaglianza (e che ne sono circolarmente l'effetto): dal lusso alla cultura, dalla proprietà all'orgoglio, alla vanità. Questi bisogni sono considerati artificiali e contingenti e fatti dipendere da un modello di riproduzione sociale patologico: «Infine, l'ambizione divorante, l'ansia di aumentare la propria fortuna, più per mettersi al di sopra degli altri che per vero bisogno, ispirarono a tutti gli uomini un torbido desiderio di nuocersi reciprocamente; una segreta gelosia talmente pericolosa da prendere il volto della benevolenza per fare colpo più facilmente; insomma concorrenza e rivalità da una parte, opposizione d'interessi all'altra, e sempre l'intenzione segreta di trovare il proprio utile a spese degli altri. Tutti questi mali sono il primo effetto della proprietà e l'inseparabile corteo della nascente ineguaglianza»[33].

Ciò che deve essere sottolineato è il nesso preciso fra l'analisi genealogica dell'asservimento sociale, che ha al suo centro il momento politico, e la declinazione soggettivistica di questa stessa analisi, poiché la peculiarità di Rousseau sta appunto nell'approfondire gli effetti di questi processi sulla identità individuale[34]. Perché per poter soddisfare tutto il corteo di bisogni artificiali, gli uomini devono apparire diversi da come sono, ossia, come già detto, conformarsi ai modelli di autorappresentazione che consentono il riconoscimento sociale: «Essere e apparire divennero due cose del tutto diverse; e da questa distinzione scaturirono il fasto che abbaglia, l'astuzia che inganna, e tutti i vizi che formano il seguito»[35].

Così il principio della trasparenza si fa valere sul piano individuale *contro* la società e la storia. A questa articolazione del discorso, Rousseau insiste su un modello autarchico e autoreferenziale di esistenza, che si sottrae alla interdipendenza sociale:

> Il selvaggio vive in se stesso, l'uomo della società, sempre al di fuori di sé, sa vivere unicamente dell'opinione degli altri, ed è per così dire soltanto dal loro giudizio che egli trae il sentimento della propria esistenza[36].

Ma questa non è l'ultima parola di Rousseau. Lungi dall'orientarsi verso un modello impolitico di trasparenza, egli individua nella politica la dimensione capace di immunizzare, attraverso la costituzione di processi democratici, l'*essere* dell'uomo dalla *opaca* natura dei rapporti sociali.

4. *La comunità trasparente*

Una delle difficoltà maggiori del pensiero rousseauiano è rappresentato dal passaggio dal livello critico, costituito in modo particolare dal *Second Discours*, in cui i rapporti sociali sono interpretati negativamente, a quello costruttivo: questo secondo livello di articolazione concettuale è costituito da quegli scritti in cui Rousseau tenta di pensare il fondamento della comunità politica. Tuttavia il modo in cui nel *Contrat social*

Rousseau costruisce la comunità politica risente evidentemente di questi problemi. In fondo, la semantica concettuale del contrattualismo è utilizzata da Rousseau non per regolare socialmente gli arbitri individuali, come nell'orizzonte liberale, bensì per correggere processi storici che pongono «l'uomo in contraddizione con se stesso»[37]. Questa problematica del tutto peculiare consente a Rousseau di introdurre alcune novità nella grammatica generale contrattualistica. In primo luogo, Rousseau attribuisce al patto sociale una natura particolare: il patto in Rousseau non si stabilisce fra individui, ma fra ogni individuo e il corpo politico; l'obbligazione politica si instaura fra l'individuo e il *peuple* di cui quello stesso individuo fa parte. Per questa ragione, egli insiste sul fatto che «ciascuno, unendosi a tutti, non obbedisce tuttavia che a se stesso e rest[a] libero come prima»[38]. Secondo Rousseau non può intercorrere un patto fra i singoli membri della moltitudine perché un impegno reciproco tra privati, in mancanza di una autorità superiore, li lascerebbe giudici ultimi del suo contenuto. Il patto è il momento essenziale di una genesi ideale che vede formarsi la volontà generale già nel patto iniziale, nel momento in cui gli individui ricevono *en corps* l'alienazione totale di ciascun singolo[39]. La natura dell'obbligo tra il popolo e i singoli impone un'adesione senza riserve: ogni individuo aliena alla comunità persona, proprietà e ogni diritto, al fine di continuare a partecipare ai diritti e ai doveri di tutti attraverso la mediazione della volontà generale. In tal modo, l'uomo è risolto nel cittadino, e proprio nel vivere politico realizza la sua umanità, perché facendo parte del popolo non obbedisce che a se stesso. L'elemento peculiare di Rousseau è quindi che il patto sociale subisce una torsione democratica: esso definisce il popolo come sovrano del corpo politico. Solo l'integrazione democratica, Rousseau dirà repubblicana, nel corpo politico consente di salvaguardare le istanze individuali e frapporre nel rapporto fra individui l'interesse generale che immunizza i rapporti intersoggettivi dall'opacizzazione dovuta al dominio degli interessi particolari, che non sono universalizzabili.

> L'atto di associazione contiene un impegno reciproco del pubblico con i privati (*particuliers*), e […] ogni individuo, contrattando per così dire con se stesso, si trova impegnato secondo un duplice rapporto: cioè come membro del sovrano nei confronti dei privati, e come membro dello Stato verso il sovrano[40].

Rousseau intende stringere in un solo vincolo il cittadino e l'uomo facendoli entrare nella relazione politica sotto i due punti di vista, del tutto simmetrici, del sovrano, attivo, e dello Stato, passivo. Il nesso tra legge e generalità garantisce questa perfetta simmetria:

> Quando tutto il popolo statuisce su tutto il popolo, non considera che se stesso, e si forma così un rapporto fra l'oggetto intero sotto un punto di vista e l'oggetto intero sotto un altro punto di vista, senza alcuna divisione del tutto. Allora la materia sulla quale si statuisce è generale come la volontà che statuisce. È questo atto che io chiamo legge[41].

Questo modello implica due aspetti di novità. Il sovrano, la volontà generale, precede la costituzione del governo, dal quale è distinto per la natura e le finalità degli atti. Il sovrano agisce per atti generali – le leggi – il governo, invece, per atti particolari: scopo dell'attività del governo è quella di applicare al caso concreto le leggi del sovrano. La distinzione, pertanto, implica un rapporto di subordinazione del primo a quest'ultimo.

Ulteriore e decisivo elemento peculiare è il rifiuto di ogni forma rappresentativa. Se la generalità è il presupposto e l'espressione di un soggetto collettivo, non può esservi alcuna identità tra la volontà del popolo e quella dei rappresentanti: la rappresentanza espropria il popolo del diritto ad esprimere la propria volontà. Lungi dal rendere presente la volontà popolare, la presenza dei rappresentanti costituisce una *alienazione*, che finisce per espellere il popolo dallo spazio pubblico: «[…] la sovranità, non essendo che l'esercizio della volontà generale, non può mai alienarsi, e il sovrano, che non è che un essere collettivo, non può essere rappresentato che da se stesso»[42].

Lo scopo di Rousseau è quello di costruire un sistema politico che veda nell'idea di generalità[43] la possibilità di superare lo scoglio del conflitto fra interessi particolari, egoistici. Rousseau sembra aver costruito una trama di rimandi terminologico-concettuali centrati sul nome collettivo della volontà generale, con lo scopo di stabilire rapporti identitari, in cui gli stessi soggetti sono designati con nomi diversi a seconda del rapporto entro cui sono ricompresi. È come se avesse voluto fissare in modo definitivo la perfetta trasparenza del politico.

Ma il problema della *trasparenza* e del suo antonimo, *l'opacità*, riemerge in quanto per Rousseau il problema è quello di far sì che la volontà del popolo sia *sempre*, in ogni atto, espressione del bene comune. «La volontà generale è sempre retta (*droite*) e tende sempre all'utilità pubblica, ma non ne consegue che le deliberazioni del popolo abbiano sempre la stessa rettitudine. Si vuole sempre il proprio bene, ma non sempre lo si vede: non si corrompe mai il popolo, ma spesso lo si inganna, e solo allora, quindi, sembra volere ciò che è male»[44].

L'ostacolo è ancora una volta fornito dalla possibilità che l'interesse privato si sostituisca al bene: che la *volontà di tutti* si sostituisca alla volontà generale. Il modo in cui pertanto la volontà generale sia attingibile prevede che si informi il popolo sull'oggetto della deliberazione senza che ci sia «comunicazione» fra i cittadini[45]. Per questa ragione è necessario che non ci siano associazioni parziali nella comunità e che ciascun individuo «ragioni soltanto con la propria testa (*n'opine qu'après lui*)»[46]. Il popolo esprime la parola sovrana, la legge, ma il modo in cui si forma tale parola non passa attraverso una interazione comunicativa. Per così dire, Rousseau si fa sostenitore di una visione solipsistica dei processi democratici, visto che il linguaggio è la mediazione che trasforma il bene in simulacro. Senza voler schiacciare la concezione del linguaggio su questo solo punto, si può però dire che per Rousseau il linguaggio è anche un fattore di perversione della conoscenza: è uno strumento sofistico attraverso il quale l'ordine formale del discorso nasconde una violenza reale. Il *Discours sur l'inégalité* già aveva interpretato gli atti fondatori della proprietà e dello Stato come l'effetto di discorsi menzogneri[47]. Rousseau esprime dunque diffusamente la capacità del discorso di generalizzare la menzogna: «L'*honnêteté* è ormai solo nelle parole: più corruzione è presente nelle anime, più cresce l'affettazione nella scelta e nella purezza del discorso»[48]. L'oppressione politica genera la perdita di 'sonorità' della lingua ma, circolarmente, l'attutimento della lingua genera a sua volta la perdita della libertà[49].

Affinché, pertanto, nella *Cité* regnino sempre la giustizia e la felicità pubblica, Rousseau immagina una comunità relativa-

mente piccola, fondata sul riconoscimento di norme tradizionali la cui *vigenza* si sottrae ad un vaglio riflessivo[50]. Sono norme il cui *significato* è confermato dall'abitudine silenziosa del popolo; esse sono interiorizzate dai costumi, dalle usanze tradizionali, dall'opinione pubblica[51]. Se il patto sociale costituisce il criterio di legittimità della società giusta, il supporto etico del patriottismo costituisce lo sfondo entro cui l'agire politico si esprime con una voce unanime: «Più l'intesa regna nelle assemblee, ovvero più le opinioni si avvicinano all'unanimità, e più la volontà generale è dominante; ma i lunghi dibattiti, i dissensi, il tumulto annunciano gli interessi particolari e lo Stato deperisce»[52].

La trasparenza politica appartiene al momento etico della interiorizzazione delle norme; solo in questo modo l'individuo si muove in un contesto che consente la generalizzazione degli interessi. La legge si limita infatti a regolare i rapporti esterni fra gli uomini, laddove solo i costumi penetrano nei comportamenti. È a tale livello di articolazione del pensiero che Rousseau fa sentire il peso di una concezionale fusionale della politica: la patria è il fattore di identificazione di una comunità particolare, del tutto individualizzata. L'orientamento etico di una comunità si basa cioè su una declinazione simbiotico-affettiva dei processi di riconoscimento intersoggettivo: «Non basta dire ai cittadini: "siate buoni"; bisogna insegnar loro ad esserlo; e l'esempio stesso, che è sotto questo rispetto la prima lezione, non è il solo mezzo che va impiegato: l'amore per la patria è il più efficace; infatti, come ho detto, ogni uomo è virtuoso quando la sua volontà particolare è conforme in tutto alla volontà generale, e noi vogliamo di buon grado ciò che vogliono quelli che amiamo»[53].

La soluzione al conflitto fra uomo e cittadino sembra ottenuta attraverso una declinazione pubblica dell'agire individuale: solo una comunità insulare, fondata sulla dimensione affettiva del "cuore", consente una comunicazione trasparente fra i soggetti; così il contrasto fra essere e apparire scompare:

> *Rendete gli uomini coerenti a se stessi: che siano ciò che vogliono apparire e appaiano ciò che sono*. Avrete posto la legge sociale in fondo ai loro cuori; uomini civili per loro natura e Cittadini per loro inclinazione, avranno unità interiore, saranno buoni, saranno felici e la loro felicità sarà quella della Repubblica, perché essendo qualcosa solo per opera sua, saranno tutti per essa, che avrà tutto ciò che essi hanno e sarà tutto ciò che sono[54].

Qui Rousseau si trova in una difficile situazione: da una parte, è il primo ad articolare in modo tipicamente moderno il problema della trasparenza, dall'altra, la risposta che egli fornisce attinge a un modello politico antico. In effetti ciò a cui mira Rousseau è l'integrazione del moderno modello contrattualistico – alla cui base c'è l'idea della razionalità spontanea dell'individuo – con un linguaggio improntato alla politica classica e al repubblicanesimo. Questi ultimi servono alla integrazione etica dell'individuo nella comunità. Egli è pienamente consapevole della inattualità del suo progetto: «L'istituzione pubblica non esiste più e non può più esistere. Queste due parole, patria e cittadino, devono essere cancellate dalle lingue moderne»[55]. Non solo, egli è anche perfettamente consapevole della differenza insuperabile dello stesso modello a cui si riferisce: troppo grande per la piccolezza dei moderni. E tuttavia suona sinistra l'esaltazione della trasparenza una volta che si nutre sulla esemplarità della virtù antica:

> Non fare, non dire mai cosa è che non vuoi che tutti vedano e ascoltino; quanto a me ho, sempre considerato come l'uomo più degno di stima quel romano il quale voleva che la sua casa fosse costruita in modo che si vedesse tutto quanto ci si faceva[56].

Questo aneddoto riflette la predilezione di Rousseau per una declinazione etica dei rapporti intersoggettivi: la comunità piccola – come è il caso di Ginevra – consente più facilmente di penetrare l'essere degli individui e di controllare che non si tramuti in apparenza. Per questo nelle piccole città «i privati (*particuliers*), sempre sotto gli occhi dei vicini, sono naturalmente censori gli uni con gli altri, e […] la polizia può facilmente osservare l'attività di tutti»[57].

Indubbiamente il mito moderno della trasparenza si è nutrito, anche negli aspetti patologici, delle due prospettive, quella individuale e quella politica, al centro della riflessione di Rousseau. Tuttavia val la pena di insistere sulla differenza che Rousseau instaura con i modelli politici successivi: il riferimento al modello classico chiarisce più di ogni altro elemento il fatto che Rousseau non ha né previsto né concepito la società di massa. Invece di vederlo come *precursore* della «società del controllo totale»[58], conviene insistere sulla distanza che egli intrattiene nei nostri confronti. Restituendo infatti ai moduli concettuali di Rousseau la loro inattualità, è possibile anche restituirgli il carattere di un pensiero negativo, cioè a dire critico.

[1] Del resto l'inautenticità, nel pensiero di Rousseau, appartiene al mondo dell'apparenza. Sulla posizione di Rousseau rispetto a questa concezione la bibliografia è ormai sterminata; mi limito a segnalare: Charles Taylor, *Sources of The Self*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1989; trad. it. *Radici dell'io*, Milano, Feltrinelli, 1993; Id., *The Malaise of Modernity*, Toronto, House of Anansi, 1991; trad. it. *Il disagio della modernità*, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 31 ss.; Alessandro Ferrara, *Modernità e autenticità. Saggio sul pensiero sociale ed etico di J.J. Rousseau*, Roma, Armando, 1989; Id., *Autenticità riflessività. Il progetto della modernità dopo la svolta linguistica*, Milano, Feltrinelli, 1999, pp. 26 ss. ma *passim*.

[2] *Lettre à Christophe de Beaumont*, in *Œuvres complètes*, 5 voll., a cura di Bernard Gagnebin e Marcel Raymond, Paris, Gallimard, 1959-1995, vol. IV, pp. 966-967 (citate d'ora in avanti con la sigla OC, dal numero del volume in cifre romane e dal numero di pagina).

[3] *Préface au Narcisse*, OC II, p. 969: «tutti questi vizi appartengono non tanto all'uomo, quanto all'uomo mal governato».

[4] I ed. Paris, Plon, 1957; 2ª ed. Paris, Gallimard, 1971; trad. it. *Jean-Jacques Rousseau. La trasparenza e l'ostacolo*, Bologna, Il Mulino, 1982.

[5] *Rousseau juge de Jean-Jacques* (*Dialogues*), OC I, p. 860.

[6] R. Mauzi, *L'idée du bonheur dans la littérature et la pensée françaises au XVIII^e siècle*, (I ed. A. Colin, 1960), Paris, Albin Michel, 1994, pp. 650-651.

[7] *Julie ou La nouvelle Héloïse*, parte II, lettera XIV, OC II, pp. 232, 236.

[8] Starobinski, *La trasparenza e l'ostacolo*, cit., pp. 40-41.

[9] Ivi, p. 26.

[10] Sul rapporto fra costituzione della società e scienza politica durante l'illuminismo si veda Maurizio Ricciardi, *Ideologi prima dell'ideologia. Linguet e i paradossi sociali della politica*, in «Scienza e politica. Per una storia delle dottrine», vol. XXV, n. 47, 2012, pp. 67-87. Sulla dimensione sociale delle riflessioni di Rousseau si veda Barbara Carnevali, *Società e riconoscimento*, in Gianni Paganini, Edoardo Tortarolo, *Illuminismo. Un vademecum*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, pp. 278-292.

[11] A. Honneth, *Patologie del sociale. Tradizione e attualità della filosofia sociale*, in «Iride. Filosofia e discussione pubblica», n. 18, IX, agosto 1996, pp. 295-328.

[12] E. Cassirer, *Das Problem Jean-Jacques Rousseau*, in «Archiv für Geschichte der Philosophie», n. 41, 3 gennaio 1933; trad. it. *Il*

Problema Gian Giacomo Rousseau, Firenze, La Nuova Italia, 1938.

[13] V. Goldschmidt, *Rousseau et le problème de la civilisation*, in Id., *Écrits*, Tome 2: *Études de philosophie moderne*, Paris, Vrin, 1984, pp. 81-128.

[14] É. Benveniste, *Civilisation. Contribution à l'histoire du mot* (1954), in Id., *Problèmes de linguistique générale*, Paris, Gallimard, 1966; trad. it. *Civiltà. Contributo alla storia della parola* (1954), in Id., *Problemi di linguistica generale*, Milano, il Saggiatore, 1990[3], p. 405; J. Starobinski, *La parola «civilisation»*, in Id., *Il rimedio nel male. Critica e legittimazione dell'artificio nell'età dei Lumi*, Torino, Einaudi, 1990, pp. 5-48 (p. 25); A. Pons, *Civilité et civilisation*, in *Dictionnaire de Philosophie politique*, sous la diréction de Philippe Raynaud et Stephane Rials, Paris, Puf, 2012[3], pp. 100-105 (p. 105).

[15] W. Dilthey, *Das achtzehnte Jahrhundert und die geschichtliche Welt*, in «Deutsche Rundschau», agosto-settembre 1901; trad. it. *Il XVIII secolo e il mondo storico*, Milano, Comunità, 1967, pp. 48-49.

[16] *Discours sur les sciences et le arts*, OC III, p. 7.

[17] Ivi, p. 7.

[18] Ivi, p. 25.

[19] A. Ferrara, *Autenticità, normatività dell'identità e ruolo del legislatore in Rousseau*, in *La filosofia politica di Rousseau*, a cura di G. M. Chiodi e R. Gatti, Milano, Franco Angeli, 2012, pp. 9-34 (p. 11).

[20] *Essai sur l'origine des langues*, C. VIII, OC V, p. 394.

[21] *Considerations sur le Gouvernement de Pologne*, OC III, p. 956.

[22] C. Lévi-Strauss, *Jean-Jacques Rousseau, fondateur des sciences de l'homme*, in Id., *Anthropologie structurale II*, Paris, Plon, 1962; trad. it. *Jean-Jacques Rousseau, fondatore delle scienze dell'uomo*, in Id., *Razza e storia e altri studi di antropologia*, Torino, Einaudi, 1967[7], pp. 83-96.

[23] *Réponse à un naturaliste*, OC III, p. 237.

[24] *Discours sur l'inégalité*, OC III, p. 122.

[25] *Émile*, I, OC IV, p. 249.

[26] *Discours sur l'inégalité*, OC III, p. 125.

[27] *Discours sur l'inégalité*, OC III, p. 126. Per un'analisi dell'*amour de soi* si veda B. Carnevali, *Romanticismo e riconoscimento*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 13 ss.

[28] *Fragments politiques*, X, I, OC III, p. 529.

[29] *Discours sur l'inégalité*, OC III, p. 164.

[30] T. Magri, *Saggio su Thomas Hobbes. Gli elementi della politica*, Milano, Il Saggiatore, 1989[2], p. 92.

[31] Ivi, p. 95.

[32] *Discours sur l'inégalité*, note XV, OC III, p. 219.

[33] *Discours sur l'inégalité*, OC III, p. 175.

[34] E. Pulcini, *L'individuo senza passioni. Individualismo moderno e perdita del legame sociale*, Torino, Bollati Boringhieri, 2001, pp. 92 ss.

[35] *Discours sur l'inégalité*, OC III, p. 174.

[36] *Discours sur l'inégalité*, OC III, p. 193.

[37] *Émile*, I, OC IV, p. 249.

[38] *Contrat social*, I, VI, OC III, p. 360.

[39] Cfr. R. Derathé, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, Vrin, 1988 (I ed. 1950); trad. it. *Jean-Jacques Rousseau e la scienza politica del suo tempo*, Bologna, Il Mulino, 1993, pp. 272 ss.; V. Goldschmidt, *Rousseau et le droit*, in *Écrits*, cit., p. 137.

[40] *Contrat social*, I, VII, OC III, p. 362.

[41] *Contrat social*, II, VI, OC III, p. 379.

[42] *Contrat social*, II, I, OC III, p. 368.

[43] Il generale non corrisponde ovviamente all'universale.

[44] *Contrat social*, II, III, OC III, p. 371.

[45] Ivi, p. 371.

[46] Ivi, p. 372.

[47] *Discours sur l'inégalité*, OC III, p. 164 (per la fondazione della proprietà si veda l'inizio della seconda parte), p. 177 (per il discorso che precede l'atto contrattuale).

[48] *Fragments politiques*, XIV, 16, OC III, p. 558. Ovviamente la concezione del linguaggio di Rousseau è molto più complessa di quanto non emerga da queste poche considerazioni. Si vedano almeno Bronislaw Baczko, *La Cité et ses langages*, in Id., *Job, mon ami*, Paris, Gallimard, 1997; trad. it. *La città e i suoi linguaggi*, in Id., *Giobbe amico mio*, Roma, Manifestolibri, 1999, pp. 245-260, la cui trattazione è vicina alle tematiche qui affrontate; U. Ricken, *Le 'langage nouveau' de Jean-Jacques: langue ou parole? Ou deux citoyens de Genève à la lumière l'un de l'autre*, in *Présence de Saussure*, Actes du Colloque international de Genève (21-23 mars 1988), a cura di R. Amacker e R. Engler, Genève, Libraire Droz, 1990, pp. 89-117.

[49] J. Starobinski, *Introduction* à l'*Essai sur l'origine des langues*, OC V, p. CLXXXVIII.

[50] *Contrat social*, III, XI, OC III, p. 424.

[51] *Contrat social*, II, XII, OC III, p. 394.

[52] *Contrat social*, IV, II, OC III, p. 439.

[53] *Discours sur l'économie politique*, OC III,

[54] *Fragments politiques*, VI, 3, OC III, p. 510 [corsivo non testuale].

[55] *Émile*, I, OC IV, p. 250.

[56] *Julie ou La nouvelle Héloïse*, parte IV, lettera VI, in OC II, p. 424. L'aneddoto è tratto da Montaigne, v. ivi, p. 1590.

[57] *Lettre à d'Alembert sur les spectacles*, OC V, p. 54.

[58] B-Ch. Han, *Transparenzgesellschaft*, Berlin, Matthes & Seitz, 2012; trad. it. *La società della trasparenza*, Roma, Nottetempo, 2014[3], pp. 71-75.

Per un lessico giuridico della trasparenza. Pubblicità e segretezza in Francia tra *Ancien régime* e Rivoluzione*

MARCO FIORAVANTI

> Come sarebbe indubbiamente facile smantellare il potere, se esso si limitasse a sorvegliare, spiare, sorprendere, proibire e punire; ma esso incita, suscita, produce; non è semplicemente occhio e orecchio, ma fa agire e parlare.
>
> Michel Foucault

Introduzione

Secondo la nota interpretazione di Jürgen Habermas, nell'età dei Lumi appare in Europa una "sfera pubblica borghese", intesa come luogo sottratto al controllo dello Stato e della Chiesa, distinto sia dalla Corte che dal popolo[1]. L'opinione pubblica, *in statu nascenti*, – la quale trovava il suo strumento di azione principale nella stampa oltre che nei nuovi spazi di sociabilità come i salotti, i caffè e i club – divisa tra censura e militanza dei *philosophes*, scorgeva nella libertà di parola la sua espressione[2], mentre solo con la rottura rivoluzionaria la trasparenza – nella formazione della legge, nella visibilità della cosa pubblica e nel conseguente controllo del potere da parte dei cittadini – avrebbe assunto un valore costituzionale per poi contraddistinguere la democrazia «come il governo del potere pubblico in pubblico»[3].

Sebbene l'interpretazione habermasiana abbia visto nell'opinione pubblica lo strumento principe della borghesia per limitare il potere assoluto dei sovrani, le idee e le pratiche di contestazione dell'ordine non nacquero soltanto in un contesto di critica all'assolutismo, ma si svilupparono all'interno della monarchia stessa segnata sempre più dall'opposizione parlamentare[4]. Esse inoltre non scaturirono solamente dalle *élite* e dalle accademie ma emersero anche nei caffè e nelle taverne, nelle relazioni sociali degli esclusi dalla razionalità e dall'universalismo borghese (e dalla riflessione habermasiana) – gli incolti, il popolo, la plebe – che invece contribuirono alla costruzione di un'opinione pubblica popolare[5]. Lo spazio privato, che si allargava fino a diventare pubblico nella "repubblica delle lettere", era anch'esso organizzato da

governanti e sovrani[6], al punto che, a volte, lo stesso meccanismo di repressione e di arbitrio tipico dell'antico regime, non assicurava solamente la volontà assoluta del re, ma ne garantiva la distribuzione, «secondo una sorta di messa a disposizione dei meccanismi della sovranità»[7].

Per cercare di definire, dunque, il concetto di trasparenza – inteso principalmente come pubblicità dei processi decisionali e antonimo di segretezza – e la sua evoluzione semantica nella Francia a cavaliere tra *Ancien régime* e Rivoluzione, è necessario muovere dalle principali caratteristiche dell'Assolutismo e delle sue "crepe" istituzionali[8]. La politica assolutistica, che per definizione era basata sui dogmi assoluti della religione, sui segreti custoditi dai sovrani – gli *arcani imperii* – e dalle corporazioni (gli *interna corporis*), in particolare quella dei magistrati, custode degli *arcana juris*[9], viene messa sotto accusa dall'Illuminismo, che nelle sue varianti intellettuali e ideologiche, si fece interprete della critica verso la segretezza del potere, l'arbitrio e la *iurisdictio*[10] dei giudici e delle loro funzioni esercitate in maniera "occulta"[11], ed elevò l'opinione pubblica e la libertà d'espressione a potenze da esercitare contro il dispotismo, anche in campo giudiziario con la richiesta di emarginare la segretezza del processo e di aprire «i recinti della giustizia al senso comune, alla pubblicità»[12].

1. *Crisi dell'Assolutismo ed emersione dello spazio pubblico*

Il governo assoluto, considerato come depositario del *secret du roi*, ovvero della sovranità, subì le contestazioni di carattere politico-giurisdizionale dei Parlamenti di Francia, il cui compito, come è noto, andava al di là di una semplice funzione giudiziaria, sia pure di rango elevato, assumendone, attraverso il diritto di rimostranza, una di carattere prettamente politico e legislativo, oltre che di governo e di amministrazione[13]. Le rimostranze parlamentari, però, non dovevano mai essere rese pubbliche: la politica e il diritto dell'assolutismo non erano questioni trasparenti[14]. Il divieto di motivazione delle sentenze inoltre era espressione paradigmatica della *forma mentis* della magistratura d'*Ancien régime*, depositaria e interprete del diritto, che faceva della segretezza e della propria competenza un momento di identità e di unità.

Si assisteva dunque a un conflitto tra sovranità, o meglio, allo scontro tra due dimensioni della segretezza – quella del sovrano e quella dei "suoi" magistrati – in nome della "rappresentanza" (in senso organico) della Nazione[15]. Prima della rivoluzionaria abolizione del mandato imperativo e dell'invenzione dell'idea moderna di rappresentanza, essa assumeva nell'autunno dell'*Ancien régime*, la forma della sineddoche, della *pars pro toto*: la parte colta della società simboleggiava il popolo, incapace di esprimersi[16]. Tesi che sarebbe riemersa carsicamente nella storia del diritto e del costituzionalismo moderno. Secondo la maggioranza dei pensatori illuministi l'opinione pubblica – espressione affermatasi a livello europeo (*opinion publique*, *public opinion*, *öffentliche Meinung*)[17] – non coincideva con quella popolare, anzi se ne discostava in quanto essa era considerata come un giudizio ragionevole contrario a quello della moltitudine e del gran numero soggetto ai pregiudizi e alle passioni[18].

La «legge del silenzio»[19] imposta dalla monarchia assoluta subì dunque numerose contestazioni che si appellavano alla Nazione, raffigurazione dell'opinione pubblica stessa, al punto che il governo si dimostrò sempre più incapace di controllare le critiche che, in varie forme, riceveva. Oltre al potere esercitato dai magistrati, un bersaglio polemico della critica antiassolutistica fu anche l'oscurità e l'arbitrio nella riscossione delle imposte, che trovò il suo fulcro nel dibattito sul bilancio dello Stato. Alla vigilia della Rivoluzione, nel 1781, Jacques Necker, con il suo *Compe rendu au Roi*, decise, per la prima volta, di rendere pubblica la condizione delle finanze francesi, con lo scopo di sollevare il velo di segretezza che copriva il debito pubblico, uno dei "misteri" dello Stato, a favore del diritto alla conoscenza[20]. Le tenebre, secondo il Direttore generale delle finanze – che avrebbe fornito un contributo fondamentale alla concettualizzazione dell'idea di opinione pubblica[21] – favorivano l'intrigo mentre la pubblicità avrebbe permesso a tutti, a partire dai membri del Consiglio privato del re, di conoscere la situazione economica francese, come avveniva in quegli stessi anni in Inghilterra[22]. Solo la fiducia pubblica avrebbe evitato i sospetti e le ingannevoli paure che accompagnavano l'oscurità dell'amministrazione. «En France – continuava Necker – on a fait constamment un mystère de l'état des Finances», basato su una «confiance aveugle»[23], mentre una corretta e giusta amministrazione sarebbe stata garantita solo dalla pubblicità delle finanze, che avrebbe assunto un valore costituzionale con la Rivoluzione, il cui diritto pubblico, a partire dalla Dichiarazione del 1789 (art. 14)[24], non avrebbe più messo in discussione questo principio[25].

Il processo di superamento del paradigma della segretezza e di affermazione della pubblicità, sviluppatosi nel corso del XVIII secolo, secondo un percorso che vedeva l'individuo emanciparsi progressivamente dalle tutele delle diverse appartenenze e dei diversi *status* nei quali era inserito (come la famiglia e le corporazioni)[26], proseguì, lentamente e in maniera discontinua, fino alla Rivoluzione francese, quando avvenne l'emersione, tutta moderna, della coppia categoriale pubblico-privato[27] e del concetto di trasparenza, assente nel lessico giuridico settecentesco, a dimostrazione della cesura e della «drammatica frattura»[28] tra Illuminismo e Rivoluzione.

2. *Sfera pubblica e privata attraverso i Dizionari*

Per comprendere la richiesta di trasparenza emersa tra *Ancien régime* e Rivoluzione ci è sembrato necessario analizzare la sua "premessa", rintracciabile nella tensione fra l'individuo, con i suoi diritti, e il potere, ovvero tra lo spazio privato e quello pubblico. Si è scelto pertanto di concentrare l'attenzione su termini quali *public*, *privé*, *particulier*, attraverso una fonte poco frequentata dalla storiografia giuridica come i Dizionari, i quali, rispetto a un tema così vasto e complesso, possono fornire una prima approssimazione concettuale sul rapporto tra la sfera privata e pubblica e restituire i cambiamenti che intervengono e le resistenze che permangono nella lingua e nella "grammatica" dei diritti, registrando le innovazioni, soprattutto quelle giuridiche, con una «saggia lentezza»[29]. Inoltre tale opzione risiede in due ordini di

ragioni: il primo riguarda la rilevanza che i dizionari hanno avuto in Francia, e in Europa, nel corso del Settecento al punto che è stato presentato come «le siècle des Dictionnaires»[30]; il secondo risiede nella consapevolezza che la formalizzazione di alcuni lemmi, e il loro sviluppo semantico, passi attraverso la cristallizzazione in questa nuova forma di organizzazione del sapere, che sarebbe diventata, già dal *Dictionnaire* di Pierre Bayle[31], uno strumento di lotta ideologica, culminata con la pubblicazione dell'*Encyclopédie*.

Nella lingua francese del Cinquecento sembra che la dimensione pubblica e quella privata non fossero facilmente distinguibili, al punto che anche il concetto di pubblico rimandava alla difesa del privato[32]. Il termine *privé* evocava ciò che era familiare, intimo, semplice, inerente la propria abitazione[33], mentre quello *public* restituiva l'idea di Stato, popolo, nazione o interesse generale[34]. Il privato era inscritto nel pubblico. Tra il '600 e il '700 avvenne una mutazione linguistica, che seguiva quella sociale e giuridica dell'epoca, quando apparvero in Francia sia dizionari di parole e cose (come il *Dictionnaire de l'Académie françoise*, la cui prima edizione risale al 1694)[35], sia di grammatica e di lessico, oltre che storici e geografici[36].

Nelle sintesi di diritto francese dei primi del Seicento, come per esempio nell'*Institution au droict des François* di Guy Coquille – una fonte di informazioni ricchissima sul diritto regio, sulla giustizia signorile e feudale, sulle servitù – sono assenti riferimenti alla trasparenza, alla pubblicità e alla perdita o meno dell'onore e della fama[37], mentre, nel più importante dizionario di diritto civile e canonico francese del *Grand Siècle*, diretto da Pierre-Jacques Brillon, non compaiono le voci *particulier*, *privé* e *public*[38].

Sul finire del XVII secolo uno dei più diffusi glossari della lingua francese prevedeva, alla voce *privé*, il riferimento a ciò che non comportasse cariche pubbliche e rimandava al Consiglio privato del sovrano, «une sorte de conseil où l'on traite d'afaire [sic] d'une nature particulière et qui régardent le Roi, directemente ou indirectement»[39], mentre alla voce *public* compariva sia il riferimento alla moltitudine sia a ciò che era conosciuto. Piuttosto comune era anche il riferimento alle prostitute, così come alle attrici di cabaret, definite *femmes publiques*. Si intravedeva l'affermarsi del concetto più moderno di pubblicazione e di divulgazione chiara di ciò che si pensava[40], che tuttavia sarebbe emerso come diritto di pubblicare le proprie opinioni, solo nei dizionari giuridici del Settecento.

Sebbene fosse assente da questi ultimi, oltre che da quelli prettamente storici o di commercio dell'epoca[41], la voce trasparenza comparve in uno dei più autorevoli lessici della lingua francese coevo, contenente anche espressioni giuridiche molto approfondite, come il *Dictionnaire universel* di Antoine Furetière, la cui prima edizione risaliva al 1690[42]. Il lemma, come avveniva anche in altre sillogi di carattere enciclopedico, prevedeva una definizione che rimandava ai corpi e al passaggio della luce, ai principi della fisica e alla nitidezza delle materie in natura. Essa consisteva nella «qualité d'un corps qui donne passage aux rayons de la lumière. La *transparence* du verre ne vient que de ce que ses pores sont vis-à-vis l'un de l'autre»[43]. Si era ancora distanti dal concetto giuridico e politico di trasparenza[44].

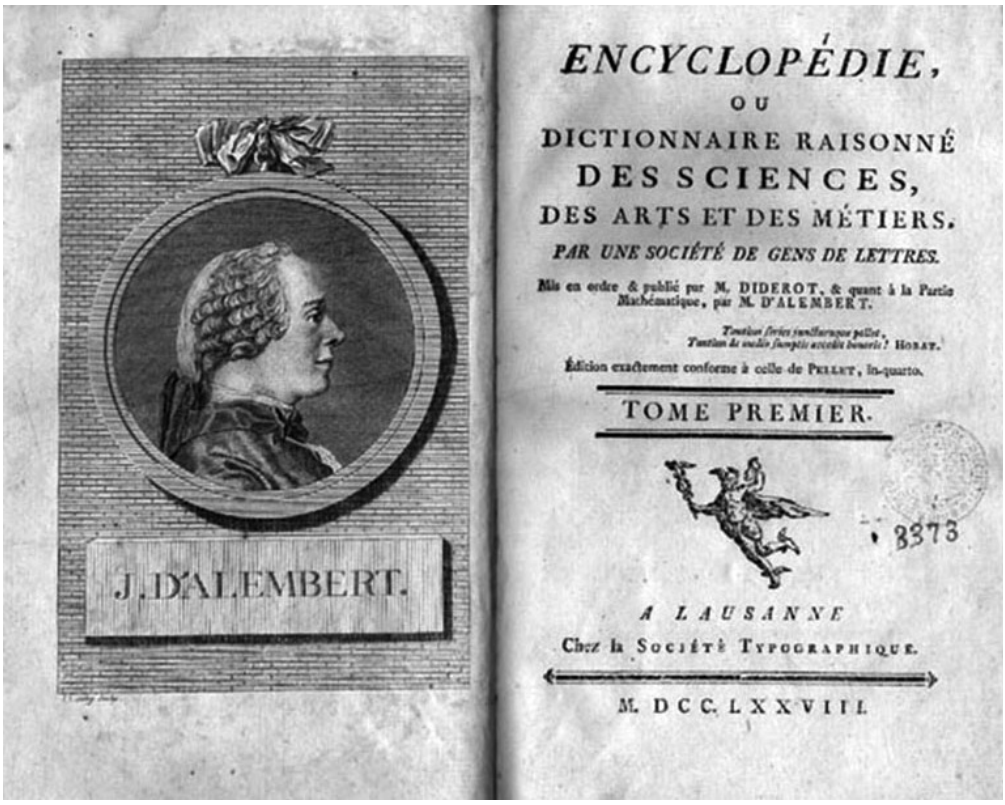
Ma sono le voci *public*, *privé* e *particulier* del medesimo dizionario a risultare più interessanti e approfondite. Era considerato pubblico tutto quello che riguardava la generalità dei cittadini o degli uomini, la società civile, il popolo in generale, la maggioranza della moltitudine, ma era pubblica anche un'assemblea aperta a tutti o un processo dove gli avvocati potessero parlare apertamente[45]. L'affermazione di uno spazio pubblico legato alla diffusione e circolazione delle opere a stampa era testimoniata dall'attenzione – assente nei dizionari precedenti e in quelli prettamente tecnico-giuridici tradizionalmente meno inclini a recepire con celerità i cambiamenti sociali – alla *publicité* intesa come la possibilità di rendere note le proprie opere al più gran numero di persone. Il Dizionario universale dedicava anche uno spazio alla definizione giuridica di pubblico, rimandando sia al titolo primo del XLVIII libro del Digesto riguardante i giudizi e i crimini pubblici, sia alla necessità di pubblicare gli atti normativi dei sovrani affinché entrassero in vigore. Infine per pubblico si intendeva un luogo scoperto che non appartenesse a nessuno in particolare, bensì alla comunità.

Il concetto di *privé*, che viene ricordato proveniva da *privatus*, si opponeva a *public*, ma non rimandava alla dimensione individuale (come per *particulier*) bensì al concetto di segreto, con riferimento al Consiglio privato del re, che doveva occuparsi degli affari dei propri sudditi, in materie giudiziarie, economiche e amministrative[46]. Compiere un atto secondo la propria autorità privata significava compierlo senza l'autorizzazione di un magistrato. Nella voce *particulier*, invece, dopo aver precisato che si trattava di un termine che si opponeva a universale (e non a pubblico), il *Dictionnaire* del Furetière ricordava che poteva anche essere considerato come opposto a *public*:

> particulier, signifie aussi, Privé, qui est opposé aux Puissances, aux Magistrats. Les Consuls Romains après leur triomphe retournaient à une vie *particulière*, à la charruë. Les Assemblées particulières ne sont pas permises sans autorité publique. […] En Jurisprudence on appelle un Lieutenant *Particulier*, un Magistrat qui juge en l'absence du Lieutenant Civil à Paris, ou du Lieutenant General dans les autres Présidiaux, qui tient l'Ordinaire, c'est-à-dire, une Audience de la Prévôté[47].

Nei Dizionari settecenteschi dunque – così come, successivamente, nell'*Encyclopédie* – il termine *public* non si opponeva esplicitamente a *privé* (per cui bisogna attendere l'edizione del 1835 del *Dictionnaire de l'Académie*) bensì a *particulier*[48]. Pressoché identiche al Furetière erano le voci presenti nel *Dictionnaire universel* del Trévoux[49], dei gesuiti francesi e legato all'ortodossia religiosa[50], di pochi anni successivo e che ne rappresentava una continuazione[51], che aggiungeva alla voce *privé* una definizione che sottolineava il riferimento alla segretezza, rimandando anche in questo caso all'esempio tipico del Consiglio privato del re[52].

Nel *Dictionnaire* del Ferrière[53], in cui erano assenti le voci *Particulier*, *Public*, *Privé*, *Sécret*, *Transparence*, comparve il termine *Publication*. Esso consisteva nella notifica che si faceva ad alta voce nelle assemblee e nei luoghi pubblici di una determinata notizia affinché potesse essere resa nota[54]. Per esempio la pubblicazione di ordinanze, editti e dichiarazioni comportava la loro lettura nelle corti di giustizia, sia per essere conosciute dal popolo che per essere rese esecutive. La volontà sovrana non poteva trovare esecuzione senza che essa fosse



Frontespizio dell'Encyclopédie di Diderot e D'Alembert, 1778

presentata e pubblicata dalle corti. Questa condizione di efficacia non era dovuta – secondo il Ferrière, il quale scriveva nel pieno dell'assolutismo – ai limiti della sovranità dei re, in quanto essi erano «absolument Souverains»[55], ma era un effetto della loro saggezza ed equità che comportava che ogni atto da loro emanato dovesse passare attraverso l'organo della giustizia. Una volta pubblicate, le ordinanze obbligavano i sudditi e i privati che le violavano non potevano ricorrere alla giustificazione dell'ignoranza del testo in quanto, avvenuta la pubblicazione, essa comportava la conoscenza della legge da parte di tutti, secondo quanto restituito dal brocardo latino *ignorantia legis non excusat*.

Vi era tuttavia una distinzione tra la pubblicazione degli atti normativi regi e la registrazione: la prima avveniva attraverso la lettura mentre la seconda consisteva nella trascrizione negli atti pubblici. I contrasti che si verificarono nel corso del Settecento tra il sovrano e i membri delle corti di giustizia sul diritto di interinazione, che potevano concludersi con l'affermazione dell'autorità dei sovrani rappresentata dalla cerimonia del letto di giustizia, venivano ricondotti a unità nel Ferrière che auspicava comunque la registrazione degli atti,

eventualmente con alcune modifiche[56].

Lo sviluppo dei grandi dizionari nel XVIII secolo si concluse con il periodo compreso tra il 1751 e il 1772 che vide la progressiva pubblicazione dell'*Encyclopédie*[57], la quale avrebbe segnato un momento sia di approdo di una tradizione settecentesca sia di cesura rispetto a un modello enciclopedico precedente, segnando una svolta epocale che, dopo gli sconvolgimenti rivoluzionari, avrebbe visto nell'Ottocento un'involuzione verso un enciclopedismo inteso come luogo «d'esposizione dei progressi culturali nazionali»[58].

Tanto le voci prettamente giuridiche – quali *Droit de la nature ou Droit naturel*[59], *Loi*, *Loi naturelle*, *Juge*[60] –, quanto le voci riguardanti la pubblicità e segretezza sono risultate meno originali rispetto ad altre decisamente più innovative. Per quanto riguarda la sfera privata la voce enciclopedica rimandava al segreto e alla dimensione familiare, contrapposta a quella consacrata agli affari di Stato e per quanto riguarda la "giuridicità" del privato, come era stato fatto in passato anche da altri dizionari, compariva il riferimento al *Conseil privé*[61]. La voce *public*, redatta da Antoine-Gaspard Boucher d'Argis[62], risulta più complessa ed elaborata. L'avvocato presso il Parlamento di Parigi, appartenente a un'antica famiglia di giuristi lionesi, sostenne che questo termine a volte indicava il corpo politico che si formava tra tutti i sudditi dello Stato, altre si riferiva ai cittadini di una medesima città. Il bene pubblico, che si contrapponeva agli interessi dei privati, coincideva con ciò che era vantaggioso alla società e, in caso di contrasto tra l'uno e gli altri, il primo doveva essere salvaguardato. La conservazione dell'interesse pubblico, secondo Boucher d'Argis, uno dei collaboratori più assidui dell'*Encyclopédie*, insieme a Denis Diderot, all'abate Edme-François Mallet e a Louis de Jaucourt[63], era affidata al sovrano e agli ufficiali, i quali sotto i suoi ordini, erano incaricati di questo ruolo[64].

La voce *Opinion*[65], redatta sempre da Boucher d'Argis[66], non rimandava all'idea di opinione pubblica così come sarebbe emersa con la Rivoluzione, bensì a quella di un parere incerto opposto alla certezza delle scienze[67]. L'opinione infatti secondo l'*Encyclopédie* rappresentava una credenza fondata su un motivo probabile o su un giudizio dello spirito dubbioso[68]. Secondo la lingua del diritto (o della giurisprudenza, in base alla terminologia dell'epoca) le opinioni servivano a formare il giudizio del magistrato il quale doveva mantenerle segrete nel corso del processo[69]. Anche l'*Encyclopédie méthodique*, edita dall'editore Charles-Joseph Panckoucke[70] pochi anni dopo la fine della pubblicazione dell'opera di Diderot e D'alembert, nella sezione *Jurisprudence*[71], alla voce *Opinion*, manteneva l'attenzione sugli aspetti processuali e sulla corretta formazione dell'opinione dei giudici (e i casi in cui andava mantenuta la segretezza delle loro opinioni), ma non prevedeva, oltre che la voce stessa, ogni riferimento al concetto di opinione pubblica[72].

3. *La costruzione dell'identità: fama e infamia*

Il termine fama, e il problema della sua perdita, può rappresentare un altro strumento per far luce sul rapporto, obliquo ma evidente, sviluppatosi nel corso della crisi dell'*Ancien régime*, tra trasparenza e riservatezza dei dati personali (per utilizzare

espressioni anacronistiche), ovvero, secondo un linguaggio giuridico maggiormente aderente a quello settecentesco, tra uno "stile" di governo basato sulla pubblicità dei procedimenti, e lo spazio "dell'onore", fondato sulla privatezza, e spesso oggetto di controverse ed equivoche interpretazioni[73].

La fama, che nel processo inquisitorio poteva rappresentare l'avvio dell'azione criminale basata su informazioni acquisite "sul sentito dire"[74], sin dal medioevo aveva assunto la valenza di un'idea che rappresentasse sia la reputazione di cui ciascuno godeva da parte degli altri, sia una conoscenza incerta, che nel corso dell'età moderna avrebbe assunto la forma della pubblica opinione[75].

Secondo il menzionato *Dictionnaire civil et canonique* di Brillon, l'*infamie*, intesa come perdita dell'onore e della reputazione, poteva essere sia di fatto che di diritto: la prima dipendeva dalla stima pubblica, ovvero dalla fama che si otteneva nella società, mentre la seconda era la conseguenza di un delitto, prevista per legge[76]. Per il diritto romano vi erano alcune condanne – proseguiva il *Dictionnaire* – che comportavano l'infamia, come quelle che erano state pronunciate in seguito a un furto, con l'aggravante dell'ingiuria e del dolo, mentre in Francia, nel periodo del tardo diritto comune, quando il diritto romano, soprattutto nei territori del settentrione, aveva assunto una mera funzione di *ratio scripta*, erano considerati infami solo i condannati per crimini che comportassero infamia. Tuttavia, chiosava la voce *infamie*, «nôtre Droits s'accorde assez avec les Loix Romaines»[77].

Anche l'*Encyclopédie*, alla voce *infâmes*, redatta da Boucher d'Argis, individuava quelli che avevano perduto l'onorabilità e la reputazione, come coloro che erano stati condannati *aux galères* o al bando dal territorio francese, pene tipicamente afflittive e infamanti, che tuttavia non comportavano la morte civile, mentre coloro che erano incorsi in quest'ultima pena erano considerati infami[78]. I sudditi definiti "solamente" infami, senza essere dichiarati morti civilmente, non perdevano le libertà civili e il diritto di cittadinanza, potendo di conseguenza compiere ogni atto *inter vivos* o *mortis causa*[79]. Anche l'*Encyclopédie* distingueva l'infamia di fatto da quella di diritto. Nel primo caso essa proveniva da un'azione disonorante («déshonorante par elle-même»): nell'opinione delle persone rispettabili, perdeva la reputazione colui che ne era l'autore, anche se non esisteva una legge che prevedesse questa pena. Un'altra forma di infamia di fatto riguardava coloro i quali, accusati di un crimine grave, prima dell'assoluzione rimanevano sotto l'osservazione sociale. Se nel diritto romano, che Boucher d'Argis considerava generalmente come una materia di interesse storico[80], gli infami di fatto non potevano essere ascoltati in giudizio, in quello francese potevano sia denunciare che essere testimoni, rimandando all'arbitrio del giudice di attribuire o meno fiducia alle loro dichiarazioni.

L'infamia di diritto invece era quella che proveniva da una sentenza di condanna per un crimine, quando essa comportava anche la morte civile o quando l'accusato era condannato alla galere o bandito[81]. Vi potevano essere anche casi di infamia di diritto in seguito a crimini ordinari, rimandando all'autorità del magistrato di decidere a riguardo, mentre la testimonianza di coloro che erano stati condannati per infamia non era accettata, salvo l'ipotesi – significativa – del crimine di lesa maestà, quando erano ammesse denunce e testimonianze da ogni persona[82].

Dello stesso tenore l'*Encyclopédie méthodique*, che alla sezione *Jurisprudence* si avvalse anche del contributo di Boucher-d'Argis[83], il quale riprendeva molte delle definizioni utilizzate nella silloge precedente e ne ampliava la portata fornendo un'interpretazione di fama e infamia, ovvero della rispettabilità e della sua perdita, che apriva la strada al concetto di opinione pubblica[84]. Partendo anche in questo caso dal presupposto che infame fosse colui che aveva perduto la reputazione di onorabilità e di probità, l'infamia era considerata un prodotto della disapprovazione pubblica che privava un cittadino della stima e della fiducia della società e che gli faceva perdere la solidarietà che esisteva tra i membri del medesimo status. Anche in questo caso, riportando fedelmente le espressioni utilizzate dall'*Encyclopédie* di Diderot e D'Alembert così come da altri Dizionari precedenti, si sottolineava la distinzione tra infamia di fatto e di diritto. La prima proveniva da un'azione disonorante – o meglio considerata tale dall'opinione della gente rispettabile – che comportava la perdita della reputazione dell'autore, sebbene non vi fosse nessuna legge a stabilirlo. Nell'infamia di fatto, che escludeva dagli incarichi all'interno dei corpi che componevano la società di antico regime, incorrevano gli usurai, coloro che conducevano vite scandalose, che esercitavano una professione vile, i sodomiti o gli apostati, «le esistenze più inessenziali», per dirla con Foucault[85].

Per l'infamia di diritto, dopo una lunga disamina della legislazione romana, l'*Encyclopédie méthodique* ricordava che nell'ordinamento francese essa poteva provenire solo da una condanna per un determinato reato:

> Elle a lieu lorsque la condamnation emporte mort naturelle ou civile, lorsque l'accusé est condamné aux galères ou au bannissement à temps, ou d'un certain lieu seulement, à faire amende honorable, au fouet, à la fleur-de-lys, à demander pardon à genoux, au blâme, à une amende pécuniaire en matière criminelle, ou à une aumône en matière civile[86].

Questa definizione, già presente in altri glossari, era correlata da una considerazione maggiormente originale che anticipava una concezione più complessa di onore e rispettabilità e della loro perdita rispetto alla società e all'opinione della maggioranza (non ancora concettualizzata come opinione pubblica). Infliggere l'infamia, continuava il ragionamento dell'estensore della voce della *Méthodique*, nello stato in cui si trovava la società francese dell'epoca, non doveva dipendere solo dalla legge, ma era necessario che quanto stabilito da questa coincidesse con la morale universale. Se l'infamia che le leggi si sforzavano di infliggere si fosse distanziata eccessivamente dallo spirito della società, o la legge non sarebbe stata più rispettata o i luoghi comuni (*idées reçues*) della probità avrebbero perso la loro forza. Come aveva scritto Cesare Beccaria in *Dei delitti e delle pene*, riflettendo sui concetti strettamente imbricati di opinione e onore[87], le ingiurie contrarie a quest'ultimo, cioè «a quella giusta porzione di suffragi che un cittadino ha diritto di esigere dagli altri», dovevano essere punite con l'infamia[88]. Tuttavia dichiarare infami azioni per sé indifferenti sminuiva l'infamia proveniente da azioni che erano veramente tali.

> Le pene d'infamia – continuava il giurista milanese – non debbono essere né troppo frequenti né cadere sopra un gran numero di persone in una volta: non il primo, perché gli effetti reali e troppo frequenti delle cose d'opinione indebo-

liscono la forza della opinione medesima, non il secondo, perché l'infamia di molti si risolve nell'infamia di nessuno[89].

Seguendo il ragionamento di Beccaria, certamente noto all'autore della voce il quale ne riprese gli stilemi, la *Méthodique* precisava che se si fossero dichiarate infami un eccessivo numero di azioni, senza differenziarle, si sarebbe ottenuto il risultato che i comportamenti che la società doveva considerare proprio come infamanti avrebbero presto smesso di essere valutati come tali:

> La peine d'infamie ne doit point être trop fréquente, parce que l'emploi trop répété du pouvoir de l'opinion affaiblit la force de l'opinion même. L'*infamie* ne doit pas non plus tomber sur un trop grand nombre de personnes, parce que l'*infamie* du grand nombre n'est bientôt plus l'*infamie* de personne[90].

Nel rapporto ambiguo tra la parola e la cosa, emergeva, sembrerebbe per la prima volta, il riferimento alla forza dell'opinione, ovvero all'opinione pubblica, che nel determinare il contenuto e la *ratio* della legge, riscriveva il concetto di onorabilità e della sua perdita nel nuovo vocabolario illuminista. Più specificamente, in riferimento alla "mistica" dell'autorità, una legislazione che si fosse posta in contrasto con la *force de l'opinion* rischiava di essere privata proprio della *force de loi*[91].

4. *L'invenzione della trasparenza: sorveglianza e denuncia durante la Rivoluzione francese*

Con la Rivoluzione francese i principi di sovranità della Nazione e libertà d'espressione trovarono una loro consacrazione giuridica negli art. 3 e 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789[92]. La sovranità nazionale e la libera comunicazione delle opinioni avevano acquisito un'importanza tale che i diritti dell'uomo stessi erano pensati all'interno delle nozioni di pubblicità e di opinione pubblica, le quali, non ancora definite nel corso del Settecento, si sarebbero affermate all'interno dello "spazio comunicativo rivoluzionario", dove tutti i cittadini avevano il diritto di parola[93]. Il nuovo lessico dei diritti, tuttavia, avrebbe superato il concetto di opinione pubblica – in quanto troppo legato a un modello individualistico, a vantaggio di idee più unificanti come *esprit* e *conscience publique*[94] – e il suo ruolo di mediazione venne vanificato privilegiando una concezione unanimistica di cittadinanza che identificava il popolo con la costituzione[95].

Gli ideali rivoluzionari e repubblicani furono caratterizzati, oltre che dalla centralità dell'opinione pubblica e dal rigetto della segretezza, dalla realizzazione di un patto sociale basato sulla pubblicità (anche nel campo giudiziario), sulla libertà di diffusione delle informazioni, sulle discussioni pubbliche per l'adozione delle leggi, sul controllo dell'esecutivo da istanze rappresentative e popolari, sul giuramento pubblico e sulla trasparenza[96]. Quest'ultima, che si affermò progressivamente dal 1789 nel procedimento legislativo e nelle procedure parlamentari, tuttavia, non si limitava a investire gli aspetti giuridici e istituzionali, ma riguardava tutti gli ambiti della vita sociale e politica: le letture erano pubbliche, le assemblee popolari e gli organi amministrativi deliberavano pubblicamente, le elezioni avvenivano a voce alta (come nell'agosto del 1792 e nell'autunno

del 1793), gli scrutini si effettuavano per acclamazione, mentre coloro che agivano in segreto erano considerati antipatrioti e controrivoluzionari e la loro denuncia, ritenuta un dovere civico[97], costituì il campo dominante nella letteratura pamphlettistica a partire dal 1789[98].

Dalla nuova edizione del *Dictionnaire de l'Académie françoise* del 1798[99] emerge il concetto di opinione pubblica che appariva sia alla voce infamia – intesa come perdita dell'onore e della reputazione rispetto alla legge e alla società[100] – sia alla voce opinione, dove, per la prima volta si faceva riferimento esplicitamente a questa idea:

> On dit, l'opinion publique, l'opinion générale, et simplement, l'opinion, pour signifier ce que le public pense sur quelque chose. Il faut respecter l'opinion publique. Le pouvoir, l'empire, l'influence de l'opinion; et en ce sens, on dit proverbialement, l'opinion est la Reine du monde[101].

L'esigenza di trasparenza, intesa come affermazione, ma anche superamento, del principio illuminista di pubblicità, portò all'emersione di due istanze politico-sociali che procedevano congiuntamente: la sorveglianza e la denuncia. Entrambe già presenti nella cultura del XVIII secolo, in questa fase incontrarono una radicalizzazione, con l'obiettivo di segnalare e reprimere il complotto e la corruzione[102]. La politica e il diritto erano interpretati in termini morali, entrambi fondati sulla virtù[103], costantemente correlata dal riferimento alle repubbliche antiche e ai modelli (e ai miti) della classicità[104].

La conquista dell'autonomia della sfera privata veniva rimessa in discussione a favore della virtù rivoluzionaria, «una delle grandi parole d'ordine della Rivoluzione francese [...] complemento etico-politico della cittadinanza»[105], che non distingueva tra pubblico e privato. Le iniziative in questo senso trovarono vasta eco soprattutto nella stampa patriottica e in quella più radicale come *L'Ami du peuple* di Jean-Paul Marat, dove venivano pubblicate numerose lettere di denuncia (in parte tra l'altro scritte da lui stesso) tese ad alimentare la paura della cospirazione[106] e a esaltare la figura della sentinella che vigilava contro il nemico interno[107]. Il 26 ottobre 1793 (16 brumaio anno II), Bertrand Barère propose, alla Convenzione nazionale, l'istituzione di un tribunale, – denominato *Jury censorial* – incaricato di vigilare sulla condotta dei rappresentanti del popolo, di giudicarli e di comminare loro una pena proporzionata ai delitti[108]. La creazione del tribunale, che secondo l'opinione del proponente aveva lo scopo di reprimere i complotti orditi segretamente dai cospiratori e quello di rendere conto al popolo della condotta politica e privata di ogni deputato, fu ostacolata da Maximilien Robespierre, il quale, seppur concorde sulla necessità di reprimere severamente la corruzione, era scettico verso l'attribuzione a istanze giurisdizionali della risoluzione di questioni politiche e morali[109]. Il *Jury*, che avrebbe rischiato di nascondere le vere malefatte dei rappresentanti, fu respinto dall'Assemblea su proposta di Robespierre, il quale tuttavia non smise di denunciare la corruzione dei deputati i quali "procedevano camuffati". Simbolica, da questo punto di vista, fu l'abolizione del carnevale e dei suoi travestimenti nel 1791[110], ma fu il Terrore che si sarebbe occupato di togliere la maschera ai nemici pubblici[111].

Secondo il nuovo vocabolario repubblicano, proposto in maniera singolare in un Dizionario del 1801[112] da Louis-Sébastien Mercier (il quale aveva offerto una raffigurazione dell'opinione pubblica francese

prerivoluzionaria nel *Tableau de Paris* del 1781)[113], se nell'*Ancien régime* il pubblico ministero aveva svolto l'esercizio di accusatore, nell'era repubblicana ogni cittadino, testimone di un delitto, doveva divenirne il delatore[114]. La denuncia attraverso i giornali rivoluzionari – uno dei quali aveva per titolo proprio *Dénonciateur national*[115] – rappresentava la garanzia della libertà al punto che fu proposto di inserirla tra i diritti fondamentali del cittadino o addirittura tra i diritti naturali[116]. Si affermò, soprattutto durante la fase del Terrore, un'ossessione della trasparenza[117] che portò i rivoluzionari a esaltare la delazione pubblica e a evocare la necessità della nitidezza dei "corpi" al punto da ricordare sia il significato "fisico" incontrato nei Dizionari settecenteschi, come la luce che passava attraverso la materia, sia, in particolare, la rousseauiana metafora del cuore limpido come il cristallo[118].

Sebbene la paura del complotto risalisse al tradizionale timore delle carestie e delle cospirazioni aristocratiche[119] e fosse presente già agli albori della Rivoluzione – quando la "Grande paura dell'Ottantanove" aveva rischiato di rendere tutti sospetti[120] –, durante la stagione giacobina il fenomeno assunse proporzioni tali da giungere all'esigenza di una trasparenza assoluta e all'esaltazione, da parte di Robespierre, della sfiducia, intesa come guardiana dei diritti dell'uomo[121]. Anche altri difesero la *défiance* come garanzia per la sicurezza nazionale e per la tutela delle libertà, tra i quali Camille Desmoulins e, in particolare, Jacques-Pierre Brissot che, nel dicembre del 1791, auspicava una sfiducia ragionevole ed equilibrata, che non portasse agli eccessi delle denunce e alla paralisi dei poteri[122]. Il concetto di sfiducia, intesa come controllo democratico che caratterizzava il sistema giacobino della sorveglianza, sarebbe rimasto uno degli elementi del costituzionalismo moderno, che nella sua versione liberale e moderata, lo avrebbe tradotto nella sfiducia verso il potere popolare (e il suffragio universale), al punto che Benjamin Constant, nel 1828 sostenne, in un noto discorso alla Camera dei deputati, che ogni costituzione è un atto di sfiducia[123].

L'idea di trasparenza, riconducibile all'elaborazione che emergeva dall'opera di Jean-Jacques Rousseau, sia l'*Emilio* che il *Contratto sociale*, conservava una chiara impronta costituzionalistica di limite, imposto dal basso, all'esercizio del potere e di critica, sempre più severa, nei confronti della magistratura pre-rivoluzionaria e dello spirito corporativo della *noblesse de robe*. L'elettività di tutte le cariche pubbliche, comprese quelle giurisdizionali, che caratterizzò i primi anni della Rivoluzione, rappresentava, a suo modo, la necessità di eliminare forme non trasparenti nella selezione delle autorità. Anche la denuncia aveva come principale scopo quello del controllo dei governati sui governanti: presso il club dei Giacobini, poco prima della caduta della monarchia il 10 agosto 1792, veniva ricordato che la costituzione garantiva al popolo la facoltà di sorvegliare i propri rappresentanti e che i traditori volevano impedire ai membri delle società popolari di svolgere la loro funzione di sentinelle vigilanti[124]. La sorveglianza del popolo, nell'immaginario rivoluzionario, sviluppava il concetto di sovranità, rendendolo comprensibile e «appropriabile»[125].

Nel periodo successivo, con l'acuirsi dei conflitti, la denuncia assunse il ruolo, nei patrioti in generale e presso i giacobini in particolare, di «règle qui plie chacun à un

unanimisme sévère, au poids du Peuple comme puissance collective»[126]. Il principio di pubblicità, interpretato come corollario della sorveglianza[127], e che i sanculotti nella loro azione politica portarono alle estreme conseguenze, si rivelò un'efficace arma rivoluzionaria[128].

> Tous les citoyens étaient appelés à contrôler les actes, les paroles, les intentions mêmes de leurs amis comme de leurs adversaires. Mais ils ne devaient rien taire de ce qui intéressait le salut public. La dénonciation devenait ainsi une application extrême du principe de publicité: elle fut pour le sans-culotte un devoir civique[129].

Per il movimento popolare, che considerava la denuncia un dovere morale, lo spazio pubblico era considerato un luogo trasparente, una sorta di *Panopticon* democratico – per utilizzare un ossimoro – dove tutti potevano vedere (e controllare) gli altri: «la pratique de la dénonciation montre donc [...] une passion de la surveillance qui fut partagé par les Jacobins et par les formes d'organisations populaires»[130].

Un'espressione esasperata dell'esito quasi palingenetico della "rivoluzione della trasparenza", la troviamo presso la Società dei giacobini, dove l'ex prete e montagnardo convinto Philibert Simond, nel luglio 1792, arrivò a chiedere la soppressione dei discorsi a vantaggio di un'assemblea muta: «Dans la crise où nous sommes, il ne faut plus de discours, plus de correspondance: il nous faut de séances muettes où chacun se devine dans les yeux ce qu'il a à faire, et où il ne faille plus s'en rapporter qu'à soi»[131]. Così come l'aristocratico era rappresentato nella stampa sanculotta nei panni di un Giano bifronte che dietro le parvenze amichevoli nascondeva tante braccia armate, allo stesso modo, la corte, nell'immaginario del militante, era un mostro dai mille occhi che controllava tutti, mentre il cittadino-rivoluzionario avrebbe dovuto denunciare i deputati, traditori del mandato popolare, e privarli della maschera indossata per coprire gli interessi particolari[132]. I deputati dunque si sarebbero riuniti in una "seduta muta", che li avvicinava, per paradossale che possa apparire, ai consiglieri del sovrano, fedeli custodi dei segreti della monarchia assoluta, che aveva il suo emblema nel Consiglio privato del re[133]. In nome della segretezza il primo, della trasparenza il secondo, il suddito-consigliere e il cittadino-rivoluzionario rappresentavano gli organi muti del corpo politico[134].

Ma fu proprio Robespierre, che a più riprese si era espresso sulla necessità della trasparenza e sul ricorso all'opinione popolare, a precisare la posizione dei giacobini rispetto al controllo sociale. Nell'anniversario della presa della Bastiglia del 1794, il 26 messidoro anno II, egli prese la parola presso la Società dei Giacobini per confermare le accuse e la sfiducia verso Joseph Fouché il quale, in una lettera, chiedeva di sospendere il giudizio contro di lui, in quanto già sottoposto a quelli del Comitato di salute pubblica e di sicurezza generale[135]. Rifiutarsi di essere giudicato dai propri concittadini e di rispondere di fronte una Società popolare, di cui si era membri – sostenne l'Incorruttibile in uno dei suoi ultimi interventi – significava non avere fiducia verso il potere di controllo del popolo e avrebbe comportato l'inizio della tirannia. Robespierre che già dal noto discorso del 1791 aveva difeso la libertà di stampa come limite da opporre al dispotismo[136], in conclusione del suo discorso, sostenne che gli occhi e le orecchie del popolo avrebbero sorvegliato e giudicato la condotta dei sospetti e lapidariamente

aggiunse che «l'homme qui craint les regards de ses concitoyens est coupable»[137]. Il tribunale dell'opinione – della «coscienza pubblica», avrebbe scritto Antoine de Saint-Just, con un'espressione che nel lessico rivoluzionario aveva sostituito quella di opinione pubblica, condizionata dal canone illuministico-elitario[138] – sarebbe stato infallibile. La nuova "magistratura censoria" risiedeva sia nei Comitati di salute pubblica e di sicurezza generale, che rappresentavano secondo le parole stesse di Robespierre, il governo, sia nella Convenzione, che ne era la fonte, o meglio, rappresentava «le gouvernement par essence»[139]. Ma soprattutto risiedeva nella sezioni popolari, che non dovevano essere messe in contrapposizione con l'assemblea: «un Représentant est responsabile à la Convention de ses actions; mais un bon citoyen ne balance pas à paraître devant ses concitoyens»[140].

La politica del sospetto – che ha diviso la storiografia sulla Rivoluzione francese tra la parte conservatrice che la considerava sintomo della degenerazione rivoluzionaria e quella progressista che ne comprendeva le ragioni e la legittimava in base alle circostanze e allo stato d'eccezione – giunse fino all'esaltazione della sorveglianza e del cittadino-delatore[141]. L'applicazione del codice penale del 1791, di stampo garantista, ebbe vita breve e, in seguito alla laicizzazione dei membri del clero cattolico (quali ministri di culto), i cosiddetti preti 'refrattari' all'esecuzione dell'ordine furono considerati sospetti. Successivamente la procedura di registrazione fu adottata per altri soggetti, come gli *émigrés*, fino alla sua formalizzazione con la legge sui sospetti del 17 settembre 1793, che criminalizzava coloro che erano considerati nemici della rivoluzione, integrata da un atto della Comune di Parigi del 10 ottobre che stabiliva i caratteri che dovevano distinguere i sospetti, ai quali era negato il certificato di civismo[142].

Durante il Terrore, quando la denuncia non era più una semplice tappa iniziale dell'inchiesta giudiziaria ma il fondamento stesso dell'accusa, nella misura in cui si sostituiva agli interrogatori e alla ricerca delle prove[143], il decreto del 22 pratile anno II (10 giugno 1794)[144] avvicendò la categoria di sospetti con una ancora più ampia e indefinita (e pericolosa) di nemici del popolo, deferiti ad una giurisdizione straordinaria, il Tribunale rivoluzionario, istituito con decreto del 10 marzo 1793 e composto da giudici nominati dalla Convenzione nazionale[145]. La legge di pratile[146], che dava inizio al Grande Terrore, utilizzò la denuncia, orale o scritta, come fondamento dell'atto d'accusa e quindi come causa degli arresti arbitrari e delle esecuzioni sommarie che caratterizzarono il periodo[147]. Ma la denuncia come strumento di lotta politica continuò, e a volte aumentò, anche durante la cosiddetta reazione termidoriana quando divenne un modo per vendicarsi[148], rappresentando uno dei motivi che resero difficile "terminare la rivoluzione" e fondare un ordine giuridico stabile[149].

Rimase dunque una tensione latente nel pensiero rivoluzionario e democratico, tra la difesa di una libertà assoluta della stampa di carattere illuministico, proclamata a più riprese da Robespierre e recepita dai testi costituzionali, e l'esaltazione della sfiducia unita al sostegno alla denuncia, che vedevano in ogni opinione diversa l'espressione di un possibile complotto[150]. La divaricazione tra l'illuminismo e il giacobinismo, sintetizzata come quella tra la tolleranza e la virtù[151], nel discorso rivoluzionario sulla trasparenza, di matrice chiaramente

rousseauiana[152], venne superata capovolgendo l'interpretazione individualistica dei diritti dell'uomo, a vantaggio dei diritti e della sovranità del popolo. I principi giuridici previsti dalla Dichiarazione del 1789 dovevano sottostare alla "norma" della virtù che ne avrebbe ampliato il campo d'estensione[153].

Con la Rivoluzione la sfera di competenza dell'opinione pubblica si sarebbe ampliata al punto da fornirgli un valore costituzionale e sarebbe emerso il concetto di trasparenza, frutto da un lato delle pratiche di opposizione, delle dinamiche rivoluzionarie e della paura del complotto, dall'altro dell'ideologia rousseauiana e rivoluzionaria (in particolare giacobina) basata sulla totale nitidezza della società e sulla sfiducia verso il potere. Il lessico giuridico rivoluzionario, attraverso "l'invenzione della trasparenza", avrebbe oltrepassato la distinzione tra segretezza e pubblicità fornendo una sintesi tra spazio pubblico e privato, basata sull'esaltazione della virtù, sul superamento della dicotomia tra potere e popolo e sull'assimilazione di verità e giustizia.

[1] J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuwied, Herman Luchterhand Verlag, 1962; trad. it. *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, Laterza, 2002; nella vastissima letteratura inerente la tesi habermasiana, dalla prospettiva di questo lavoro si veda L. Scuccimarra, *La trasparenza del politico. Habermas e il paradigma della sfera pubblica*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 6, 2003, *Opinione pubblica. Storia, politica, costituzione dal XVII al XX secolo*, pp. 35-59; F. Benigno, *Opinione pubblica*, in Id., *Parole nel tempo. Un lessico per pensare la storia*, Roma, Viella, 2013, pp. 205-220.

[2] Nella vasta bibliografia si veda M. Ozouf, *Le concept d'opinion publique au XVIII^e siècle*, in Ead., *L'homme régénéré. Essai sur la Révolution française*, Paris, Gallimard, 1989, pp. 21-53; R. Chartier, *Les origines culturelles de la Révolution française*, Paris, Seuil, 1990; K.M. Baker, *L'opinion publique comme invention politique*, in Id., *Au tribunal de l'opinion. Essais sur l'imaginaire politique au XVIII^e siècle*, Paris, Payot, 1993, pp. 219 ss. (ed. or. *Inventing the French Revolution*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 1990); A. Farge, *Dire et mal dire. L'opinion publique au XVIII^e siècle*, Paris, Seuil, 1992; R. Monnier, *L'espace public démocratique. Essai sur l'opinion à Paris de la Révolution au directoire*, Paris, Kimé, 1994; E. Tortarolo, *Opinione pubblica*, in V. Ferrone, D. Roche (a cura di), *L'Illuminismo. Dizionario storico*, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 283-291; F. de Vivo, *Patrizi, informatori, barbieri. Politica e comunicazione a Venezia nella prima età moderna*, Milano, Feltrinelli, 2012.

[3] Secondo l'efficace formula di N. Bobbio, *La democrazia e il potere invisibile*, in «Rivista italiana di scienza politica», n. X, 1980, pp. 181-203, poi in Id., *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Torino, Einaudi, 1984, pp. 75-100 (p. 76 per la citazione).

[4] Cfr. Ozouf, *Le concept d'opinion publique* cit., p. 31; si veda anche M. Porret, *Représentations de la justice patricienne*, in *Regards sur la révolution genevoise (1792-1798)*, Genève, Société d'histoire et d'archéologie, 1992, pp. 129 ss.

[5] Questa la tesi, ampiamente documentata, di Farge, *Dire et mal dire* cit.

[6] Così Benigno, *Opinione pubblica* cit., p. 212.

[7] M. Foucault, *La vie des hommes infâmes*, in «Les Cahiers du chemin», n. 29, 15 gennaio 1977; trad. it. *La vita degli uomini infami*, in *Archivio Foucault. Interventi, colloqui, interviste. 2. 1971-1977, Poteri, saperi, strategie*, a cura di A. Dal Lago, Milano, Feltrinelli, 1997, pp. 245-261 (p. 255 per la citazione).

[8] Nella sterminata bibliografia si veda V. Piano Mortari, *Il potere sovrano nella dottrina giuridica del secolo XVI*, Napoli, Liguori, 1973; D. Richet, *Lo spirito delle istituzioni. Esperienze costituzionali nella Francia moderna* (1973), a cura di F. Di Donato, Roma-Bari, Laterza, 1998; R. Mousnier, *Les institutions*

de la France sous la monarchie absolue (1598-1789), I, *Société et État*, II, *Les organes de l'État et la Société*, Paris, Puf, 1974-1980; Ph. Sueur, *Histoire du droit public français. XV^e-XVIII^e siècle*. 1. *La constitution monarchique*. 2. *Affirmation et crise de l'État sous l'Ancien régime*, Paris, Puf, 1989; M. Stolleis, *Stato e ragion di stato nella prima età moderna*, Bologna, Il Mulino, 1998, pp. 135 ss.; F. Di Donato, *L'ideologia dei* robins *nella Francia dei Lumi*. I. *Costituzionalismo e assolutismo nell'esperienza politico-istituzionale della magistratura di antico regime. 1715-1788*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003; F. Benigno, Reductio ad unum: *il fascino discreto dell'assolutismo*, in «Storica», n. 29, 2004, pp. 79-110; A. Jouanna, *Le pouvoir absolue. Naissance de l'imaginaire politique de la royauté*, Paris, Gallimard, 2013.

9 Il riferimento è a R. Ajello, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, Jovene, 1976.

10 Sul punto si rimanda al fondamentale volume di P. Costa, *Iurisdicio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale, 1100-1433*, Milano, Giuffrè, 1969 (n.e. 2002).

11 Sulla trasparenza del potere contro l'arbitrio dei giudici, si veda il saggio di F. Di Donato, *La trasparenza contro l'ostacolo. Il mutamento del concetto di «legge» nella Rivoluzione francese*, in «Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto», 2013, pp. 179-211, che, evidentemente, parafrasa il titolo del celebre volume di Jean Starobinski.

12 G. Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 119, ma si veda tutto il Cap. IV, *Dibattimento: processo penale e opinione pubblica nell'Europa del Settecento*.

13 P. Alatri, *Parlamenti e lotta politica nella Francia del Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1977, pp. 94 ss.

14 Cfr. Baker, *L'opinion publique* cit., pp. 219 ss.

15 Di Donato, *La trasparenza contro l'ostacolo* cit., pp. 184 ss.

16 Chartier, *Les origines culturelles* cit., in particolare il paragrafo *Le public contre le peuple*, pp. 41 ss.

17 Tortarolo, *Opinione pubblica* cit., pp. 282 ss.

18 Ozouf, *Le concept d'opinion publique* cit., pp. 21-53.

19 Baker, *L'opinion publique* cit., p. 223.

20 J. Necker, *Compte rendu au Roi*, Paris, Imprimerie Royale, 1781.

21 Cfr. L. Burnand, *Necker et l'opinion publique*, Paris, Champion, 2004.

22 Necker, *Compte rendu au Roi* cit., p. 2.

23 Ivi, p. 3.

24 Art. 14. – Tutti i cittadini hanno il diritto di constatare da loro stessi o mediante i loro rappresentanti, la necessità del contributo pubblico, e di approvarla liberamente, di controllarne l'impiego e di determinarne la quantità, la ripartizione e la riscossione e la durata.

25 Cfr. M. Pertué, *Publicité*, in A. Soboul, *Dictionnaire historique de la Révolution française*, Paris, Puf, 1989, pp. 874-875.

26 Cfr. Chartier, *Les origines culturelles* cit., pp. 32 ss.

27 Sul punto cfr. Scuccimarra, *La trasparenza del politico* cit., pp. 36 ss.

28 Secondo le parole di G. Ricuperati, *Una storia intellettuale della Rivoluzione francese*, in «Studi storici», LVI, 2015, p. 465.

29 Secondo la felice espressione di Ozouf, *Le concept d'opinion publique* cit., p. 23.

30 F. Waquet, *Dictionnaires*, in *Dictionnaire de l'Ancien régime. Royaume de France (XVI^e-XVIII^e siècle)*, Paris, Puf, 1996, pp. 407-408; si veda anche R. Birn, *Enciclopedismo*, in Ferrone, Roche (a cura di), *L'Illuminismo* cit., pp. 179-187.

31 P. Bayle, *Dictionnaire historique et critique*, Cinquième édition, revue, corrigée et augmentée, Basle, Brandmuller, 1738, 4 voll.; opera di straordinaria importanza, dove tuttavia compaiono principalmente voci inerenti a persone e luoghi, ma non a concetti e termini.

32 E. Huguet, *Dictionnaire de la langue française du sizième siècle*, Paris, Didier, 1965.

33 Ivi, Tome VI, voce *Privé*, p. 193.

34 Ivi, Tome VI, voce *Public*, pp. 240-241.

35 *Le Dictionnaire de l'Académie françoise*, dedié au Roy, Paris, Chez la Veuve de Jean-Baptiste Coignard, Imprimeur ordinaire du Roy, 1694; per i titoli delle opere si è mantenuta l'ortografia originale, mentre il testo è stato modificato nel francese moderno.

36 Waquet, *Dictionnaires* cit., pp. 407-408.

37 G. Coquille, *Institution au droict des François*, Paris, Abel l'Angelier, 1608.

38 P.-J. Brillon, *Dictionnaire civil et canonique contenant les etimologies, Définitions, Divisions et Principes du droit françois, conferé avec le Droit Romain, et de la pratique, accomodée aux nouvelles Ordonnances*, Paris, Besoigne et Bobin, 1687.

39 P. Richelet, *Dictionnaire françois, contenant les mots et les choses, plusieurs nouvelles remarques sur la langue françoise*, Genève, Jean Herman Widerhold, 1680, p. 152; su questo Dizionario e le sue numerose edizioni si veda ampiamente J.-C. Waquet, *La conjouration des dictionnaires. Vérité des mots et vérités de la politique dans la France moderne*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000.

40 Richelet, *Dictionnaire françois* cit., p. 195.

41 Significativa l'assenza delle voci *infamie*, *public* e *privé* dal primo dei lessici del XVII secolo, *Le Grand dictionnaire historique, ou Mélange curieux de l'histoire sacrée et profane*, par M. Louis Moréri, Prêtre, Docteur en théologie, Paris, 1674, il quale ebbe numerose edizioni nei decenni successivi; assenti anche in J. Savary des Bruslons, *Dictionnare universel de commerce, contenant tout ce qui concerne le commerce qui se fait*

dans les quatre parties du monde, 3 voll., Paris, J. Estienne, 1723-1730.

42 A. Furetière, *Dictionnaire universel, contenant généralement tous les mots François, tant vieux que modernes, et les Termes des Sciences et des arts*, III ed., Rotterdam, 1708.

43 Ivi, *ad vocem*.

44 Sull'incrocio tra scienza, cultura e politica, nella Francia del Settecento, proprio rispetto al concetto di trasparenza, cfr. T. Levitt, *The Shadow of Enlightenment. Optical and Political Transparency in France, 1789-1848*, Oxford, Oxford University Press, 2009; si veda la recensione di questo volume di Isabelle Laboulais apparsa sulle «Annales historiques de la Rèvolution française», n. 374, 4, 2013, pp. 207-208.

45 Furetière, *Dictionnaire universel* cit., *ad vocem*.

46 Ivi, *ad vocem*.

47 Ivi, *ad vocem*.

48 Ozouf, *Le concept d'opinion publique* cit., p. 22.

49 Trévoux, *Dictionnaire universel François et latin, contenant la signification et la définition tant des mots de l'une et de l'autre langue, avec leurs différens usages que des termes propres de chaque état et de chaque profession*, Paris, Compagnie des libraires associés, 1752.

50 Cfr. Birn, *Enciclopedismo* cit., p. 181.

51 Cfr. A. Collinot, F. Mazière, *Un prêt à parler: le Dictionnaire universel d'Antoine Furetière et sa postérité immédiate, le Trévoux. Une lecture du culturel dans le discours lexicographique*, in «Lexicographica», n. 3, 1987, pp. 51-75; D. Behnke, *Furetière und Trévoux. Eine Untersuchung zum Verhältnis des beiden Wörterbücherserien*, Tübinghen, 1996.

52 Trévoux, *Dictionnaire universel* cit., tome VI, voce *Privé*.

53 C.-J. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de Droit, d'Ordonnances, de Coutumes et de Pratique, avec les jurisdictions de France*, 2 tomes, Seconde édition, Paris, Brunet, 1740.

54 Ivi, tome II, p. 590.

55 Ivi, p. 591.

56 Ivi, pp. 590-592.

57 *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des artes et des métiers, par une société des gens de lettres*, Neufchastel, Faulche, 1751-1780.

58 Birn, *Enciclopedismo* cit., p. 187.

59 Attribuibile a Diderot.

60 Tali voci, redatte da Louis de Jaucourt, sono considerate da Giovanni Tarello, generiche e contraddittorie; cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1998 (ed. or. 1976), pp. 330 ss.

61 *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné* cit., Tome XIII, *ad vocem*.

62 Si veda J.-C. Gaven, *Boucher d'Argis, Antoine-Gaspard*, in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècle)*, Paris, Puf, 2007, pp. 113-115.

63 Cfr. R. Darnton, *Il Grande Affare dei Lumi. Storia editoriale dell'*Encyclopédie *(1775-1800)*, Milano, Silvestre Bonnard, 1998, p. 24; Boucher d'Argis fornì più di 4500 voci, p. 329; su Jaucourt, in particolare, ora si dispone del volume: G. Barroux, F. Pépin (dir.), *Le Chevalier de Jaucourt. L'homme au dix-sept mille articles*, Paris, Société Diderot, 2015.

64 *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné* cit., tome XIII, p. 551.

65 Ivi, tome XI, pp. 461-463.

66 Si veda Baker, *L'opinion publique* cit., pp. 219 ss.

67 Chartier, *Les origines culturelles* cit., pp. 43 ss.

68 *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné* cit., tome XI, p. 461.

69 Ivi, p. 463.

70 Edita a Parigi, tra il 1782 e il 1793 da Panckoucke e continuata da Agasse fino al 1832; cfr. S. Tucoo-Chala, *Charles-Joseph Panckoucke et la librairie française (1736-1798)*, Pau, Marrimpouey Jeune, 1977.

71 *Encyclopédie méthodique, Jurisprudence*, 10 voll., Paris, Panckoucke, 1782-1791.

72 Ivi, Tome VI, 1786, pp. 272-274.

73 B. Binoche, *Metamorfosi dell'onore nell'età dei Lumi*, in «Storia del pensiero politico», n. 1, 2015, pp. 3-24.

74 Cfr. A. Mazzacane, *Infamia*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1971, vol. XXI, pp. 382-387; F. Migliorino, *Fama e infamia: problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Catania, Giannotta, 1985.

75 Id., *Lo spazio dell'infamia. Corpo scrittura identità* (2007), in Id., *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, pp. 67 ss.

76 Brillon, *Dictionnaire civil et canonique* cit., p. 461.

77 Ivi, p. 462.

78 Sul punto si veda ampiamente M.R. Di Simone, *L'identità giuridica e la sua perdita nell'istituto della morte civile in Francia tra il XVIII e il XIX secolo*, in «Rivista di storia del diritto italiano», n. LXXXIV-LXXXV, 2001-2002, pp. 21-78.

79 *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné* cit., tome VIII, voce *Infâmes*, p. 635.

80 Gaven, *Boucher d'Argis* cit., p. 114; più in generale W. Wolodkiewicz, *Le droit romain et l'Encyclopédie*, Napoli, Jovene, 1986.

81 *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné* cit., tome VIII, voce *Infamie*, pp. 635-636.

82 Ivi, p. 636.

83 Cfr. Darnton, *Il Grande Affare dei Lumi* cit., pp. 302 ss.

84 *Encyclopédie méthodique, Jurisprudence* cit., Tome V, 1785, voce *Infâme*, pp. 162-163.

85 Foucault, *La vita degli uomini infami* cit., p. 250.

86 *Encyclopédie méthodique, Jurisprudence* cit., Tome V, 1785, p. 163.

87 C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di A. Burgio, Prefazione di S. Rodotà, Milano, Feltrinelli, 1991, pp. 49 ss.

88 Ivi, p. 72.

89 *Ibidem*.

90 *Encyclopédie méthodique, Jurisprudence* cit., Tome V, 1785, p. 163.

[91] J. Derrida, *Force de loi. Le «Fondement mystique de l'autorité»*, Paris, Galilée, 1994.

[92] Art. 3. Il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella Nazione. Nessun corpo o individuo può esercitare un'autorità che non ne derivi espressamente. Art. 11. La libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi dell'uomo; ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla legge.

[93] Così J. Guilhaumou, *La langue politique et la Révolution française. De l'événement à la raison linguistique*, Paris, Klincksieck, 1989, pp. 27 ss.

[94] Sul punto si veda Ozouf, *Le concept d'opinion publique* cit., p. 53.

[95] Mi permetto di rinviare a M. Fioravanti, *Costituzione e popolo. Riflessioni su democrazia e bonapartismo nell'esperienza francese*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», n. 1, XLV, 2015, pp. 179-208.

[96] Cfr. P. Serna, *Pistes de recherches: Du secret de la monarchie à la république des secrets*, in B. Gainot, P. Serna (dir.), *Secret et République (1795-1840)*, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires Blaise Pascal, 2004, pp. 13-37.

[97] Cfr. A. Soboul, *Les sans-culottes parisiens en l'an II. Mouvement populaire et gouvernement révolutionnaire (2 Juin 1793-9 Thermidor an II)*, Paris, Clavreuil, 1958, pp. 249 ss.

[98] Sulle denunce in epoca rivoluzionaria si veda L. Jaume, *Le discours jacobin et la démocratie*, Paris, Fayard, 1989, pp. 195-215; A. de Baecque, *Le corps de l'histoire. Métaphores et politique (1770-1800)*, Paris, Calmann-Lévy, 1993, pp. 257 ss.; J. Guilhaumou, *Fragments of a Discours of Denunciation (1789-1794)*, in K.M. Baker (ed.), *The French revolution and the creation of modern political culture*, Vol. 4, *The Terror*, Oxford, 1994, pp. 139-155; C. Lucas, *The Theory and Practice of Denunciation in the French Revolution*, in «Journal of Modern History», vol. 68, n. 4, December 1996, pp. 768-785; P. Münch, *Révolution française, opinion publique et transparence: les fondements de la démocratie moderne*, in «Appareil», n. VII, 2011.

[99] *Dictionnaire de l'Académie françoise, révu, corrigé et augmenté par l'Académie elle-même*, Cinquième Édition, Paris, Smits, an VI-1798.

[100] «Flétrissure imprimée à l'honneur, à la réputation, soit par la Loi, soit par l'opinion publique», ivi, Tome I, voce *infamie*, p. 727.

[101] Ivi, Tome II, p. 192; sul punto si veda Ozouf, *Le concept d'opinion publique* cit., p. 22.

[102] Cfr. de Baecque, *Le corps de l'histoire* cit., in particolare la parte III, *Le corps-spectacle chair de la cérémonie politique*, capitolo I, *Le grand spectacle de la transparence: le classement des apparences et la dénonciation publique*, pp. 257 ss.; L. Scuccimarra, *Sorvegliare e punire. Rivoluzione francese e istituzioni di controllo*, in «Il pensiero politico», n. 2, XL, 2007, pp. 434-462; T. Tackett, *Conspiracy Obsession in a Time of Revolution: French Elites and the Origins of the Terror, 1789-1792*, in «The American Historical Review», n. 3, Jun., 2000, pp. 691-713; Id., *The Coming of the Terror in the French Revolution*, Cambridge and London, Harvard University Press, 2015, pp. 128 ss.

[103] M. Linton, *Choosing Terror. Virtue, Friendship and Authenticity in the French Revolution*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

[104] Sul tema si dispone ora dell'ottimo volume di D. Di Bartolomeo, *Nelle vesti di Clio. L'uso politico della storia nella Rivoluzione francese (1787-1799)*, Roma, Viella, 2014.

[105] P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 2. L'età delle rivoluzioni (1789-1848)*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 45.

[106] de Baecque, *Le corps de l'histoire* cit., p. 260.

[107] H. Burstin, *Révolutionnaires. Pour une anthropologie politique de la Révolution française*, Paris, Vendémiaire, 2013, p. 148.

[108] *Moniteur, réimpression*, Tome XVIII, pp. 363 ss.

[109] Cfr. de Baecque, *Le corps de l'histoire* cit., pp. 262 ss.

[110] Cfr. M. Biard, J. Guilhaumou, *La "pelle au cul" et autres joyeusetés langagières au temps du carnaval proscrit*, in «Annales historiques de la Révolution française», n. 3, 2010, pp. 33-52.

[111] de Baecque, *Le corps de l'histoire* cit., pp. 262 ss.

[112] L.-S. Mercier, *Néologie ou Vocabulaire de Mots Nouveaux, à renouveler, ou pris dans des Acceptions nouvelles*, 2 tomes, Paris, Moussard, 1801, p. IX; su quest'opera e sull'innovazione linguistica tra Sette e Ottocento si veda M. Mormile, *La "néologie" révolutionnaire de Louis-Sébastien Mercier*, Roma, Bulzoni, 1973.

[113] Cfr. Tortarolo, *Opinione pubblica* cit., p. 288.

[114] Mercier, *Néologie* cit., t. I, voce *Dénonciateur*, pp. 162-163.

[115] Si veda C. Labrosse, P. Rétat, *Naissance du journal révolutionnaire, 1789*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1989.

[116] de Baecque, *Le corps de l'histoire* cit., pp. 273-274.

[117] Ivi, p. 265.

[118] Cfr. J. Starobinski, *J.-J. Rousseau. La trasparence et l'obstacle*, Paris, Gallimard, 1971; trad. it. *La trasparenza e l'ostacolo. Saggio su Jean-Jacques Rousseau*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 391 ss.

[119] Cfr. L. Hunt, *Politics, Culture and Class in the French Revolution*, Los Angeles and London, University of California Press, 1984, pp. 40 ss.

[120] Si veda il classico e ancora fondamentale volume di G. Lefebvre, *La Grande Peur de 1789*, Paris, Armand Colin, 1932.

[121] Cfr. Jaume, *Le discours jacobin* cit., in particolare Deuxième Partie, *L'individu dans le discours jacobin*, Chapitre II, *La dénonciation, poursuite de l'individu dans sa différence*, pp. 192 ss.

[122] Münch, *Révolution française* cit., pp. 8 ss.

[123] B. Constant, *Discours, Chambre*

des députés, 2 mai 1828, in *Archives parlementaires*, 2e série, t. LIII, p. 614; cfr. le considerazioni di P. Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006, pp. 14 ss.

[124] *La Société des Jacobins, Recueil de documents pour l'histoire du club des Jacobins de Paris*, par F.-A. Aulard, tome IV, Juin 1792 à Janvier 1793, Paris, Jouaust, 1892, *Séance du Vendredi 27 Juillet 1792*, p. 147.

[125] Così Rosanvallon, *La contre-démocratie* cit., p. 36.

[126] Jaume, *Le discours jacobin* cit., p. 193.

[127] Soboul, *Les sans-culottes parisiens en l'an II* cit., pp. 549 ss.

[128] Ivi, p. 550.

[129] Ivi, p. 558.

[130] Jaume, *Le discours jacobin* cit., p. 209.

[131] *La Société des Jacobins* cit., tome IV, *Séance du Vendredi 27 Juillet 1792*, p. 149.

[132] *Ibidem*.

[133] Come si è visto, *supra*, le voci *privé* dei Dizionari settecenteschi rimandavano alla voce *Conseil privé* o *Conseil du roi*.

[134] Serna, *Pistes de recherches* cit., p. 17.

[135] *La Société des Jacobins, Recueil de documents pour l'histoire du club des Jacobins de Paris*, par F.-A. Aulard, tome VI, Mars à Novembre 1794, Paris, Jouaust, 1897, *Séance du 26 Messidor an II (14 Juillet 1794)*, pp. 219-222.

[136] Cfr. M. Robespierre, *Discours sur la liberté de la presse*, Prononcé à la Société des Amis de la Constitution, le 11 Mai 1791, Paris, De L'Imprimerie Nationale, 1791.

[137] *La Société des Jacobins*, cit., tome VI, *Séance du 26 Messidor an II (14 Juillet 1794)*, p. 220; cfr. A. Jourdan, *Les discours de Robespierre. La parole au pouvoir*, in «Yearbook of European Studies», n. 9, 1996; *Robespierre – Figure-Réputation*, edited by A. Jourdan, pp. 73-110.

[138] Si pensi, per esempio, al dibattito sulla sopravvivenza delle Accademie, che secondo Condorcet rappresentavano grandi strumenti per la diffusione dell'Illuminismo, mentre per Robespierre andavano superate a vantaggio di un'educazione nazionale che partisse dal basso.

[139] *La Société des Jacobins* cit., tome VI, p. 220.

[140] *Ibidem*.

[141] Sul punto molto utile il saggio di V. Martin, *La Révolution française ou «l'ère du soupçon». Diplomatie et dénonciation*, in «Hypothèses», n. 12, 2009, pp. 131-140.

[142] Cfr. J.-L. Matharan, *Suspec(s)/Soupçon/Suspicion. La désignation des ennemis, été 1789-été 1793*, in *Dictionnaire des usages socio-politiques (1770-1815)*, fasc. 1, *Désignants socio-politiques*, Paris, Klincksieck, 1987, pp. 187-211; Id., *Suspects*, in Soboul, *Dictionnaire historique* cit., pp. 1004-1008; si dispone ora dell'ottimo lavoro di E. de Mari, *La mise hors la loi sous la Révolution Française. Une étude juridictionnelle et institutionnelle (1793 - an III)*, Préface de J. Krynen, Postface de M. Biard, Paris, Lgdj, 2016.

[143] Martin, *La Révolution française ou «l'ère du soupçon»* cit., p. 135.

[144] *Procès-verbal de la Convention nationale*, t. XXXIX, pp. 169-177; sul punto si veda M. Eude, *La loi de Prairial*, in «Annales historique de la Révolution française», 1983, pp. 544-559.

[145] Cfr. M. Fioravanti, *L'età rivoluzionaria e napoleonica*, in *Profilo di storia del diritto penale dal Medioevo alla Restaurazione*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 75-88, e bibliografia citata.

[146] All'articolo 9 prevedeva che «tout citoyen a le droit de saisir et de traduire devant les magistrats les conspirateurs et les contre-révolutionnaires. Il est tenu de les dénoncer dès qu'il les connaît», *Archives parlementaires*, Ie série, t. XCI.

[147] Martin, *La Révolution française ou «l'ère du soupçon»* cit., p. 135.

[148] Cfr. B. Baczko, *Comment sortir de la Terreur. Thermidor et la Révolution*, Paris, Gallimard, 1989; trad. it. *Come uscire dal Terrore. Il Termidoro e la Rivoluzione*, Milano, Feltrinelli, 1989, pp. 191 ss.

[149] Martin, *La Révolution française ou «l'ère du soupçon»* cit., p. 136.

[150] Jaume, *Le discours jacobin* cit., p. 201.

[151] Si veda L. Canfora, *L'uso politico dei paradigmi storici*, Roma-Bari, Laterza, 2010, in particolare il cap. IV, *«Pensare» la Rivoluzione francese: la tolleranza e la virtù*.

[152] Il riferimento obbligato è a Starobinski, *La trasparenza e l'ostacolo* cit., *passim*.

[153] Jaume, *Le discours jacobin* cit., p. 203.

Jeremy Bentham, la trasparenza e la disciplina sociale della costituzione

PAOLA RUDAN

Secondo la scienza politica contemporanea, ciò che rende la "trasparenza" rilevante dal punto di vista costituzionale è il nesso che la "pubblicità" delle operazioni di governo istituisce tra una generica accessibilità delle informazioni (la trasparenza, appunto) e la responsabilità (*accountability*) dei governanti. In quanto le loro azioni sono pubbliche, i governanti possono essere chiamati a renderne conto di fronte ai governati[1]. La combinazione di trasparenza, pubblicità e responsabilità definisce procedure adeguate a una concezione consensuale e fiduciaria dell'origine del potere politico, che in epoca moderna hanno trovato espressione attraverso la rappresentanza, ovvero a partire dalla considerazione dell'attività parlamentare come luogo di composizione degli interessi individuali. Al declino della tradizione assolutistica degli *arcana imperii* e al progressivo abbattimento della cortina di segretezza che avvolgeva l'operato del legislativo è così corrisposta la pretesa di realizzare, attraverso il governo rappresentativo, la perfetta «autotrasparenza della politica»[2]. A cavallo fra il XVIII e il XIX secolo è tuttavia possibile rintracciare una concezione della trasparenza che non ha a che fare con la composizione rappresentativa degli interessi individuali, ma con la corretta amministrazione della società. Con la pubblicazione dello stato delle finanze francesi[3], il ministro Necker fa della trasparenza un fondamentale strumento di un più vasto processo di trasformazione dello Stato in funzione della società, di adeguamento degli ordinamenti alle esigenze di certezza e prevedibilità che il traffico sociale impone[4]. Il riconoscimento di una sfera pubblica con funzioni politiche – evidente nell'appello del ministro al grande «tribunale» dell'opinione pubblica, in cui trova espressione lo «spirito della società»[5] – risponde all'esigenza di stabilire una connessione costante tra l'opinione pubblica e le leggi, ovvero tra la società e il suo governo. Da qui, l'importanza che la pubblicità acquisisce nella riflessione politica e costituzionale di autori quali Kant, Constant e Bentham. Soltanto quest'ultimo,

tuttavia, offre una trattazione della "trasparenza" separata e in parte distinta da quella della pubblicità[6].

Come si vedrà nelle prossime pagine, la trasparenza è per lui in primo luogo un effetto architettonico cui viene riconosciuta una precisa capacità disciplinare. All'interno delle istituzioni sociali costruite secondo lo schema del *panopticon*, essa definisce le condizioni di una completa visibilità capace di rendere efficace l'azione del potere, garantendone la presa soggettiva. Nella sua riflessione, tuttavia, la trasparenza si configura anche come il presupposto di una specifica concezione della disciplina costituzionale come scienza sociale. Particolarmente negli scritti sulle *poor laws* – l'antefatto e il laboratorio del *Constitutional Code* – essa è continuamente associata all'attività di *book-keeping*, ovvero alla redazione di registri contabili incaricati di raccogliere e organizzare dettagliatamente e metodicamente ogni informazione necessaria a ottimizzare il funzionamento delle *industry houses*. Il principio di «trasparenza universale» può quindi essere considerato – mutuando le parole di Christian Laval – come il sintomo dell'«ambizione sociologica» di Bentham[7]: essa fa della società l'oggetto fondamentale di una scienza politica che mira ad afferrare la realtà in ogni suo particolare, rendendo visibile a un unico sguardo tanto le singole parti dell'insieme sociale quanto la loro connessione sistematica. La conoscenza accumulata nei registri non è altro che il riflesso, o la trasposizione in cifre, di una realtà alla quale Bentham riconosce una normatività immanente, il cui funzionamento a regime deve essere ottimizzato attraverso un'attività manageriale scientificamente fondata. Per Bentham, in altri termini, la trasparenza è un problema societario, che nella società trova tanto la propria necessità, quanto i propri limiti fondamentali. In quanto presume e produce trasparenza, l'attività di management diventa la base di una disciplina sociale della costituzione, dando espressione e organizzazione a veri e propri valori costituzionali della società, non solo tardo-settecentesca.

1. *Trasparenza universale e disciplina*

La «moralità» è tra gli obiettivi principali del «piano di management» delineato da Bentham per il governo delle sue *industry houses*. In quanto dipende dalla disciplina, il suo conseguimento è legato alla «*trasparenza* universale», all'«*ispezionabilità* simultanea» in tutti i momenti appropriati, alla capacità dell'ispettore di rendersi visibile o invisibile a suo piacimento, alla capacità dell'edificio di consentire un'opportuna separazione o aggregazione degli internati e la loro sicurezza tanto dall'influenza delle «classi pericolose» quanto dall'intrusione di compagnie e articoli proibiti. Tutti questi obiettivi possono essere conseguiti a un massimo grado di perfezione «attraverso un piano architettonico governato da un principio nuovo e semplice – il principio dell'ispezione centrale»[8]. Ciò che prevede la messa in opera di questo principio, progettata con ossessione per il dettaglio nelle lettere benthamiane sul *Panopticon*, è noto. Si tratta, in sintesi, di costruire una struttura circolare o poligonale con un numero variabile di celle collocate sulla circonferenza e una loggia centrale destinata a un ispettore[9]. La trasparenza del sistema è garantita da un articolato gioco di luci e schermi: na-

scosto alla vista dei prigionieri, l'ispettore può in ogni momento osservare l'interno delle celle – e osservarne un grande numero con un solo colpo d'occhio, restando nella stessa posizione – senza essere visto. In questo modo,

> le persone che devono essere ispezionate si sentiranno come se fossero sotto ispezione, o almeno [crederanno] che vi siano molte possibilità di esserlo effettivamente. […] Quanto maggiori sono le possibilità che una data persona, in un certo momento, sia effettivamente sotto ispezione, tanto più forte sarà la persuasione — tanto più *intenso*, se così si può dire, il sentimento — di esserlo davvero[10].

La trasparenza è l'effetto di una sistemazione architettonica dello spazio. Essa, tuttavia, può essere efficace e trasmettere la *sensazione* di un'effettiva sorveglianza soltanto a due condizioni. La prima è che la visibilità vada solo in una direzione: l'invisibilità dell'ispettore è rilevante almeno quanto la piena visibilità dei detenuti. La seconda condizione, da cui la prima dipende, è che il *come se* sul quale è fondata la persuasione di essere osservati trovi un effettivo riscontro nella realtà, ovvero possa essere verificato empiricamente da ciascun detenuto:

> è parimenti importante – chiarisce infatti Bentham – che per la maggior parte possibile del tempo ogni uomo *sia* effettivamente sotto ispezione. È fondamentale in *tutti* i casi che l'ispettore possa avere la soddisfazione di sapere che la disciplina ha davvero l'effetto per cui è designata[11].

L'ispettore non è una figura immateriale, non basta la presunzione che il suo posto sia occupato: egli deve fornire un controllo costante, specifico e sistematico. La sua «apparente onnipresenza» è dunque efficace – può realizzare una presa soggettiva della norma disciplinare e così i suoi effetti di prevenzione di ogni possibile trasgressione all'interno del carcere e di correzione del criminale – solo a condizione che la sua «reale presenza» sia facilitata al massimo grado[12]. La trasparenza, di conseguenza, dà espressione a un rapporto radicalmente asimmetrico, nel quale la capacità di vedere denota una specifica posizione di potere. Essa non è una caratteristica astratta e impersonale del sistema, ma l'effetto di una geometria del potere che assegna le rispettive posizioni ai controllori e ai controllati[13].

Non si tratta, tuttavia, di un potere assoluto e privo di verifiche. Se all'interno della struttura panottica, qualunque sia la sua funzione, l'ispettore occupa una posizione sovraordinata e centrale, questa posizione deve continuamente essere osservabile dall'esterno, esposta al «grande *comitato aperto* del tribunale del mondo»[14]. Anche coloro che a vario titolo sono internati – cui la visibilità dell'ispettore deve comunque essere preclusa – hanno infatti la possibilità di agire a favore della «trasparenza universale» comunicando le loro lamentele affinché siano trasmesse alle autorità competenti a giudicarle[15]. Secondo lo stesso principio di verificabilità che rafforza il giogo del potere nei confronti degli internati, l'effettività dell'osservazione è indispensabile a garantire la presa della disciplina: «la trasparenza del management è certamente un'immensa sicurezza, ma neppure la trasparenza è di alcuna utilità senza occhi che lo guardino»[16]. Applicando alle *industry houses* questo principio, Bentham prevede quindi la possibilità di visite periodiche da parte dei magistrati e del clero residente nella contea in cui lo stabilimento è collocato, considerati «visitatori *ex officio*» con il potere di verificare le lamentele degli indigenti internati e di comunicare

le loro relazioni al governatore, all'autorità generale e infine all'amministrazione, al parlamento e al pubblico nel suo complesso. La trasparenza della struttura verso l'esterno – resa possibile dall'accesso dei visitatori alla loggia centrale, per consentire loro di osservare tanto gli internati, quanto l'attività di management[17] – diventa quindi la condizione non tanto o non solo per verificare che non sia commesso alcun abuso, quanto e soprattutto per assoggettare l'istituzione – affidata a un *contractor* o a una compagnia di privati[18] – alla funzione pubblica e sociale cui è destinata, sia che si tratti di punire e correggere i criminali, sia che si tratti di gestire grandi masse di indigenti secondo criteri di «umanità» e di «economicità»[19]. In questo modo il principio di trasparenza presiede all'infrastruttura logistica di un complesso meccanismo di disciplinamento capace di assoggettare tutti gli individui – inclusi coloro che occupano una posizione di potere – alle finalità del sistema. Gli occhi che sono chiamati a rendere la trasparenza una condizione disciplinare effettivamente operativa sono quelli del pubblico, che sempre più nella riflessione di Bentham acquisisce centralità non tanto architettonica quanto, in senso lato, costituzionale, come parte di un più vasto apparato di governo della società finalizzato a trasmettere e radicare dal punto di vista soggettivo i 'valori' della sua costituzione.

Ciò risulta evidente se si considera l'importanza che la trasparenza assume in relazione al principio di pubblicità nella riflessione benthamiana sulle istituzioni politiche. Già nel 1788, solo un anno dopo la pubblicazione del *Panopticon*, Bentham fa del suo principio architettonico una componente essenziale alla regolazione delle assemblee parlamentari. Anche in questo caso, una specifica organizzazione dello spazio è ciò che dovrebbe garantire la trasparenza necessaria a rendere l'osservazione operativa: l'aula delle assemblee deve essere circolare o avere forma di anfiteatro, in modo tale che i deputati siano equidistanti dal centro per godere di un'acustica ottimale e che il presidente, collocato in una posizione centrale, possa ispezionare l'ambiente intero prevenendo ogni causa di disordine. In alto, una galleria per il pubblico degli ascoltatori e uno spazio destinato ai giornalisti dovrebbe consentire la salutare e costante osservazione dell'«illuminato» e «incorruttibile» tribunale del pubblico, i cui giudizi sono inesorabili. È importante constatare che questa osservazione non determina soltanto una positiva influenza sui deputati – i quali, per corrispondere al giudizio del pubblico (e per assicurarsi di essere rieletti) saranno «costretti a fare il loro dovere», ossia ad agire secondo l'interesse del maggior numero anziché perseguendo i loro interessi privati e «sinistri» –, ma ha anche una sorta di effetto disciplinare di ritorno, che riguarda il pubblico nel suo insieme. Se è vero che «il miglior progetto preparato nell'oscurità susciterà maggiore allarme del peggior [progetto] costruito sotto gli auspici della pubblicità», l'abolizione del segreto e una politica aperta e libera non potranno che produrre confidenza e sicurezza, mentre le moltitudini acquisiranno progressivamente «l'abitudine a ragionare e discutere». In questo modo, i segni di disagio non saranno segnali di rivolta, perché la possibilità di esercitare un'opposizione legale alle misure impopolari preverrà la resistenza illegale[20].

La trasparenza diventa in questo modo la condizione formale di un rapporto conti-

nuativo e soprattutto ordinato fra la società – la cui «volontà», coincidente con il principio della maggior felicità per il maggior numero, si esprime attraverso il Tribunale dell'opinione pubblica – e il governo, al punto che nel *Constitutional Code* non solo il seggio del legislativo, ma l'intero apparato ministeriale è pensato da Bentham secondo i principi architettonici del *Panopticon*. Al di là dei molteplici vantaggi in termini di efficienza – a partire dalla sicura, rapida e impersonale trasmissione delle informazioni da una parte all'altra del sistema – l'organizzazione dello spazio è progettata come argine contro gli abusi compiuti in nome dell'«interesse sinistro» dei funzionari di governo. Qui il riferimento al modello del carcere è esplicito:

> Così nel caso delle prigioni. Se un abuso si può presentare in qualsivoglia forma, luogo e momento è perché, e nella misura in cui, con la massima facilità, in ogni luogo e momento in cui dovrebbe avere luogo, l'*ispezione* [*inspection*] — o piuttosto la condizione di essere ispezionati [*inspectedness*] — non ha luogo: ispezione, da parte degli individui nel loro insieme; la condizione di essere ispezionati, per quanto riguarda i *prigionieri*, da parte dei *guardiani della prigione*; la condizione di essere ispezionati, [ancora], per quanto riguarda i prigionieri e i governanti della prigione, da parte degli individui nel loro insieme, in qualità di membri del *Tribunale dell'Opinione Pubblica*[21].

La trasparenza definisce così un insieme di rapporti che può essere spazialmente rappresentato come un sistema di cerchi concentrici la cui circonferenza esterna, o più correttamente il cui 'ambiente', è costituito dalla società, di cui le istituzioni sono una funzione[22]. Sebbene questo sistema presupponga una specifica gerarchia al culmine della quale è posto il Tribunale dell'Opinione pubblica, tutti gli individui che vi prendono parte, inclusi i membri del Tribunale, sono contemporaneamente in una posizione attiva e passiva, nella condizione di ispezionare [*inspection*] e di essere ispezionati [*inspectedness*]. In quanto crea le condizioni affinché il principio della maggior felicità per il maggior numero abbia un'efficacia normativa attraverso gli individui, la trasparenza assume una fondamentale rilevanza costituzionale.

2. *Trasparenza e contabilità sociale*

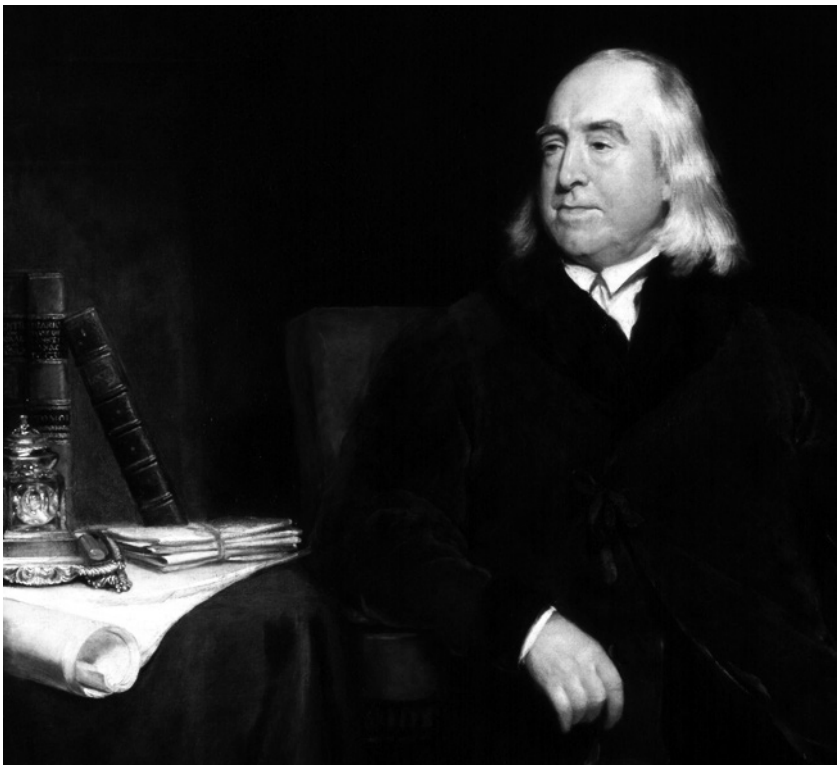
Accanto alla disciplina, l'architettura panottica è incaricata di istituire un nesso efficientistico tra la conoscenza di qualsiasi evento e movimento che abbia luogo all'interno delle istituzioni sociali e la trasmissione del comando. In quanto l'architettura produce «compattezza» [*compactedness*], ovvero riduce al minimo le distanze tra un luogo e un altro dell'edificio, ogni cosa e ogni persona sono «a portata d'occhio, di voce e di mano» in un solo e medesimo istante. Ciò significa che il manager non è soltanto nella condizione di osservare l'intera materia della sua amministrazione, ma può anche comunicare i propri ordini e ricevere le conseguenti risposte nel più breve tempo possibile e senza mai cambiare posizione[23]. Le *industry houses*, tuttavia, non sono strutture irrelate, ma sono connesse tra loro all'interno di un «net-work»[24] che, secondo il progetto di Bentham, dovrebbe comprendere 250 stabilimenti nella sola parte meridionale del regno[25]. L'allargamento di scala rischia allora di cancellare i benefici della compattezza architettonica dei singoli stabilimenti, perché una trasparenza perfetta risulta possibile solo in rela-

zione a ciascuna parte del sistema, ma non al suo insieme. L'opacità determinata dallo spazio è inoltre aggravata dalla continuità nel tempo: l'attività di management non può risolversi nell'istante dell'ispezione e in relazione a un singolo istituto, ma è un processo sistematico i cui momenti discreti devono essere sincronizzati. Il grandioso piano di contabilità formulato da Bentham per uniformare il management delle *industry houses* può essere considerato un tentativo di realizzare il «principio di trasparenza universale» eliminando l'opacità che l'estensione di scala e la continuità nel tempo inevitabilmente introducono al livello del *network*.

Lo scopo della contabilità può essere definito, prima di tutto, in termini economici: se l'obiettivo generale delle *industry houses* è quello di eliminare la spesa pubblica necessaria ad amministrare le *poor laws* attraverso la messa al lavoro degli indigenti[26], si tratta di mettere a bilancio spese e profitti in modo tale da estrarre il maggior lavoro possibile, nella maniera più vantaggiosa possibile e compatibilmente con la salute, il comfort e il corretto regime morale degli internati[27]. Dal punto di vista dell'economia è allora comprensibile perché, secondo Bentham, i «campi d'azione» dell'architettura e del *book-keeping* «sono coestensivi»[28]. Come la trasparenza è essenziale affinché, all'interno di ogni stabilimento, le registrazioni contabili abbiano luogo con la massima attenzione per il dettaglio e senza costi aggiuntivi[29], così adeguate registrazioni contabili renderebbero il management «tanto universalmente trasparente in senso figurato, quanto lo sarebbe in senso letterale ogni singola casa costruita secondo il principio architettonico di ispezione»[30]. La trasparenza, perciò, permette di stabilire una differenza essenziale tra un'impresa privata e le *industry houses*:

> Nel caso di un'ordinaria faccenda commerciale [gestita da] mani private, un uomo segue senza restrizione la curva della propria inclinazione: responsabile [*accountable*] nei confronti di nessuno, può non guardare i rendiconti [*accounts*] e può non tenerne alcuno, a meno che non gli piaccia. In questo caso, [invece] i rendiconti devono essere tenuti, devono essere pubblicati, devono essere pubblicati regolarmente e saranno controllati – con la massima certezza – da più di un occhio benevolo, sospettoso, invidioso; rendiconti [posti] sotto titoli prestabiliti con l'esplicito fine di dare all'intero management una trasparenza perfetta, da ogni punto di vista inimmaginabile[31].

Benché la natura imprenditoriale degli istituti proposti da Bentham costituisca la chiave di volta per trasformare gli indigenti in una fonte di profitto e non più in semplici destinatari di una spesa pubblica[32], l'interesse privato che muove tanto l'imprenditore quanto il manager delle *industry houses* costituisce un fattore di arbitrio e quindi di opacità. L'imprenditore non ricade nel regime della trasparenza: questa può essere necessaria per gestire meglio i suoi affari, ma la sua attività è costitutivamente sottratta a ogni controllo esterno. L'imprenditore è il punto cieco della trasparenza societaria, i cui effetti di 'schermo' si riverberano anche sui lavoratori poveri posti sotto la gestione delle sue 'mani private'. Solo nel caso delle *industry houses*, e più in generale di ciò che viene considerato 'pubblico', si può pensare di ampliare verso l'esterno l'effetto architettonico della trasparenza: il *book-keeping* permette allora di governare l'interesse privato del manager rendendolo responsabile e così assicurando la funzione pubblica della sua impresa privata. L'utilità dei registri con-



"Jeremy Bentham", ritratto di Henry William Pickersgill, 1829

tabili, tuttavia, non può essere misurata semplicemente in relazione a un criterio di *accountability* né si esaurisce in un'ordinaria rendicontazione economica, per quanto questa sia necessaria a gestire senza perdite tanto una qualunque branca dell'industria manifatturiera quanto le *industry houses*[33]. Secondo Bentham, infatti, il *book-keeping* deve essere applicato a tutte le «arti» che abbiano una qualche rilevanza per il governo e la messa a profitto degli indigenti. È quindi necessario registrare con dovizia di particolari anche ciò che concerne salute, comfort, industriosità, moralità, disciplina, progresso delle scienze fisiche, tutti fattori che inevitabilmente influenzano la produttività del lavoro. Così, per esempio, un registro sanitario dovrebbe non soltanto rendere conto dei casi di malattia e della loro durata, ma anche classificare i malati a seconda del loro sesso, età e condizione sociale; dovrebbe contenere una diagnosi e descrivere in successione temporale e per ciascun giorno di ricovero tanto i sintomi della malattia quanto le soluzioni prescritte; dovrebbe specificare le misure adottate in relazione al lavoro (se sia necessaria una completa interruzione dell'attività oppure una semplice riduzione della sua intensità o della sua durata) e alla dieta (sia le variazioni quantitative, sia quelle qualitative); dovrebbe, infine, annotare i risultati della

cura e quindi le loro conseguenze sulla capacità lavorativa dell'internato, lungo una scala che va dalla perfetta guarigione alla morte[34]. Il sistema di contabilità immaginato da Bentham, quindi, non riguarda semplicemente i movimenti di denaro. Il suo obiettivo è quello di costruire il sapere necessario per un'attività di management orientata a ottimizzare le forze sociali sulle quali si esercita, ponendo in relazione tutti i diversi fattori che concorrono al conseguimento di un determinato fine, in questo caso quello di mettere al lavoro con profitto gli indigenti.

Il *book-keeping*, perciò, richiede e presuppone un'innovazione metodologica. Il «modello italiano» della partita doppia – per Bentham «una delle scienze più complesse» – è l'inevitabile punto di partenza e offre innegabili vantaggi: prima di tutto, la riduzione dei dati registrati a due colonne che, secondo lui, dovrebbero essere semplicemente caratterizzate dai segni algebrici del più e del meno e non dalle voci «creditore» e «debitore», proprio in considerazione della polivalenza del sistema di registrazione; in secondo luogo, ma non meno importante, la previsione di una procedura di verifica del calcolo contabile. Tuttavia, in quanto è pensato solo per registrare movimenti di denaro, il «modello italiano» si rivela insufficiente e per di più compromesso dalla formulazione di una «nomenclatura tecnica» che lo rende oscuro e farraginoso, utilizzabile soltanto da esperti. La definizione delle voci contabili deve invece seguire un criterio strettamente funzionalistico: i titoli dei registri vanno pensati in relazione agli scopi del management, dunque corrispondere ai suoi principi organizzativi. La registrazione, in questo modo, può dare conto, secondo un criterio «cronologico», sia delle variazioni di ciascun fattore registrato (non solo spese e profitti, ma anche lo stato degli internati in termini di istruzione, disciplina, salute), sia della loro relazione reciproca, resa visibile aggregando secondo un criterio «metodico» le diverse informazioni raccolte[35].

La concezione eminentemente pratica del sapere che si esprime nel progetto contabile di Bentham spiega la ragione per cui è tanto necessario «partire dal presupposto che ogni cosa debba essere registrata»[36], quanto creare le condizioni per comparare l'attività manageriale di tutti gli stabilimenti del *network*. Uniformare i titoli affinché in ogni stabilimento le informazioni possano essere raccolte in modo omogeneo e secondo gli stessi criteri – operazione che, secondo Bentham, dovrebbe essere facilitata dalla distribuzione di formulari prestampati[37] – permetterebbe di realizzare una contabilità «tabulare o comparata», ovvero una grande tabella nella quale siano visibili a colpo d'occhio tanto i dati relativi a ciascuno stabilimento, quanto le loro variazioni di periodo in periodo[38]. In questo modo, il sistema dei registri contabili dovrebbe realizzare una duplice operazione di scomposizione e di sistematizzazione delle informazioni analoga al processo di semplificazione e coordinamento che – secondo il principio della divisione del lavoro – ha luogo nella manifattura:

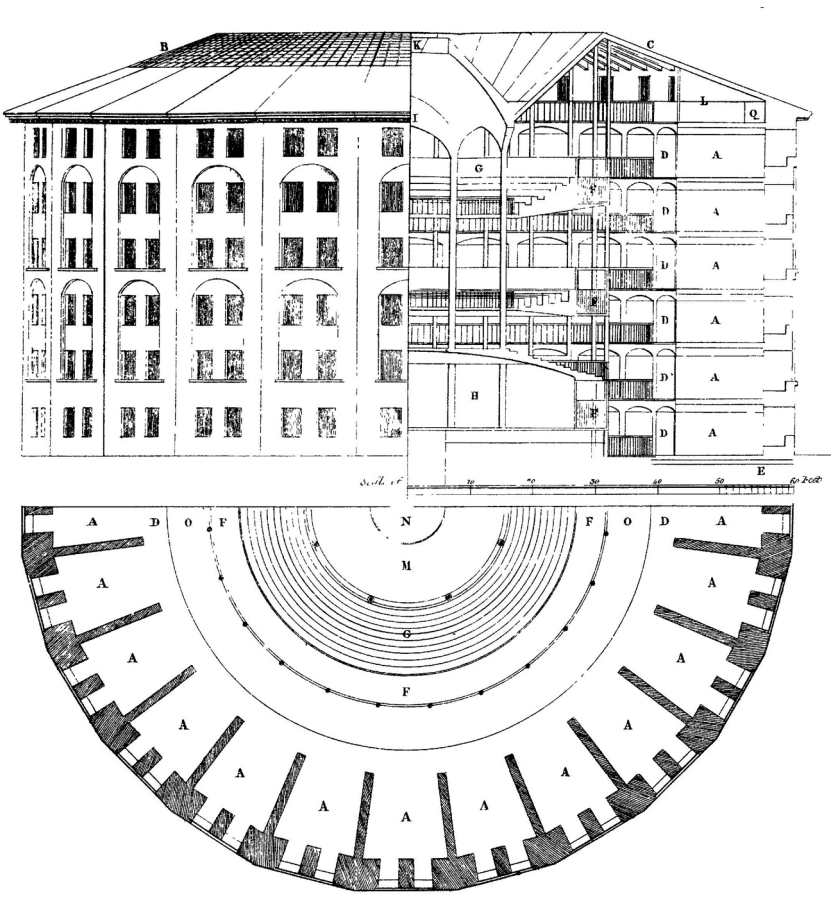
> la moltiplicazione del numero dei libri non renderebbe l'affare più *complesso* (come potrebbe sembrare a un primo sguardo), ma più *semplice*: come nelle manifatture, le diverse operazioni considerate separatamente sono tanto più semplici quanto maggiore è il numero di braccia tra cui sono distribuite[39].

Una volta scomposta nei suoi elementi e riorganizzata in una tavola sintetica secon-

do il «principio sinottico», la conoscenza accumulata attraverso i registri contabili può essere finalmente posta al servizio della pubblicità[40]. In questo modo l'analogia funzionale tra architettura e *book-keeping* stabilita da Bentham risulta ancora più evidente: come l'architettura, guidata dal principio panottico, è in grado di realizzare la perfetta trasparenza di ogni singolo stabilimento dal punto d'osservazione della loggia centrale, così il sapere manageriale organizzato secondo il principio sinottico permette di superare l'opacità introdotta nel *network* dall'estensione spaziale e dalla continuità temporale dell'attività di management. Ciò che tuttavia è ancora più rilevante, per comprendere la funzione costituzionale della trasparenza, è che attraverso il *book-keeping* il management è posto nella condizione di riflettere su se stesso: l'accumulazione potenzialmente infinita di conoscenza resa possibile dalla registrazione contabile permette di scrivere una «storia del sistema di management» che è indispensabile non soltanto per mostrare «con la massima precisione e il massimo dettaglio, che cosa [esso] *è*», ma anche e soprattutto affinché «in *futuro* esso non possa *peggiorare*, ma piuttosto procedere *sempre meglio*»[41]. L'estensione nazionale del *network* delle *industry houses*, perciò, per Bentham non costituisce più un ostacolo ma al contrario un vantaggio, perché consente di moltiplicare l'accumulazione di conoscenza e di confrontare il funzionamento dei singoli stabilimenti scegliendo lo standard di gestione più alto e allargandolo all'intero sistema. Fondata su quello che può essere definito un 'sinottismo scientifico', questa fiducia nella burocratizzazione della trasparenza, nella moltiplicazione benefica degli strumenti di controllo, nella loro sempre più capillare precisione è un tratto caratteristico di una società che, catturata dalla paura nei confronti degli indigenti, in fondo dispera di poter davvero moralizzare il loro governo, cioè il 'pubblico', e quindi pretende di imbrigliarlo grazie a delle competenze tecniche. Così, mentre la trasparenza realizzata dal sistema dei registri contabili permette di chiarire il ruolo del nesso efficientistico tra sapere e comando nel quadro più ampio del *Constitutional Code*, essa rivela anche in negativo l'ineliminabile opacità della società che si pretende di governare attraverso la moralizzazione dei suoi governanti.

3. *La disciplina sociale della costituzione*

Nel 1797 Bentham invia agli «Annals of Agriculture» diretti da Arthur Young una *Table of Cases Calling for Relief*. Si tratta di un complesso schema statistico che tratteggia una «mappa generale della terra dei poveri, con tutte le strade che conducono a essa». Ad accompagnarla è una tabella vuota, intitolata *Pauper Population Table*, che non contiene alcun dato, ma soltanto alcune voci organizzate in colonne che i solerti lettori degli «Annals» dovrebbero compilare allo scopo di realizzare un censimento della popolazione povera residente nei loro distretti, che si tratti di metropoli e grandi città o di luoghi di campagna[42]. La classificazione dei casi bisognosi di sussidio proposta da Bentham è orientata a soddisfare tre finalità fondamentali: in primo luogo, quella di determinare la natura e l'incidenza delle cause d'indigenza; in secondo luogo, quella di stabilire il grado o la durata dell'incapacità di garantirsi la sus-



"Panopticon, pianta e sezione", disegno di Willey Reveley, 1791

sistenza attraverso il lavoro; infine, quella di individuare le modalità di prevenzione o di erogazione del sussidio e la sua misura, a seconda dei casi particolari. Diversamente da gran parte dei protagonisti del dibattito sul pauperismo, Bentham non crede che l'indigenza – la condizione di chi non solo è privo di ogni proprietà, ma non può neppure lavorare per garantirsi autonomamente la propria sussistenza – sia l'indicatore di una corrispondente depravazione morale[43]. L'impossibilità di lavorare dipende piuttosto tanto da «cause interne» – come la malattia mentale o fisica, una disabilità temporanea o permanente, l'età per quanto riguarda i fanciulli e gli anziani – quanto da «cause esterne» che corrispondono ai complessi movimenti della società. Così, ad esempio, la disoccupazione può essere effetto delle oscillazioni che colpiscono la domanda e l'offerta di merci, dell'innovazione tecnologica che rende superfluo il lavoro operaio, delle trasformazioni dei rapporti domestici e familiari determinate dall'in-

gresso delle donne nel mercato del lavoro, che riduce il tempo disponibile per le attività di riproduzione facendo della cura degli anziani un problema sociale[44]. Accanto a questi processi Bentham riconosce l'azione sul mercato del lavoro di una dinamica di «apprezzamento sociale» che danneggia alcune categorie, come i criminali e le «donne perdute», a causa della loro cattiva reputazione. Sebbene la società sia ordinariamente in grado di soddisfare, attraverso dinamiche di scambio, i bisogni e gli interessi di tutti gli individui, per quanto essi si trovino in posizioni differenti e asimmetriche, il suo continuo progredire getta alcuni individui al di fuori del «traffico sociale», inceppandone il corso regolare. L'ostacolo non consiste soltanto nell'effettivo rischio che un notevole numero di individui privati della capacità di soddisfare autonomamente i propri bisogni muoiano di fame. La visibilità degli indigenti è infatti in grado di alimentare nella grande massa dei lavoratori poveri il timore di diventare essi stessi indigenti, suscitando così pericolosi sentimenti «anti-sociali»[45]. Per questa ragione gli indigenti come indigenti devono essere sottratti agli occhi dei lavoratori, per essere restituiti allo sguardo pubblico come lavoratori disciplinati delle *industry houses*.

La classificazione benthamiana dei casi bisognosi di sussidio è quindi l'espressione di una concezione della società come spazio caratterizzato da una propria normatività, che posiziona gli individui in forza della loro funzione – o utilità – e della loro capacità di adeguarsi soggettivamente agli imperativi e ai valori che essa impone. L'accumulazione di dati deve essere improntata a questo specifico sapere sociale. In questo modo, come Bentham spiega ai lettori di una seconda rivista a cui intende sottoporre la sua *Table* per invitarli a prendere parte all'impresa collettiva già proposta agli «Annals», la statistica avrebbe uno scopo eminentemente pratico: nella prospettiva di riformare e amministrare le *poor laws*, essa permetterebbe di valutare tanto la natura e l'ampiezza dei provvedimenti richiesti per fornire agli indigenti un sussidio, quanto la loro capacità di guadagnarsi il sussidio attraverso il lavoro. Come è evidente, tuttavia, la raccolta di informazioni realizzata in questo modo potrebbe restituire soltanto «un'immagine in miniatura» – per quanto sufficientemente corretta – della popolazione povera residente nella parte meridionale del regno. Un censimento completo di quanti ricadono sotto il dominio delle *poor laws* richiederebbe invece «l'efficace esercizio di un'autorità parlamentare». Le misure politiche adottate a questo scopo sono però del tutto insufficienti, nonostante si tratti di «un primario elemento di conoscenza politica»[46].

Questa semplice osservazione risulta di capitale importanza per comprendere la funzione costituzionale del 'sinottismo scientifico' su cui è basato il sistema di registrazione contabile elaborato da Bentham per le *industry houses*. Nel *Constitutional Code*, infatti, egli chiarisce che l'azione amministrativa su persone, cose e denaro deve essere orientata a ottimizzare la gestione delle risorse e l'efficacia del servizio: «massimizzazione del bene aggregato producibile attraverso una disposizione servizievole delle materie in questione, minimizzazione del male aggregato producibile attraverso il loro uso disfunzionale, o dagli accidenti a cui sono esposte». A questa finalità rispondono tanto le funzioni ispettive quanto quelle statistiche, che comportano la registrazione di ogni movimento di

persone, cose e denaro nei dipartimenti subordinati, nonché delle diverse circostanze che hanno determinato la necessità di usare certe risorse o esercitare certe funzioni, e di ogni evento contingente che possa ripetersi. In questo modo, è possibile definire «l'esercizio più appropriato da impartire alla funzione direttiva» alla luce di quegli stessi eventi. La raccolta di informazioni relative alla diverse materie che ricadono nel campo dell'amministrazione diventa dunque una base indispensabile per un corretto esercizio delle funzioni di comando, affinché la legge sia in grado di conformarsi a ogni più piccolo movimento della società riducendo in questo modo gli effetti inattesi della contingenza sul suo corso regolare e regolato[47]. In questa stessa direzione va la previsione, da parte di Bentham, di una serie di competenze adeguate alle cariche pubbliche che i funzionari sono chiamati a ricoprire. Nel momento in cui sono richiesti a ciascuno «talenti» adeguati al suo ufficio, tutte le scienze e tutte le arti – dalla meccanica alla chimica, dall'astronomia all'economia politica, dalla storia alle lingue straniere, dalla statistica al diritto internazionale, dalla medicina alla geologia – sono piegate a un criterio di gestione della società e delle sue risorse[48]. Benché non emerga ancora dal discorso di Bentham una scienza della società in senso proprio, ogni scienza è trasformata, in virtù della sua applicazione amministrativa – che presuppone tanto l'esistenza di dinamiche ordinative, quanto la possibilità di movimenti 'patologici' inscritta in quelle stesse dinamiche – in un'arte sociale[49]. Quella proposta da Bentham è quindi una gestione scientifica dello Stato e della società che la statistica e il sistema dei registri dovrebbe rendere perfettamente trasparente e afferrabile in ogni suo punto e momento. Ridotti a «serie» di dati misurabili e comparabili, lo Stato e la società avrebbero un futuro quanto più prevedibile a partire dall'accumulazione e «archiviazione» di esperienza[50].

Non si tratta del «sogno più antico del sovrano più antico», il desiderio di una perfetta sorveglianza dei dettagli più minuziosi dei comportamenti individuali che Michel Foucault vede espresso nel progetto del *Panopticon*. Non si tratta neppure, a rigore, di un «governo della popolazione» inteso come «insieme di processi da gestire in ciò che essi hanno di naturale», a partire dai «tratti biologici che caratterizzano la specie umana»[51]. Sebbene Bentham riconosca nella popolazione «un primario elemento di conoscenza politica», essa non si presenta per lui come un insieme indifferenziato: la vita della specie e i suoi processi naturali sono determinati storicamente, dunque socialmente. Un governo della popolazione, perciò, è possibile soltanto a partire dalla piena comprensione delle dinamiche che regolano la società e che determinano le differenti posizioni che gli individui occupano al suo interno, ovvero in virtù dell'incorporazione del capitalismo – la forma storica di organizzazione della società moderna[52], che ne definisce la natura – all'interno della costituzione attraverso la trasformazione dello Stato in una grande impresa burocratica[53]. Per questo è necessaria una scienza pienamente sociale. Come traduzione epistemologica del panottismo architettonico, il 'sinottismo scientifico' di Bentham corrisponde alla pretesa di rendere la società perfettamente trasparente, di ridurla a una tabella, ottimizzando le dinamiche produttive e riproduttive delle sue forze sociali. La trasparenza, perciò,

non può essere considerata semplicemente come la condizione formale della pubblicità delle misure di governo. Essa è prioritariamente il segno dell'ambizione benthamiana a fare del Codice costituzionale un meccanismo di connessione costante fra lo Stato e la sua società, in quanto quest'ultima è considerata uno spazio caratterizzato tanto da dinamiche ordinative proprie, quanto da 'resti' – come gli indigenti – che devono essere governati per non ostacolare il corso regolare del «traffico sociale». La trasparenza può così diventare il fondamento di una 'disciplina sociale della costituzione': una disciplina che è tale perché riconosce la società come l'oggetto di uno specifico e autonomo sapere costituzionale, affinché la costituzione come Codice e gli individui che sono la sua materia siano compiutamente disciplinati dalla società.

L'*accountability* resa operativa dalla trasparenza, perciò, non riguarda semplicemente il rapporto fiduciario dei governati nei confronti dei governanti, che Bentham traduce nella forma di un rapporto di «credito» tra gli «azionisti» dello Stato e i suoi amministratori delegati[54]. L'*accountability* è anzitutto un ingranaggio orientato a subordinare gli individui utilitaristi – tanto governanti quanto governati – alla loro specifica funzione sociale. L'analogia tra la manifattura e le *industry houses* e tra queste e il *Constitutional Code* che Bentham costruisce attraverso la sua riflessione sul management e sulla sua trasparenza lascia però intravedere un nucleo di opacità che non può essere eliminato attraverso una rappresentazione tabulare, per quanto accurata, della società. Non è forse un caso che, nonostante la trasparenza sia sempre più il baluardo ideologico nella battaglia per il rinnovamento morale delle istituzioni politiche, l'*Oxford English Dictionary* si limiti a riportare l'utilizzo del termine nel campo dell'ottica, dell'acustica e delle scienze fisiche, con alcuni cenni ai suoi usi letterari e pittorici. Non tutti sono o possono diventare *accountable*. La disciplina sociale della costituzione può governare ciò che è visibile, ovvero ciò che è pubblico, lavorando per così dire sulla superficie della società. Sotto la sua azione moralizzatrice, possono ricadere i governanti come pure i privati incaricati di funzioni pubbliche, affinché il loro interesse non devii dal solco tracciato dall'utilitarismo socialmente legittimo. Sotto la sua azione moralizzatrice devono cadere gli indigenti, coloro che la società genera e rifiuta, affinché la loro visione indisciplinata da parte del pubblico non disturbi il corso regolare del traffico sociale suscitando nei lavoratori poveri l'indisciplinabile rifiuto di una società che può sempre rifiutarli. Sotto l'azione moralizzatrice della trasparenza, però, non cade l'interesse privato dell'imprenditore, la cui fondamentale funzione sociale non è costituzionalmente «rendicontabile», cosicché neppure il suo dominio può essere allineato alle geometrie del potere. Nonostante la sua pretesa universalità, il sogno benthamiano della trasparenza sembra infrangersi sulla soglia dei segreti laboratori della produzione.

[1] D. Naurin, *Transparency, Publicity, Accountability: The Missing Links*, in «Swiss Political Science Review», vol. 12, 2006, pp. 90-98.

[2] C. Galli, *Immagine e rappresentanza politica*, in Id., *Modernità. Categorie e profili critici*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 53-78, in cui si osserva che alla radice dell'ideale di perfetta trasparenza che sta alla base della ragione giuridica moderna vi è «l'ineludibilità logica della moderna autorappresentazione della sovranità», ovvero l'opacità fondativa che reclama la forma Stato come «necessità». Sul rapporto tra il declino degli *arcana imperii* e l'affermazione di un principio di trasparenza della politica attraverso il governo rappresentativo, cfr. C. Schmitt, *La condizione storico-spirituale del parlamentarismo odierno*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 53; N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1995, p. XVII; S. Baume, *Does Transparency Engender the Confidence of the Governed? A Contribution to Political Thought*, in R. Baranzini, F. Allisson (eds.), *Economics and Other Branches – In the Shade of the Oak Tree*, London, Pickering & Chatto, 2014, pp. 425-434; S. Pincus, P. Lake, *Rethinking the Public Sphere in Early Modern England*, in «Journal of British Studies», n. 2, 2006, pp. 270-292.

[3] Cfr. L. Burnand, *Necker et l'opinion publique*, Paris, Champion, 2004.

[4] J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica* (1962), a cura di A. Illuminati, F. Masini, W. Perretta, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 94. Sulla *Öffentlichkeit* di Habermas come istanza filosofica e prospettiva politica per il presente, che prefigura «l'utopia di una completa trasparenza del politico», cfr. L. Scuccimarra, *La trasparenza del politico. Habermas e il paradigma della 'sfera pubblica'*, in «Giornale di storia costituzionale», n. 6, 2003, pp. 35-59.

[5] J. Necker, *De l'administration des finances de la France*, Paris, 1784, vol. 1, p. LVIII; cfr. L. Jaume, *Tra concetto e idea forza: l'opinione pubblica secondo Necker*, in «Giornale di storia costituzionale», n. 6, 2003, pp. 129-144.

[6] Pur riconoscendo la specificità di Bentham a tal riguardo, la sua concezione della trasparenza è stata finora studiata in relazione alla pubblicità delle operazioni di governo e quindi alla necessità di un'azione moralizzatrice dei governanti e in relazione al rapporto fiduciario che li lega ai governati. In questo modo, la trattazione benthamiana della pubblicità è ricondotta al dibattito contemporaneo sulla trasparenza. Cfr. S. Baume, Y. Papadopoulos, *Transparency: from Bentham's inventory of virtuous effects to contemporary evidence-based scepticism*, in «Critical Review of International Social and Political Philosophy», pubblicato online il 10 novembre 2015, pp. 1-25.

[7] Cfr. Ch. Laval, *L'ambition sociologique*, Paris, Gallimard, 2012.

[8] Bentham, *Outline of a Work entitled Pauper* Management *Improved* (1797-1798), in M. Quinn (ed.), *Writings on the Poor Laws*, Oxford, Clarendon Press, 2001-2010, vol. II, pp. 487-694, in part. pp. 502-503. Ove non indicato diversamente, tutte le traduzioni sono mie.

[9] Bentham, *Panopticon; or The Inspection House*, in J. Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham* (1838-1843), New York, Russel & Russel, 1962, vol. IV, p. 41. Il testo più completo sul *Panopticon* rimane quello di J. Semple, *Bentham's Prison. A Study of the Panopticon Penitentiary*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

[10] Bentham, *Panopticon* cit., p. 44.

[11] Ivi, p. 45.

[12] *Ibidem*.

[13] *Contra* Foucault, secondo il quale visibilità e inverificabilità sono le caratteristiche del modello panottico di esercizio del potere (cfr. M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), Torino, Einaudi, 1993, in part. p. 225). L'insistenza di Bentham su realtà e verificabilità della presenza dell'ispettore può essere messa in relazione con la sua «teoria delle finzioni». A tal riguardo si veda F. Fusillo, *Il potere della finzione e la sua impotenza: sul* Panopticon *di Bentham* (in M. Donzelli, R. Pozzi (a cura di), *Patologie della politica. Crisi e critica della democrazia tra Otto e Novecento*, Roma, Donzelli, 2003, pp. 139-144), che tuttavia non coglie la centralità di ciò che non è visibile come condizione dell'efficacia disciplinare del sistema; e soprattutto M. Božovič, *An Utterly Dark Spot*, introduction to Bentham, *The Panopticon Writings*, London, Verso, 1995, pp. 1-27. Per una recente riconsiderazione della lettura foucaultiana di Bentham si rimanda a Anne Brunon-Ernst (ed.), *Beyond Foucault. New perspective on Bentham's Panopticon*, Farnham, Ashgate, 2012.

[14] Bentham, *Panopticon* cit., p. 46.

[15] Id., *Outline* cit., p. 547.

[16] Id., *Panopticon* cit., p. 130.

[17] Id., *Pauper* Management *Improved* (1797), in *Writings on the Poor Laws* cit., vol. II, pp. 1-486, p. 138. Cfr. anche Id., *Outline* cit., p. 530.

[18] Id., *Panopticon* cit., pp. 125 ss., sui vantaggi del «contract-management» in rapporto al «trust-management», e Id., *Pauper* Management cit., pp. 3, 384-385, in cui propone una compagnia per azioni modellata su quella delle Indie Orientali. Cfr. a riguardo C.F. Bahmueller, *The National Charity Company. Jeremy Bentham's Silent Revolution*, Berkeley - Los Angeles - London, University of California Press, 1981.

[19] Cfr. Bentham, *Pauper* Management cit., pp. 372, 116 e Id., *Outline* cit., pp. 515-518, 528.

[20] Id., *Political Tactics* (1788), edited by M. James, C. Blamires, C. Pease-Watkin, Oxford, Clarendon Press, 1999, pp. 45, 29-31.

[21] Id., *Constitutional Code* (1822-1832), vol. I, edited by F. Rosen, J.H. Burns, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 444.

[22] La trasparenza è dunque l'espressione di una concezione propriamente politica dello spazio per la cui definizione si rimanda a C. Galli, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, Il Mulino, 2001.

[23] Bentham, *Pauper* Management cit., p. 96; Id., *Outline* cit., p. 502.

[24] Ivi, p. 515; e Id., *Essays on the Subject of the Poor Laws* (1796), in *Writings on the Poor Laws* cit., vol. I, pp. 1-140, in part. pp. 59, 66.

[25] Id., *Pauper Systems Compared, or a Comparative View of the Several Systems Establishable as well as Established in Relation to the Poor* (1797), in *Writings on the Poor Laws* cit., vol. I, pp. 141-216, in part. p. 172; Id., *Outline* cit., pp. 488-489 ed *Essays* cit., pp. 57-58.

[26] Id., *Outline* cit., pp. 488-489, e *Pauper* Management cit., p. 396.

[27] Ivi, pp. 151-152.

[28] Id., *Outline* cit., p. 542, n. a.

[29] Id., *Pauper* Management cit., p. 106, e Id., *Outline* cit., p. 544.

[30] Id., *Pauper* Management cit., p. 355.

[31] Ivi, p. 455, 'Appendix D'.

[32] Cfr. M.E.L. Guidi, *Il Sovrano e l'Imprenditore. Utilitarismo ed economia politica in Jeremy Bentham*, Roma-Bari, Laterza, 1991, pp. 169-170, dove si sottolinea la centralità nella riflessione benthamiana dell'imprenditore come «agente di uno sviluppo inteso non come semplice accumulazione, ma come scelta dell'impiego migliore del capitale, che si tratti dell'allocazione tra i diversi impieghi dati o della scoperta di strade non ancora battute».

[33] Bentham, *Outline* cit., p. 573.

[34] Ivi, p. 625, n. a.

[35] Ivi, pp. 542-545, e n. 1 pp. 544 ss. Sul contributo di Bentham (in collaborazione col fratello Samuel) allo sviluppo del sistema di rendicontazione e al dibattito contemporaneo sulla partita doppia, nonché alla loro funzione amministrativa, cfr. L.J. Hume, *The Development of Industrial Accounting: The Bentham's Contribution*, in «Journal of Accounting Research», n. 1, 1970, pp. 21-33. Sulla collocazione di Bentham all'interno della storia del management cfr. L.L. Martin, *Jeremy Bentham: On Organizational Theory and Decision Making, Public Policy Analysis and Administrative* Management, in T.D. Lynch, P.L. Cruise (eds.), *Handbook of Organization Theory and* Management. *The Philosophical Approach*, Boca Raton, Taylor and Francis, 2006, pp. 195-210; C. Hood, *The Art of the State: Culture, Rhetoric and Public* Management, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 114 ss.; L.L. Martin, *Jeremy Bentham: Utilitarianism, Public Policy and the Administrative State*, in «Journal of Management History», n. 3, 1997, pp. 272-282; M. Bozzo-Rey, *Bentham et le* management *des functionnaries: utilité, transparence et* management *de soi*, in «Raisons-publique.fr», disponibile all'indirizzo <http://www.raison-publique.fr/article453.html>. In generale, sul ruolo della rendicontazione nello sviluppo del "modern management", cfr. S. Pollard, *The Genesis of Modern* Management. *A Study of the Industrial Revolution in Great Britain*, London, Edward Arnold, 1965. Il riferimento di Bentham alla «nomenclatura tecnica» richiama la sua riflessione sul metodo della giurisprudenza e in particolare la distinzione tra *expositor* e *censor*, ovvero fra un approccio descrittivo e prescrittivo al diritto; in relazione al *book-keeping*, questa distinzione acquista rilievo anche in considerazione della funzione 'prescrittiva' che il sapere accumulato nei registri dovrebbe avere sull'attività di management. Sulla distinzione tra *expositor* e *censor* mi permetto di rimandare a P. Rudan *Governare la felicità. Riflessioni sulla rinuncia al contratto originario nel pensiero politico di Jeremy Bentham*, in S. Chignola, G. Duso (a cura di), *Storia dei concetti. Storia del pensiero politico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, pp. 63-117.

[36] Bentham, *Outline* cit., p. 543.

[37] Ivi, p. 515.

[38] Id., *Pauper* Management cit., p. 114, n. a.

[39] Id., *Outline* cit., p. 543.

[40] Id., *Pauper* Management cit., p. 114, n. a.

[41] Id., *Outline* cit., p. 542.

[42] Id., *Table of Cases Calling for Relief*, pubblicata tra le pp. 476 e 477 in *Writings on the Poor Laws*, vol. II cit. Sulla sua redazione e sulla pubblicazione negli «Annals of Agriculture» di Young, dove nel 1798 compare anche, in sette diversi numeri, l'*Outline*, cfr. M. Quinn, *Editorial Introduction*, ivi, pp. LXXXVIII-LXXXIX.

[43] Per una contestualizzazione della riflessione di Bentham nel dibattito di fine secolo sulle *poor laws*, mi permetto di rimandare al secondo capitolo di Rudan, *L'inventore della costituzione. Jeremy Bentham e il governo della società*, Bologna, Il Mulino, 2013.

[44] Bentham, *Table of the Cases Calling for Relief* cit.; Id., *Pauper Systems Compared* cit., p. 164.

[45] Con «traffico sociale» [*social intercourse*] (Id., *Principles of the Civil Code*, 1780, in *The Works of Jeremy Bentham* cit., vol. I, pp. 297-364, in part. pp. 338-339) Bentham intende un ordine prodotto dallo scambio di beni e servizi, da prestazioni produttive e riproduttive rese possibili dall'esistenza di differenze, gerarchie, rapporti di potere garantiti dal diritto e naturalmente ricomponibili attraverso la dinamica sociale dell'equivalenza. In virtù di una specifica dinamica simpatetica, la visione degli indigenti da parte dei lavoratori poveri può provocare il timore di ricadere in una analoga condizione di indigenza e dunque spingerli a mettere in questione la proprietà, ovvero l'ordine sociale in quanto tale (cfr. a riguardo Rudan, *Society as a Code. Bentham and the Fabric of Order*, in «History of European Ideas», n. 1, vol. 42, 2016, pp. 39-54).

[46] Bentham, *Outline* cit., pp. 686, 693, Appendix J.

47 Id., *Constitutional Code* cit., pp. 196-200.

48 Id., *Constitutional Code* cit., pp. 314-315. Sul ruolo di Bentham e del benthamismo nella «professionalizzazione» dei funzionari pubblici in Inghilterra, cfr. H.-E. Müller, *Bureaucracy, Education and Monopoly. Civil Service Reforms in Prussia and England*, Berkeley - Los Angeles - London, University of California Press, 1984, in part. pp. 180-182.

49 Sotto questo aspetto, proprio per la rilevanza che attribuisce all'«arte sociale» Bentham anticipa la transizione epistemologica verso la scienza sociale che si compie nel XIX secolo. Cfr. M. Ricciardi, *La forza della società: disciplina, morale e governo in Emile Durkheim*, in L. Blanco (a cura di), *Dottrine e istituzioni in occidente*, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 185-209.

50 Bentham, *Constitutional Code* cit., pp. 218 ss.

51 M. Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Milano, Feltrinelli, 2004, pp. 58, 61, 13.

52 Ricciardi, *La società come ordine. Storia e teoria politica dei concetti sociali*, Macerata, eum, 2010, p. 55.

53 Per una genealogia dello Stato che risale all'organizzazione manageriale delle tecnologie governamentali, cfr. K. Hoskin, *Examining Accounts and Accounting for* Management: *Inverting Understanting of «the Economic»*, in A. McKinlay, K. Starkey (eds.), *Foucault,* Management *and Organization Theory*, London-Thousand Oaks-New Delhi, SAGE Publications, 1998, pp. 93-110.

54 Bentham si riferisce esplicitamente agli elettori come «azionisti» in *First Principles Preparatory to Constitutional Code* (1822), edited by P. Schofield, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 137.

Per un "governo trasparente". Principio della pubblicità e consenso pubblico nell'esperienza del Piemonte Subalpino[1]

GIUSEPPE MECCA

Premessa

La *trasparenza o visibilità del potere* è un connotato indefettibile degli Stati costituzionali, tanto da essere espressamente previsto con riferimento sia alla *funzione legislativa*, laddove si prevede la pubblicità nelle attività del Parlamento, sia alla *funzione giurisdizionale*, laddove si riconosce la pubblicità delle udienze ed è conoscibile l'iter logico-argomentativo posto alla base della decisione giurisdizionale, sia alla *funzione di governo*, per quanto concerne l'attività amministrativa[2]. L'ampiezza della questione ci consiglia di selezionare temi da analizzare, riducendo le nostre osservazioni ai due momenti centrali del procedimento legislativo: la pubblicità delle discussioni e la pubblicità delle deliberazioni[3]. L'itinerario proposto mette in *connessione la trasparenza con la forma di governo costituzionale* che nel Piemonte Subalpino s'istaura con la promulgazione dello Statuto Albertino, ma questo discorso ben meriterebbe un'estensione al panorama europeo[4].

Da sempre le assemblee legislative sono regolate da un multiforme gruppo di norme, scritte o consuetudinarie, imposte affinché le discussioni e le deliberazioni riescano il più possibile ordinate, celeri ed efficaci. Le norme contenute nei regolamenti parlamentari coprono solo parzialmente le regole del gioco, mentre si è soliti richiamare regole convenzionali e principî generalissimi ritenuti comuni ai regimi costituzionali europei[5]. Si vengono così a tracciare norme che possono avere la loro radice nel sentimento pubblico, nella prassi e/o convenzioni costituzionali ritenute obbligatorie ed imprescindibili nella vita delle istituzioni. Anche in passato le "forme parlamentari" non erano intese come tecnicismi procedurali, ma come questioni sostanziali e correttivi per contrastare le derive del parlamentarismo. Si trattava, in altre parole, di individuare principî che in qualche modo garantissero speditezza nei lavori contro lungaggini nelle discussioni o

ostruzionismi ingiustificati e, al contempo, assicurassero il *consenso*.

Tra i principî regolatori delle assemblee rappresentative è stato individuato quello della pubblicità, da intendersi come bisogno di trasparenza che si concreta in riunioni pubbliche, libere discussioni ed informazione. Cavour notava che, per quanto si potesse considerare mezzo di civiltà e di progresso per i popoli, la stampa era comunque mezzo incompleto e fallace. L'opinione pubblica, avendo per unico reggitore il giornalismo, rischiava di cadere in errore, traviata da illusioni e spinta da pericolose esagerazioni. Lo statista precisava che

> le grandi questioni politiche e sociali, per essere chiaramente concepite, rettamente intese dallo spirito pubblico, vogliono essere argomento di discussioni delle grandi istituzioni dello Stato, fatte poi di pubblica ragione. Le esagerazioni, gli errori, e, diciamo pure, le ingiustizie stesse della stampa non possono essere combattute, rettificate, riparate, se non dalla voce potente degli uomini di Stato, degli uomini politici, che pongono in chiara luce i fatti ed ogni loro appartenenza[6].

Le parole di Cavour sono capaci di cogliere un tratto importante dei regimi costituzionali. Lo sviluppo ottocentesco di sistemi politici a tendenza parlamentare impone di ridefinire la *partecipazione del pubblico* alla vita delle istituzioni[7]. Un governo costituzionale non poteva fondare il proprio consenso sulla stampa, talvolta faziosa o incompleta o distorta. Per Cavour il centro dei sistemi costituzionali era la discussione e la deliberazione in pubblico delle questioni più importanti. Le scelte d'interesse comune dovevano svolgersi in maniera trasparente per non lasciare dubbi ed interpretazioni. Per tale motivo lo statista piemontese riteneva la forma parlamentare il governo migliore[8].

1. *La trasparenza come "principio informatore" del Governo rappresentativo*

Un governo rappresentativo «si fonda non solo sulla legge ma sul consenso continuo dei cittadini. Questo Stato non deve credere di avere adempiuto ad ogni suo obbligo, sol perché nelle varie circostanze ha operato secondo giustizia; esso deve ben anche persuadere i cittadini che l'opera sua fu bene esercitata»[9]. D'altronde «le istituzioni rimangono come campate in aria, laddove manca una viva e perenne comunicazione tra il pubblico e i suoi eletti, e i precipui vantaggi del governo parlamentare scemano e spariscono del tutto. Ripugna, ai dì nostri, il solo pensare ad un Parlamento, il quale tenga le sue adunanze, discuta e deliberi a porte chiuse. La pubblicità è la prima garanzia dell'opinione, la più efficace a limitare moralmente il potere»[10]. Il potere dell'opinione pubblica è esercitabile a condizione che tutti gli atti del potere siano conoscibili[11]. Anche al fine di consolidare il legame tra eletti ed elettori

> in uno Stato democratico il segreto non trova più luogo, e tutto ciò che interessa il popolo deve essere fatto alla gran luce del giorno. Indi il bisogno della pubblicità, la quale se in regime assoluto è contrastata dai governanti per sottrarsi al controllo della coscienza nazionale, in regime libero costituisce naturalmente e necessariamente l'atmosfera entro cui debbono operare e vivere tutti quanti i poteri dello Stato[12].

Questo modello ideale del «governo pubblico in pubblico» era un prodotto della polemica illuministica contro le teorie sugli *arcana imperii*[13] che, nello Stato assoluto, facevano della segretezza uno strumento per consolidare e rafforzare il potere sovrano[14]. Jeremy Bentham, trattando delle forme parlamentari, dedicava alcune im-

portanti pagine alla pubblicità[15]. Secondo l'illuminista inglese tra i vantaggi derivanti dalla trasparenza nelle assemblee legislative vi erano essenzialmente quattro ragioni riassumibili nella necessità di mantenere i membri del Parlamento fedeli al loro dovere, assicurare la fiducia e il consenso del popolo, permettere agli elettori di agire con cognizione di causa e consentire all'assemblea legislativa di intendere i sentimenti della Nazione[16]. Bentham metteva in luce anche taluni inconvenienti derivanti dalla pubblicità quali un'eventuale inadeguatezza del popolo a giudicare gli affari pubblici e un malsano desiderio di popolarità che avrebbe potuto invadere taluni membri dell'assemblea[17].

In tutte le assemblee rappresentative

> la pubblicità è indispensabile, perché il sindacato del pubblico è una delle più sicure guarentigie di una retta amministrazione. Esso esercita uno stimolo efficacissimo alla solerzia, alla ponderazione ed alla rettitudine dei mandatarii; mentre dall'altro canto gli amministratori traggono dalla pubblica discussione dei loro negozii un utile ammaestramento e vengono posti in grado di apprezzare la opportunità delle deliberazioni che li concernono[18].

La trasparenza era un canone che dava assetto alla forma del governo rappresentativo tanto da connaturarlo nel profondo. La rappresentanza non era soltanto un meccanismo per selezionare individui, ma anche strumento per creare un organo che doveva tutelare gli interessi generali e sorvegliare sull'amministrazione della *res pubblica.* Se, come affermava lo Statuto Albertino, i deputati rappresentavano la Nazione e nessun mandato imperativo poteva essere riconosciuto agli elettori, il Parlamento doveva sentire l'influenza costituzionalmente decisiva dell'opinione pubblica, doveva essere in armonia col corpo elettorale. In altre parole, un governo costituzionale era rappresentante della Nazione qualora mantenesse il legame con la coscienza popolare cui era stato riconosciuto il diritto d'ingerenza nella cosa pubblica e il diritto di apprezzamento del modo in cui avveniva la conciliazione dei diversi interessi. Da qui la trasparenza assurgeva pertanto a regola, proprio perché la base giuridica della forma di governo rappresentativo risiedeva nel consenso del pubblico, ed era il diritto per gli elettori di conoscere il lavoro dei loro mandatari. Attraverso questo meccanismo si restituivano alla coscienza popolare il potere di controllo sugli eletti e la possibilità di non rinnovare il consenso nei confronti di questo o quel rappresentante.

2. *Pubblicità* versus *segretezza nelle discussioni parlamentari*

Prima ancora che si affermasse il *topos* dell'opinione pubblica, l'idea di una sfera pubblica trovava la sua forma teorica nello sviluppo del principio della pubblicità[19]. La pubblicità delle sedute legislative è considerata l'«anima del sistema costituzionale»[20]. Tale principio aveva come fondamento normativo l'articolo 52 dello Statuto Albertino, il quale affermava che «le sedute delle Camere sono pubbliche. Ma quando dieci membri ne facciano per iscritto la domanda, esse possono deliberare in segreto». La norma si riferiva sia alla Camera dei Deputati sia al Senato vitalizio. L'origine di questa disposizione non è di immediata individuazione. In Inghilterra, la presenza del pubblico veniva semplicemente tollerata e la pubblicità non era garantita in

modo diretto, ma attraverso i racconti della stampa e i resoconti[21]. In Francia, il re proibì la pubblicità degli Stati Generali con ordinanza del 23 giugno 1789 perché contraria al decoro e all'ordine pubblico, ma tempo due giorni, a seguito dell'insorgere di una protesta, fece ritirare l'ordinanza e il principio della pubblicità delle discussioni legislative venne riconosciuto[22]. La Carta francese del 1814 statuiva che le sedute della Camera dei pari fossero segrete, mentre quelle della Camera erano pubbliche[23]. La pubblicità delle sedute veniva riconosciuta per entrambe le Camere nella Costituzione di luglio (1830) salvo la possibilità per la Camera elettiva di procedere in comitato segreto. Così Louis-Antoine Macarel poteva affermare che la pubblicità parlamentare favoriva il rispetto e la fiducia garantendo il «credito del pubblico». Essa aveva il grande vantaggio di consentire agli elettori di assistere all'esercizio del potere e di offrire loro il mezzo per giudicare la condotta dei rappresentanti[24]. I regolamenti parlamentari usavano la formula «comitato segreto», assente nello Statuto Albertino ma con un precedente storico anche nello Statuto per il Regno d'Italia emanato il 6 giugno 1805[25] e un antecedente prossimo nella Costituzione belga[26]. In particolare, l'articolo 33 del regolamento provvisorio del Senato (1848) prevedeva che «i senatori chiedenti che il Senato si formi in comitato segreto, fanno la loro dimanda per iscritto e la sottoscrivano. I loro nomi sono iscritti nel processo verbale». Disposizioni analoghe si ritrovano nel Regolamento del 1850 e in quello del 1861[27]. In Senato si creò una certa confusione tra «comitato segreto» e «adunanza privata» con cui si era soliti indicare le sedute in cui l'Assemblea non deliberava, oppure deliberava su affari interni (amministrativi o finanziari)[28]. Il termine «adunanza privata», usato nella prassi dei primi due anni di attività, era introdotto nel Regolamento definitivo del 1850 che, a proposito del processo verbale, precisava la necessità di redigere processo verbale sia per le sedute pubbliche che per le adunanze private del Senato[29]. I Regolamenti della Camera disciplinavano le riunioni nelle quali si era soliti discutere senza il pubblico e senza la stampa. In particolare, l'art. 34 del Regolamento del 1848 è assai conciso limitandosi a stabilire la forma scritta della richiesta per procedere in comitato segreto[30]. La *ratio* delle riunioni in comitato segreto era individuata nella necessità di discutere affari che sarebbe stato pericoloso discutere in pubblico, potendo recare danno al Paese. La disposizione contenuta nell'articolo 52 dello Statuto fu nei primi tempi interpretata nel senso che nelle sedute segrete non solo si potesse discutere e riferire episodi da tenere riservati, ma che fosse consentito deliberare e sottoporre al voto fatti ed accadimenti essenzialmente politici da cui dipendevano le sorti del Governo[31]. È emblematica la vicenda del Governo di Ettore Perrone di San Martino (I legislatura, dal 12 ottobre 1848 al 16 dicembre 1848) le cui sorti dipesero da una discussione in comitato segreto con una votazione in seduta pubblica che negò la fiducia all'esecutivo. In questa occasione, Lorenzo Valerio notò come tale atteggiamento fosse «lesivo dei principi di libertà e di pubblicità fondamento e salvaguardia delle nostre istituzioni che le cose le quali maggiormente importano al paese siano trattate a porte chiuse; mai in nessun parlamento venne discussa e decisa una questione di gabinetto in comitato segreto»[32]. Anche dopo la proclamazione del Regno d'Italia, la Came-

ra discusse in comitato segreto alcune questioni di capitale importanza come la relazione sul brigantaggio e nello stesso modo avrebbe delibarato sull'inchiesta stessa[33].

La Camera dei Deputati si riunì per la prima volta in seduta segreta il 31 luglio 1848 e, qui, venne approvato un indirizzo di sostegno al Re e all'esercito in occasione della Prima guerra d'indipendenza. In questa sede, venne trattata la questione pregiudiziale sulle forme di convocazione del comitato segreto da cui avrebbe avuto origine la prassi secondo cui anche per la Camera sarebbe bastata la semplice domanda di dieci deputati per far tenere in segreto le sedute[34]. Tale convenzione fu messa in discussione solo nella seduta del 4 maggio 1874 ove, essendo stata presentata una proposta di comitato segreto per trattare questioni sulla franchigia postale, il Presidente Bianchieri era propenso a sottoporre a deliberazione questa richiesta, ma il deputato Asproni faceva notare che la prassi parlamentare era nel senso che non si aveva diritto di deliberare sulla proposta, dovendosi senz'altro accoglierla. La polemica rientrò con il ritiro della domanda di adunanza segreta[35]. Nelle adunanze private della Camera venivano discusse perlopiù questioni di natura interna ed amministrativa: erano trattati temi riguardanti le spese di bilancio e il personale di servizio, ma anche questioni su franchigie e servizi postali, organizzazione della biblioteca e riordino dell'archivio, costituzione di una tipografia con annessi problemi per la stampa di documenti e discorsi parlamentari, organizzazione di caffè e ristoranti, ordini degli spazi dedicati alle adunanze pubbliche[36], oltre a questioni di politica estera e militare che, per ovvie ragioni, non si potevano trattare in sedute pubbliche[37]. Questi argomenti, per la verità, non erano totalmente marginali. Ad esempio, la discussione in merito alla stampa di atti ufficiali è da collegarsi con il tema del consenso. Il liberale democratico Lorenzo Valerio paventava per il futuro gli inconvenienti derivanti da una "trasparenza" lasciata alla sola mercé della stampa e sollecitava l'assemblea a dare maggior diffusione ai lavori e ai dibattiti parlamentari[38]. Il tenore delle discussioni era in parte differente nella Camera vitalizia. Nei comitati segreti del Senato non mancarono discussioni su questioni costituzionali. Ad esempio, nella riunione dell'8 febbraio 1849, il Senato fu convocato per ascoltare in modo ufficioso un comitato ministeriale costituito dal Ministro dell'Intero e dal Ministro dei Lavori Pubblici sul tema «se cioè le leggi già votate dalla Camera che fu disciolta, non ancora votata dal Senato debbano di nuovo essere discusse e votate dalle due Camere, o in quella solamente del Senato, considerato come fatto compiuto e non infirmato dalla posteriore dissoluzione della Camera l'approvazione già del testo di legge»[39]. A favore della prima soluzione si dichiarava il Ministero; mentre erano di parere contrario alcuni senatori. La consultazione aveva lo scopo di chiarire i dubbi causati dall'inesperienza della classe politica; il comitato ministeriale si limitò ad ascoltare i più anziani e si ritirò, «ritenendosi sufficientemente illuminato e soddisfatto». A questo momento si può far risalire la più generale consuetudine costituzionale secondo cui i lavori parlamentari decadevano con la fine dalla sessione. Causa l'instabilità politica e le continue elezioni, non mancarono in dottrina le proposte che volevano una continuità dell'organo anche in presenza di nuove elezioni, evidenziando qualche perplessità

nella prassi consolidata. Infatti, se il rinnovo della Camera dei Deputati poteva giustificare un riesame del progetto di legge per il cambiamento dei membri dell'assemblea, tale soluzione era meno sostenibile per il Senato vitalizio che non mutava la sua composizione[40]. Nello stesso anno veniva trattata un'altra questione di natura costituzionale a seguito della sconfitta di Novara (23 marzo 1849) e dell'abdicazione del Re Carlo Alberto. Nella seduta segreta del 1849 si discusse, su proposta del senatore Gallina, se si dovesse applicare il principio costituzionale, ritenuto vigente in Inghilterra, che voleva l'apertura di una crisi di governo con lo scioglimento delle Camere a seguito della morte o dell'abdicazione del Sovrano. Le osservazioni sollevate dal Gallina erano in linea con una lettura restrittiva dello Statuto che concepiva i Ministri come consiglieri della Corona. Infatti, lo Statuto attribuiva al sovrano la titolarità del potere esecutivo con la nomina e la revoca dei ministri (art. 65), e rientravano inoltre tra le prerogative regie la proroga e lo scioglimento della Camera elettiva e la proroga delle sessioni parlamentari (art. 9). Su questa ipotesi di scioglimento delle Camere, interveniva il Ministro Rattazzi che sottolineava come «lo Statuto non prevede questo capo; che il Re non muore e non cessa mai; che in conseguenza non si ha ragione di credere che la morte, o l'abdicazione del Re tragga seco lo scioglimento delle Camere»[41]. Prevalse questa interpretazione evolutiva.

Con la VII legislatura (aprile 1860), la prima del Regno d'Italia, il numero dei rappresentanti alla Camera si ampliò con i deputati della Lombardia, Emilia e Toscana e al Senato vennero nominati nuovi senatori. Nella conferenza privata del 6 giugno 1860, il Senato discusse la mozione per stabilire il numero dei senatori necessari ai fini della validità delle deliberazioni[42]. La proposta prevedeva di non calcolare ai fini della determinazione del *quorum* i senatori assenti per giustificato motivo oltre ai vescovi e ai funzionari impegnati per ragioni d'ufficio fuori della capitale e questo per ovviare alla piaga della scarsa partecipazione ai lavori d'assemblea e alle difficoltà nel raggiungere il numero legale. È opportuno sottolineare come fuori dal controllo del pubblico si attuava per via convenzionale una modifica tacita alla Carta costituzionale. Nello specifico si interveniva sulla disposizione contenuta nell'articolo 53 che stabiliva la maggioranza assoluta dei membri sia per la legalità delle sedute che per la validità delle deliberazioni. Di fronte a questo inconveniente i regolamenti parlamentari prevedevano altresì sanzioni come l'iscrizione del nome degli assenti nel verbale d'assemblea. Allo scopo di scongiurare la nullità delle sedute, prevalse anche la regola che il numero legale fosse sempre presunto fino a prova contraria, procedendo cioè alla conta solo su richiesta dei membri d'assemblea[43].

3. *La trasparenza nelle decisioni parlamentari*

Il beneficio della pubblicità delle discussioni sarebbe fortemente depotenziato qualora il voto dei loro componenti fosse segreto. La questione sulla scelta tra voto palese e voto segreto è pertanto un angolo visuale privilegiato per comprendere come in un governo costituzionale siano fondamentali il «generale bisogno di trasparenza e responsabilità del sistema»[44].

L'articolo 63 dello Statuto Albertino prevedeva tre modi di votazione: per alza-

ta e seduta, per divisione, e per scrutinio segreto, stabilendo che la votazione finale sui disegni di legge e i voti concernenti le persone fossero sempre segreti[45]. La votazione per divisione, cioè la suddivisione dei votanti in due sottogruppi, uno per i favorevoli e l'altro per i contrari, allo scopo di procedere alla conta, cadde presto in desuetudine sostituita dalla votazione per appello nominale. Lo scrutinio segreto avveniva, invece, con pallottola bianca o nera. I rappresentanti deponevano nell'urna posta sulla tribuna la pallottola che esprimeva il voto sapendo che la pallottola bianca significava voto favorevole, la nera rifiuto. Tale sistema venne sostituito poi con quello delle schede. Nei verbali del Consiglio di Conferenza non c'è traccia dell'elaborazione dell'articolo 63 che non trova riscontro nei modelli costituzionali francese e belga, al punto che le scelte in tema di voto segreto sono da considerarsi un'originalità del costituzionalismo italiano[46]. In particolare, la costituzione belga prevedeva espressamente all'articolo 39 non solo la pubblicità delle discussioni ma anche quella delle votazioni. Il Congresso nazionale aveva ritenuto che i rappresentanti della Nazione dovessero avere il coraggio di manifestare pubblicamente i sentimenti che li animavano senza nascondersi dietro la convenienza che poteva alimentare lo scrutinio segreto[47].

Sulla dinamica voto palese/voto segreto Emilio Broglio scriveva:

> Il voto palese è atto coraggioso e virile, mentre il segretume ha un non so che di timido, di subdolo, di, mi si lasci dire, conventuale; e suol essere l'arma traditora di che si valgono gl'intriganti, per rompere le maggioranze e abbattere nell'ombra i ministeri, quando si sentono incapaci di vincere colla forza delle ragioni negli aperti dibattimenti. Poi, siccome il voto segreto richiede la chiama di tutti i nomi, così è una pratica lunga, che si usa soltanto per la votazione finale d'ogni legge, e non per quella de' singoli articoli, su' quali si suol votare per alzati e seduti; ora accadde più d'una volta e più di due, anche in quelle Camere piemontesi, della cui esemplare onestà è inutile ch'io qui ripeta l'elogio, pure in occasioni gravissime accadde, che un progetto di legge, approvato prima a voti palesi, sia poi stato respinto a voti segreti[48].

Il voto segreto era considerato una garanzia d'indipendenza e si ricollegava alla tendenza di preservare l'esercizio delle funzioni parlamentari dalle possibili ingerenze da parte del potere regio. Se le origini di una tale disposizione vanno dunque ricercate in questo ordine di questioni, il mutamento della forma di governo da costituzionale pura a forma tendenzialmente parlamentare generava un cambiamento parziale dell'originaria giustificazione dell'articolo esaminato[49]. Con il tempo la giustificazione del voto segreto era affidata alla necessità di preservare la libertà dei rappresentanti da pressioni esterne garantendo agli eletti l'esercizio del proprio mandato secondo la propria coscienza e senza essere condizionati dall'opinione pubblica. In più casi il Parlamento si trovò a risolvere i conflitti tra richieste di deliberazioni con voto palese e voto segreto come quando la Camera fu consultata il 9 marzo 1854 e l'8 gennaio 1858 e preferì la votazione pubblica. Su tali conflitti, il trattato teorico-pratico di Mancini e Galeotti riassumeva le due posizioni: «quelli che ritengono debba darsi la preferenza al voto segreto osservano che il palese (per alzata e seduta) è il modo di votazione ordinaria e quindi da porsi in seconda linea nelle circostanze eccezionali; che il voto segreto è dal Regolamento e dallo stesso Statuto considerato come il più solenne [...] I contraddittori oppongono che, appunto perché la votazione palese è la regola, essa

dev'essere sempre preferita»[50]. La prassi parlamentare fece registrare abusi. Ludovico Casanova riteneva ammissibile il voto segreto solo in sede di elezione, mentre non vedeva altra ragione per derogare al principio generale della pubblicità: «La Nazione ha diritto di conoscere le opinioni e la condotta de' suoi deputati e un deputato che abbia bisogno del segreto già non è più degno di essere tale»[51].

4. *Trasparenza ed autonomia*

Molti principî delle moderne forme parlamentari sfuggono a una dichiarazione legislativa, altre disposizioni vanno, invece, interpretate in modo estensivo perché trasposizione di principî generali. Così l'idea di un *governo trasparente* riposava sul principio della pubblicità derivato dalla stessa natura del governo rappresentativo e costituiva elemento imprescindibile per distinguere le assemblee legislative da altri corpi politici. Se, del resto, il Parlamento era per eccellenza il rappresentante della società, era naturale che la partecipazione dei cittadini ai lavori parlamentari fosse un importante strumento di legittimazione politica. Tuttavia, il principio della pubblicità trovava un punto di arresto nelle più alte ragioni d'indipendenza ed autonomia dell'organo o dei suoi membri. Nella tradizionale costituzionale inglese, da cui tutti gli ordinamenti parlamentari avevano creduto di trarre ispirazione, si era fatta strada la distinzione tra *functions and privilege* al fine di differenziare l'attività principale legislativa e di controllo politico da quei poteri ed attività accessorie riconosciute alle Camere o ai singoli membri per ragioni di sicurezza e libertà nei confronti della Corona[52]. Pertanto, erano escluse dal dominio della sfera pubblica tutte le attività in cui il Parlamento non avesse da esercitare le proprie funzioni. La dottrina italiana aveva sempre ritenuto che la facoltà di regolare con piena autonomia la propria amministrazione interna fosse implicita in quel potere regolamentare che l'articolo 61 dello Statuto espressamente conferiva ai due rami del Parlamento[53]. Ne conseguiva che l'autonomia dell'organo rappresentativo era una necessità primaria, anche a scapito della pubblicità. Nella prassi si era, infatti, affermata la regola che un ramo del Parlamento evitava, per ragioni di convenienza e autonomia, non solo di discutere, ma anche di modificare un disegno di legge avente ad oggetto questioni interne dell'altra Camera. Si era affermata quella che Santi Romano definiva una «correttezza sostanziale con cui si assicurava l'indipendenza e l'autonomia dei supremi organi dello Stato e si prevenivano possibili conflitti»[54].

In definitiva, salvo le dovute eccezioni, la trasparenza nei lavori parlamentari risponderebbe, ieri come oggi, almeno a una duplice necessità politico-costituzionale: stabilire il consenso, legittimare l'organo rappresentativo mettendo in comunicazione il Parlamento con il corpo elettorale, e garantire il controllo da parte dell'opinione pubblica sui propri rappresentanti. Un governo è veramente rappresentativo se fonda la propria forza non su una maggioranza parlamentare ma su un consenso più ampio. Carlo Boncompagni affrontava la questione evidenziando che

> […] se a tutti i cittadini non si può concedere di partecipare direttamente per mezzo delle elezioni a quella potenza che è propria dei consessi legislativi, non si può loro disdire di procacciarsi

quell'influenza che si esercita esprimendo l'opinione che approva o che condanna[55].

Il biasimo con cui si condannano le cattive azioni serve ad impedirle. La trasparenza derivante dalla pubblicità delle discussioni seguite da analisi, critica e manifestazione di pensieri ed idee è una garanzia contro errori ed abusi.

[1] Questo lavoro è il risultato di una riflessione interna al progetto di ricerca ReConFort (*Reconsidering Constitutional Formation. Constitutional Communication by Drafting, Practice and Interpretation in 18th and 19th century Europe*), coordinato dalla Prof.ssa Ulrike Müßig (Universität Passau), che ha ricevuto il finanziamento n. 339529 *dall'European Research Council*.

[2] Per questa indagine mi avvalgo dei risultati contenuti in: P. Costanzo, *La pubblicità dei lavori parlamentari. Profili storico comparatistici ed aspetti attuali*, in «Rassegna parlamentare. Rivista mensile di studi costituzionali e di documentazione legislativa», n. 3 e 4, 1980, pp. 200-244 e 287-353; numero monografico *Transparence et segret*, in «Pouvoirs», n. 97, 2001 e in particolare i contributi di J.-D. Bredin, *Secret, transparence et démocratie*, pp. 5-15 e J.-M. Belorgey, *L'Etat entre transparence et secret*, pp. 25-32; M. Stronati, *L'originalità dell'informazione politica italiana: pubblicità parlamentare e opinione pubblica nel XIX secolo*, in «Giornale di storia costituzionale», n. 2, 2003, pp. 315-331; F. Rimoli, G.M. Salerno (a cura di), *Conoscenza e potere. Le illusioni della trasparenza*, Roma, Carocci, 2006; G. Corso, *Potere politico e segreto*, in F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 267 ss. e F. Meloni, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in Id. (a cura di), *La trasparenza amministrativa* cit., pp. 3 ss.; C. Colapietro, *Trasparenza e democrazia: conoscenza e/è potere*, in L. Califano, C. Colapietro (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 3-34.

[3] Sul nostro tema si veda R. Dickmann, *Il procedimento legislativo sotto il vigore dello Statuto albertino*, in «Studi parlamentari e di politica costituzionale», n. 40, 2007, pp. 133-153 e soprattutto V. Strinati, *La pubblicità dei lavori parlamentari dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana*, in «Le Carte e La Storia», n. 2, 2008, pp. 23-39.

[4] Sullo Statuto di Carlo Alberto rinvio a due recenti opere di sintesi: G. Rebuffa, *Lo Statuto albertino*, Bologna, il Mulino, 2003 e P. Colombo, *Con lealtà di Re e con affetto di padre. Torino, 4 marzo 1848. La concessione dello Statuto albertino*, Bologna, il Mulino, 2003. Sull'esperienza costituzionale italiana si vedano le ricostruzioni storiche di U. Allegretti, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bologna, il Mulino, 1989; R. Martucci, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma, Carocci, 2002 e C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia (1848-1994)*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

[5] Vincenzo Miceli riferiva: «[…] le fonti del diritto positivo, del diritto propriamente detto, bisogna anzitutto ricercarle negli usi e nelle consuetudini parlamentari. […] La fonte specifica del diritto parlamentare, oltre che dalle consuetudini, è costituita dai regolamenti interni delle Camere stesse. […] Accanto alle fonti vere e proprie, a quelle dalle quali direttamente scaturisce il diritto parlamentare, sono le fonti improprie o indirette, quelle cioè dalle quali indirettamente prendono origine nuove norme di diritto. Tra queste fonti indirette troviamo più o meno, in tutti i rami del diritto, la giurisprudenza. […] Un'altra fonte indiretta è per uno Stato il diritto parlamentare degli altri Stati, specialmente di quelli più progrediti nelle istituzioni e nella vita parlamentare. Questa fonte indiretta acquista quivi una grande importanza per il carattere elastico ed espansivo del diritto parlamentare di altri paesi, permette di vedere in questa impostazione, più l'effetto di una evoluzione interna o di una evoluzione comune a tutti i paesi parlamentari, anzi che l'accettazione di un diritto straniero». Cfr. Id., *Principii di diritto parlamentare. Estratto dalla Enciclopedia Giuridica Italiana*, Milano, Società editrice Libraria, 1910, pp. 8-20.

[6] C. Cavour, *Stampa e Parlamento*, in Id., *Tutti gli scritti* raccolti e curati da C. Pischedda e G. Talamo, Torino, Centro studi piemontesi, 1976, vol. 3, pp. 1047-1049.

[7] Sulla legittimazione del regime costituzionale in Italia, rinvio a un mio contributo: *The Omnipotence of Parliament in the legitimisation process of 'representative government' under the Albertine*

Statute (1848-1861), in U. Müßig (ed.) *Reconsidering Constitutional Formation I. National Sovereignty - A Comparative Analysis of Juridification by Constitution*, Berlin, Springer, 2016.

[8] Cfr. R. Romeo, *Cavour e il suo tempo*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 3 voll. e D. Mack Smith, *Cavour and Parliament*, in «Cambridge Historical Journal», vol. 13, n. 1, 1957, pp. 37-57.

[9] L. Minguzzi, *La teoria dell'opinione pubblica nello Stato costituzionale*, Torino-Roma, Roux e C. Editori, 1893, p. 108.

[10] Id., *Il Parlamento e il pubblico*, in «Il diritto. Giornale della democrazia italiana», n. 186, 1877.

[11] Sul ruolo dell'opinione pubblica nel sistema costituzionale italiano, L. Lacchè, *Per una teoria costituzionale dell'opinione pubblica. Il dibattito italiano (XIX secolo)*, in «Giornale di storia costituzionale», n. 6, 2003, pp. 273-290.

[12] F. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, Ute, 1909, vol. III, p. 55.

[13] N. Bobbio, *La democrazia e il potere visibile*, in Id., *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1995, pp. 85-112. Resta un punto di partenza obbligato la riflessione di J. Habermas (*Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1991). Si veda anche *Il segreto nella realtà giuridica italiana. Atti del convegno nazionale*, Roma, 26-28 ottobre 1981, Padova, Cedam, 1983.

[14] Su questa trattatistica si veda M. Stolleis, *Arcana Imperii und Ratio status. Bemerkungen zur politischen Theorie des fruhen 17. Jahrhunderts*, Gottingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1980; e anche Id., *Storia del diritto pubblico in Germania. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800*, Milano, Giuffrè, 2008, vol. I, *passim*.

[15] L'opera ebbe una straordinaria circolazione sia attraverso l'edizione del ginevrino Etienne Dumont sia attraverso la traduzione italiana a cura dell'avv. Lorenzo Serazzi. Il traduttore dedicava la propria fatica al Parlamento dell'Alta Italia ed evidenziava la necessità di fornire regole e principi generali che solo una secolare esperienza avrebbe potuto stabilizzare. Da qui, il bisogno di attingere alla tradizione inglese. «Se però a parer mio non mancherà all'Italia la sapienza legislativa richiesta per fondare stabilmente le basi del nuovo ordine di cose, per temperare e dirigere le varie forze della Nazione in modo che lungi dall'urtarsi fra loro, ne nasca l'equilibrio, e l'armonia; se in una parola noi sapremo sceglierci quella costituzione che meglio possa assicurare all'intiera penisola la libertà, la prosperità e l'indipendenza: nei minuti particolari però del regime rappresentativo, dei quali solo sicuro giudice è l'esperimento, digiuni come ci lasciarono i cessati governi non potremo facilmente raggiungersi presto quella perfezione, che pure è tanto a desiderarsi in ogni cosa che all'ordinamento dello Stato appartenga, potendo spesso da inavvertito difetto di un interno regolamento avere origine». Cfr. G. Bentham, *La tattica parlamentare. Traduzione dedicata ai Parlamenti italiani ed alla Assemblea costituente del Regno dell'Alta Italia*, Torino, Tipografia di Antonio Pavesia, 1848, p. VI.

[16] Ivi, pp. 21 ss.

[17] Ivi, pp. 28 ss.

[18] U. Galeotti, *Principii regolatori delle assemblee*, Torino, Bocca, 1900, p. 16.

[19] Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica* cit., p. 119.

[20] P. Peverelli, *Comenti intorno allo Statuto del Regno di Sardegna*, Torino, Castellazzo e Degaudenzi, 1849, p. 111.

[21] Lo riferisce una nota, apparsa su «Il Risorgimento», 15 novembre 1848, riconducibile a Cavour. In questa occasione viene ricordato come nella Camera dei Comuni «gli estranei sanno d'essere solo tollerati, e che in ogni punto essi possono essere mandati via. […] La subita espulsione degli estranei è il mezzo con cui la Camera è protetta da ogni mancanza di decoro. Gli stranieri ed i giornalisti sentono d'essere espulsi, se non per propria colpa». Cfr. Cavour, *Sul contegno del pubblico in Parlamento*, in *Tutti gli scritti* cit., pp. 1343-1344. Più diffusamente, Racioppi, Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno* cit., III, p. 57.

[22] G. Maranini, *Le origini dello Statuto Albertino*, Firenze, Vallecchi, 1926, p. 220.

[23] La Costituzione del 1814 prevedeva all'art. 32: «Tutte le deliberazioni della Camera dei pari sono segrete», mentre all'art. 44 statuiva: «Le sedute della Camera sono pubbliche, ma la richiesta di cinque membri basta perché si costituisca in comitato segreto». Per la Costituzione del 1830 si deve far riferimento all'art. 27: «Le sedute della Camera dei pari sono pubbliche, come quelle della Camera dei deputati» e all'art. 38: «Le sedute della Camera sono pubbliche; ma la richiesta di cinque membri basta perché essa si formi in comitato segreto». Sul costituzionalismo francese della Restaurazione: P. Rosanvallon, *La monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et de 1830*, Paris, Fayard, 1994; A. Laquièze, *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002 e L. Lacchè, *La libertà che guida il popolo. Le tre gloriose giornate del luglio 1830 e le Chartes nel costituzionalismo francese*, Bologna, il Mulino, 2002.

[24] L.-A. Macarel, *Éléments de droit politique*, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1833, p. 193.

[25] L'art. 48 affermava: «Ogni anno è fatto sul tesoro pubblico un fondo di 300.000 lire per sostenere le spese del corpo legislativo, sia per le riparazioni ed il mantenimento del suo palazzo, sia per le spese dei di lui ufficii, sia per le indennizzazioni da accordarsi a ciascheduno dei di lui membri. Questo fondo è amministrato dal presidente e dai questori, confor-

memente ad un decreto che sarà fatto ogni due anni in comitato segreto, col quale il corpo legislativo ne regola l'impiego. Su questa somma è prelevato l'onorario annuo del presidente e dei questori, il quale è fissato per il presidente a 25.000 lire, e pei questori a 10.000 lire per ciascuno».

[26] Testualmente l'articolo 33 della Costituzione belga recita: «Le sedute delle Camere sono pubbliche. Tuttavia ciascuna Camera può riunirsi in comitato segreto sulla domanda del suo presidente o di dieci membri. Essa decide, quindi, alla maggioranza assoluta, se la seduta debba ripigliarsi in pubblico sul soggetto medesimo». Specificamente Silvio Furlani notava come i regolamenti parlamentari ricalcavano le disposizioni scritte per il funzionamento dell'Assemblea belga. Cfr. S. Furlani, *L'influenza della Costituzione e dell'ordinamento costituzionale belga del 1831 sulla stesura dello Statuto e di altri testi istituzionali fondamentali del Regno di Sardegna nel 1848*, in «Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari», n. 2, 1986, pp. 116-119.

[27] Art. 60 *Regolamento del Senato del 1850*: «I dieci Senatori, giusta il disposto dell'articolo 52 dello Statuto, che il Senato si formi in comitato segreto, fanno la loro domanda per iscritto e la sottoscrivano. I loro nomi sono notati nel processo verbale. Il Senato decide senza discussione, se sia il caso di formarsi in comitato segreto, quando sia stato proposto; e consentendovi, statuirà poi nel Comitato medesimo, se la deliberazione sovra l'oggetto discusso, debba o no seguire in pubblico. I Ministri del Re hanno il diritto d'intervenire nel Comitato segreto»; Art. 58 *Regolamento del Senato del 1861*: «La domanda acciò il Senato si costituisca in comitato segreto, la quale, giusta il disposto dell'art. 52 dello Statuto deve farsi da dieci Senatori, sarà da essi fatta per iscritto e sottoscritta: i loro nomi si noteranno nel processo verbale. Il Senato decide senza discussione se consenta la domanda; consentendovi, statuisce poi nel comitato medesimo se la deliberazione sull'oggetto in essa discusso debba seguire in pubblico o no. I Ministri del Re hanno il diritto d'intervenire nel comitato segreto». Sui regolamenti nella storia costituzionale italiana rinvio al numero monografico di questa rivista: *I regolamenti parlamentari nei momenti di "svolta" della storia costituzionale italiana*, in «Giornale di storia costituzionale», n. 1, 2008.

[28] F. Rossi, *I regolamenti del Senato regio (1848-1900). Storia, norme e prassi*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2013, pp. 98-100.

[29] Ivi, p. 217.

[30] Art. 34 del *Regolamento provvisorio del 1848*: «I deputati chiedenti che la Camera si formi in comitato segreto, fanno la loro dimanda per iscritto e la sottoscrivono. I loro nomi sono scritti nel processo verbale». Per una ricerca testuale e per argomento, è utile *Regolamenti di procedura della Camera dei deputati (1848-1971)*, Roma, Camera dei deputati, 2010.

[31] Sono constatazioni di V. Riccio, *I Comitati segreti della Camera dei Deputati*, in «Rivista d'Italia», n. 21, vol. 2, 1918, p. 171.

[32] *Atti del Parlamento Subalpino - Discussioni della Camera dei Deputati, I Legislatura, Tornata sabato 11 novembre 1848*, Torino, Tipografia Eredi Botta, 1856, vol. 1, pp. 721-733.

[33] *Il brigantaggio nelle province napoletane. Relazione della commissione d'inchiesta parlamentare letta dal deputato G. Massari alla Camera del Comitato segreto del 3 e 4 maggio 1863 seguita da quella letta dal deputato Castagnola nella tornata segreta del 4 maggio e dalla legge sul brigantaggio*, Milano, Ferrario, 1863. Cfr. M. Sbriccoli, *La Commissione d'inchiesta sul brigantaggio e la legge Pica*, in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 468 ss.

[34] «[…] il deputato Michelini mentre riconosce l'esistenza della domanda a termine della legge, non ammette però la legalità del modo con cui sarebbe stata accolta, giacché, a suo avviso, la pubblicità delle adunanze essendo di massima generale, solo in adunanza pubblica potevasi proporre la riunione privata: il quale sentimento è pure appoggiato dal deputato Lanza che cita in proposito l'articolo 52 dello Statuto. A ciò risponde il deputato Cottin uno dei suscrittori della proposta osservando che la forma e il modo della medesima come è stabilito dal mentovato articolo consistono in ciò soltanto che sia fatta da 10 membri e per iscritto, mentre nulla prescriva che si faccia in adunanza pubblica o diversamente; che la convocazione pubblica per proporre in essa l'adunanza segreta aveva certamente li due inconvenienti l'uno cioè di cagionare una perdita di tempo, o di costringere a far uscire il pubblico dalle tribune; trattarsi non d'atto legislativo o politico, ma di manifestazione d'affetto e di sentimenti, di trovare parole acconce ad esprimersi […]». Cfr. Archivio storico Camera dei deputati, (ASC), *Verbali delle Riunioni della Camera in Comitato segreto (31 luglio 1848 al 14 gennaio 1851). Registro n. 1, Verbale n. 1, carta n. 1.*

[35] La vicenda è narrata sia da M. Mancini, U. Galeotti, *Norme ed usi del Parlamento italiano. Trattato pratico di diritto e procedura parlamentare*, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1891, p. 110; sia da Riccio, *I Comitati segreti della Camera dei Deputati* cit., p. 170.

[36] Si veda, ad esempio, ASC, *Verbali delle Riunioni della Camera in Comitato segreto (dal 28 febbraio 1851 al 5 giugno 1876). Registro n. 2, Comitato segreto del 16 marzo 1868*; e il progetto di riordino dell'aula Parlamentare a firma di Aurnaud e il rapporto della commissione composta dagli Sig.ri Deputati Breda, Grattoni e Cadolini in *Ver-*

bale della seduta segreta della Camera dei deputati tenuta il 22 luglio 1868.

37 A cura dell'Archivio storico sono stati pubblicati i verbali integrali dei comitati durante la prima guerra mondiale. Cfr. *Comitati segreti sulla condotta della guerra (giugno-dicembre 1917)*, Roma, Tip. Carlo Colombo, 1967.

38 Valerio riferiva: «[…] le discussioni pubbliche della Camera siano testualmente ed al più presto pubblicate e diffuse nelle diverse province dello Stato, nota come la stampa non officiale si permetta al contrario di riferire meno che esattamente i discorsi dei deputati, falsandone affatto e la lettera e lo spirito. Sembrargli opportuno e conveniente che dalla presidenza si [avvisi] ai mezzi onde ovviare a cotale inconveniente ed esamini se nulla si opponga a che possa essere attuata la seguente proposta, cioè che gli impiegati della Camera redigano in succinto ma prontamente un resoconto delle discussioni di ogni tornata, che sia sottoscritto dal presidente e rimesso a tutti i giornalisti che ne facciano domanda». ASC, *Verbali delle Riunioni della Camera in Comitato segreto (dal 28 febbraio 1851 al 5 giugno 1876). Registro n. 2, Legislazione VIII – sessione 1861-1862, Verbale della seduta del 16 luglio 1862, carta 3*.

39 Archivio storico del Senato (ASS), *Processi verbali delle sedute segrete*, vol. 1. Maggio 1848 - 4 marzo 1858. Verbale n. 12 del 8 febbraio 1849.

40 Cfr. V. Miceli, *La chiusura delle sessioni parlamentari e i suoi effetti giuridici. Studio di diritto parlamentare*, in «Annali dell'Università libera di Perugia, Facoltà di giurisprudenza», vol. 5, 1895, pp. 117-181.

41 ASS, *Processi verbali delle sedute segrete*, vol. 1. Maggio 1848 - 4 marzo 1858. Verbale n. 15 del 25 marzo 1849.

42 ASS, *Processi verbali delle sedute segrete*, vol. 2. 06 giugno 1860-27 marzo 1865. Verbale n. 1. Seduta del 6 giugno 1860.

43 Cfr. Racioppi, Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno* cit., III, p. 78.

44 S. Curreri, *Il voto segreto: uso, abuso, eccezioni*, in L. Violante (a cura di), *Il Parlamento. Storia d'Italia. Annali 17*, Torino, Einaudi, 2001, p. 521.

45 «Il voto segreto, infatti, se ha rappresentato un importante elemento di continuità istituzionale nella storia politica e costituzionale del nostro Paese, ha assunto però nel tempo giustificazioni diverse ma sempre funzionali al suo mantenimento». Cfr. Curreri, *Il voto segreto: uso, abuso, eccezioni* cit., p. 521. Su questi aspetti si vedano le ricostruzioni di B. Pezzini, *La questione del voto segreto in Parlamento*, in «Diritto e società», I, 1985, pp. 159-194, (spec. 159-166); e A. Casu, *Voto segreto e voto palese nei regolamenti parlamentari dal 1848 ai giorni nostri*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», n. 2, 1986, pp. 553-593.

46 È stato segnalato come l'istituto del voto segreto in Italia sia stato piuttosto influenzato dal costituzionalismo rivoluzionario (1795 e 1799), finalizzato ad un rafforzamento del potere esecutivo e ad uno svilimento del potere legislativo. In questo senso, G. Moschella, *La riforma del voto segreto*, Torino, Giappichelli, 1992, pp. 37 ss.

47 Cfr. J.J. Thonissen, *La constitution belge annotée offrant sous chaque article l'état de la doctrine, de la Jurisprudence et de la législation*, Paris-Bruxelles, 1876, p. 150.

48 E. Broglio, *Delle forme parlamentari*, Brescia, Tip. del giornale la sentinella Bresciana, 1865, pp. 235-236.

49 Cfr. L. Lanchester, *L'incidenza dei sistemi e dei modi di votazione nelle assemblee Parlamentari*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», n. 4, 1980, p. 1244.

50 Mancini, Galeotti, *Norme ed usi del Parlamento italiano. Trattato pratico di diritto e procedura parlamentare* cit., p. 287.

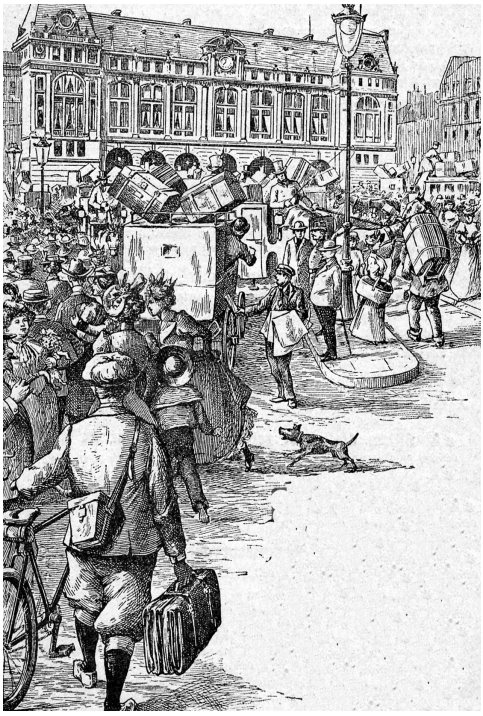
51 L. Casanova, *Del diritto costituzionale. Lezioni del professore Ludovico Casanova*, Genova, Stabilimento Tipografico Lodovico Lavagnino, 1859, p. 358.

52 Si veda T.E. May, *Leggi, privilegi, procedura e consuetudini del Parlamento inglese*, in A. Brunialti (a cura di), *Biblioteca di scienze politiche*, Torino, Ute, 1888, volume IV, parte I.

53 C. Finzi, *L'autonomia amministrativa ed economica delle assemblee legislative*, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1934, pp. 16-19.

54 S. Romano, *Diritto e correttezza costituzionale*, in *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 281.

55 C. Boncompagni, *Della monarchia rappresentativa ed economica delle assemblee legislative*, Torino, Tipografia Cotta e Pavesio, 1848, pp. 37-38.



Trasparenza e privacy nell'evoluzione dell'ordinamento costituzionale

LICIA CALIFANO

1. *La trasparenza amministrativa: un concetto a virtualità multipla*

Nella attuale disciplina normativa la trasparenza amministrativa consiste nella pubblicità di atti, documenti, informazioni e dati propri di ogni amministrazione, resa oggi possibile grazie alla circolazione delle informazioni sulla Rete internet a partire dalla pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni.

È il D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (cd. decreto trasparenza) che, adottato a seguito della delega contenuta nella L. 6 novembre 2012, n. 190 (cd. legge anticorruzione), ha riordinato la normativa esistente – anche innovandola – fornendo così una disciplina unitaria della trasparenza amministrativa, precisando in particolare: obblighi di pubblicazione in capo alle amministrazioni; diritti e strumenti per la conoscibilità in capo ai cittadini; regole e limiti a casi e forme di pubblicità; previsioni specifiche per alcuni settori; un annesso apparato di vigilanza e sanzioni.

Se la conoscenza di questo tipo di informazioni, evidentemente favorita dallo sviluppo delle nuove tecnologie, viene oggi percepita dalla collettività intera come funzionale ad un controllo sugli illeciti e la corruzione che purtroppo troppo spesso accompagnano il potere, non è meno vero che l'esigenza della trasparenza – e la sua progressiva positivizzazione quale principio giuridico – è il risultato di un lungo percorso intrapreso dallo Stato moderno che, costruito sul verticismo, sulla gerarchia e sul segreto degli *arcana imperii*, si è progressivamente aperto al dialogo e alla partecipazione dei e con i consociati.

Un percorso che, non va dimenticato, parallelamente ha radicato il progetto politico della modernità sul concetto di libertà individuale e di garanzia della stessa; alla base dell'evoluzione dello Stato moderno vi è l'affermazione e la tutela costituzionale dei diritti e delle libertà individuali fondamentali, prima fra tutte la dignità dell'uomo. Non solo con le costituzioni contemporanee la disciplina costituzionale

dei diritti fondamentali e delle libertà raggiunge un grado di diffusione tale da rappresentare una costante che ha influenzato la stessa architettura sistematica dei documenti costituzionali quanto, soprattutto, il rapporto costitutivo assume un significato più profondo: i diritti fondamentali diventano tali, cioè in senso giuridico, proprio in forza della disciplina costituzionale. Con le costituzioni le libertà assurgono al rango di diritti, configurandosi come limiti all'azione del potere sovrano; insomma di tali diritti lo Stato nazionale diviene al contempo controparte e garante[1].

Non vi è dubbio, dunque, che è la struttura stessa di una società democratica, e la premessa indispensabile al suo buon funzionamento, ad esigere tanto la costante ricerca e garanzia dell'area della partecipazione attiva e consapevole alle scelte politiche e amministrative e del controllo sulle medesime, quanto il consolidamento e lo sviluppo delle libertà e dei diritti fondamentali di ciascuno.

Se soffermiamo l'attenzione sul concetto di trasparenza, è chiaro che presupposto indefettibile per una partecipazione ed un controllo efficaci sia un flusso costante di informazioni e di dati dalla sfera dei decisori a quella degli amministrati. In questo senso il dovere informativo dei pubblici poteri è espressione diretta della sovranità popolare; una forma ulteriore di manifestazione della volontà popolare capace di integrare le forme più classiche e tradizionali.

Tutti i pubblici poteri, dunque, dovrebbero essere tenuti ad esercitare un potere visibile, controllabile da tutti i cittadini: il governo della democrazia, come autorevolmente affermato, si caratterizza come "potere pubblico in pubblico"[2].

Un tema complicato, certamente, che rimanda a origini millenarie dal momento che, a ben vedere, la scena originaria coincide con l'agorà delle città greche dove si fecero i primi esperimenti democratici del mondo occidentale. La democrazia della *polis* dell'età classica, al netto ovviamente delle limitazioni sociali del tempo, si fondava sulle idee di rendicontazione e di verificabilità degli atti di governo, seguendo una logica in fondo basata proprio sulla nozione di trasparenza del comportamento dei reggitori delle città.

Ma, tornando a tempi più vicini a noi, è nel corso del Novecento che la trasparenza viene teorizzata nella sua dimensione tanto verticale, quanto orizzontale. L'interpretazione verticale della trasparenza[3], che per lungo tempo sarà quella vincente, è costruita all'interno dell'amministrazione; una "piramide ministeriale" totalmente visibile dallo sguardo e dalla volontà dei vertici politici ed amministrativi espressione, in ultima istanza, della volontà legislativa. Una visibilità interna cui corrisponde, in forza del segreto d'ufficio, l'assoluta impenetrabilità verso l'esterno.

È Filippo Turati che in un notissimo discorso alla Camera esprime e sintetizza efficacemente la concezione opposta, in orizzontale, della trasparenza amministrativa: «dove un superiore interesse pubblico non imponga un segreto momentaneo, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro»[4]. Una trasparenza verso l'esterno, insomma, che consenta una libera circolazione delle informazioni fra governanti e governati, salvo i casi di segreto necessari a proteggere particolari interessi.

Oggi assistiamo ad un processo in cui la trasparenza, concetto già di per sé complesso, passa appunto da una costruzione verticale ad una costruzione orizzontale; e in questa trasformazione assume una con-

notazione che potremmo definire a "virtualità multipla"[5]. Essa infatti rappresenta al contempo un risultato da conseguire, in relazione ad un modo di essere dell'amministrazione, ad un'idea di come l'amministrazione dovrebbe essere, e insieme di istituti e norme necessari a conseguire l'obiettivo[6]. L'ipotesi è che la legittimazione dell'amministrazione, come del resto è stato osservato[7], si fondi non solo sulla conformità della sua azione alla legge, ma anche nella sua capacità di soddisfare gli interessi dei destinatari, modificandone le condizioni di esistenza.

In questa prospettiva il concetto di trasparenza attraversa l'idea della centralità della tutela del cittadino di fronte al potere e l'affermazione di una democrazia che esige una diversa disponibilità e distribuzione delle informazioni; in ultima analisi, una diversa distribuzione del potere. Una dimensione della trasparenza, questa, quale principio che, pur non trovando una esplicita formulazione nel testo costituzionale, ha, però, sicura rilevanza costituzionale.

A questo proposito ci si può limitare ad osservare che nell'ordinamento costituzionale italiano se il principio di pubblicità dell'agire istituzionale, con riferimento all'esercizio delle funzioni amministrative, si fonda sull'interpretazione dell'art. 97 Cost. (legalità, buon andamento, responsabilità e imparzialità della pubblica amministrazione), in termini più generali è possibile fondare un principio generale di conoscibilità dell'azione amministrativa sulla interpretazione sistematica degli stessi principi fondamentali della nostra forma di Stato: democrazia, eguaglianza e rappresentanza – ma senza tralasciare il dovere di integrità di chi riveste incarichi pubblici (art. 54 Cost.).

"Ragione di stato", allegoria di Cesare Ripa, 1603

Ma la trasparenza coinvolge anche il profilo della libertà di informazione e della emersione, come principio costituzionale, del diritto alla informazione inteso come libertà passiva di informazione e, dunque, come diritto del cittadino a ricevere una informazione ampia, completa e pluralistica. Com'è noto, la Costituzione italiana disciplina espressamente solo il profilo attivo della libertà di espressione (art. 21 Cost.) trascurando o, in ogni caso, affidando all'opera degli interpreti la elaborazione e definizione, quale principio costituzionale, di uno speculare diritto passivo ad essere informati.

In questo senso si è sottolineato come la difficoltà di garantire il diritto dei cittadini ad accedere alle informazioni in possesso dell'amministrazione affonda le proprie radici anche in una impostazione culturale incline a costruire in termini di maggiore staticità il ruolo rispettivo della società e dei pubblici poteri. Una debolezza dell'art. 21 Cost. che inevitabilmente ha prodotto i suoi effetti nella realizzazione della trasparenza amministrativa come principio generale dell'ordinamento giuridico italiano[8]. Guardata dalla prospettiva del diritto alla infor-

mazione la trasparenza si atteggia a mezzo per garantire il fine, rappresentato dal diritto ad essere informati, presupposto di una partecipazione alla vita pubblica e all'esercizio del controllo sul potere politico.

Per altro verso, ed in relazione al suo essere perseguita attraverso tecniche diverse, la trasparenza stessa diviene principio dell'ordinamento che si articola nel riconoscimento di una situazione giuridica soggettiva, attivabile sia in termini di pubblicità che di accesso alle informazioni; cui corrispondono per l'amministrazione obblighi di pubblicazione o di garanzia di accesso.

Sono dunque pubblicità e accesso le tecniche che il legislatore ha individuato e disciplinato, seguendo un percorso che, come vedremo, ha visto progressivamente ampliarsi tanto l'area delle informazioni soggette a pubblicità (cioè messe a disposizione di alcuni o della generalità dei cittadini), quanto l'accessibilità agli atti e documenti che da soggettivamente delimitata evolve in accesso potenzialmente generale, esteso cioè a tutti gli atti oggetto di pubblicazione obbligatoria.

Facendo un rapido *excursus* storico, notiamo che nel nostro Paese il muro dell'impenetrabilità verso l'esterno ha cominciato a sgretolarsi, progressivamente, a partire dalla L. 7 agosto 1990, n. 241, che ha affermato il principio della pubblicità dell'azione amministrativa e lo stretto legame tra la trasparenza amministrativa e lo specifico strumento del diritto di accesso ai documenti amministrativi[9].

Ma è negli anni successivi che le misure per la trasparenza pubblica superano la costruzione prevalentemente circoscritta all'accesso documentale, individuale e a richiesta di parte[10]. La L. 11 febbraio 2005, n. 15, che introduce modifiche alla L. 7 agosto 1990, n. 241, da una parte riconosce anche la trasparenza quale criterio ispiratore dell'attività amministrativa; dall'altra però sgancia la medesima trasparenza dall'accessibilità, nel senso di dichiarare i documenti amministrativi come accessibili (e non pubblici) e di vietare l'uso del diritto di accesso al fine di esercitare un controllo generalizzato sull'operato delle pubbliche amministrazioni.

Dal canto suo il D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, recupera la trasparenza (ormai definitivamente scissa dalla L. 7 agosto 1990, n. 241), ponendola come obiettivo che le pubbliche amministrazioni devono perseguire nell'utilizzare le tecnologie dell'informazione e della comunicazione; su questo solco, sancisce la disponibilità dei dati delle amministrazioni e la loro accessibilità in via telematica mediante la pubblicazione su un'apposita sezione del sito web istituzionale, fornendo un primo elenco di contenuti obbligatori e definendo la qualità dei dati nell'ottica della sicurezza.

Ma il salto di qualità si avvia con il D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (in attuazione della delega contenuta nella L. 4 marzo 2009, n. 15) e si realizza con la L. 6 novembre 2012, n. 190, che ha dato il via ad un'operazione di risistemazione complessiva dell'intero quadro normativo concernente gli «obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni»: il comma 35 dell'art. 1 infatti delega il Governo ad adottare un testo unico che non si limiti al riordino della disciplina già vigente, ma che introduca anche «la previsione di nuove forme di pubblicità».

E proprio sulla base di questa delega che il Governo adotta il decreto trasparenza, che rappresenta il punto di riferimento

in materia per tutti i soggetti chiamati ad attuarlo (le pubbliche amministrazioni in senso lato), nonché quelli chiamati a farlo rispettare (i giudici, ma anche le Autorità coinvolte a vario titolo). Una trasparenza che, affermatasi nel 2009 sul versante prevalente della valutazione delle *performance* delle amministrazioni, ora evolve gradualmente nella duplice prospettiva della piena accessibilità delle informazioni in ragione del controllo sociale che può così realizzarsi – in funzione di prevenzione ai fenomeni di corruzione, pratiche abusive, clientelismi e conflitti di interesse che da ormai troppo tempo inquinano e affliggono l'azione dei pubblici poteri –, ma anche di una amministrazione quale organizzazione aperta e al servizio dei cittadini – che deve operare con efficacia ed efficienza, garantendo così una "buona amministrazione".

In questa dimensione l'accessibilità alle informazioni diviene partecipazione e, dunque, strumento per la costruzione di un corretto rapporto fra amministrazione e cittadino. Sono, evidentemente, le due facce di una stessa medaglia che nella loro realizzazione pratica richiedono, però, differenti modalità di intervento. Trasparenza, quindi, come mezzo attraverso cui le amministrazioni rendono conto delle proprie azioni di fronte alla collettività. Trasparenza che, a sua volta, diventa finalità cui è preordinata la pubblicità di atti, documenti, informazioni e dati propri di ogni pubblica amministrazione. Pubblicità che, al giorno d'oggi, inevitabilmente può avvalersi dei benefici apportati dalle innovazioni intervenute nel settore delle comunicazioni elettroniche, e quindi dalla circolazione delle informazioni sulla rete a partire dalla pubblicazione sui siti internet istituzionali delle amministrazioni: è facilmente intuibile come il web sia diventato ormai il principale veicolo delle informazioni, poiché consente di raggiungere il maggior numero di persone con i minori costi (non solo in termini economici) e con migliori risultati in termini di efficacia.

Se questi sono i presupposti su cui si è costruito il decreto trasparenza, vediamone in estrema sintesi i principi base:

1) la trasparenza consiste nell'"accessibilità totale" alle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, a fini di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche (art. 1, comma 1);

2) essa si sostanzia nella pubblicazione nei siti internet istituzionali delle pubbliche amministrazioni di documenti, informazioni e dati (art. 2, comma 2), cui corrisponde uno speculare diritto alla conoscibilità da parte di tutti i cittadini/utenti (art. 3), diritto che prende forma anche tramite il nuovo istituto dell'accesso civico (art. 5)[11];

3) tale pubblicazione può essere obbligatoria, qualora disposta da un preciso obbligo di legge (art. 4, comma 1), oppure facoltativa, nel qual caso saranno le amministrazioni stesse a decidere se e quali documenti mettere *on line* (art. 4, comma 3);

4) la diffusione *on line* di tali informazioni – in veste di dati in formato di tipo aperto – non si deve limitare al solo sito istituzionale, ma occorre altresì garantire l'indicizzazione e la rintracciabilità tramite i motori di ricerca web, nonché il riutilizzo (artt. 4, comma 1, e 7);

5) i documenti pubblicati sui siti istituzionali devono sempre essere aggiornati e mantenuti in via generale per 5 anni sulla pagina "Amministrazione trasparente",

dopodiché trasferiti nelle sezioni di archivio dei medesimi siti (artt. 8 e 9).

A seguire (artt. 13 ss.) il decreto si concentra su singole fattispecie di pubblicazione obbligatoria, tra le quali mi limito a ricordarvi le informazioni concernenti i titolari di incarichi politici (compresi compensi a vario titolo e dichiarazioni reddituali e patrimoniali: art. 14) e quelle riguardanti dirigenti, consulenti e collaboratori delle pubbliche amministrazioni (art. 15); e conclude predisponendo un apparato di vigilanza e sanzioni. È evidente dalle considerazioni appena svolte che, se la pubblicità come attività a contenuto predeterminato (che nasce come strumento di certezza assistito dalla presunzione di conoscenza) è divenuta oggi l'asse centrale della trasparenza amministrativa, nella misura in cui le informazioni trasmesse non sono più limitate a poche aree di conoscenza, ma potenzialmente estese alla generalità delle informazioni detenute dalle istituzioni (pubbliche e private) una precisazione, fin da ora è d'obbligo.

La previsione che «con la pubblicità siano rese note a tutti le informazioni, non comporta che tutte le informazioni debbano essere messe a disposizione del pubblico, cioè all'insieme dei destinatari»[12]. Ma c'è un punto che, ancora una volta ci riporta alla virtualità multipla del concetto di trasparenza, che non possiamo esimerci dal sottolineare con pari chiarezza. Come ogni valore positivo anche la trasparenza maschera il suo contrario: da ideale democratico, sia essa una pretesa dal basso come strumento di contrasto agli illeciti ed alla corruzione, o stabilita dall'alto quale programma di riforme moralizzatrici poco importa, non deve trasformarsi in una costruzione totalizzante che travolge la sfera delle libertà individuali, faticosamente conquistate dalla civiltà e dalla cultura politica liberali, nella illusione di poter monitorare e controllare tutto con l'aiuto delle nuove tecnologie in tempi di iper-comunicazione.

Il bisogno, o la possibilità, se si preferisce – ma la sostanza del ragionamento non cambia –, di accumulare notizie, produce solo una apparente accessibilità alla conoscenza in assenza di una adeguata interpretazione, senza contare il rischio di regalare a nuovi poteri (privati) nuove ed ancora più irresistibili occasioni di sorveglianza, anziché produrre l'auspicato obiettivo di una maggiore democraticità del sistema. La domanda, insomma, è se l'agorà digitale[13] non rischi di allontanarci da quella casa di vetro che Turati aveva auspicato ad inizio secolo, sostituendo alla trasparenza della casa una luce abbagliante e distorsiva che confonde le informazioni e, paradossalmente le opacizza, mettendo però irrimediabilmente a nudo i suoi abitanti (che invece è bene che restino vestiti!).

Nella società moderna le nuove e straordinarie capacità tecnologiche di raccolta, ma anche di accorpamento (le grandi banche dati), hanno già trasformato la risorsa informazione anche e soprattutto in un bene economicamente prezioso; ma, al contempo, stanno anche riportando al centro della riflessione l'importanza del diritto dell'individuo alla sua riservatezza e, non di meno, la consapevolezza della strumentalità che tale diritto riveste anche rispetto alla tutela di altre libertà fondamentali. Di qui la necessità per il giurista di interpretare la realtà nelle sue multiformi espressioni e di usare il diritto per formulare regole adatte a definire correttamente ed efficacemente la distribuzione del potere connessa alla distribuzione delle informazioni.

2. *La riservatezza: i diritti della persona fra rischi e nuove opportunità*

Anche la riservatezza si presenta all'interprete come un diritto di difficile definizione, ancora una volta per l'intrinseca pluralità contenutistica che la caratterizza. Essa, in primo luogo, assume una dimensione socio-relazionale, delineandosi come una sorta di "diritto alla solitudine" *rectius* "diritto ad essere lasciati da soli" (*right to be left alone* di matrice anglosassone).

In questo caso la tutela della riservatezza presuppone forme e modalità di protezione giuridica di quella particolare sfera delle vicende umane che si qualifica normalmente come vita privata o intima, in tal senso meritevole di tutela giuridica nei confronti di ingiustificate interferenze o altre indebite forme di indiscrezione provenienti dall'esterno[14]. Gli ordinamenti giuridici hanno sentito il bisogno di garantire i cittadini dalle indebite interferenze (sia da parte di soggetti pubblici che di altri soggetti privati) nell'intimità privata, escludendo la diffusione di dati, fatti e informazioni che possano toccare un individuo nello sviluppo della sua area strettamente riservata e personale.

La protezione giuridica della sfera della riservatezza ha tuttavia registrato una progressiva evoluzione ordinamentale che coinvolge la fonte costituzionale, l'assetto normativo interno, comunitario e internazionale e, infine, la giurisprudenza costituzionale, comunitaria e ordinaria. Una evoluzione che è stata consequenziale ai profondi mutamenti connessi a quelle che si sono definite «nuove dimensioni della raccolta e del trattamento delle informazioni»[15].

Si tratta di una tendenza determinata da fenomeni fra loro interdipendenti quali:

1) da un lato, le nuove modalità di raccolta dati automatizzate tramite l'ausilio dell'informatica;

2) dall'altro, il bisogno di dati, sempre crescente, da parte delle istituzioni pubbliche e private.

Si tratta di un'enorme quantità di dati connessi alla vita, alla sfera privata, alla salute, al pensiero politico, al credo religioso di un individuo che, collegate tra loro, sono in grado di classificare un soggetto. La riservatezza si distacca così dall'individuo fisico per estendersi alle informazioni e ai dati che allo stesso si riferiscono e di cui offrono una rappresentazione[16]. Dalla dimensione socio-relazionale si passa così a definire la riservatezza anche sulla base dei contenuti informazionali dell'individuo, e sulla necessità di difenderlo dai molteplici casi in cui sarebbe possibile configurare un controllo sui cittadini tramite i loro dati personali[17].

Si è così passati dal diritto alla riservatezza al diritto alla protezione dei dati personali, configurando così un nuovo diritto, in grado di tutelare i flussi informativi connessi ai dati personali in ogni settore pubblico e privato, estendendo o comunque declinando in termini più ampi il concetto di riservatezza. Com'è noto, la Costituzione italiana non tratta esplicitamente del diritto alla riservatezza; tantomeno si occupa della protezione dei dati personali, diritto, come si è visto, di ben più recente nascita ed affermazione. Questa assenza non è tanto da ascrivere all'insussistenza di esigenze di tutela della privacy all'epoca dell'Assemblea costituente: in altri ordinamenti (Regno Unito, ma soprattutto Stati Uniti) il dibattito era già piuttosto sviluppato, e sia la dottrina che le corti avevano già offerto i primi strumenti giuridici di tutela in pro-

posito. Semmai, sembra più corretto ravvisarsi «una certa arretratezza rispetto ai problemi "reali" che andavano emergendo, tanto da far ritenere che gli occhi dei costituenti fossero rivolti più al passato che all'avvenire»[18].

L'evidente lacuna della Costituzione del 1948 tuttavia non scalfisce la sua forza, insita in quella vitale capacità di assorbire e dare "tono costituzionale" alle esigenze che man mano si fanno largo nella società: e quando il processo di consapevolizzazione di questi interessi civili e sociali giunge ad effettiva maturazione, allora diventa possibile riconoscere loro copertura costituzionale consentendone l'ingresso nell'ordinamento costituzionale pur se non previsti nel catalogo originario.

Nel caso del diritto alla privacy si ricorre a quei principi di rilievo costituzionale che, collocando il pieno sviluppo della persona umana al centro dei fini che devono essere perseguiti dai poteri pubblici e riconoscendo nonché garantendo i diritti inviolabili dell'uomo, possono consentire una lettura sistematica delle disposizioni costituzionali che, più o meno direttamente, appaiono collegate alla tutela della sfera della riservatezza. Si tratta, in primo luogo, delle disposizioni che garantiscono in modo inequivocabile specifiche sfere di libertà individuale dall'altrui ingerenza: l'inviolabilità della libertà personale (art. 13), intesa non soltanto dal punto di vista strettamente fisico-materiale ma anche come libertà morale; l'inviolabilità del domicilio (art. 14); l'inviolabilità della libertà e della segretezza della comunicazione (art. 15).

Possono altresì essere utilmente ricordati i casi in cui la Costituzione fa espresso riferimento a situazioni, rapporti e comunque ambiti di attività umane giuridicamente protetti da interferenze esterne. È questo il caso del diritto all'esercizio privato del culto religioso (art. 19), la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21), il diritto al nome (art. 22), l'inviolabilità del diritto di difesa (art. 24), i diritti della famiglia come società naturale (art. 29), il rispetto della persona umana nell'assoggettamento ai trattamenti sanitari obbligatori (art. 32).

Ma è specificamente l'articolo 2 Cost., nella sua accezione di clausola a "fattispecie aperta"[19], a consentire al diritto alla riservatezza di trovare posto tra i diritti fondamentali della persona, in particolare nella sua accezione di vero e proprio diritto della personalità. Si tratta di una lettura ormai unanimemente condivisa in letteratura, e che deve la sua affermazione soprattutto grazie all'influenza che il quadro giuridico sovranazionale ha progressivamente esercitato sul nostro ordinamento.

È la Corte di Cassazione, nel 1975 (sulla scia anche di quanto detto dalla Corte cost. con la sent. n. 38/1973), a cogliere i segnali di cambiamento e ad imprimere una svolta fondamentale nel processo di emersione di questa nuova esigenza di tutela da parte dell'ordinamento giuridico. Con la sent. n. 2129 del 1975, infatti, la Cassazione, fornisce un'eccellente *summa* del diritto alla riservatezza, definendolo come la

> tutela di quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari, le quali, anche se verificatesi fuori del domicilio domestico, non hanno per terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non siano giustificate da interessi pubblici preminenti.

E nel fare questo, la Suprema corte costruisce un sistema costituzionale di tutela

della privacy, che nasce sì dai principi fondamentali contenuti negli artt. 2 e 3 Cost., ma che comprende anche altre fattispecie che di volta in volta possono essere chiamate in causa, in virtù della loro naturale predisposizione a proteggere la persona umana e a promuoverne lo sviluppo: si pensi, oltre ai più immediati artt. 14 e 15 Cost., all'art. 13 che è alla base dell'*habeas corpus*, all'art. 29 come cuore della tutela dell'intimità familiare, o all'art. 41 che si occupa della persona nella sua attività professionale e imprenditoriale.

È questa la chiave di volta che la dottrina costituzionalistica ha infine accettato e poi utilizzato per giungere ad una più compiuta elaborazione scientifica. Con la sent. n. 139/1990, dopo uno sporadico pronunciamento del 1973, la Corte costituzionale riconosce come «i principi a tutela della privacy individuale [...] sono diffusi, pressoché in forma analoga, in tutti gli ordinamenti giuridici delle nazioni più civili» e, successivamente, fornirà una lettura del diritto alla riservatezza quale diritto ad uno spazio vitale libero da interferenze sgradite, in connessione con altre fattispecie costituzionali: in particolare, con la segretezza delle conversazioni private (sentt. n. 366/1991 e n. 81/1993 sulle intercettazioni telefoniche) e con l'inviolabilità del domicilio (sent. n. 135/2002 sulla videosorveglianza), andando così oltre la Corte di Cassazione e trasformando la privacy da diritto di pochi a diritto di tutti.

Nel frattempo, com'è noto, il legislatore ha recepito le direttive comunitarie sulla protezione dei dati personali, prima con la centrale (e rivoluzionaria) L. 31 dicembre 1996, n. 675, e poi con il testo unico, il Codice in materia di protezione dei dati personali (D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, cd. Codice privacy). E proprio di quest'ultimo atto normativo la Corte costituzionale ha fornito i crismi della piena compatibilità con il dettato costituzionale. Invero, con la sent. n. 271/2005, il giudice delle leggi in primo luogo ha riconosciuto la discendenza comunitaria del cd. Codice privacy; in secondo luogo ne ha ascritto la competenza alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (perlopiù attraverso la voce "ordinamento civile").

Alla luce di siffatta copertura costituzionale, diventa più facile leggere le disposizioni di apertura del Codice privacy in una prospettiva pienamente costituzionale: non risulta infatti estemporaneo trovare il pieno riconoscimento del valore personalista, proprio della nostra Carta costituzionale, nel «diritto» di ogni individuo alla «protezione dei dati personali che lo riguardano» (art. 1), nonché nel «rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità e al diritto alla protezione dei dati personali» (art. 2).

Peraltro, il Codice privacy, quale sviluppo della fondamentale L. 31 dicembre 1996, n. 675, sintetizza perfettamente la capacità espansiva che la concezione di riservatezza ed il suo corrispondente diritto hanno dimostrato nel corso dei decenni. Basti pensare, ad esempio, all'evoluzione maturata lungo tre linee direttrici:

1) per quanto riguarda la qualità delle informazioni soggette a tutela, dalla protezione "classica" rispetto a fatti, informazioni o vicende attinenti all'immagine del soggetto, alle sue abitudini familiari o alla sua reputazione sociale, si è giunti alla protezione anche di dati relativi all'opinione politica, alle convinzioni religiose, all'ap-

partenenza sindacale, alla vita sessuale (cd. dati sensibili);

2) inoltre, per quanto riguarda le forme di tutela, l'individuo vede attribuirsi un ricco "strumentario" inscritto in un più ampio potere di controllo sui propri dati personali, e che ricomprende il diritto di accesso ai propri dati personali presso chi li detiene, il diritto di opporsi al loro trattamento, il diritto a ottenere il blocco o la cancellazione di dati trattati in violazione di legge, il diritto ad ottenere l'aggiornamento, l'integrazione o la rettificazione (il tutto grazie al decisivo ruolo ricoperto dal Garante per la protezione dei dati personali);

3) ancora, per quanto riguarda l'area di insistenza della privacy, la protezione si è estesa fino a contrastare qualsiasi turbativa volta non solo a carpire informazioni, ma anche ad arrecare una qualsiasi forma di invasione disturbo (es: molestie telefoniche), giungendo così a immaginare anche una sorta di «diritto ad essere lasciati in pace», per non parlare delle recenti implicazioni connesse al «diritto all'oblio» (cd. privacy storica[20]), esigenza questa divenuta sempre più preziosa alla luce delle conquiste raggiunte dallo sviluppo delle *Information & Communication Technologies*.

Per altro verso si è già osservato che la comprensione corretta della affermazione e della progressiva evoluzione del diritto alla privacy impone l'analisi della dimensione del quadro europeo, sia sul versante dell'Unione europea, sia su quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Proprio sull'evoluzione e specificazione della tutela della riservatezza in protezione dei dati personali si trova, infatti, la principale e specifica novità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza). All'articolo 8, difatti, si stabilisce che ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano; i dati dovranno essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. È altresì previsto per ciascuno il diritto di accesso ai dati che lo riguardano e che sono stati raccolti, nonché un "diritto alla rettifica". Si tutela, dunque, separatamente rispetto al diritto alla vita familiare (che invece la Carta di Nizza colloca all'articolo 7), la tutela dei dati personali come diritto fondamentale[21].

La rilevanza del *data protection* è prima di tutto frutto della necessità di armonizzare le differenti discipline statali affermatesi sin dai primi anni settanta (si trattò di una prima "stagione" a cui presero parte Svezia, Germania, Austria, Danimarca, Norvegia, Islanda e Lussemburgo)[22]. Da qui è nata, con ritardo rispetto a molti ordinamenti statali, l'esigenza di adottare la Direttiva 95/46/CE del 1995 relativa al trattamento dei dati personali e alla loro libera circolazione (cd. direttiva madre). Ad essa sono poi seguite la Direttiva 97/66/CE (sul trattamento dei dati personali e tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni), la Direttiva 2002/58/CE (sul trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche) e le più recenti Direttive 2009/136/EC (in materia di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche) e 2009/140/C (in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica).

Peraltro, se nella direttiva madre la tutela dei dati è ancora, in ultima analisi, funzionale al perseguimento di finalità economiche sottese all'insieme dell'ordinamento comunitario, la svolta della Carta

di Nizza sta nella previsione della tutela del diritto in sé e per sé.

Sul versante giurisprudenziale, la Corte di Lussemburgo innesta il proprio ragionamento prima di tutto sul principio della libera circolazione dei dati personali, alla luce del principio della libera circolazione di merci, beni e servizi tutelata dal Trattato Cee. Solo successivamente – e comunque anche prima dell'adozione della direttiva madre – i giudici comunitari gettano le basi per mutuare la giurisprudenza della Cedu sulla protezione dei dati. In particolare, proprio sul rapporto tra privacy e trasparenza il giudice europeo ha sancito come le (giuste) esigenze di controllo democratico non possano travolgere il diritto fondamentale alla riservatezza delle persone fisiche, ma debbano sempre ispirarsi al principio di proporzionalità a che gli strumenti adottati siano idonei a realizzare l'obiettivo perseguito e non vadano oltre quanto è necessario per raggiungerlo (CGUE, 20 maggio 2003 C-465/00, C-138/01 e C-139/01, e CGUE, 9 novembre 2010 C-92/09 e C-93/09).

Ed è proprio nel biennio 2014-2015 che, dopo qualche anno in cui l'esigenza di tutela della privacy sembrava avesse ceduto il passo ad interessi di volta in volta contrapposti – in ordine sparso: lo sviluppo delle tecnologie informatiche e della comunicazione elettronica, la semplificazione degli adempimenti in capo alle imprese, lo snellimento della burocrazia, gli equilibri di bilancio, la sicurezza delle persone e degli Stati contro il terrorismo e la criminalità organizzata –, la Corte di Giustizia è intervenuta con altre tre decisioni "di peso", che pertanto forniscono prova di una ritrovata centralità, del diritto alla protezione dei dati personali nel quadro dello sviluppo di un Unione sempre più attenta ai valori personalisti e sempre più distante dalla logica economicista che ne aveva caratterizzato l'origine.

La prima è quella pronunciata l'8 aprile 2014 (cause riunite C-293/12 e C-594/12), con cui è stata dichiarata l'invalidità della Direttiva 2006/24/CE sulla conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico, dei dati relativi all'ubicazione e quelli necessari all'identificazione dell'abbonato (*data retention*), poiché non rispettosa del principio di proporzionalità.

La seconda sentenza è quella che, il 13 maggio 2014 (causa C-131/12), ha accordato a un cittadino spagnolo il diritto di richiedere e ottenere dal motore di ricerca Google la rimozione delle pagine contenenti i propri dati personali. Partendo dal riconoscimento in capo a Google della responsabilità del trattamento, e quindi del rispetto delle garanzie fissate in materia di protezione dati, la Corte ne ravvisa lo specifico obbligo, in presenza di determinate condizioni (a partire dal lasso di tempo trascorso), di cancellare, dall'elenco dei risultati di una ricerca effettuata inserendo il nome di una persona, i collegamenti ipertestuali verso pagine web terze e contenenti informazioni su quello stesso interessato, anche quando queste ultime erano state pubblicate lecitamente: se, a seguito di apposita istanza avanzata nei confronti del motore di ricerca, l'interessato non dovesse ritenersi soddisfatto, allora potrà adire l'autorità di controllo territorialmente competente (che sia il giudice o il Garante)[23].

Nel 2015 è stata poi la volta della pronuncia del 6 ottobre 2015 (causa C-362/14) con la quale il giudice europeo ha bocciato il cd. accordo *Safe Harbour* del 2000, con cui la Commissione europea riconosceva la

legittimità del trasferimento dei dati personali di cittadini europei da parte delle filiali europee delle grosse multinazionali statunitensi (come Facebook, nella vicenda in oggetto) verso le rispettive società madri, situate in territorio americano: in questo modo, tali dati si erano resi pienamente disponibili alle attività di sorveglianza continua da parte delle forze di sicurezza degli Usa, come lo scandalo del cd. Datagate ha recentemente dimostrato. La Corte, sul presupposto per cui l'esistenza di una decisione della Commissione che dichiara che un Paese terzo garantisce un livello di protezione adeguato dei dati personali trasferiti non può sopprimere e neppure ridurre i poteri di cui dispongono le autorità nazionali di controllo in forza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e della direttiva, afferma con forza che il regime del *Safe Harbour* rende possibili ingerenze da parte delle autorità pubbliche americane nei diritti fondamentali delle persone[24].

È evidente che, grazie a siffatti pronunciamenti, la Corte di giustizia riporta all'attenzione degli Stati e dell'opinione pubblica, nell'"Europa dei diritti", il tema della difesa della privacy quale aspetto centrale nella promozione e tutela della persona, dopo che negli ultimi anni questa aveva subìto un vistoso appannamento. Queste decisioni ribadiscono che la tutela della riservatezza dei singoli deve valere tanto nei confronti del potere pubblico quanto nei confronti degli operatori privati. Diviene importante segnalare come non solo il giudice ma anche le istituzioni politiche si siano mosse in questa direzione. Infatti, deve datarsi al gennaio 2012 l'avvio di un imponente processo di revisione del quadro di regole in materia di protezione dei dati personali, volto alla sostituzione delle tante direttive che si sono affastellate a partire dalla 95/46/CE. Il progetto è quello di procedere alla definizione di un unico regolamento europeo di carattere generale, affiancato da una direttiva specifica per i trattamenti effettuati da parte di autorità giudiziaria e forze di polizia. *Rebus sic stantibus* rappresenta un'importante iniziativa legislativa per almeno due profili: in primo luogo, la scelta dello strumento del regolamento significa che le norme ivi contenute saranno immediatamente applicabili su tutto il territorio europeo, senza l'intermediazione di atti normativi interni e discrezionali da parte degli Stati membri (quantomeno nei suoi aspetti generali e di principio); in secondo luogo, dovrebbero essere presenti *de iure condendo* contenuti di una qualche novità (come la definizione di stabilimento, una rinnovata disciplina dei *data breach*, la creazione della figura del *privacy officer* o il disegno di un quadro sanzionatorio unitario).

3. *Trasparenza e privacy: tra apparente antagonismo e soluzioni di compatibilità. Il bilanciamento tra valori proposto nelle Linee guida del Garante per la protezione dei dati personali*

La scelta del legislatore di spostare progressivamente il baricentro della trasparenza dal diritto di accesso alla pubblicità online, costruendo un obbligo di pubblicazione orientato verso l'accessibilità totale, rischia di porsi in antitesi logica rispetto alla riservatezza dei dati contenuti nei documenti e nelle informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria da parte delle

amministrazioni. Di qui l'esigenza di individuare un bilanciamento fra valori in continua evoluzione nel tempo[25]: un difficile punto di equilibrio fra una trasparenza che deve essere perseguita e la dignità dell'individuo che non può essere travolta.

La diffusione indiscriminata online di informazioni mina uno dei fondamenti ontologici su cui si costruisce l'architettura di principi e norme, di matrice costituzionale, ma prima ancora europea del diritto fondamentale in questione: ossia l'*habeas data*, il potere di autodeterminazione informativa riconosciuto in capo a ciascuno, il pieno controllo sul trattamento delle informazioni che ci riguardano. La protezione dati, peraltro, coinvolge profili legati al modo di essere della pubblica amministrazione sul versante vuoi dell'attività che dell'organizzazione. Il rischio di antagonismo e di una difficile composizione di interessi che oggi sembra porre trasparenza e riservatezza in potenziale insanabile contrasto costringe l'interprete a ricercare delle soluzioni di compatibilità.

Qual è, dunque, la frontiera capace di comporre l'(apparente) antagonismo tra l'obbligo di pubblicazione di informazioni e dati ai fini di controllo diffuso sull'organizzazione nell'attività amministrativa e la protezione accordata ai dati personali dall'ordinamento? Non bisogna dimenticare che la pubblica amministrazione rappresenta certamente uno dei più importanti settori di trattamento dati del nostro Paese. È infatti evidente che le attività messe in campo dalle amministrazioni in genere riguardano anche le persone: quelle che la compongono stabilmente (i dipendenti e collaboratori a vario titolo); quelle che si trovano a guidarla (i titolari di incarichi politici e i dirigenti amministrativi); coloro che comunque sono destinatari di atti e provvedimenti (tutti i cittadini, indistintamente).

La trasparenza delle informazioni chiama dunque in causa anche le persone: e non tutte le notizie che riguardano le persone coinvolte (sicuramente una larghissima fetta di popolazione, ma potenzialmente tutti i consociati) sono necessarie a soddisfare il bisogno della collettività di sapere come la macchina burocratica opera; e comunque ci sono categorie di informazioni che devono in ogni caso essere protette, poiché concernono strettamente, appunto, la dignità degli individui.

In questa prospettiva individuare strumenti di pubblicità rispettosi della privacy degli individui significa modellare in maniera soddisfacente il potere pubblico nell'equilibrio tra conoscenza (dell'attività) e riservatezza (delle persone). Il rapporto che si instaura tra privacy e trasparenza, nel momento in cui si vuole andare a ridefinire le modalità di svolgimento dell'azione amministrativa, va pertanto attentamente pesato nella prospettiva di consentire la circolazione delle informazioni necessarie a che la pubblica opinione possa controllare l'operato dei pubblici poteri ma, al contempo, garantire un elevato livello di protezione dei dati riguardanti le singole persone, in modo da evitare che vengano resi ostensibili dati personali inutili a fini di trasparenza, ma che abbiano implicazioni afflittive sulla dignità degli interessati.

Invero, in taluni casi le informazioni pubblicate sono così delicate da rivelare aspetti anche intimi della vita privata delle persone, rispetto alle quali la diffusione sul web diventa particolarmente invasiva[26]. E non è un caso se la Corte di giustizia dell'Unione europea è più volte intervenuta (con

le pronunce citate *supra*) a presidio di un principio, quello di proporzionalità che diviene centrale nel bilanciamento, in base al quale deroghe e limitazioni alla protezione dei dati personali devono operare nei limiti dello stretto necessario, e prima di ricorrervi occorre ipotizzare misure che determinino lesioni meno gravi del suddetto diritto fondamentale per le persone fisiche ma nel contempo contribuiscano in maniera efficace agli obiettivi sottesi.

Se la trasparenza, intesa come accessibilità totale, sembra porre problemi insormontabili di interferenza con la disciplina della protezione dei dati personali, è però lo stesso art. 4 del decreto trasparenza a cercare un punto di equilibrio tra la «finalità di rilevante interesse pubblico» della trasparenza con il rispetto della finalità pubblica (di pari rilevanza) della protezione dei dati personali degli individui. Un bilanciamento fra valori la cui importanza è messa in rilievo non solo nelle esperienze straniere più avanzate (*Open government plan* statunitense), ma soprattutto dalla normativa europea, di cui, con tutta evidenza, il legislatore non poteva non tener conto.

Ciò nondimeno, la pubblicazione obbligatoria di una grande quantità di dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni attraverso i siti istituzionali e secondo modalità che ne consentono la indicizzazione e la rintracciabilità tramiti i motori di ricerca web e il loro riutilizzo, presenta pericoli e criticità legate ad una eccessiva invasività della diffusione dei dati riguardanti la sfera personale[27]. Una volta pubblicata in rete ed indicizzata una informazione personale può essere rintracciata da chiunque tramite i motori di ricerca generali, semplicemente digitando il nominativo dell'interessato; e da qual momento riutilizzata senza limitazioni personali o vincoli modali, anche attraverso l'elaborazione e l'incrocio con altre informazioni recuperabili sul web.

I rischi insiti in una poco equilibrata applicazione delle disposizioni del decreto consistono nella decontestualizzazione dell'informazione, nello svuotamento del diritto all'oblio, nell'ampia facoltà di riutilizzo del dato personale da parte dell'utente e, non certo ultimo, nella durata sostanzialmente illimitata della pubblicazione[28]. Difficile di fronte ai contenuti delle informazioni (che a volte possono rivelare aspetti intimi della vita privata delle persone) ed alle modalità con cui è possibile trattare le informazioni pubblicate, trovare un punto di equilibrio con i principi di non eccedenza e di proporzionalità ispiratori della legislazione posta a tutela della privacy[29].

I principi fissati dal Codice privacy (art. 11) esigono proporzionalità, non eccedenza, pertinenza, indispensabilità (per i dati sensibili e giudiziari: art. 22) nel trattamento dei dati personali: la loro diffusione attraverso la rete globale, realizzata mediante l'indicizzazione dei motori web e il riutilizzo secondo il modello dell'*open data* si pone in contrasto insanabile con il fondamento concettuale del principio finalistico che consente la raccolta dei dati solo se compatibili con lo scopo dichiarato della raccolta.

Un tentativo di formulazione di bilanciamento adattabile alla complessità del dato sociale, attraverso il quale viene fornito alle amministrazioni il parametro per svolgere di volta in volta una corretta valutazione di impatto privacy, lo possiamo trovare all'interno delle nuove *Linee guida in materia di trasparenza emanate dal Garante per la protezione dei dati personali*[30], in cui

la proposta è quella di contenere le distorsioni, introducendo elementi interpretativi mirati a riequilibrare il diritto dei cittadini di conoscere l'assetto strutturale il modo di operare delle amministrazioni pubbliche (esercitando il controllo sociale sotteso alle previsioni) con il rispetto del principio di proporzionalità volto a garantire che i dati, le informazioni pubblicate e le modalità di pubblicazione, siano pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità indicate dalla legge.

Nella impostazione metodologica questo provvedimento ha dunque lo scopo di definire un primo quadro unitario di misure e accorgimenti volti a individuare opportune cautele che i soggetti pubblici, e gli altri soggetti parimenti destinatari delle norme vigenti, sono tenuti ad applicare nei casi in cui effettuano attività di diffusione di dati personali sui propri siti web istituzionali per finalità di trasparenza o per altre finalità di pubblicità dell'azione amministrativa.

In primo luogo, ovviamente, stabilendo che le pubbliche amministrazioni sono tenute a mettere a disposizione soltanto dati personali esatti, aggiornati e contestualizzati (art. 11, comma 1, lett. c), del Codice privacy). Un provvedimento costruito sulla necessità di accertare la *ratio* sottesa alla norma che dispone l'obbligo di pubblicazione, in ragione della distinzione fra le disposizioni che regolano gli obblighi di pubblicità dell'azione amministrativa per finalità di trasparenza – intesa come accessibilità totale alle informazioni concernenti l'organizzazione e le attività delle pubbliche amministrazioni a fini di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche – da quelle che regolano forme di pubblicità per finalità diverse quali, ad esempio, forme di pubblicità legale, pubblicità dichiarativa o pubblicità notizia, come le pubblicazioni sull'albo pretorio degli enti locali o le pubblicazioni matrimoniali.

Solo nel primo caso si applicheranno regole e limiti disciplinati dal decreto trasparenza, mentre nel secondo si continueranno ad applicare le norme vigenti nello specifico settore di insistenza[31]. Questo premesso si trattava di definire correttamente (e allo scopo di evitare solo gli effetti lesivi della dignità del singolo) i limiti alla pubblicazione obbligatoria chiarendo come l'esistenza di un obbligo legislativo di pubblicazione non esonera le pubbliche amministrazioni, caso per caso, dal selezionare i dati personali pubblicabili e dall'oscurare quelli non pubblicabili, in base ai principi generali del Codice privacy. Dunque:

a) rispetto del principio di necessità, di pertinenza e non eccedenza per i dati comuni;

b) rispetto del principio di indispensabilità per quanto riguarda la pubblicazione di dati personali sensibili e giudiziari, pur rimanendo salva l'esclusione da indicizzazione e rintracciabilità tramite i motori di ricerca esterni;

c) divieto assoluto di diffusione per quanto riguarda la pubblicazione di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale.

In tutti i casi di pubblicazione facoltativa le *Linee guida* ricordano che devono sempre essere espunti tutti i dati personali attraverso l'anonimizzazione, che significa oscurare del tutto il nominativo – non basta sostituirlo con le iniziali di nome e cognome – e le altre informazioni di contesto (data di nascita, sesso, residenza, domicilio, cap, luogo di lavoro, telefono, vicenda

connessa) che consentono di identificare l'interessato, anche *a posteriori*, nonché mediante il collegamento con informazioni detenute da terzi o ricavabili da altre fonti.

4. *Valutazioni conclusive*

A ben guardare, si può affermare che dietro i termini del binomio trasparenza e privacy si celano due distinti e fondamentali interessi dei cittadini. La parola chiave che unisce i due estremi del binomio è "controllo": controllo dei cittadini sulla efficienza ed efficacia dell'azione della pubblica amministrazione, così come di una loro partecipazione attiva e consapevole alle scelte politiche ed amministrative, come finalità della trasparenza; al contempo, controllo sui cittadini per effetto di una pubblicazione eccessiva e sproporzionata delle informazioni personali di chiunque – d'altronde, tutti abbiamo a che fare con la pubblica amministrazione, e non è affatto infrequente che i nostri dati possano finire all'interno di un atto o documento amministrativo.

Pubblicare solo ciò che è davvero funzionale al controllo dei cittadini sulla pubblica amministrazione serve principalmente a tre scopi:

a) non limitare irragionevolmente e immotivatamente la sfera della riservatezza degli individui, rimanendo quindi nell'alveo della tutela costituzionale e dei diritti fondamentali sanciti a livello europeo (Carta di Nizza e Carta Edu); ciò, peraltro, sia per la riservatezza dei soggetti che operano nelle amministrazioni pubbliche, sia per tutti gli individui che a queste ultime si rapportano e che ne sono quindi interessati;

b) evitare che la possibilità – o se si preferisce, il bisogno – di accumulare informazioni, produca in realtà solo un'apparente accessibilità alla conoscenza, in assenza di un'adeguata interpretazione del dato. Un approccio bulimico alla trasparenza rischierebbe infatti di vanificare l'efficacia del controllo dei cittadini, perché le informazioni si disperdono e non sono più funzionali a predette istanze;

c) non sovraccaricare le pubbliche amministrazioni stesse di oneri ulteriori se non quando tali oneri sono effettivamente funzionali alla corretta gestione degli apparati pubblici e all'esercizio del controllo da parte del cittadino; oneri che, se non adempiuti, non cadono nel vuoto ma fanno scattare un ben preciso meccanismo sanzionatorio.

In questa prospettiva la protezione dei dati personali rappresenta pertanto un valore aggiunto per la trasparenza amministrativa, poiché pone al centro della sua attuazione i principi di finalità e proporzionalità, così come definiti all'interno del Codice privacy, ma prima ancora, dal quadro europeo. È proprio questo il motivo per cui la convivenza fra trasparenza e privacy andrebbe garantita attraverso la ricerca di un corretto bilanciamento. Con il decreto trasparenza il legislatore ha definito un equilibrio che tuttavia si presenta fortemente sbilanciato a danno del diritto alla privacy: come si accennava poc'anzi, le principali criticità attengono alle modalità di diffusione online – e quindi, rintracciabilità di informazioni personali con il semplice inserimento di nomi e cognomi nella stringa di un qualsiasi motore di ricerca, unita ad un mantenimento *sine die* sulla rete e ad una possibilità di riuso poco controllabile: la personalità di ognuno rischia così significative esposizioni negative. Nella cornice

normativa data il Garante ha provato a rimodulare i termini del bilanciamento in via interpretativa, soppesando gli obblighi legali alla luce dei principi europei, per quanto siano stretti i margini di incidenza per l'azione ermeneutica; il tempo ci dirà se anche la via giurisprudenziale, benché ancorata su un approccio essenzialmente casistico, potrà produrre alcune "correzioni" alle disposizioni di legge sulla pubblicazione[32].

Nel momento in cui si scrive il legislatore delegato è chiamato nuovamente a rivedere il bilanciamento definito nel 2013. La L. 7 agosto 2015, n. 124, di riorganizzazione della pubblica amministrazione ha infatti delegato il Governo a mettere in campo interventi modificativi al decreto trasparenza. Tra i principi e criteri direttivi stabiliti dal Parlamento vi è anche l'obiettivo di razionalizzare e precisare gli obblighi di pubblicazione; ma soprattutto una delle novità più importanti è rappresentata dall'introduzione di una forma di accesso generalizzato, basata sull'esperienza anglosassone del cd. Foia (*Freedom of information act*)[33].

C'erano quindi i presupposti affinché l'innesto nel nostro ordinamento dell'accesso individuale da parte dei cittadini nei confronti di tutti i documenti detenuti da qualsiasi amministrazione, potesse dall'altra parte portare ad un alleggerimento dei tanti obblighi di pubblicazione online attualmente vigenti. Purtroppo, leggendo lo schema di decreto delegato approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri e trasmesso alla Camera il 15 febbraio 2016, pare che l'auspicato riequilibrio non sia avvenuto. Lo rileva anche il Garante per la protezione dei dati personali nel parere reso il 3 marzo 2016[34], laddove afferma espressamente che i

> criteri di delega – idonei a valorizzare l'efficacia degli obblighi di pubblicazione – non sembrano essere stati sufficientemente sviluppati dallo schema di decreto, tenuto altresì conto che l'intervento novellatore […] non sembra aver contemperato adeguatamente le esigenze di trasparenza con il principio (di matrice europea) di proporzionalità dei dati personali rispetto gli scopi perseguiti.

Infatti, le modifiche contenute nello schema di decreto,

> non concorrono ancora, di per sé sole, a sviluppare adeguatamente le potenzialità proprie dei suddetti criteri di delega, che se attuati in ogni loro parte consentirebbero invece di razionalizzare e più efficacemente rimodulare gli obblighi di pubblicazione in funzione del grado di esposizione del singolo organo al rischio corruttivo, della funzionalità del dato da pubblicare rispetto alla effettiva conoscibilità, da parte dei cittadini, delle modalità e delle caratteristiche dell'agire amministrativo, nonché del bilanciamento delle esigenze di trasparenza con il diritto alla protezione dei dati personali degli interessati.

A questi timori l'Autorità garante aggiunge la preoccupazione specifica per l'ampliamento dell'accesso civico secondo le linee direttrici del Foia, «che estende, in misura rilevante e con pochissimi limiti, i casi di ostensione di dati personali a terzi».

Il percorso riformatore è ancora *in fieri*, e – nel momento in cui si scrive – c'è ancora l'occasione per effettuare un contemperamento tra esigenze di pubblicità e tutela dei diritti fondamentali che sia maggiormente all'insegna della ragionevolezza: lo auspica anche il Garante, che ritiene appunto «ancor più necessario un complessivo ripensamento, in funzione riequilibratrice, della disciplina generale degli obblighi di pubblicazione, tale da renderla maggiormente compatibile con il doveroso rispetto del diritto alla protezione dei dati personali dei cittadini». Tuttavia, se i contenuti dello

schema di decreto legislativo modificativo dovessero essere confermati, allora il rischio che le distorsioni, anziché corrette, possano essere amplificate è assolutamente plausibile.

[1] Oggi la riflessione si sposta anche sull'asse del costituzionalismo multilivello, con la moltiplicazione delle sedi di riconoscimento e di protezione dei diritti che ne consentirebbe l'assestamento della tutela al livello più alto. L'ancoraggio dei diritti in documenti internazionali (Cedu) e sovranazionali (Carta di Nizza) se per un verso conduce al tramonto l'idea che la tutela dei diritti fondamentali rientri fra gli interessi esclusivi dello Stato, per l'altro sposta il problema sulla portata innovativa di un processo di progressivo riconoscimento e reciproca integrazione fra Corti europee e Corti nazionali.

[2] Così N. Bobbio, *La democrazia e il potere invisibile*, in Id., *Il futuro della democrazia: una difesa delle regole del gioco*, Torino, Einaudi, 1984, p. 16; sul tema si veda anche C. Colapietro, *Trasparenza e democrazia: conoscenza e/è potere*, in L. Califano, C. Colapietro (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 3 ss.

[3] Che si deve a H. Chardon, *L'Administration de la France: les fonctionnaires*, Paris, Perrin, 1908, pp. VI ss.

[4] F. Turati in *Atti del Parlamento italiano, Camera dei deputati*, sess. 1904-1908, seduta del 17 giugno 1908, p. 22962.

[5] Quella della "virtualità multipla" è una caratteristica già utilizzata nella dottrina costituzionalistica per fare riferimento ad un concetto mutevole, in grado di dare vita a sviluppi non univoci bensì molteplici: ad esempio, cfr. L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1970, vol. XIX, p. 666 (con riferimento alla forma di governo semipresidenziale francese), o, più recentemente, A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VIII, Milano, Giuffrè, 2015, p. 264.

[6] Sul concetto di trasparenza amministrativa cfr. *ex multis*: G. Arena, *Trasparenza amministrativa*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. VI, pp. 5945 ss.; E. Carloni, *La trasparenza (totale) delle pubbliche amministrazioni come servizio*, in «Munus», n. 1, 2012, pp. 179 ss.; C. Colapietro, *Il processo di democratizzazione della pubblica amministrazione: dalla segretezza alla trasparenza totale*, in G. dalla Torre, C. Mirabelli (a cura di), *Verità e metodo in giurisprudenza*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2014, pp. 187 ss.; A. Pajno, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in «www.astrid-online.it», 2013; F. Patroni Griffi, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in «federalismi.it», n. 8, 2013.

[7] Cfr. F. Merloni, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, nonché G. Arena, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, entrambi in F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, rispettivamente pp. 3 ss. e 29 ss.

[8] Sul punto, in particolare, cfr. G. Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso l'informazione amministrativa?*, in «Giornale di diritto amministrativo», n. 8-9, 2014, pp. 875 ss., ma dello stesso Autore, più in generale, *Le regole dell'informazione*, Torino, Giappichelli, 2014; cfr. ampiamente anche R. Zaccaria, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, Cedam, 2007, e P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, Il Mulino, 2010. Sull'incidenza del diritto all'informazione sul corretto funzionamento del modello liberaldemocratico, cfr. anche L. Paladin, *Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in Id. (a cura di), *La libertà d'informazione*, Torino, Utet, 1979.

[9] Vale la pena ricordare che nello schema di legge originariamente presentato dalla Commissione Nigro la trasparenza doveva essere la regola e il segreto l'eccezione; l'accesso doveva essere consentito a tutti senza limitazioni sul piano soggettivo, con la sola individuazione di aree oggettive dell'ordinamento sottoposte a segreto. Questa impostazione viene poi abbandonata dal legislatore che invece, con la L. 7 agosto 1990, n. 241, introduce la necessità che il richiedente sia chiamato a giustificare il proprio diritto di accesso, limitando così la portata della trasparenza.

[10] La pubblicazione *ex officio* di informazioni era già contenuta, infatti, nell'art. 26 della L. 7 agosto 1990, n. 241, che originariamente stabiliva che «sono pubblicati, secondo le modalità previste dai

singoli ordinamenti, le direttive, i programmi, le istruzioni, le circolari e ogni atto che dispone in generale sulla organizzazione, sulle funzioni, sugli obiettivi, sui procedimenti di una pubblica amministrazione ovvero nel quale si determina l'interpretazione di norme giuridiche o si dettano disposizioni per l'applicazione di esse».

[11] Peraltro, si fa notare che, se l'accesso civico è il mezzo attraverso cui quest'ultimo può esercitare il proprio diritto alla conoscibilità, allora, nel paradigma costruito dal legislatore delegato ad esso vi si può fare ricorso solo allorquando siamo in presenza di un obbligo di pubblicità per finalità di trasparenza. *Contra* Patroni Griffi, *La trasparenza della pubblica amministrazione* cit., p. 7, secondo il quale «l'accesso civico è riconosciuto con riguardo a tutti i documenti, le informazioni e i dati che in base alla "normativa vigente" (art. 5, comma 3) – e quindi anche al di là delle previsioni del D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 – devono essere pubblicati».

[12] Merloni, *Trasparenza delle istituzioni* cit., p. 8.

[13] Cfr. Byung-Chul Han, *La società della trasparenza*, Roma, Nottetempo, 2014, secondo cui l'agorà digitale non sarebbe propriamente una casa di vetro quanto, piuttosto, il perfezionamento tecnologico della "società della prestazione", in cui lo sfruttamento esterno lascia il posto all'autosfruttamento, ovviamente a beneficio di qualcun altro.

[14] La bibliografia sul diritto alla privacy è sterminata: *ex multis* cfr. A. Baldassarre, *Privacy e Costituzione: l'esperienza statunitense*, Roma, Bulzoni, 1974; G. Busia, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. I, Torino, Utet, 2000; U. De Siervo, *Tutela dei dati personali e riservatezza*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali: scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 2003, pp. 297 ss.; S. Rodotà, *La "privacy" tra individuo e collettività*, in «Politica del diritto», 1974, pp. 545 ss.; G.M. Salerno, *La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2006, vol. II, pp. 617 ss.; M. Timiani, *Un contributo allo studio sul diritto alla riservatezza*, in «Rivista di studi parlamentari e di politica costituzionale», n. 176, 2012, pp. 51 ss.

[15] S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995.

[16] Cfr. Gardini, *Le regole dell'informazione* cit., p. 240.

[17] Cfr. G. Tiberi, *Riservatezza e protezione dei dati personali*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 353.

[18] A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, p. 53.

[19] Cfr. Barbera, *Art. 2*, cit., pp. 80 ss.

[20] Sul tema *ex multis*, cfr.: F. Pizzetti (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, Giappichelli, 2013; G. Finocchiaro, *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, in «Il diritto dell'informazione e dell'informatica», 2010, p. 391. In una differente prospettiva, cfr. V. Mayer Schönberger, *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*, New Jersey, Princeton University Press, 2009.

[21] Occorre sottolineare che l'art. 8 della Cedu prevede una tutela complessiva di distinte sfere dell'autonomia personale: la vita privata, la vita familiare, il domicilio e la corrispondenza. In via interpretativa i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che queste sfere, per quanto distinte, non siano tra loro reciprocamente escludenti.

[22] Cfr. Gardini, *Le regole dell'informazione* cit., p. 245.

[23] Cfr. comunicato stampa della Cgue, n. 70/2014 del 13 maggio 2014.

[24] Cfr. comunicato stampa della Cgue, n. 117/2015 del 6 ottobre 2014.

[25] D'altronde, la dicotomia tra privacy e trasparenza potrebbe essere posta negli stessi termini in cui ho parlato del binomio privacy e sicurezza nel mio *Privacy e sicurezza*, in A. Torre (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, p. 564 (altresì in «www.democraziaesicurezza.it», p. 3), dove affermo che, «sebbene la possibilità che la sicurezza entri nel gioco del bilanciamento dipenda senza dubbio dalla sua qualificazione come diritto costituzionale o meno e, in ogni caso, dalla definizione della sua "dimensione costituzionale", anche una sua riduzione in termini di "bisogno elementare" solleva comunque dei delicati problemi in relazione alla possibilità che in nome della sicurezza si pongano limiti all'esercizio di diritti fondamentali, come la tutela della riservatezza»: in effetti, il rapporto la riservatezza e l'altro valore da bilanciare (che sia la trasparenza o la sicurezza) vive un andamento oscillante, laddove, a seconda del contesto storico-sociale, si nota, di volta in volta, la prevalenza della prima piuttosto che del secondo.

[26] Così, ad esempio, si pensi alla diffusione dei dati personali (non solo dati anagrafici, ma addirittura codice fiscale o codice iban) avvenute mediante la pubblicazione integrale delle delibere con le quali gli enti locali erogano sussidi economici a persone affette da particolari patologie invalidanti, o che si trovano in un particolare stato di disagio economico-sociale (cfr. Relazione annuale 2013 del Garante per la protezione dei dati personali, in <www.garanteprivacy.it>, doc. web. n. 3182545, pp. 41 ss.).

[27] Si vedano in proposito alcuni degli interventi del Garante sollecitati da segnalazioni di interessati che hanno lamentato proprio la generale rintracciabilità di atti amministrativi che li riguardavano: ad esempio, come nella vicenda delle ordinanze sindacali aventi a oggetto la sottoposizione di alcune persone a trattamen-

ti sanitari obbligatori (*ex multis* Provv. Garante 21 febbraio 2013, in <www.garanteprivacy.it>, doc. web n. 2355041), o nel caso dei dati (nomi, cognomi ed esiti espressi in termini numerici) relativi alle prove intermedie sostenute dai partecipanti non ammessi a sostenere la prova orale di un concorso (Provv. Garante 6 dicembre 2012, in <www.garanteprivacy.it>, doc. web n. 2223278).

[28] Alla previsione di un termine generico di cinque anni per tutte le informazioni pubblicate, si aggiunge la disposizione secondo cui alla scadenza del termine i dati e documenti devono essere conservati in altre sezioni del sito e resi comunque disponibili (artt. 8, comma 3, e 9, comma 2, del decreto trasparenza).

[29] Sui problemi inerenti il rapporto fra obbligo di pubblicazione e tutela della riservatezza il Garante si era espresso con proprio parere del 7 febbraio 2013 sullo schema di decreto (in <www.garanteprivacy.it>, doc. web n. 2243168). In quella occasione il Garante aveva chiesto una serie di modifiche a garanzia degli interessati, volte a impedire che forme sproporzionate di diffusione di informazioni potessero ledere i diritti dei cittadini, specialmente di quelli in condizioni più disagiate: solo alcune di queste indicazioni sono però state recepite dal legislatore delegato. A fronte di alcune non accolte, vi è stato da parte del Governo il recepimento di altre osservazioni, come: l'introduzione del divieto di diffusione di dati personali e sensibili di soggetti che ricevono sussidi economici pubblici qualora versino in una particolare condizione di bisogno o disagio sociale; oppure l'anonimizzazione dei dati personali contenuti nei documenti che le amministrazioni decidono discrezionalmente di pubblicare; oppure al divieto assoluto, valevole in ogni caso, di diffusione di dati personali idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale.

[30] *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* (Provv. Garante 15 maggio 2014, in <www.garanteprivacy.it>, doc. web n. 3134436).

[31] Può tuttavia capitare che un documento debba essere pubblicato sia per finalità di pubblicità legale che per finalità di trasparenza: è il già citato ma emblematico caso dell'albo pretorio online degli enti locali. Infatti, si contano tantissime delibere o determinazioni di un Comune che devono finire sull'albo pretorio in ossequio all'art. 124 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, ma che contemporaneamente insistono su ambiti trattati nel decreto trasparenza: si pensi ai provvedimenti con i quali vengono erogati sussidi economici a favore di alcune fasce di popolazione, come previsto dall'art. 26 del decreto trasparenza. In tali ipotesi il Comune dovrà soddisfare due obblighi di pubblicità diversi, rispondenti a finalità diverse, e quindi procederà a due distinte pubblicazioni: nell'albo pretorio diffonderà il documento nei termini e per il tempo indicato dalla disciplina di settore; nella sezione "Amministrazione trasparente" invece provvederà a riportare i dati richiesti, nei modi e alle condizioni disposte dalla normativa sulla trasparenza (per un esempio, cfr. Provv. Garante 23 febbraio 2012, in <www.garanteprivacy.it>, doc. web n. 1876679). Distinzione tra i due ambiti significa pertanto autonomia tra i due regimi, senza incorrere nell'errore di confonderli, sovrapporli o riunirli.

[32] Non può infatti ignorarsi che, prima del decreto trasparenza, l'azione del cittadino, intrapresa dinnanzi al giudice amministrativo, era orientata ad ottenere la disponibilità di determinati documenti (in un'ottica non esattamente di trasparenza intesa nel significato odierno, ma comunque di pubblicità/apertura); oggi possiamo al contrario presumere che il cittadino si rivolgerà alla magistratura, e segnatamente al giudice ordinario, in funzione di tutela della privacy, laddove ritenga violata da una illegittima pubblicazione a fini di trasparenza.

[33] L'art. 7, comma 1, lett. h), della L. 7 agosto 2015, n. 124, persegue proprio il «riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto di accesso, anche per via telematica, di chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, salvi i casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento e nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati, al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche».

[34] Parere Garante 3 marzo 2016, in <www.garanteprivacy.it>, doc. web n. 4772830.

Verso un'amministrazione trasparente: principi costituzionali e regole legislative

GIULIO M. SALERNO

1. *Il principio di trasparenza delle pubbliche amministrazioni come principio di rilevanza costituzionale*

Chi legge la Costituzione, non trova un'espressa indicazione relativa al principio di trasparenza delle pubbliche amministrazioni, principio che, invece, come vedremo meglio in seguito, è esplicitamente richiamato in alcune disposizioni di rango legislativo che dettano i canoni essenziali di azione e di organizzazione delle pubbliche istituzioni cui spettano compiti di amministrazione.

A ben vedere, tuttavia, non può negarsi che trattasi di un principio desumibile in via di interpretazione dal combinato disposto risultante da molteplici disposizioni costituzionali che, nel loro complesso, sorreggono e giustificano l'esigenza di assicurare, per quanto possibile in concreto, la trasparenza sia dell'assetto organizzativo che delle attività svolte dalle pubbliche amministrazioni, e conseguentemente richiedono di garantire la conoscibilità della documentazione amministrativa collegata ad entrambi i predetti ambiti, fatti salvi altri interessi costituzionali, quali, ad esempio, quelli attinenti alla riservatezza, alla sicurezza pubblica, e così via.

Nella Costituzione, in particolare, si prevede il principio di buon andamento della pubblica amministrazione (cfr. art. 97, comma 2, Cost.), sicché ne discende il canone di efficienza che deve essere rispettato dalla normativa che regolamenta l'azione e l'organizzazione degli apparati amministrativi. Ancora, si richiede che le amministrazioni siano imparziali, ossia siano rivolte al perseguimento dell'interesse pubblico obiettivato dalla legge (cfr. sempre art. 97, comma 2, Cost.). Si vuole, poi, che la legge, nell'ordinamento degli uffici pubblici, provveda a distinguere le competenze, attribuzioni e responsabilità proprie dei funzionari, in modo tale che ne siano evidenti i rispettivi compiti ed ambiti di azione (cfr. art. 97, comma 3, Cost.). Si prevede, inoltre, che alla carrie-

ra pubblica si acceda di norma soltanto per concorso, e dunque sulla base del principio meritocratico (cfr. art. 97, comma 4, Cost.). Sempre a tal riguardo, si prescrive che i pubblici impiegati debbano essere al servizio esclusivo della Nazione, e dunque non subordinati o vincolati a interessi di parte (cfr. art. 98, comma 1, Cost.), che la carriera nell'amministrazione sia svincolata dalla titolarità di cariche politiche (cfr. art. 98, comma 2, Cost.), e che le funzioni pubbliche siano adempiute con disciplina e onore (art. 54, comma 2, Cost.). Inoltre, a garanzia dei destinatari dell'attività amministrativa, si prevede che la legge stabilisca la diretta responsabilità – sia penale, che civile e amministrativa – dei funzionari in relazione agli atti compiuti in violazione dei diritti (art. 28 Cost.). Ancora più in generale, poi, il principio democratico, previsto dall'art. 1 della Costituzione quale carattere essenziale della nostra Repubblica, impone che il governo della cosa pubblica sia disciplinato in modo coerente con la volontà dei componenti della collettività e dunque risponda a quest'ultima sia dal punto di vista organizzativo che da quello funzionale. Non va infine trascurato il principio di eguaglianza che, specialmente nella declinazione sostanziale, impone alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli che impediscono, tra l'altro, la piena partecipazione dei componenti della collettività alla «organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (cfr. art. 3, comma 2).

Dal complesso di queste disposizioni, sistematicamente interpretate, può trarsi la ragionevole conclusione circa l'implicita rilevanza costituzionale del principio di trasparenza dell'azione amministrativa, intesa dunque come garanzia della conoscibilità degli atti compiuti dai pubblici funzionari sia nel momento in cui viene determinato l'assetto organizzativo dell'ente, sia allorché si esercitino le attività istituzionalmente spettanti all'ente medesimo, e conseguentemente, più in generale, come fondamento e giustificazione delle normative che consentono di avere informazione della documentazione in possesso delle pubbliche amministrazioni. È evidente, infatti, che senza una disciplina normativa che consenta tale trasparenza con specifiche modalità di organizzazione, di azione e di relazione delle amministrazioni con i soggetti destinatari delle funzioni pubbliche, tutti i predetti principi costituzionali risulterebbero ridotti o menomati, se non addirittura concretamente compromessi. Ad esempio, la democraticità della Repubblica sarebbe compromessa dalla presenza di un apparato amministrativo di cui la collettività non possa conoscere l'assetto organizzativo o l'attività svolta a fini istituzionali[1], così come l'eguaglianza tra i cittadini sarebbe in concreto preclusa se non venisse consentito a tutti i cittadini – a prescindere dalla singole condizioni oggettive e dunque proprio operando per superare quelle obiettive difficoltà o impedimenti di collegamento che talora precludono, per ragioni fattuali o anche economiche, il rapporto tra il cittadino e l'amministrazione – di avere informazione sulle attività amministrative che si stanno svolgendo nei suoi confronti o in relazione a beni, oggetti o fenomeni che ciascuno ritenga di interesse individuale o collettivo. In altre parole, il principio di conoscibilità degli atti e dell'attività delle pubbliche amministrazioni è correttamente interpretabile come diretta espressione dei principi fondamentalissimi di democrazia[2] e di eguaglianza che sono alla base del nostro ordinamento.

Anzi, come si è detto, trasparenza è qualcosa di più della semplice pubblicità degli atti amministrativi: non è, infatti, solo "sinonimo di conoscibilità", ma è anche ed insieme "conoscenza e comprensione", cioè precondizione per il controllo democratico delle pubbliche amministrazioni[3]. In sostanza, senza vera trasparenza, cioè se ci si fermasse alla sola conoscibilità, verrebbe meno anche il diritto di comprendere ciò di cui è venuti a conoscenza[4].

A quanto appena detto si aggiungano poi le considerazioni che collegano la trasparenza delle pubbliche amministrazioni al principio del giusto procedimento proclamato anche in sede europea ed alla relativa giurisdizione, e dunque a tutte quelle garanzie che consentono la piena e consapevole partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo, come rilevato dalla nostra Corte costituzionale allorché, in un caso specifico, ha fatto riferimento pure ad un «principio del patrimonio costituzionale comune dei Paesi europei»[5]. Tra l'altro, il principio della trasparenza amministrativa è previsto anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[6].

Dunque, il principio di trasparenza delle pubbliche amministrazioni può essere considerato come un principio che, seppure costituzionalmente non esplicitato, sia implicito al dettato costituzionale, sicché vanno considerate costituzionalmente consentite quelle leggi che impongono la trasparenza delle pubbliche amministrazioni, prescrivendo obblighi e doveri ulteriori e diversi rispetto a quelli che gravano sulle organizzazioni private. È tuttavia evidente che, al pari di quanto avviene normalmente per qualunque principio di rilievo costituzionale, anche in questo caso si tratta di un principio da "bilanciare" ragionevolmente rispetto agli altri principi e interessi costituzionali, come, ad esempio, non soltanto lo stesso principio di buon andamento[7], ma anche i diritti di riservatezza, la sicurezza pubblica, la proprietà privata, la libertà dell'iniziativa economica, e così via. Ciò significa che la legge possa, ed anzi debba necessariamente limitare la conoscibilità dell'attività documentale della pubblica amministrazione quando siano in giuoco compresenti interessi di rilievo costituzionale; in caso contrario, la stessa legge, e dunque la trasparenza documentale che ne discende, deve essere considerata contraria alla Costituzione.

Come vedremo adesso, il principio qui in esame è stato tradotto in alcune discipline legislative che hanno introdotto specifici istituti giuridici volti, per l'appunto, ad assicurare la trasparenza delle attività documentali delle pubbliche amministrazioni, anche, in particolare, con riferimento alle attività che si svolgono mediante l'impiego delle tecnologie informatiche e telematiche. Scopo della presente analisi è dunque quello di descrivere, almeno nelle parti essenziali, le discipline legislative che consentono di garantire la conoscibilità dei documenti informatici formati o comunque detenuti dalle amministrazioni pubbliche.

2. *Il principio di trasparenza e l'impiego delle tecnologie informatiche e telematiche nella legge n. 241 del 1990*

Il principio di trasparenza delle pubbliche amministrazioni, già emerso in sede comunitaria a garanzia della parità di trattamento nei confronti delle autorità statuali, è stato

"Archivio della amministrazione del Reich tedesco", fotografia 1918

inserito ufficialmente nel nostro ordinamento con la modifica apportata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, all'art. 1, comma 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241: tra i principi generali dell'attività amministrativa è stato inserito – seppure come ultimo tra gli altri elencati, cioè economicità, efficacia, imparzialità e pubblicità – quello di «trasparenza» sempre «secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario»[8].

È noto che il principio di trasparenza implica la piena conoscibilità dell'azione amministrativa, fatti salvi i limiti previsti dalla legge al fine di tutelare interessi giuridici, pubblici o privati, di particolare rilievo, e che dunque impongono il dovere di non rendere note quelle porzioni dell'attività amministrativa la cui conoscenza, diretta o indiretta, da parte di altri soggetti determina o può determinare la lesione dei predetti interessi.

La piena conoscibilità delle attività amministrative può realizzarsi in modo più immediato ed efficiente mediante il coerente impiego delle tecnologie informatiche e telematiche non solo nella formazione del provvedimento amministrativo da parte dell'amministrazione procedente, ma anche in tutte quelle fasi in cui il provvedimento è oggetto di "trattamento" a fini di conservazione, archiviazione o trasmissione da parte dell'amministrazione che lo detiene. Gli strumenti informatici e telematici di redazione dei testi, di conservazione dei documenti e di trasmissione di questi ultimi, in altre parole, rappresentano senz'altro quelle modalità di trattamento dei dati cui le pubbliche amministrazioni nella società contemporanea non possono rinunciare se intendono restare al passo coi tempi.

L'applicazione di questi strumenti e modalità comportamentali determina inevitabilmente una diversa forma di "conoscibilità" e dunque di "trasparenza" dell'azione amministrativa rispetto a quella esistente

in passato, sia nei rapporti con i soggetti privati, che nei riguardi delle altre pubbliche amministrazioni. In precedenza, la conoscibilità delle attività amministrative svolte o in svolgimento era assicurata soltanto mediante la tradizionale consultazione di un documento cartaceo cui si procede recandosi personalmente presso l'amministrazione che ne aveva la disponibilità, estrazione della copia, oppure l'invio per posta della documentazione richiesta. Lo stesso concerne i rapporti tra le amministrazioni, sia nel caso in cui esse cooperino nello svolgimento delle medesima attività, sia allorché un'amministrazione intenda conoscere lo stato dell'arte dell'attività posta in essere da un'altra amministrazione.

È allora evidente che l'impiego delle moderne tecnologie non solo modifica il concreto determinarsi delle attività amministrative, in ciascuna delle loro tipiche fasi in cui si suddivide il procedimento (iniziativa, istruttoria, deliberazione e controllo), ma muta anche l'oggetto su cui si concentra l'attenzione di chi, per o tutelare un proprio interesse o per altre ragioni giuridicamente rilevanti, intende avere conoscenza delle attività amministrative, e conseguentemente le modalità di apprensione della documentazione amministrativa. Ad esempio, un documento formato e conservato secondo modalità digitali può essere reso noto a chiunque mediante l'inserimento nel sito internet dell'amministrazione, oppure può essere reso conoscibile a chi ne faccia apposita richiesta, inserendo il documento medesimo in una banca dati cui il soggetto richiedente può accedere mediante apposite modalità di riconoscimento.

In generale, si ritiene che le moderne tecnologie determinano di per sé stesse una maggiore conoscibilità, e dunque una più approfondita trasparenza delle pubbliche amministrazioni. Questa comune opinione si fonda essenzialmente sulle particolari caratteristiche che connotano l'impiego delle predette tecnologie, cioè la rapidità d'uso, la velocità di esecuzione e la istantaneità di trasmissione.

Anche nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, è evidente, tali connotati si riproducono, al pari di quanto avviene nell'impiego delle tecnologie dell'informatica e della telematica nell'ambito dei rapporti privati. Tuttavia, va rilevato che nei processi di decisione pubblica i caratteri della rapidità, velocità ed istantaneità devono essere opportunamente e correttamente coniugati con i canoni che devono reggere in concreto lo svolgimento dell'azione amministrativa nel rispetto del fondamentalissimo principio di legalità, inteso in senso sia formale che sostanziale. Quest'ultimo, cioè, esige che ogni attività autoritativa sia fondata non solo su una previa norma di legge, ma anche che quest'ultima sia idonea a delimitare sufficientemente la discrezionalità dell'amministrazione in modo che non si svolga in modo arbitrario.

In altre parole, la pubblica amministrazione, a differenza di quanto è possibile a ciascuno di noi in base al principio generale di libertà, non può fare tutto ciò che non è vietato dalla legge, ma può fare soltanto ciò che le è consentito dalla legge secondo la preventiva determinazione delle modalità e della finalità dell'azione. In breve, anche l'impiego degli strumenti informatici e telematici rappresenta una modalità specifica di concretizzazione dell'attività dell'amministrazione, cui quest'ultima può – ed anzi deve – ricorrere ma sempre sulla base e nei limiti predeterminati della legge. Se così non fosse, si avrebbe un esito

paradossale: in nome della rapidità, della velocità e dell'istantaneità, l'amministrazione potrebbe agire in assenza di una legge che ne delimiti le scelte discrezionali nella determinazione delle modalità, e dunque, in estrema sintesi, potrebbe agire in modo arbitrario, cioè discriminando a sua libera ed insindacabile scelta tra caso e caso e tra soggetto e soggetto. A ben vedere, anzi, la digitalizzazione delle attività poste in essere dalle pubbliche amministrazioni consente, se correttamente applicata, di incrementare considerevolmente le modalità attraverso cui controllare, mediante modalità oggettivamente verificabili, l'effettivo rispetto della legge da parte delle pubbliche amministrazioni. Ad esempio, la registrazione del momento in cui un dato atto viene protocollato dalla pubblica amministrazione, ovvero l'individuazione del momento in cui un certo provvedimento viene trasmesso da una pubblica amministrazione all'altra, possono essere determinati con precisione praticamente assoluta qualora siano effettuate con le tecniche digitali, ed assumere così un ruolo cruciale nella risoluzione di eventuali controversie, come attestato da episodi recentemente verificatisi.

3. *Il principio di "incentivazione" nell'uso della telematica nell'ambito delle pubbliche amministrazioni e le specifiche norme facoltizzanti o vincolanti*

La già richiamata legge n. 15 del 2005 ha inserito nella legge n. 241 del 1990 anche l'art. 3-bis, ove, in relazione all'"uso della telematica", si prevede, nel suo unico comma, che «per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati». Insomma, si tratta di una norma generalissima, avente carattere essenzialmente promozionale, che si rivolge a tutte le amministrazioni pubbliche soltanto spronandole ad "incentivare" l'uso degli strumenti offerti dalla telematica, e che dunque concernono propriamente la trasmissione (con le più varie finalità, comunicazione, informazione, conservazione, archiviazione, e così via), mediante modalità telematiche, dei documenti informatici.

Tale disposizione, va rilevato, se non prescrive un comportamento cogente per le pubbliche amministrazioni, nei rapporti interni alle stesse, nei rapporti tra le stesse ovvero nei rapporti tra queste ultime ed i soggetti privati, tuttavia si pone come fonte di una norma facoltizzante, che dunque consente, rendendo pienamente legittimo, il ricorso ai predetti strumenti offerti dalle moderne tecnologie di trasmissione dei documenti. E, conseguentemente, seppure indirettamente, sanziona la piena legittimità dell'impiego delle tecniche informatiche nella redazione dei documenti amministrativi, giacché è evidente che la trasmissione telematica di un documento presuppone la sua formazione mediante le tecnologie informatiche.

Va aggiunto, a questo proposito, che circa l'uso degli strumenti dell'informatica, l'appena richiamata legge del 2005 ha innovato la legge n. 241 del 1990 per due soli aspetti del tutto specifici e settoriali, relativi cioè alla conferenza dei servizi. In primo luogo, si è previsto che, previo accordo tra le amministrazioni coinvolte, la conferenza è convocata e svolta avvalendosi degli strumenti informatici disponibili,

secondo i tempi e le modalità stabiliti dalle medesime amministrazioni (cfr. il comma 5 bis dell'art. 14 della legge n. 241 del 1990). In secondo luogo, sempre circa la conferenza dei servizi, si dispone che la relativa convocazione della prima riunione deve pervenire alle amministrazioni interessate «anche per via telematica o informatica». Dunque, la convocazione e lo svolgimento in modalità "informatica" e dunque anche "telematica" di questo strumento di esame contestuale di una pluralità di interessi pubblici coinvolti in procedimenti amministrativi, e che deve essere utilizzato quando un'amministrazione procedente debba acquisire intese, concerti, nulla osta o assensi di altre pubbliche amministrazioni, sono subordinati al previo accordo tra le stesse pubbliche amministrazioni. Sulla base di tale disposizione, quindi, non sussiste nella conferenza di servizi un obbligo di impiego degli strumenti offerti dalle moderne tecnologie, ma la facoltà di ricorrervi legittimamente, facoltà condizionata alla previa sussistenza di un unanime consenso tra le amministrazioni coinvolte nel procedimento amministrativo.

Più recentemente, con la legge n. 69 del 2009, la possibilità o addirittura l'obbligo del ricorso alla telematica nell'ambito delle attività amministrative sono stati oggetto di un nuovo intervento legislativo che ha ampliato, seppure sempre con riferimento a specifici ambiti, l'applicazione delle moderne tecnologie nella formazione e trasmissione di documenti rilevanti per le attività amministrative. In particolare, nell'art. 2, comma 8 della legge n. 241 del 1990, è stato introdotto un particolare riferimento all'uso delle tecnologie telematiche al fine di rendere più efficace la normativa che impone alla pubblica amministrazione obblighi più stringenti circa l'adozione di provvedimenti a fronte di istanze provenienti dai soggetti privati e dunque circa la conclusione del procedimento amministrativo mediante un provvedimento espresso, e che nello stesso tempo prevede una specifica responsabilità erariale in caso di mancato rispetto dei termini previsti. A tal proposito, infatti, è stato prescritto che le sentenze passate in giudicato con le quali è stato accolto il ricorso proposto contro il silenzio inadempimento dell'amministrazione, debbano essere trasmesse necessariamente "in via telematica" alla Corte dei conti. In tal modo, con l'introduzione del ricorso obbligatorio a tale forma di trasmissione delle sentenze in oggetto, si presume che l'azione di responsabilità erariale possa essere attivata in tempi più rapidi rispetto al passato.

Inoltre, il principio già introdotto in relazione alla possibilità di utilizzare le tecnologie telematiche nello svolgimento della conferenza di servizi, è stato ribadito ed accentuato allorché si è attribuito alla stessa conferenza il compito di assumere «a maggioranza dei presenti» le determinazioni relative all'organizzazione dei propri lavori (cfr. art. 14-ter, comma 1, legge n. 241 del 1990 come modificato dalla legge n. 69 del 2009). Inoltre, si è previsto che la comunicazione della convocazione della conferenza possa essere inviata «anche per via telematica» ai concessionari e ai gestori di pubblici servizi, qualora anche questi partecipino alla conferenza medesima in quanto il procedimento amministrativo e il progetto dedotto in conferenza implichi adempimenti a loro carico ovvero abbiano un effetto diretto o indiretto sulle loro attività (cfr. art. 14-ter, comma 2-ter, come aggiunto dalla legge n. 69 del 2009).

Ancora, quando si tratti di attività consultiva ed il parere sia favorevole senza osservazioni, si è prescritto che il dispositivo del parere sia comunicato all'amministrazione procedente «telegraficamente o con mezzi telematici» (cfr. art. 16, comma 5, come sostituito dalla legge n. 69 del 2009): giacché il parere si sostanzia in un dispositivo assai stringato, questa sembra essere la logica del legislatore, l'obbligo della trasmissione mediante strumenti più rapidi della tradizionale comunicazione via posta appare di immediata comprensione. In realtà, non si comprende perché il medesimo obbligo – che presuppone l'impiego di comuni e condivise tecnologie di trasmissione e di ricezione dei documenti amministrativi – non possa valere anche quando si tratti di pareri positivi condizionati ovvero di pareri negativi provvisti di motivazione, giacché anche in questi casi il ricorso alle stesse modalità telematiche di comunicazione renderebbe parimenti conosciuto nella sua interezza il contenuto del parere, ovvero sia nel suo stringato dispositivo, che nelle parti motive.

4. *Il principio di trasparenza e l'accesso ai documenti amministrativi nella l. 241/1990 e nel d.P.R. 445/2000*

Il principio di trasparenza è stato poi richiamato nella legge n. 241 del 1990 – sempre a seguito delle modifiche apportate con la legge n. 15 del 2005 – con riferimento al diritto di accesso ai documenti amministrativi, in quanto si è previsto, da un lato, che l'accesso a questi ultimi «costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza» (vedi art. 22, comma 2, della legge 241/1990, come modificato dalla legge 15/2005); e, dall'altro lato, che la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi – ovvero l'organo predisposto per dare attuazione al principio di piena conoscibilità dell'attività della pubblica amministrazione nel rispetto dei limiti fissati dalla stessa legge n. 241/1990 – rediga annualmente una «relazione annuale sulla trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione» da comunicare alle Camere ed alla Presidenza del Consiglio dei ministri.

In estrema sintesi, può dirsi che la trasparenza delle pubbliche amministrazioni si concretizza anche mediante il ricorso a quel particolare strumento di conoscenza degli atti e dei documenti amministrativi che è rappresentato dal diritto di accesso, che non è attribuito indistintamente e senza alcuna condizione a chiunque, ma soltanto ai soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso (cfr. art. 22, comma 1, lett. b, l. 241/1990). Questo diritto di accesso, disciplinato nelle sue modalità di esercizio, dalla più volte citata legge n. 241 del 1990, può essere reso più agevole dalla digitalizzazione delle attività documentali della pubblica amministrazione. In particolare, il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari sulla documentazione amministrativa (d.p.R. 445/2000) prescrive che il diritto di accesso può avvenire mediante l'uso di strumenti informatici e dispone le modalità organizzative per disciplinare tale forma di acces-

so. Infatti, da un lato, si dispone che per l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi, possono essere utilizzate tutte le informazioni del sistema di gestione informatica dei documenti anche mediante l'impiego di procedure applicative operanti al di fuori del sistema e strumenti che consentono l'acquisizione diretta delle informazioni da parte dell'interessato (cfr. art. 59, comma 1). Dall'altro lato, si prescrive che le pubbliche amministrazioni determinano, nel rispetto delle disposizioni di legge sulla tutela della riservatezza dei dati personali, e nell'ambito delle misure organizzative volte ad assicurare il diritto di accesso ai documenti amministrativi i criteri tecnici ed organizzativi per l'impiego, anche per via telematica, del sistema di gestione informatica dei documenti per il reperimento, la visualizzazione e la stampa delle informazioni e dei documenti (cfr. art. 59, comma 2). Nel caso, poi, di accesso effettuato mediante strumenti che consentono l'acquisizione diretta delle informazioni e dei documenti da parte dell'interessato, si prevede che le misure organizzative e le norme tecniche determinano anche le modalità di identificazione del soggetto anche mediante l'impiego di strumenti informatici per la firma digitale del documento informatico, come disciplinati dal presente testo unico (cfr. art. 59, comma 3). Quando, infine, si tratta di accesso effettuato da soggetti non appartenenti alla pubblica amministrazione, possono utilizzarsi le funzioni di ricerca e di visualizzazione delle informazioni e dei documenti messe a disposizione, anche per via telematica, attraverso gli uffici relazioni col pubblico (cfr. art. 59, comma 4). Una specifica disciplina è poi dettata per l'accesso alla documentazione amministrativa da parte di un'altra pubblica amministrazione mediante applicazioni informatiche (cfr. art. 60).

Circa le modalità di conoscenza dei documenti informatici detenuti dalle pubbliche amministrazioni, nel Codice sull'amministrazione digitale (il d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82) si è prescritto che, da un lato, la pubblica amministrazione titolare del procedimento raccoglie in un fascicolo informatico gli atti, i documenti e i dati del procedimento medesimo da chiunque formati (art. 41, comma 1), realizzando tale fascicolo informatico in modo da garantire che possa essere direttamente consultato ed alimentato da tutte le amministrazioni coinvolte nel procedimento (cfr. art. 41, comma 2, che disciplina anche le regole per la costituzione, l'identificazione, e l'utilizzo del fascicolo in modo che siano conformi ai principi di una corretta gestione documentale). Dall'altro lato, sempre nel Codice dell'amministrazione digitale si prescrive che, all'atto della comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo (ai sensi dell'art. 8 della citata legge n. 241/1990), la pubblica amministrazione deve comunicare agli interessati le modalità per esercitare in via telematica i diritti di cui all'articolo 10 della citata l. n. 241, ovvero per l'appunto anche il diritto di accesso (cfr. art. 41, comma 2). Tuttavia, occorre tenere conto del fatto che il diritto di accesso alla documentazione amministrativa incontra alcuni limiti indicati dalla legge, tra cui, in particolare, il diritto alla riservatezza – anche definito come diritto alla privacy – relativamente ai documenti che siano attinenti alla vita privata o alla riservatezza di persone fisiche o giuridiche (cfr. art. 24, comma 6, lett. d, legge n. 241/1990) ovvero contengano dati personali sensibili o sanitari (cfr. art. 60 codice della privacy).

5. *L'amministrazione trasparente nella normativa sull'anticorruzione e il nuovo "diritto di accesso civico"*

Con una più recente normativa, ossia con il d.lgs. n. 33 del 2013, il più generale obiettivo collegato al contrasto della corruzione nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, è stato perseguito anche prescrivendo un complesso strumentario volto ad assicurare la conoscenza di una determinata quantità di informazioni e di documenti informatici che devono essere necessariamente pubblicati nel sito internet istituzionale di ciascuna pubblica amministrazione. Tale obbligo di pubblicazione *online* dei documenti indicati dalla predetta normativa in un'apposita sezione del sito dell'amministrazione – intitolata, per l'appunto, "amministrazione trasparente"–, può essere ricondotto non solo ad una peculiare visione preventiva e repressiva dei comportamenti devianti che possono essere adottati dai funzionari pubblici, ma soprattutto alla constatazione di un diffuso stato di fatto di insufficiente trasparenza documentale delle pubbliche amministrazioni[9]. A questo deficit di trasparenza e conoscibilità dall'esterno, presumibilmente dovuto anche al fattuale proseguirsi dell'applicazione generalizzata del canone di segretezza (seppure già limitato dal diritto di accesso ex l. 241/1990), si è inteso porre rimedio con i predetti obblighi di pubblicazione *online*, preventiva e generalizzata di una serie di dati, informazioni e documenti informatici, che dunque sono resi disponibili ed accessibili a chiunque abbia a disposizione la strumentazione informatica e telematica necessaria, ovvero, essenzialmente, un dispositivo *hardware* e un programma *software* idonei ad accedere ai siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni in modo da acquisire le informazioni presenti sulla rete internet.

Va sottolineato che la disciplina legislativa è composta da alcuni principi generali – forse, in parte anche generici – e da una regolamentazione degli obblighi molto dettagliata, il cui rapporto rispetto ai predetti principi generali non sempre appare chiaro, dovendosi presumibilmente applicarsi il criterio dell'interpretazione sistematica. Anche in questo caso, poi, vi è il rinvio a norme tecniche (definite come standard, modelli e schemi), ma in realtà propriamente normative, che sono dettate con atti secondari di contenuto regolamentare, inizialmente di competenza del Dipartimento della funzione pubblica e adottati con d.P.C.M. (cfr. art. 48), e poi trasferite all'Autorità nazionale anticorruzione (cfr. d.l. 90/2014). Tra l'altro, viene istituito, in ogni amministrazione, il Responsabile della trasparenza, che accomuna alle competenze sull'attuazione della normativa in questione, anche le competenze già attribuite per contrastare la corruzione. Si tratta, invero, di un soggetto unico, privo di una propria struttura e da far funzionare senza nuovi oneri a carico dell'amministrazione (come, purtroppo, avviene sempre più frequentemente, anche quando si tratta di nuovi compiti), e che diventa il referente generale di questa specifica modalità di trasparenza *online* dell'amministrazione, sia verso l'interno – cioè nei riguardi di tutte le strutture di governo e amministrative dell'ente –, sia verso l'esterno, ovvero nei confronti dei soggetti privati che chiedono informazioni al riguardo, delle altre pubbliche amministrazioni, e della stessa Autorità nazionale anti-corruzione.

Nell'art. 1 del citato d.lgs. n. 33 del 2013 si qualifica la disciplina in oggetto come garanzia di "accessibilità totale" delle pubbliche amministrazioni. In verità, ben più limitatamente, si tratta dell'obbligo di procedere alla pubblicazione *online* di una lunga e tassativa elencazione di dati, informazioni e documenti informatici detenuti dall'amministrazione o che quest'ultima deve reperire. In caso di violazione di tale obbligo, sono previste apposite sanzioni, ed è introdotto un nuovo "diritto di accesso civico" che va distinto dal "diritto di accesso" previsto dalla legge n. 241 del 1990 che abbiamo visto sopra. Infatti, il "diritto di accesso civico" è esercitabile da chiunque (e dunque, a differenza del diritto di accesso, senza che vi sia l'interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso), ma soltanto quando l'amministrazione abbia violato l'obbligo di pubblicazione tassativamente prescritto dalla legge per finalità di trasparenza[10]. All'accertamento dell'omissione consegue la pubblicazione del documento o dell'informazione sul sito dell'ente.

Tali obblighi di pubblicazione *online* e di organizzazione ai fini della trasparenza sul sito internet istituzionale, concernono non solo tutte le pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001, ma anche gli enti istituiti, vigilati o finanziati dalla pubblica amministrazione, così come gli enti di diritto privato in controllo pubblico (per le funzioni di interesse pubblico), che esercitano funzioni amministrative, o che erogano beni o servizi alle p.a. o di gestione di servizi pubblici, con organi nominati dalle pubbliche amministrazioni (cfr. art. 11, d.lgs. 33/2013).

Presumibilmente, allora, neppure questa disciplina che si caratterizza per l'indispensabile ricorso allo strumento informatico e telematico, può essere considerata come la fonte di una vera e propria *disclosure* delle pubbliche amministrazioni, al pari di quella esistente in altri ordinamenti in cui si stabilisce un principio assai più semplice e generale, cioè che tutti i documenti delle pubbliche amministrazioni sono di per sé stessi di libera consultazione per chiunque, senza che si debba dimostrare di avere un interesse diretto, attuale o concreto (come nel caso del "diritto di accesso" ai sensi della legge n. 241/1990), o che sia stato omesso l'obbligo di pubblicazione sul sito istituzionale (come nel caso del "diritto di accesso civico" ai sensi della d.lgs. 33/2013). Si pensi, ad esempio, al *Freedom of information Act* approvato nel 2000 nel Regno Unito, o al corrispondente *Freedom of Information Act* (FOIA) con le modifiche apportate dall'*Openness Promotes Effectivenes in our National Government Act* approvato negli Stati Uniti d'America nel 2007. In altri termini, aver previsto un nuovo diritto di accesso (stavolta "civico") connesso soltanto agli obblighi di pubblicazione sul sito istituzionale dell'ente, aver introdotto un nuovo compito amministrativo (per il responsabile per il contrasto alla corruzione) dedicato alla pubblicazione di alcune notizie *online*, ed avere previsto procedure informatiche e telematiche standardizzate ed uniformi per tutte le amministrazioni (statali, regionali e locali), non consentono di poter affermare che sia stato del tutto conseguito l'obiettivo della completa trasparenza delle attività documentali delle pubbliche amministrazioni per il tramite delle procedure informatiche e telematiche.

6. *Riflessioni conclusive anche con riferimento alle deleghe previste dalla legge di riforma n. 124 del 2015*

In definitiva, dall'analisi qui compiuta scaturisce la particolare rilevanza del compito cui sono tenuti tutti i soggetti coinvolti dal processo di regolamentazione delle attività documentali informatizzate delle pubbliche amministrazioni, il compito cioè di assicurare che la digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni sia un percorso virtuoso, coerente con i principi costituzionali relativi all'azione e all'organizzazione delle istituzioni pubbliche, e soprattutto sempre corrispondente con i fondamentalissimi caratteri di libertà, democrazia e solidarietà che connotano il nostro ordinamento. È evidente, infatti, che al perseguimento di tali fini va collegata anche la disciplina normativa relativa alla trasparenza delle attività documentali poste in essere dalle pubbliche amministrazioni con il ricorso alle tecniche informatiche e telematiche, un fenomeno di cui non si deve trascurare la rilevanza per il progresso della nostra collettività, di per sé necessariamente inserita non solo nel progetto dell'integrazione europea, ma anche nella sempre più stretta globalizzazione dei processi cognitivi, scientifici, sociali, economici e più latamente culturali.

In altri termini, per quanto i predetti fattori possano sembrare concettualmente distanti, deve concludersi che la vera libertà dei cittadini, l'effettiva democraticità delle istituzioni e la concreta solidarietà nel consesso sociale, sono anch'esse condizionate da come si svolge in concreto il trasparente adempimento delle funzioni pubbliche mediante l'impiego delle tecnologie informatiche. Soprattutto occorre considerare che, da un lato, le attività svolte dalle pubbliche amministrazioni assumono carattere normalmente autoritativo, essendo dunque idonee ad imporsi in via unilaterale sulle volontà degli altri soggetti; e, dall'altro lato, qualora l'amministrazione agisca secondo modalità privatistiche, essa opera in posizione di competizione con gli altri soggetti. Costituisce quindi vincolo per lo stesso legislatore la necessità di disciplinare la trasparenza delle attività delle pubbliche amministrazioni in modo che l'uso delle tecniche informatiche e telematiche non comprima o riduca, ma, al contrario, esalti o favorisca la libertà nei comportamenti individuali e collettivi, la democraticità dell'assetto organizzativo e funzionale delle pubbliche istituzioni, e la solidarietà tra gli appartenenti al gruppo sociale. Ed allora, come si è sopra rilevato, la strumentazione normativa adesso disponibile non consente il pieno perseguimento dei predetti obiettivi. Ad esempio, il cosiddetto "diritto di accesso civico", recentemente introdotto dal d.lgs. 33/2013, si limita ad una serie, seppure corposa e per certi aspetti anche sovrabbondante, di obblighi di pubblicazione *online*, che consentono soltanto a chi è dotato di apposite apparecchiature informatiche e della corrispondente capacità di utilizzo, di poter acquisire le informazioni che la legge richiede di rendere note sul sito istituzionale dell'ente. Parimenti, il diritto di accesso, già previsto dalla legge n. 241 del 1990, richiede pur sempre la titolarità di un interesse diretto, concreto ed attuale, per poter accedere ad un documento di cui l'amministrazione è in possesso. In assenza di tale titolarità e in assenza del predetto obbligo di pubblicazione *online*, la documentazione amministrativa rimane protetta in una sorta di "zona franca" – o meglio, "zona oscura" – di cui non si comprendono

le ragioni né di ordine costituzionale, né di carattere organizzativo. Le modalità di formazione, di trasmissione e di conservazione dei documenti amministrativi secondo le tecniche informatiche e telematiche, in realtà, consentono di realizzare forme di trasparenza ben superiori a quelle adesso consentite dalle norme vigenti. E presumibilmente ciò potrebbe essere concretamente realizzato anche senza particolari oneri aggiuntivi da porre a carico delle pubbliche amministrazioni.

Se la trasparenza delle attività documentali delle pubbliche amministrazioni anche mediante il ricorso alle tecnologie informatiche e telematiche, dunque, rappresenta uno snodo essenziale per il buon funzionamento delle istituzioni in senso coerente con i molteplici principi costituzionali richiamati all'inizio, dal buon andamento all'efficienza, dall'imparzialità all'apoliticità, occorre certo riscontrare il compimento di alcuni passi importanti in questo senso, ma il risultato finale non può ancora essere considerato completamente raggiunto.

Proprio in questo senso, e dunque recependo la necessità di procedere ad opportune integrazioni e correzioni, va notato che la recente legge 7 agosto 2015 n. 124 – volta ad imprimere una svolta riformatrice su non poche delle problematiche attinenti alle pubbliche amministrazioni – ha previsto, tra l'altro, una pluralità di deleghe legislative collegate, per vari e specifici aspetti, al principio di trasparenza inteso come effettiva e piena conoscibilità dell'amministrazione sia sotto il profilo organizzativo che funzionale.

In particolare, in primo luogo, può ricordarsi la delega legislativa prevista nell'art. 1, comma 1, lettera b, che è rivolta a «ridefinire e semplificare i procedimenti amministrativi, in relazione alle esigenze di celerità, certezza dei tempi e trasparenza nei confronti dei cittadini e delle imprese, mediante una disciplina basata sulla loro digitalizzazione e per la piena realizzazione del principio "innanzitutto digitale" (*digital first*), nonché l'organizzazione e le procedure interne a ciascuna amministrazione». Si tratterà, cioè, di improntare l'intero assetto procedimentale sulla base del principio della preferenziale applicazione delle tecnologie digitali, presupposto indispensabile per assicurare che la conoscibilità dell'azione amministrativa possa trovare effettiva rispondenza nella realtà proprio per il tramite dell'impiego delle risorse offerte dalla più moderne tecnologie digitali, informatiche e telematiche.

In secondo luogo, va citata un'ulteriore delega legislativa, contenuta nell'art. 1, comma 1, lettera c), ultimo capoverso, della legge n. 124/2015, e che è rivolta ad assicurare una finalità assai complessiva, quella cioè di

> garantire l'accesso e il riuso gratuiti di tutte le informazioni prodotte e detenute dalle amministrazioni pubbliche in formato aperto, l'alfabetizzazione digitale, la partecipazione con modalità telematiche ai processi decisionali delle istituzioni pubbliche, la piena disponibilità dei sistemi di pagamento elettronico nonché la riduzione del divario digitale sviluppando le competenze digitali di base.

In questo senso, si prevede dunque che dovrebbe essere garantito non solo l'accesso gratuito e in formato aperto nei riguardi di tutti i dati di cui sono in possesso le pubbliche amministrazioni, ma anche la partecipazione telematica ai processi decisionali pubblici. In particolare, circa la conferenza dei servizi, nell'art. 2, comma

1, lettera h), della legge n. 124/2015 si prevede un'apposita delega legislativa volta alla «semplificazione dei lavori della conferenza di servizi, anche attraverso la previsione dell'obbligo di convocazione e di svolgimento della stessa con strumenti informatici e la possibilità, per l'amministrazione procedente, di acquisire ed esaminare gli interessi coinvolti in modalità telematica asincrona». Si tratterà, dunque, di intervenire nuovamente sulla conferenza dei servizi per accrescere e facilitare il ricorso agli strumenti offerti dalle tecnologie digitali.

Soprattutto, va citata la delega legislativa prevista nell'art. 7 della ricordata legge n. 124 del 2015, che prevede l'adozione di atti legislativi del governo proprio «in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, nel rispetto dei principi e criteri direttivi stabiliti dall'articolo 1, comma 35, della legge 6 novembre 2012, n. 190». Tali decreti legislativi saranno rivolti a perseguire una pluralità di obiettivi connessi al principio di trasparenza delle pubbliche amministrazioni, ma procedendo ad un'ampia rivisitazione modificativa delle vigenti discipline, proprio per rivedere gli aspetti più onerosi e inefficienti delle regole adesso previste. In particolare, si va dalla ridefinizione e precisazione dell'ambito soggettivo di applicazione degli obblighi e delle misure in materia di trasparenza, alla pubblicazione nel sito istituzionale dell'amministrazione di informazioni concernenti alcuni procedimenti di particolare rilievo (in materia di appalti pubblici, prestazioni sanitarie, pagamenti, debiti, imprese creditrici, determinazioni dell'organismo di valutazione).

Ed ancora, proprio in materia di amministrazione trasparente, si prevede di ridurre e concentrare gli oneri gravanti in capo alle amministrazioni pubbliche, di modificare la disciplina legislativa sui piani anticorruzione (per renderla più efficace, anche differenziandola per settori e dimensioni), di rivedere ruoli, poteri e responsabilità dei soggetti interni che vi intervengono, di procedere alla razionalizzazione e precisazione degli obblighi di pubblicazione nel sito istituzionale, anche eliminando le duplicazioni e consentendo che tali obblighi siano assolti attraverso la pubblicità totale o parziale di banche dati già detenute da pubbliche amministrazioni, e di semplificare e modificare le procedure di iscrizione negli elenchi dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa, anche mediante l'unificazione o l'interconnessione delle banche dati delle amministrazioni centrali e periferiche competenti, e la previsione di un sistema di monitoraggio semestrale.

Circa il diritto di accesso, si prevedono non poche novità. Innanzitutto, l'introduzione, in relazione alle esigenze connesse allo svolgimento dei compiti istituzionali, del diritto – o meglio di un'apposita prerogativa – dei parlamentari ad accedere ai documenti amministrativi, anche ai fini della «verifica dell'applicazione delle norme sulla trasparenza amministrativa, nonché dei limiti derivanti dal segreto o dal divieto di divulgazione e dei casi di esclusione a tutela di interessi pubblici e privati». Si tratta, invero, di una previsione che suscita alcuni dubbi e che dovrebbe essere attentamente valutata in sede applicativa, anche tenendo conto dei principi costituzionali e soprattutto della riserva di disciplina a favore dei regolamenti parlamentari[11].

In secondo luogo, aprendo il nostro ordinamento ad una prospettiva realmente vicina a quella già presente in altri Stati democratici a noi comparabili, si prevede l'introduzione di una effettiva apertura della documentazione amministrativa alla conoscenza pubblica, senza limiti o condizionamenti anche dovuti al pregiudiziale e necessario impiego delle tecnologie digitali che al momento limita la cosiddetta "amministrazione trasparente" realizzata per il tramite degli obblighi di pubblicazione nel sito internet. Si tratterebbe, insomma, di un vero e proprio diritto di accesso "aperto", nel senso di una libertà garantita in via generale dall'ordinamento quale espressione di un interesse individuale all'ottenimento dell'informazione detenuta dall'amministrazione pubblica, e non subordinata né alla sussistenza di predeterminate condizioni soggettive di carattere relazionale con l'ente (trovarsi cioè in un dato rapporto giuridico con la pubblica amministrazione destinataria della richiesta di accesso, come nel caso del diritto di accesso "comune" previsto dalla legge n. 241/1990), né alla presenza di comportamenti omissivi già posti in essere dall'amministrazione (che ha violato gli obblighi di pubblicazione, come nel caso del diritto di accesso "civico" introdotto con la normativa anticorruzione). Infatti, la normativa legislativa prodotta in attuazione della legge delega potrà prevedere che, pur restando fermi gli obblighi di pubblicazione già previsti in capo alle amministrazioni, si introduca espressamente anche il

> riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto di accesso, anche per via telematica, di chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, salvi i casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento e nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati, al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

In altri termini, se si darà effettiva applicazione a tale principio e criterio direttivo, chiunque potrà chiedere a qualunque amministrazione un'informazione in possesso di quest'ultima, a prescindere dalla sussistenza di uno specifico interesse giuridicamente rilevante, e senza necessario impiego degli strumenti offerti dalle tecnologie digitali, ma potendo anche ricorrere a queste ultime. Ciò che lascia qualche dubbio è, da un lato, il riferimento alla generica presenza di "limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati" – che andranno specificati con il solo riferimento a interessi di preminente o pari rilievo costituzionale – e, dall'altro lato, l'indicazione della finalità connessa a "favorire forme diffuse di controllo" sulle pubbliche amministrazioni collegate al perseguimento delle funzioni istituzionali o all'impiego delle risorse. Se tale finalità venisse interpretata quale elemento condizionante e pregiudicante l'esercizio del futuro diritto di accesso aperto, quest'ultimo non sarebbe espressione della libertà individuale di informarsi avente ad oggetto l'organizzazione e l'azione delle pubbliche amministrazioni, ma si ridurrebbe – ovvero sarebbe impropriamente distorto – a strumento di forme collettive di indebita e forse insopportabile pressione sui titolari degli organi amministrativi, e dunque foriere di possibili pregiudizi a danno dell'intera collettività.

All'introduzione di un nuovo diritto di accesso "aperto", la legge delega n.

124/2015 affianca, conclusivamente, anche la previsione di specifiche sanzioni a carico delle amministrazioni che non ottempereranno alle disposizioni normative in materia di accesso, oltre a apposite procedure di ricorso all'Autorità nazionale anticorruzione in materia di accesso civico e in materia di accesso, che si aggiungeranno alla tutela giurisdizionale ai sensi dell'articolo 116 del codice del processo amministrativo (vedi il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104). Ciò che andrebbe evitato è l'eccessiva concentrazione di compiti, anche con carattere repressivo e con un ruolo sostanzialmente gerarchicamente sovraordinato rispetto all'intero complesso degli apparati amministrativi, nei riguardi dell'Autorità nazionale anticorruzione, di cui andrebbe attentamente valutata, tra l'altro, anche la disponibilità delle necessarie capacità operative. Andrebbero anche opportunamente distinte, anche con opportune garanzie procedimentali, le attività di regolazione e pure di supporto rispetto quelle aventi finalità di controllo in senso repressivo, al fine di evitare commistioni produttive di esiti problematici – per esempio, circa la duplicità degli interventi compiuti sia in sede preventiva che successiva – che deriverebbero dalla sovrapposizione delle funzioni.

Spetterà dunque a tali decreti legislativi attuativi delle deleghe previste nella legge di riforma n. 124 del 2015, ed attualmente in via di preparazione, dare effettiva e compiuta concretizzazione all'amministrazione trasparente. L'auspicio è che ciò avvenga tenendo conto dell'intero complesso dei principi costituzionali, e soprattutto di quelli che reggono l'assetto e il funzionamento delle amministrazioni, e sulla cui base e nei cui limiti va perseguito l'obiettivo della piena conoscibilità dell'azione e dell'organizzazione delle istituzioni pubbliche.

[1] Sul tema, cfr. C. Colapietro, *Trasparenza e democrazia: conoscenza e/è potere*, in L. Califano, C. Colapietro (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 3 ss.; e F. Merloni, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, nonché G. Arena, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, entrambi in F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, rispettivamente pp. 3 ss. e 29 ss.

[2] Cfr., in questo senso, D. Corletto, *Pubblicità degli atti amministrativi*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1991, pp. 1 ss.

[3] Così M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 1024.

[4] In tal senso, G. Arena, *Trasparenza amministrativa*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, pp. 5945 ss.

[5] Cfr. la sentenza n. 104 del 2006, ove la comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo è stata ricondotta al principio di pubblicità, anche con riferimento all'obbligo di motivazione degli atti comunitari, previsto dal trattato istitutivo della Comunità.

[6] Cfr. l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

[7] Secondo L.A. Mazzarolli, *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali*, Padova, Cedam, 1998, pp. 54 ss., tale bilanciamento andrebbe comunque effettuato con necessaria accortezza per non mettere a rischio una garanzia fondamentale per il cittadino, ossia il diritto di accesso.

[8] Sulla trasparenza amministrativa, cfr. Arena, *Trasparenza amministrativa*, cit., pp. 5945 ss.; E.

Carloni, *La trasparenza (totale) delle pubbliche amministrazioni come servizio*, in «Munus», n. 1, 2012, pp. 179 ss.; C. Colapietro, *Il processo di democratizzazione della pubblica amministrazione: dalla segretezza alla trasparenza totale*, in G. dalla Torre, C. Mirabelli (a cura di), *Verità e metodo in giurisprudenza*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2014, pp. 187 ss.

[9] Su questi profili, cfr. A. Pajno, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in «www.astrid-online.it», 2013; F. Patroni Griffi, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in «federalismi.it», n. 8, 2013.

[10] Ma vedi, *contra*, Patroni Griffi, *La trasparenza della pubblica amministrazione* cit., p. 7, secondo il quale «l'accesso civico è riconosciuto con riguardo a tutti i documenti, le informazioni e i dati che in base alla "normativa vigente" (art. 5, comma 3) – e quindi anche al di là delle previsioni del D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, – devono essere pubblicati».

[11] Su alcune problematiche che deriverebbero dall'inserzione in via legislativa di tale nuovo diritto di accesso "riservato" ai parlamentari, si vedano le riflessioni svolte da P. Logroscino, *Il diritto di accesso ai documenti come libertà e come prerogativa tra differenze di natura, di disciplina, di fonte. Sulla proposta di legge A.C. 1761*, in «Rivista AIC», n. 3, 2014, in specie pp. 2 ss.

La transparence administrative et le code des relations entre le public et l'administration

PIERRE SERRAND

Dans le prolongement de l'arrêt *Blanco*[1], le droit administratif est longtemps apparu comme un droit permettant à l'administration d'imposer, par des moyens exorbitants du droit commun, l'intérêt général aux intérêts privés. Ce temps semble désormais révolu. Maurice Hauriou s'exclamait déjà, à la suite du célèbre arrêt du Tribunal des conflits du 9 décembre 1899, *Association syndicale du Canal de Gignac*[2], qui traduisait à ses yeux une dérive collectiviste: «On nous change notre Etat»[3]. Ne peut-on pas dire aujourd'hui, en présence d'un droit administratif particulièrement protecteur des administrés: «On nous a changé notre droit administratif»? Le droit administratif n'apparaît-il pas désormais moins comme un droit objectif s'imposant à l'administration que comme un ensemble de droits subjectifs dont les administrés peuvent se prévaloir contre l'administration?

Parmi ces droits, il y a celui à la transparence. Ce droit reconnu à l'administré est corrélatif d'une obligation pesant sur l'administration: celle de faire connaître, de rendre accessible, de montrer, d'informer ou de faire savoir. L'exigence de transparence entend ainsi remettre en cause la tradition du secret qui a longtemps été celle de l'administration. Ce droit n'est pas nouveau. Le principe de transparence a été consacré par le législateur dès 1978. La loi du 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public, consacre en effet le droit à la communication des documents administratifs. Ce droit a la transparence été confirmé par la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, dont le Chapitre II a justement pour titre: «La transparence administrative». Il est désormais officiellement consacré par le Code des relations entre le public et l'administration (CRPA), dont les dispositions législatives ont été codifiées par l'Ordonnance du 23 octobre 2015, et qui est entré en application le 1er janvier 2016. Plusieurs dispositions de ce Code consacrent en effet

cette transparence administrative, à commencer par celles relatives au droit d'accès aux documents administratifs.

1. *Transparence et documents administratifs*

Longtemps, le principe était que, en l'absence d'un texte spécial, les administrés n'avaient pas accès aux documents administratifs (CE, Ass., 18 novembre 1949, *Carlier*, *Rec*., p. 490). Ces textes spéciaux prévoyant la communication de certains documents administratifs ne sont pas nombreux: environ une vingtaine. L'article L. 2121-26 du Code général des collectivités territoriales, dont les origines remontent à une Loi du 14 décembre 1789, dispose par exemple que «toute personne physique ou morale a le droit de demander communication des procès-verbaux du conseil municipal, des budgets et des comptes de la commune et des arrêtés municipaux».

Désormais, le principe est celui de la liberté d'accès aux documents administratifs. C'est le principal apport de la Loi du 17 juillet 1978, dont les dispositions constituent désormais le Titre 1er du Livre III du CRPA. Le Titre premier de ce Livre est en effet intitulé: «Le droit d'accès aux documents administratifs». Placé sous la surveillance d'une autorité administrative indépendante – la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) –, ce droit d'accès est d'abord déterminé dans son champ d'application.

1a) Champ d'application du droit d'accès

Le droit d'accès ne s'applique d'abord qu'aux documents de nature administrative (1). Il faut ensuite que les documents, même administratifs, soient communicables (2).

1a.1) Le caractère administratif des documents

Seuls les documents «administratifs» sont communicables. Pour être ainsi considérés, ils doivent être «produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi que les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission» (art. L. 300-2 CRPA). Ces documents sont très diversifiés: «Dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et décisions» (art. L. 300-2 CRPA). L'important est que ces documents soient liés à l'exercice d'une mission de nature administrative. Il n'y a guère de difficulté pour les documents produits ou reçus par les administrations de l'Etat, qu'elles soient centralisées – il s'agit pour l'essentiel des ministères – ou déconcentrés – il s'agit des services qui agissent au nom de l'État au sein des diverses circonscriptions administratives, comme le sont par exemple les Préfectures. Il n'y a pas non plus de difficulté pour les documents des collectivités territoriales, lesquelles sont en France exclusivement des institutions administratives. C'est plus délicat pour les documents qui émanent des autres personnes de droit public ou des personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Rentrent dans le champ d'application de la loi les documents produits ou reçus par les autorités – administratives ou publiques – indépendantes. Les autorités

administratives indépendantes, comme le sont par exemple la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés ou l'Autorité de la Concurrence, sont en effet des autorités de l'Etat. Quant aux autorités publiques indépendantes, ce sont des personnes morales de droit public. Il en va ainsi, par exemple, de l'Autorité des Marchés Financiers ou du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel. Le Conseil d'Etat a ainsi regardé comme des documents administratifs communicables les documents produits ou reçus par la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, dans le cadre de sa mission de contrôle des comptes de l'élection présidentielle (CE, Ass., 27 mars 2015, *Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques*, n° 382083). Les principales difficultés concernent les documents produits ou reçus, d'un côté par les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC), comme le sont par exemple la SNCF, la RATP, les offices de tourisme, les offices publics de l'habitat ou la Comédie Française, et, d'un autre côté, par les organismes privés qui gèrent un service public. En effet et d'abord, bien que les EPIC soient des personnes publiques, ils gèrent des missions de nature industrielle et commerciale. Les relations qu'ils entretiennent avec leurs agents et avec les usagers du service sont, en principe, des relations contractuelles de droit privé. Par conséquent, les documents relatifs au personnel de l'établissement et aux usagers du service sont normalement exclus du champ d'application de la loi. Ensuite, pour les documents détenus par un organisme privé, «seuls ceux présentant un lien suffisamment direct avec sa mission de service public peuvent être regardés comme des documents administratifs» (CE, 17 avril 2013, *La Poste*, n° 342372). Ce n'est pas le cas des documents relatifs à l'élection d'un organe délibérant d'une fédération sportive, qui a le statut d'association (CE, 24 avril 2013, *Mme L.*, n° 338649).

Si les documents de nature administrative sont seuls à rentrer dans le champ d'application de la loi, les documents d'une autre nature en sont exclus. Il en va ainsi des documents privés, comme le sont par exemple les actes relatifs à la gestion du domaine privé des collectivités publiques (CADA, avis n° 20080008). Il en va de même des actes notariés ou d'état civil (CE, 9 février 1983, *Bertin*, n° 35292), ou des documents parlementaires. L'identification n'est pas toujours évidente. C'est ainsi qu'à propos de documents collectés par les agents de la direction centrale des renseignements généraux, à l'occasion de travaux de la commission d'enquête parlementaire relative aux sectes en France, le Conseil d'État considère que «si ces documents ont été transmis à l'Assemblée nationale en vue de l'élaboration de son rapport, ils ne sauraient, en l'espèce, être regardés comme des documents parlementaires […], dès lors d'une part, que la direction centrale des renseignements généraux en est le détenteur, et d'autre part que les documents litigieux, préparés aux fins de réactualisation des dossiers détenus par l'administration, n'ont pas été recueillis exclusivement pour les travaux de la commission parlementaire» (CE, 3 juillet 2006, *Ministre de l'Intérieur c. Fédération chrétienne des Témoins de Jéhovah de France*, n° 284296). Enfin, ne sont pas non plus des documents administratifs, «les documents, quelle que soit leur nature, qui sont détenus par les juridictions et qui se rattachent à la fonction de juger

dont elles sont investies» (CE, Sect., 7 mai 2010, *M. Bertin*, n° 303168). C'est le cas, par exemple, des tableaux mensuels des assesseurs des quatre chambres correctionnelles du tribunal de grande instance de Lyon, qui déterminent la composition de cette juridiction.

Même lorsqu'ils ont un caractère administratif, les documents ne sont pas toujours communicables.

1a.2) Le caractère communicable des documents

En effet et d'abord, «le droit à communication ne s'applique qu'à des documents achevés» (art. L. 311-2 CRPA). Il «ne concerne pas les documents préparatoires à une décision administrative» (art. L. 311-2 CRPA), qui ont le plus souvent un caractère provisoire et sont purement internes à l'administration. Le Conseil d'État a ainsi jugé qu'un rapport demandé par le ministre de l'Intérieur en vue d'adopter des mesures relatives à l'organisation du service des étrangers dans les Préfectures «n'a pas le caractère de document auquel s'applique, tant que la décision finale du Ministre n'aura pas été prise, le droit à communication prévu par les dispositions de la Loi» (CE, 9 juillet 2003, *Ministre de l'Intérieur*, n° 243246). Cela se comprend aisément: la communication d'un tel document perturberait inutilement le travail de l'administration.

Ensuite, ne sont pas non plus communicables certains documents émanant d'institutions administratives mentionnées par la loi (art. L. 311-5, 1° CRPA). Il en va ainsi, notamment, des avis du Conseil d'État et des juridictions administratives, des mesures d'instructions prises par la Cour des comptes et les Chambres régionales des comptes, ainsi que de certains documents émanant d'autorités – administratives ou publiques – indépendantes, en particulier ceux exprimant leurs pouvoirs d'investigations.

Ne sont toujours pas communicables les documents dont la communication porterait atteinte aux secrets protégés par la Loi (art. L. 311-5, 2° CRPA). Il s'agit en particulier des documents portant atteinte au secret de la défense nationale, à la sûreté de l'État, ou encore à la sécurité publique. Les décisions refusant l'autorisation de détention ou de port d'armes, bien que de nature administrative, ne sont donc pas communicables (CE, 10 avril 1991, *Chemouni*, n° 110208).

Lorsqu'un document est à la fois administratif et communicable, la communication n'est pas toujours possible car le droit d'accès est restreint en étendue.

1b) Étendue du droit d'accès

Par principe, le droit d'accès est très largement admis puisqu'il bénéficie à toutes les personnes qui le demandent. Il en va cependant différemment lorsque le document contient des données personnelles. Dans ce cas, le document n'est communicable «qu'à l'intéressé» (art. L. 311-6 CRPA). Il faut, pour obtenir cette communication, être personnellement concerné par le document en cause. Ce n'est pas le cas, par exemple, de la fille d'un notaire décédé qui demande communication du dossier au vu duquel avait été rejetée la demande d'honorariat de son père (CE, Sect., 29 juillet 1994, *Chambre des notaires du Cher*, n° 105023).

Les documents qui ne sont communicables qu'à l'intéressé forment trois catégories (art. L. 311-6 CRPA). Ce sont d'abord

les documents administratifs «dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle». Le Conseil d'État a jugé en ce sens que la communication de documents recueillis par l'administration dans le cadre de la procédure de reconnaissance de la représentativité d'une organisation syndicale «est de nature à méconnaître la protection de la vie privée» (CE, 17 avril 2013, *Ministre du travail, de l'emploi et de la santé c. Cabinet de La Taille*, n° 344924).

Quant à la CADA, elle considère que, si les contrats administratifs sont en principe des documents administratifs communicables, c'est sous réserve de respecter le secret en matière industrielle et commerciale (CADA, avis n° 20072630). Les clauses du contrat susceptibles d'y porter atteinte ne sont pas communicables aux personnes autres que celles intéressées. Il en va ainsi des clauses définissant le montage juridico-financier et comptable car elles comportent une forte valeur ajoutée. Ce sont donc fréquemment les clauses essentielles des contrats qui ne peuvent pas être communiquées au public. Les documents qui ne sont communicables qu'à l'intéressé sont ensuite les documents administratifs «portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, nommément désignée ou facilement identifiable». Le Conseil d'État a jugé en ce sens que, si la communication du montant de la rémunération figurant dans le contrat de travail d'un agent public n'est pas susceptible de révéler une appréciation ou un jugement de valeur sur la personne recrutée lorsque cette rémunération résulte de l'application des règles régissant l'emploi en cause, il en va différemment lorsque cette rémunération est arrêtée d'un commun accord entre les parties sans être déterminée par de telles règles; dans ce dernier cas, elle révèle nécessairement une appréciation et un jugement de valeur portés sur la personne recrutée (CE, 24 avril 2013, *Syndicat CFDT culture*, n° 343024). Les documents qui ne sont communicables qu'à l'intéressé sont enfin les documents administratifs «faisant apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice».

Si les documents rentrant dans le champ d'application des articles L. 311-5 – documents dont la communication porterait atteinte à des secrets protégés – et L. 311-6 – documents contenant des données personnelles – ne peuvent pas être communiqués à des tiers, il en va différemment si sont préalablement occultées ou disjointes les mentions justifiant une restriction du droit d'accès (art. L. 311-7 CRPA). Le contrat de travail d'un agent public est ainsi communicable à toute personne qui en fait la demande sous réserve que soient occultées préalablement à la communication toutes les mentions qui porteraient atteinte à la protection de la vie privée ou comporteraient une appréciation ou un jugement sur la valeur de l'agent public en cause (*Syndicat CFDT culture*, préc.).

L'accès aux documents administratifs peut avoir lieu, au choix du demandeur et dans la limite des possibilités techniques de l'administration, de trois manières (art. L. 311-9 CRPA): soit par consultation gratuite sur place, soit par l'envoi d'une copie du document lorsque c'est possible, soit par courrier électronique lorsque le document a un support informatique. Dans chaque administration, une personne doit être responsable de cet accès (art. L. 330-

1 CRPA). Le droit d'accès aux documents administratifs, dont bénéficient les administrés, correspond ainsi à une obligation pour l'administration: les administrations «sont tenues de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande» (art. L. 311-1 CRPA). Il s'agit alors parfois de contrôler que l'administration respecte bien cette obligation.

1c) Contrôle du droit d'accès

Le contrôle du respect des règles relatives au droit d'accès aux documents administratifs ne pouvait pas relever de l'administration elle-même. Il ne pouvait qu'être confié à des institutions indépendantes d'elle. Ces institutions sont au nombre de deux.

1c.1) La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)

Le droit d'accès est d'abord placé sous la surveillance de la CADA. Composée de onze membres (art. L. 341-1 CRPA), dont le choix échappe très largement au pouvoir exécutif, la CADA est une autorité administrative indépendante. La personne qui s'est heurtée à un refus de communication doit la saisir (art. L. 342-1 CRPA) dans le délai de deux mois suivant ce refus (art. R. 343-1 CRPA). La CADA doit alors, dans le mois suivant sa saisine, émettre un avis sur le caractère communicable ou non du document. Cet avis est transmis à l'administration concernée (art. R. 343-3 CRPA). La saisine de la CADA constitue un préalable obligatoire au recours contentieux (art. L. 342-1 CRPA), ce qui signifie qu'un recours exercé directement devant le juge, c'est-à-dire sans saisine préalable de la CADA, est irrecevable.

Le nombre de dossiers enregistrés par la CADA est chaque année de plus de 5 000. Une large majorité de ces dossiers concerne des demandes d'avis portant sur des documents ayant trait à l'urbanisme, à la fonction publique ou aux affaires sociales. Près de la moitié des avis rendus sont favorables à une communication. Ils sont majoritairement suivis par les administrations concernées. Si ce n'est pas le cas, il est toujours possible de saisir le juge.

1c.2) Le juge administratif

Le droit d'accès aux documents administratifs est aussi placé sous le contrôle du juge administratif. En effet, si l'administration, conformément ou contrairement à l'avis rendu par la CADA, réédite son refus de communiquer le document, le demandeur peut saisir le juge administratif. Ce dernier est compétent dès lors que le droit d'accès est en cause. Il en va ainsi, même si le document sollicité est un document privé. Dans ce cas, le juge administratif, sans se déclarer incompétent, considère que le document n'est pas communicable.

Si le document demandé est à la fois administratif et communicable, la requête est fondée: le juge annulera le refus de communiquer et, si le requérant sollicite, sur le fondement de l'article L. 911-1 du Code de justice administrative, le prononcé d'une injonction, il ordonnera à l'autorité administrative de communiquer le document. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si le document n'est pas communicable, le juge rejettera la requête.

L'obligation de transparence ne concerne plus seulement les documents administratifs. Elle s'étend désormais plus largement aux autorités administratives dans l'accomplissement de leurs missions traditionnelles.

2. *Transparence et autorités administratives*

«La transparence administrative» est le titre du Chapitre II de la Loi du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. Plusieurs dispositions de cette Loi, désormais codifiées au sein du CRPA, mettent en œuvre cette transparence à l'égard des autorités administratives. Les autorités administratives sont des services habilités à édicter des décisions. La transparence s'applique ainsi, tant à l'égard des services administratifs (A), que des décisions administratives (B).

2a) Transparence et services administratifs

Deux séries de dispositions mettent ici en œuvre le principe de transparence.

D'abord, toute personne a le droit de connaître le prénom, le nom, la qualité et l'adresse administratives de l'agent chargé d'instruire sa demande ou de traiter l'affaire qui la concerne (art. L. 111-2 CRPA). Ces éléments doivent figurer sur les correspondances qui lui sont adressées. L'objectif est bien ici de favoriser la transparence administrative en mettant fin à l'anonymat administratif. L'anonymat peut cependant être respecté pour des motifs relatifs à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes.

Ensuite, toute demande adressée à une autorité administrative doit en principe faire l'objet d'un accusé de réception (art. L. 112-3 CRPA). Par demande il faut entendre toute réclamation, y compris les recours gracieux ou hiérarchiques adressés aux autorités administratives (art. L. 110-1 CRPA), à l'exception des recours administratifs formés par des tiers à l'encontre de décisions individuelles créatrices de droits (CE, Sect., 15 juillet 2004, *M. et Mme Damon*, n° 266479). Cet accusé de réception doit mentionner (art. R. 112-5 CRPA): 1° la date de réception de la demande et la date à laquelle, à défaut d'une décision expresse, celle-ci sera réputée acceptée ou rejetée; 2° la désignation, l'adresse postale et, le cas échéant, électronique, ainsi que le numéro de téléphone du service chargé du dossier; 3° l'existence, si l'administration ne répond pas expressément et garde le silence, soit d'une décision implicite de rejet – l'accusé de réception doit alors mentionner les délais et les voies de recours à l'encontre de la décision – soit d'une décision implicite d'acceptation – l'accusé de réception doit ici mentionner la possibilité offerte au demandeur de se voir délivrer une attestation. Les demandes ainsi adressées à l'administration peuvent être écrites. Mais l'administration peut aussi être saisie par voie électronique (art. L. 112-8 CRPA), soit en utilisant les télé-services existants, soit, en leur absence, par tout type d'envoi électronique.

De la transparence administrative, nous en sommes maintenant à l'assistance administrative. En effet, l'administration doit non seulement accuser réception des demandes qui lui sont faites, mais elle doit aussi, lorsque ces demandes sont mal dirigées, les transmettre à l'autorité compétente (art. L. 114-2 CRPA), et, lorsque ces demandes sont incomplètes, informer leur auteur des pièces et informations manquantes (art. L. 114-5 CRPA). Enfin, lorsqu'une demande adressée à l'administration est affectée par un vice de forme ou de procédure faisant obstacle à son examen, l'administration doit inviter son auteur à la régulariser (art. L. 114-6 CRPA).

L'obligation de transparence pèse non seulement sur les services administratifs, elle concerne aussi désormais les décisions administratives.

2b) Transparence et décisions administratives

Le principe de transparence s'applique aux décisions administratives en général. Mais il s'applique selon des modalités particulières à certaines décisions administratives: les décisions individuelles défavorables ou dérogatoires.

2b.1) Les décisions administratives

Toute décision prise par l'administration doit comporter la signature de son auteur ainsi que la mention, en caractères lisibles, du prénom, du nom et de la qualité de celui-ci (art. L. 212-1 CRPA). Cette disposition est également destinée à mettre un terme à l'anonymat administratif. Elle ne s'applique qu'aux décisions. Ne sont pas des «décisions», au sens de la loi: les règlements administratifs; les délibérations des collectivités territoriales; les avis (CE, 16 octobre 2015, *Mme C… B…*, n° 369907); ainsi que les documents internes à l'administration, tel un rapport rédigé par des agents assermentés de la ville de Paris et relevant que le titulaire d'un droit d'occupation dans le marché aux puces de la porte de Montreuil n'a pas respecté les limites de son emplacement (CE, 10 avril 2015, *Ville de Paris*, n° 369320), ce rapport établissant l'infraction sans décider de ses conséquences.

Le juge administratif vérifie que l'administration respecte la loi. Il estime ainsi qu'un arrêté municipal, qui mentionne la qualité de son auteur, mais qui ne comporte pas l'indication du nom et du prénom de celui-ci, ni la signature manuscrite qui est illisible, est entaché d'irrégularité (CE, 16 novembre 2009, *SNC Anse de Toulvern*, n° 322554). Il s'agit de vérifier si l'auteur de l'acte «peut être identifié sans ambiguïté» (CE, 28 novembre 2003, *Mme Aïcha X.*, n° 249389). Par conséquent, la seule présence d'une initiale devant le nom de l'auteur de l'acte n'entache pas ce dernier d'illégalité dès lors que l'identification de son auteur est certaine.

Parmi les décisions administratives, une place à part doit être faite aux décisions individuelles défavorables ou dérogatoires.

2b.2) Les décisions individuelles défavorables ou dérogatoires

Les décisions individuelles défavorables sont listées par le Code (art. L. 211-2 CRPA). Ce sont d'abord les mesures de police, qui sont pour l'essentiel destinées à assurer le maintien de l'ordre public. Ce sont ensuite les sanctions, qui sont des décisions dont le motif est un manquement à une obligation. Ce sont encore les décisions qui subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou qui imposent des sujétions. C'est le cas de «la décision par laquelle l'autorité administrative procède à la récupération des sommes indûment versées au titre de l'allocation du revenu de solidarité active» (CE, avis, 16 octobre 2013, *M. et Mme A.*, n° 368174). Ce sont également les décisions retirant ou abrogeant des décisions créatrices de droits, c'est-à-dire les faisant disparaître, soit rétroactivement, soit seulement pour l'avenir. C'est le cas de la décision imposant de reverser le montant d'une aide agricole indûment perçue car elle a pour objet de retirer cette aide financière (CE, Sect., 13 mars 2015, *Odéadom*, n° 364612). Relèvent encore des décisions défavorables,

"Stampa", allegoria di Cesare Ripa, 1603

les mesures qui opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance. C'est le cas de la décision par laquelle l'administration oppose la prescription quadriennale à une demande d'indemnisation. Il en va de même des décisions qui refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir. C'est le cas de la décision mettant fin au logement de fonction d'un sapeur-pompier professionnel (CE, 29 novembre 2006, *Mme Parere*, n° 281232). Enfin, sont encore défavorables les décisions qui refusent une autorisation et celles qui rejettent un recours administratif préalable obligatoire à un recours contentieux.

Les décisions individuelles dérogatoires sont celles qui dérogent aux règles générales fixées par la loi ou le règlement. C'est le cas, par exemple, de la décision par laquelle l'Agence de la biomédecine autorise un protocole de recherche sur des cellules embryonnaires, qui «déroge à la règle d'interdiction de la recherche sur l'embryon fixée par l'article L. 2151-5 du Code de la santé publique» (CE, 23 décembre 2014, *Agence de la biomédecine*, n° 360958).

Toutes ces décisions individuelles, qu'elles soient défavorables ou dérogatoires, doivent être motivées. Il n'en va différemment que pour les décisions implicites, qui naissent du silence de l'administration à une demande qui lui est faite, et qui n'ont évidemment pas à être motivées. Cette obligation de motivation a été instituée par la Loi du 11 juillet 1979, relative à la motivation des actes administratifs. Elle est désormais régie par le CRPA. C'est l'objet du Titre 1er du Livre II, intitulé: «La motivation et la signature des actes administratifs». L'objectif de cette obligation de motivation est de justifier l'action de l'administration en améliorant la transparence du processus décisionnel.

En voici les modalités: la motivation rendue obligatoire par la loi doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision (art. L. 211-5 CRPA). Il s'agit donc, pour l'administration, d'expliquer au destinataire de la décision les raisons justifiant cette dernière. L'exigence de transparence bénéficie alors à l'administré qui doit souffrir cette décision défavorable ou dérogatoire. La jurisprudence n'est pas très exigeante puisque, dans l'affaire provoquée par la décision mettant fin au logement de fonction du sapeur pompier, le Conseil d'État a estimé que, dans la mesure où cette décision faisait état d'une «restructuration», cette motivation était suffisante puisqu'un projet de rénovation de la caserne où se trouvait le logement était envisagé (*Mme Parere*, préc.). Seule l'urgence absolue peut justifier l'absence de motivation sans entacher d'illégalité la décision non motivée. Toutefois, si l'intéressé en fait la demande, l'autorité qui a pris la décision doit lui en communiquer les motifs dans le délai d'un mois (art. L. 211-6 CRPA).

Comme l'attestent les dispositions du CRPA régissant la transparence administrative, le droit administratif s'intéresse désormais très largement à l'administré. Ce droit n'apparaît plus seulement comme un droit consacrant une situation privilégiée pour l'administration. Il apparaît désormais très largement comme un droit protecteur de l'administré, un droit lui reconnaissant toujours plus de droits, qui sont autant d'obligations pour l'administration. Bref, si le droit administratif demeure, dans la logique de l'arrêt *Blanco*, exorbitant du droit commun, l'exorbitance se manifeste peut-être aujourd'hui moins en faveur de l'administration qu'à son détriment.

[1] Cet arrêt du Tribunal des conflits du 8 février 1873, le premier des grands arrêts de la jurisprudence administrative (M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Dalloz, Paris, 2015[20]), est parfois considéré comme l'arrêt fondateur du droit administratif français.

[2] *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, précité. Cet arrêt reconnaît le caractère d'établissement public à une association de propriétaire constituée pour la construction et l'exploitation d'un canal.

[3] *Sirey*, 1900, III, p. 49; «Revue générale du droit on line», n. 11062, 2013.

Il finanziamento pubblico ai partiti e la sua trasparenza: profili storico-evolutivi

MASSIMO RUBECHI

1. *Finanziamento della politica, rappresentanza e trasparenza*

La trasparenza, quale principale (ma non esclusivo) strumento di realizzazione della pubblicità, si afferma come un valore democratico finalizzato prevalentemente alla prevenzione di fenomeni di corruzione e di pratiche abusive e clientelari[1]. Esse interessano sia gli apparati amministrativi, quali parti dello Stato, sia le organizzazioni proprie della rappresentanza politica, intese come primari corpi intermedi tra governanti e governati. In questa ultima accezione, un ruolo di primo piano è svolto dai partiti politici, e dunque di fondamentale importanza risultano le regole che li disciplinano, sotto il profilo sia del loro finanziamento sia del modo attraverso cui essi sono riconosciuti, vincolati e disciplinati pubblicamente. L'esigenza dei cittadini di conoscere l'operato dei pubblici poteri attiene infatti a tutte le forme in cui si organizza e agisce il potere politico stesso, sia quello parlamentare[2], sia quello più strettamente inerente al diritto di associazione partitica che la nostra Costituzione riconosce in capo a ciascun cittadino.

Il tema è stato affrontato recentemente, a cavallo fra la XVI Legislatura (2008-2013) e la XVII (2013-in corso), con due interventi legislativi di portata decisamente primaria, entrambi riguardanti il regime del finanziamento pubblico ai partiti: la L. 6 luglio 2012, n. 96 e il D.l. 28 dicembre 2013, n. 149. A questi interventi normativi espressamente dedicati al finanziamento dei partiti, bisogna accostare, al fine di ottenere un quadro d'insieme più completo, anche la Legge 6 novembre 2012, n. 190 la quale contiene delle importanti disposizioni di delega che si rivolgono non solo all'attività della pubblica amministrazione ma anche a quella degli organi di rappresentanza politica[3]. In questo senso, i partiti politici rappresentano l'anello di congiunzione tra la società e le istituzioni. Svolgono da sempre un ruolo fondamentale nella selezione delle candidature e nella struttura-

zione della rappresentanza politica in Italia, tanto che una richiesta di maggiore rigore e trasparenza giunge in maniera sempre più insistente anche dagli organismi internazionali[4]. Fenomeni di corruzione e malversazione connessi all'attività dei partiti politici sono sempre stati presenti nella storia italiana e si sono andati differenziando e, anche a causa dell'assenza di un intervento risolutore, sono tuttora presenti nella nostra società. Proprio in ragione di questo riemergere di una critica forte ai partiti portata avanti dalla società civile, unitamente all'avvento di una grave crisi economica, durante la XVI Legislatura è riemersa forte una domanda di cambiamento anche sotto questo versante, richiesta incarnata – come si anticipava – prima di tutto dalla l. 6 luglio 2012, n. 96. Difatti, forse soprattutto a fronte dei numerosi scandali sui rimborsi elettorali che avevano coinvolto quasi tutte le realtà regionali italiane, la domanda di cambiamento era divenuta impellente e non poteva che concentrarsi sugli unici aspetti della vita e dell'attività dei partiti fino ad allora disciplinati per via pubblicistica: le modalità di finanziamento e la loro rendicontazione.

Pertanto, il *focus* principale di questo lavoro sarà, nel contesto della mutata natura dei partiti politici, l'evoluzione – *rectius* la vera e propria storia legislativa – del finanziamento ai partiti dal primo intervento normativo di metà anni settanta fino ai più recenti. A questo approccio diacronico corrisponderà, poi, l'analisi delle regole che hanno sottoposto l'erogazione di finanziamenti o rimborsi pubblici dello stato a precisi vincoli di pubblicità e trasparenza, potenziando al contempo il regime dei controlli sul loro impiego. È infatti un passo in avanti fondamentale verso il consolidamento delle istituzioni democratiche la lotta alla corruzione anche sotto il profilo del reperimento e dell'impiego delle risorse da parte dei partiti politici[5], come mostra l'attenzione specificatamente dedicata al tema dal GRECO (*Groupe d'Etats contre la corruption*), istituito preso il Consiglio d'Europa[6].

2. *Profili storico-evolutivi della disciplina legislativa sul finanziamento dei partiti*

Il tema della trasparenza nella gestione finanziaria dei partiti e la nascita del finanziamento pubblico diretto ruota attorno all'esegesi dell'articolo 49 della Costituzione[7], con particolare riferimento all'estensione del vincolo del «metodo democratico»[8] che esso richiama. Ci si è lungamente interrogati se esso potesse determinare un vincolo al comportamento esterno dei partiti oppure fosse riferito anche alle regole che disciplinano la loro vita interna. Come noto, ha sin da subito prevalso la prima interpretazione, da cui il solo divieto di impiego di qualsiasi forma di azione violenta per manifestare posizioni politiche nei confronti degli avversari. Il problema dei limiti che una disciplina sui partiti politici incontrerebbe se il legislatore decidesse di intervenire è di conseguenza riemerso a più riprese nella nostra storia costituzionale[9], laddove si è cercato di mettere in discussione l'interpretazione restrittiva della portata del metodo democratico a lungo prevalsa.

La rilevanza pubblica di certi aspetti della loro attività, con particolare riferimento alle funzioni, svolte soprattutto durante il procedimento elettorale preparatorio, hanno vieppiù minato alla base un'interpretazione monolitica della natura

dei partiti politici che li concepiva meramente come associazioni di natura privatistica. Pur non essendo possibile attribuire loro una natura pubblicistica, ovvero configurarli come «poteri dello stato», è innegabile che essi svolgano, secondo le parole della Corte costituzionale, «funzioni aventi rilevanza costituzionale» (Corte cost., n. 79/2006) e perciò stesso abbiano ricevuto e ricevano una particolare attenzione da parte dell'ordinamento giuridico. Proprio per questi motivi, da lungo tempo il nostro ordinamento ha riconosciuto i partiti politici, pur senza mai spingersi a disciplinarne la struttura[10]. Già con la L. 2 maggio 1974, n. 195, infatti, è stato determinato un preciso regime di finanziamento pubblico e dei vincoli di natura pubblicistica al loro funzionamento interno. Il riconoscimento implicito del ruolo pubblico da essi svolto ha giustificato dunque, per la prima volta, l'attribuzione nei loro confronti di finanziamenti a carico del bilancio dello Stato, ma anche, come diretta conseguenza, l'introduzione di vincoli, pur strettamente legati al profilo in oggetto, come la necessaria rendicontazione della gestione finanziaria e l'obbligo di pubblicazione. Fissando un finanziamento diretto da parte dello Stato, si ritenne allora che si sarebbero potute corrispettivamente diminuire le spinte verso forme di finanziamento occulto. La struttura della legge del 1974 introdusse una tripartizione formale delle fonti di finanziamento: il finanziamento pubblico, che sarebbe dovuto servire a coprire il loro funzionamento ordinario, il rimborso (sempre pubblico) per le campagne elettorali, destinato ad uno dei momenti di maggiore rilievo pubblicistico nell'azione dei partiti, e i finanziamenti privati.

Per quanto riguarda il finanziamento pubblico, vennero introdotti i primi vincoli che operavano, sia sul fronte della pubblicità sia su quello del controllo. Sul primo versante, il finanziamento era prima di tutto condizionato alla pubblicazione della rendicontazione delle spese, impiegando quello che al tempo era il mezzo di comunicazione di massa che garantiva la massima divulgazione, e cioè la stampa quotidiana. Si sarebbe dovuto pubblicare «entro il 31 gennaio di ogni anno, sul giornale ufficiale del partito e su un quotidiano di diffusione nazionale, il bilancio finanziario consuntivo» (art. 8). Sul versante del controllo, venne introdotto l'obbligo di presentare il bilancio al Presidente della Camera per verificarne la regolarità. In caso di inottemperanza di uno o più obblighi, era prevista la sospensione dell'erogazione. I rimborsi per le elezioni (art. 2) venivano assegnati a tutte le forze politiche aventi diritto in parte eguale per tutti, in parte proporzionale ai voti ottenuti, e venivano corrisposti in larga misura[11] entro trenta giorni dalla proclamazione definitiva dei risultati da parte degli uffici elettorali, e poi in rate annuali per la durata della Legislatura. Per quanto riguarda il finanziamento privato, invece, le regole risultarono decisamente meno stringenti. Venne introdotto l'obbligo di presentare una relazione allegata al bilancio con l'indicazione nominativa delle persone fisiche o giuridiche che avessero effettuato erogazioni liberali, qualora di importo superiore ad un milione di lire (art. 8, comma 2), ma tale vincolo riguardava esclusivamente la presentazione del bilancio al controllo interno del Parlamento e non anche la pubblicazione e diffusione nei quotidiani, senza dunque garantire la trasparenza del dato se non, eventualmente, in forma

aggregata[12]. Nell'ottica di vietare finanziamenti occulti, venne inoltre previsto il divieto di finanziamenti da parte di società private se non esplicitamente deliberati degli organi sociali competenti e regolarmente iscritti a bilancio (art. 7).

Questo primo quadro normativo fu rivisto già con la L. 18 novembre 1981, n. 659, sostanzialmente per estenderlo alle consultazioni europee e subnazionali, ma anche per correggere il rudimentale regime di controlli, a partire proprio dall'estensione dei vincoli e delle sanzioni (nel contempo inasprite) previste dal richiamato articolo 7 anche agli altri livelli di governo. Per evitare dichiarazioni eventualmente mendaci inerenti le erogazioni liberali, la novella del 1981 (art. 4) previde infatti l'obbligo di dichiarazione congiunta per contributi superiori a cinquanta mila euro annui e contemplò una misura specificamente pensata per il contesto internazionale entro cui il nostro Paese si collocava, nell'ottica della cd. Guerra fredda: un obbligo di sottoscrizione del soggetto percepente per i contributi di provenienza straniera. In caso di mancata ottemperanza, oltre ad una multa severa, fu prevista la pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici ex art. 28 del Codice penale. Il legislatore sarebbe poi intervenuto potenziando i controlli sulle erogazioni liberali dei privati[13]. La novella del 1981 confermò invece il regime di pubblicità del bilancio già vigente e consistente nella sua diffusione via stampa di partito e nazionale, ma ad essa affiancò altresì l'obbligo di pubblicazione del bilancio, di una relazione illustrativa contenente anche le proprietà del partito, e della relazione del Comitato di controllo sul rispetto dei vincoli di legge da parte di ciascuna forza politica, in una sezione speciale della Gazzetta ufficiale.

Il regime brevemente illustrato ha resistito indenne per tutto il decennio successivo per poi scontrarsi con l'ondata di malcontento che si è scatenata nei confronti del sistema istituzionale e politico tra il finire degli anni ottanta e, soprattutto, gli inizi degli anni novanta del novecento. Considerata la sua forte valenza simbolica, la legge sul finanziamento dei partiti è stata nuovamente[14] sottoposta a referendum abrogativo nel 1993: in questo caso i voti favorevoli sono prevalsi a larghissima maggioranza. Il referendum del 1993 ha tuttavia eliminato solamente la contribuzione diretta dello Stato – avendo ad oggetto gli articoli 3 e 9 della L. 2 maggio 1974, n. 195, che disciplinavano il fondo per l'attività ordinaria – mentre ha lasciato inalterato sia il regime previsto per i rimborsi dello Stato per le campagne elettorali sia, ovviamente, il regime dei finanziamenti privati. A fronte del venir meno del finanziamento privato, si è sviluppata da subito un'attenzione decisa sulle campagne elettorali, anche in conseguenza dell'adozione di un sistema elettorale nazionale che avrebbe previsto in via predominante una competizione in collegi uninominali, e di modalità di elezione diretta dei vertici delle amministrazioni locali. La legge sull'elezione diretta dei Comuni (L. 25 marzo 1993, n. 81) è subito intervenuta – non a caso – a disciplinare le spese elettorali con obblighi di trasparenza precisi e facendo dipendere proprio dalle modalità di rendicontazione delle campagne elettorali i rimborsi a carico della finanza pubblica. La successiva L. 10 dicembre 1993, n. 515 si è limitata a stabilizzare il regime dei rimborsi per le campagne elettorali, prevedendo un'estensione dei soggetti aventi diritto e un incremento del fondo destinato. Essa ha però introdotto precise forme di pubblici-

tà delle spese elettorali dei candidati (art. 7), prevedendo l'obbligo di predisporre un'apposita dichiarazione recante le spese sostenute, da trasmettere oltre che al Presidente della Camera di appartenenza, anche al Collegio regionale di garanzia elettorale, un soggetto nuovo, strutturato sul modello anglosassone di un'autorità amministrativa indipendente. A quest'ultimo, sarebbe poi spettato di predisporre le adeguate forme di pubblicità. Parimenti, partiti, movimenti e liste elettorali sarebbero stati tenuti a trasmettere il consuntivo relativo alle spese, ma in questo caso alla Corte dei conti, presso cui è stato istituito un apposito collegio. Questo controllo sulle spese per le campagne elettorali è stato inoltre esteso non solo ai partiti formalmente costituiti, ma anche a tutti i competitori effettivi, essendo il rimborso legato alla partecipazione alle elezioni e non allo *status* di politico. Il consuntivo, si è previsto, sarebbe stato poi trasmesso all'ufficio elettorale circoscrizionale competente e successivamente reso pubblico. La soluzione dell'abrogazione del finanziamento diretto fu da subito contrastata dalle forze politiche e, di lì a poco, fu introdotta una nuova modalità, che prevedeva la devoluzione del quattro per mille del reddito per le persone fisiche in sede di dichiarazione dei redditi (L. 2 gennaio 1997, n. 2), tentando al contempo di rendere più appetibile l'elargizione di erogazioni liberali, con l'intervento sul regime delle detrazioni fiscali[15]. La nuova normativa ha introdotto poi nuove e più stringenti regole sulla redazione dei bilanci dei partiti e sulla tenuta dei libri contabili, nonché delle scritture e dell'inventario (art. 8). Si è intervenuti dunque fortemente nella disciplina interna del partito, con una dettagliata serie di previsioni destinate in larga parte a durare sino al giorno d'oggi. Il medesimo articolo 8 ha ribadito la struttura delle precedenti normative per quel che concerne il regime della pubblicità e dei controlli, stabilendo l'obbligo di pubblicazione almeno su due quotidiani, di cui almeno uno a tiratura nazionale, del rendiconto finanziario, di una sintesi sulla gestione, e di una nota integrativa (comma 11). Fra le modalità di diffusione impiegabili dai soggetti politici risulta non più contemplato il «quotidiano di partito», prendendo atto della ormai pressoché generalizzata scomparsa, o scomposizione in più esperienze editoriali, di questo strumento. Si è preso al contrario atto dell'affermazione di forze politiche anche regionaliste, e dunque si è permesso che la pubblicazione potesse essere su un quotidiano a tiratura locale. Si è stabilito, inoltre, che i medesimi atti venissero trasmessi al Presidente della Camera per il controllo e, successivamente a questo, pubblicati in Gazzetta ufficiale.

In seguito all'insuccesso della nuova formula di finanziamento in fase di prima applicazione[16], è stata dunque approvata la L. 3 giugno 1999, n. 157, con cui è stato soppresso il regime di contribuzione volontaria e ristrutturato il sistema dei rimborsi elettorali. In particolare, si sono previsti specifici fondi[17] da assegnare con cadenza annuale[18], anziché entro un congruo tempo dall'effettivo svolgimento delle elezioni. Questa struttura ha mostrato dunque una caratterizzazione tipica dei finanziamenti e non dei rimborsi, negandone strutturalmente il carattere occasionale e scindendone la corresponsione dallo svolgimento effettivo delle campagne elettorali[19]. La novella del 1999, inoltre, ha previsto l'estensione della possibilità di ottenere la detrazione fiscale in caso di erogazioni liberali introdotta nel

1997[20], con l'evidente obiettivo di incentivare ulteriormente il ricorso alla contribuzione privata. In meno di un decennio si è dunque passati da un sistema triadico costituito da finanziamenti pubblici diretti, rimborsi elettorali e finanziamenti privati, ad un sistema duale composto dai rimborsi elettorali strutturati come detto e dai finanziamenti privati, mentre il regime di pubblicità è rimasto pressoché invariato[21].

La struttura del sistema di contribuzione pubblica ai partiti politici avrebbe mostrato tutti i sui limiti con il termine anticipato della XV Legislatura nel 2008 e con l'avvio della Legislatura successiva, quando si sarebbero andate sommando più quote annuali di finanziamento, sollevando gravi accuse da parte sia dell'opinione pubblica sia delle forze politiche. Nonostante i ripetuti interventi per abolire la possibilità di cumulo o per ridurre lo stanziamento destinato ai rimborsi[22], il sistema risultava già al tempo al limite della sostenibilità. Le novelle apportate alla fine degli anni novanta del novecento, dunque, sono state messe in discussione contemporaneamente per il regime di pubblicità e trasparenza che le riguardava e per l'ammontare dei rimborsi e le modalità previste per la loro corresponsione. Sul finire della XVI Legislatura è stata dunque approvata la L. 6 luglio 2012, n. 96, che ha rimodulato la struttura dei finanziamenti ai partiti, a partire da un forte ridimensionamento degli importi destinati. La legge ha tentato di ricondurre il sistema ad una struttura più razionale, sciogliendo l'ambiguità in cui si trovava la normativa italiana dopo il referendum del 1993. L'articolo 1 della legge specificava infatti che il settanta per cento dei «contributi pubblici per le spese sostenute dai partiti e dai movimenti politici» venisse corrisposto «come rimborso delle spese per le consultazioni elettorali e quale contributo per l'attività politica», mentre la restante parte sarebbe stata attribuita a titolo di cofinanziamento dipendente dalla quota di erogazioni liberali ottenute. Si è ammesso dunque ufficialmente che il contributo pubblico ai partiti non era solo attribuito in ragione dei rimborsi per le spese da essi effettivamente sostenute, bensì anche per coprire la loro attività ordinaria.

La L. 6 luglio 2012, n. 96 può però essere considerata anche un punto di svolta per quanto riguarda il regime di pubblicità e trasparenza sotto un duplice profilo[23]. Il primo riguarda l'obbligo di pubblicità non solo dei rendiconti ma anche degli statuti dei partiti politici. Secondo l'articolo 5, i partiti e movimenti politici che avessero inteso accedere al finanziamento pubblico avrebbero dovuto adottare un atto costitutivo e uno statuto, sotto forma di atto pubblico. Essi avrebbero dovuto contenere l'indicazione dell'organo competente ad approvare il rendiconto di esercizio e dell'organo responsabile per la gestione finanziaria, ed essere trasmessi ai Presidenti delle Camere dopo le elezioni. L'adozione di uno statuto e la sua pubblicazione avrebbe dunque costituito una condizione per l'accesso, o meglio una condizione necessaria, al venir meno della quale si sarebbe determinata la decadenza dal rimborso pubblico spettante. Inoltre, l'articolo 5 innova anche nel punto cardine teorico che ha consentito l'intervento dello Stato nella struttura interna dei partiti, e cioè nell'interpretazione del vincolo del «metodo democratico» di cui all'articolo 49 della Costituzione. È stato infatti previsto che lo statuto di ciascun partito o movimento politico debba «essere conformato a princìpi democratici

nella vita interna, con particolare riguardo alla scelta dei candidati, al rispetto delle minoranze e ai diritti degli iscritti». Per la prima volta, è stato dunque sancito quello che da tempo parte della dottrina era andata sostenendo, e cioè che l'accesso alle risorse pubbliche dovesse essere condizionato all'effettiva e piena adesione alle dinamiche e alle regole democratiche, non solo in presenza di confronti con le altre forze politiche, ma anche nella struttura interna di ciascuna di esse.

Il secondo profilo di attenzione all'interno del provvedimento riguarda invece le misure volte a garantire la trasparenza, contenute e disciplinate dall'articolo 9[24]. Il punto cardine è la sostituzione del Collegio dei revisori istituito presso la Camera dei deputati dalla Legge n. 2 del 1997[25] con la «Commissione per la trasparenza e il controllo dei bilanci dei partiti e dei movimenti politici», composta da tre componenti designati dal Presidente della Corte dei Conti e da due componenti designati rispettivamente dal Presidente del Consiglio di Stato e dal Primo Presidente della Corte di Cassazione. Alla Commissione vengono assegnati tutti i compiti di cui alla Legge del 1997, cui si aggiungono anche la possibilità di verificare la conformità fra le spese effettivamente sostenute e le entrate, rispetto alla documentazione prodotta: un ulteriore passo avanti in direzione della verifica della documentazione prodotta dai partiti. La nascita di questo organismo costituisce una svolta, come si vedrà a breve, anche per i futuri sviluppi in tema di pubblicità e trasparenza. Inoltre, la legge ha innovato sensibilmente anche sul versante della pubblicità, poiché per la prima volta ha codificato l'impiego dello strumento che più di ogni altro permette una diffusione capillare e vasta delle informazioni: *Internet*. Le relazioni della Commissione sulla rendicontazione devono infatti essere pubblicate sul sito della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Ma non solo: la legge ha fatto obbligo per tutti i partiti politici che avessero inteso accedere al finanziamento pubblico di pubblicare nel proprio sito *Internet*, nonché in un'apposita sezione di quello della Camera dei Deputati, non solo il rendiconto di esercizio ma anche i relativi allegati di dettaglio, nonché la relazione della società di revisione esterna da prevedere necessariamente[26] e il verbale di approvazione (art. 9, comma 20). L'inosservanza di tale obbligo di pubblicazione in via telematica comporta la decurtazione di un terzo dei finanziamenti per l'anno in corso, dunque una sanzione particolarmente robusta. Inoltre, la medesima disposizione prevede che i dati siano caricati in formato *open data* in modo da renderli disponibili a tutti gli utenti e senza alcun tipo di registrazione. L'articolo 11 ha innovato invece sul versante della trasparenza nei finanziamenti privati, tentando di incentivare l'impiego di tale canale. In particolare, è stato ridotto da cinquantamila a cinquemila l'importo al di sopra del quale vi è un obbligo di dichiarazione congiunta e fissato allo stesso livello l'obbligo di indicare nominativamente ciascun soggetto erogante in caso di rendicontazione delle spese nelle campagne elettorali[27]. L'articolo 11 introduce anche ulteriori aggiustamenti alle disposizioni in materia di rendicontazione delle spese nelle campagne elettorali e di pubblicità delle medesime, mentre l'articolo 13 estende parte della disciplina sulla pubblicità prevista dalla Legge 10 dicembre 1993, n. 515 anche ai Comuni al di sopra dei quindicimila abitanti. L'articolo 12 è inter-

venuto poi sotto il profilo della trasparenza della carica svolta dai tesorieri di partiti politici, prevedendo la loro equiparazione ai soggetti titolari di incarichi elettivi e di governo di cui alla L. 5 luglio 1982, n. 441[28], quanto alle modalità di pubblicizzazione della loro situazione patrimoniale e reddituale e alle relative modalità di accesso. In tal modo, si è tentato di contribuire a rendere trasparente anche la figura che ricopre il ruolo di responsabile ultimo nella gestione contabile del partito, quasi a riconoscere a tale funzione – piuttosto che a tale carica – una natura pubblicistica meritevole di una particolare tutela, e dunque di garanzie di trasparenza.

Il diffuso malcontento dei cittadini rispetto all'ammontare del finanziamento pubblico ai partiti e alle modalità di gestione dei fondi da parte degli stessi, anche in conseguenza di una accesa campagna di stampa, ha fatto sì che, senza neanche attendere l'eventuale impatto della nuova normativa introdotta pochi mesi prima, subito all'inizio della successiva Legislatura – la XVII della Repubblica – sia stata approvata una nuova normativa di sistema: il D.l. 28 dicembre 2013, n. 149, convertito dalla L. 21 febbraio 2014, n. 13. L'ultimo intervento normativo innova principalmente con riferimento alle modalità di finanziamento dei partiti politici, mentre conferma nelle sue parti fondamentali il contenuto della L. 6 luglio 2012, n. 96 con riferimento alla trasparenza e ai controlli, legato strettamente al rapporto tra finanziamento e struttura interna trasparente e, vieppiù, democratica. Solo per cenni, la nuova normativa elimina il finanziamento pubblico diretto, per sostituirgli due forme per le quali i partiti politici possono optare. Essi infatti, in presenza di determinati requisiti, possono avere accesso a un regime fiscale agevolato sul finanziamento privato[29] (art. 11) o al beneficio del due per mille (art. 12). Sotto il secondo versante, la nuova normativa si differenzia da quella introdotta dalla L. n. 2 del 1997 perché gli importi vengono attribuiti ai partiti non in proporzione ai voti ottenuti, bensì in ragione delle scelte dei singoli contribuenti. A tal fine, trattandosi di un dato sensibile sotto il profilo della tutela della *privacy*, l'articolo 12 impone che le disposizioni attuative garantiscano la «tutela della riservatezza e di espressione delle scelte preferenziali dei contribuenti» (comma 3). Il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 28 maggio 2014[30] ha dedicato conseguentemente l'articolo 6 agli obblighi di riservatezza, a tutela sia della riservatezza nell'espressione delle scelte dei contribuenti, sia delle modalità di conservazione dei dati, secondo *standard* garantiti di sicurezza e per un periodo di tempo adeguato e limitato[31].

3. *Metodo democratico e trasparenza*

La nuova legge interviene in maniera molto robusta sulla struttura interna del partito politico, tentando di dare una prima attuazione al «metodo democratico» attraverso l'individuazione di un contenuto minimo obbligatorio per gli statuti dei partiti politici[32]. Mai come con la legge in esame appare chiaro il nesso fra le regole di democraticità interna alla struttura dei partiti politici e il regime di finanziamento pubblico degli stessi, poiché il rispetto degli obblighi posti non viene a gravare su tutti i partiti, bensì solo su quelli «che intendono avvalersi dei benefici previsti dal presente decreto», e

quindi quelli interessati dalle nuove forme di finanziamento indiretto previste. Per quanto rileva ai nostri fini, dunque, già il fatto che si sia scelto di subordinare l'accesso alle risorse pubbliche al possesso di certi requisiti di democraticità si risolve in una questione di interesse primario. Non a caso, la «Commissione per la trasparenza e il controllo dei bilanci dei partiti e dei movimenti politici» prevista dalla L. 6 luglio 2012, n. 96 viene rinominata «Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici». Essa infatti, oltre ai compiti precedentemente assegnatile, viene incaricata di redigere il registro dei partiti politici riconosciuti, perché il prerequisito per l'accesso ai benefici della legge è proprio l'esistenza di uno statuto con determinate caratteristiche e preciso contenuto. Il cambio di rotta rispetto al passato è anche determinato dal fatto che il registro dei partiti è pubblicato nell'apposito sito internet ufficiale del Parlamento italiano.

Fra i contenuti obbligatori cui devono attenersi gli statuti dei partiti, quelli stabiliti dalle lettere n) e o) del comma 2 dell'articolo 3, riprendono dei dati già acquisiti dall'evoluzione normativa, risolvendosi nella necessità di individuare «l'organo responsabile della gestione economico-finanziaria» (lett. n) e «l'organo competente ad approvare il rendiconto e l'esercizio» (lett. o). La lettera o-bis), introduce invece un concetto nuovo, costituito dal bilanciamento fra interessi contrapposti: essa infatti stabilisce che gli statuti debbano contenere «le regole che assicurano la trasparenza, con particolare riferimento alla gestione economico-finanziaria», ma anche «il rispetto della vita privata e la protezione dei dati personali». Conscio della potenziale compressione del diritto alla *privacy* degli individui che potrebbe venirsi a determinare in seguito alla diffusione anche di dati sensibili, il legislatore si è messo da subito in un'ottica avanzata di bilanciamento fra interessi e diritti, soprattutto dinnanzi alle potenzialità di diffusione dei dati offerte dalla rete *Internet*.

Riguardo agli oneri di pubblicità e di trasparenza, il cardine del nuovo intervento normativo è rappresentato dall'articolo 5, che potenzia gli strumenti contemplati nella L. 6 luglio 2012, n. 96. Secondo tale disposizione, dunque, i partiti non solo sono tenuti all'obbligo di trasparenza su *Internet* per quanto riguarda la loro rendicontazione economico-finanziaria e la loro struttura interna, ma devono far sì che queste ultime siano non solo fruibili sotto forma di *open data*[33] ma anche caratterizzate da una struttura formale chiara e accessibile a tutti. La pubblicazione viene riconosciuta come un fulcro fondamentale del sistema di garanzia, e diviene obbligatorio darne evidenza anche sul sito del Parlamento stesso (comma 2). La formulazione originaria del decreto legge 28 dicembre 2013, n. 149 stabiliva per i partiti politici l'obbligo di inviare alla Presidenza della Camera l'elenco contenente i dati dei finanziatori privati che elargissero donazioni superiori ai cinquemila euro nel corso di un anno[34], unitamente alla relativa documentazione contabile, ancorché facendo venir meno l'obbligo di dichiarazione congiunta previsto dalla normativa del 1981. Si trattava, dunque, di un vero e proprio elenco nominativo dei donatori, accompagnato dalla somma versata, soggetto a un duplice obbligo di pubblicazione: sul sito *Internet* del Parlamento e su quello dei singoli partiti politici. Una disposizione di questo tipo, se legittimamente volta a sup-

portare le istanze di trasparenza dei bilanci dei partiti, poneva però dei problemi di compatibilità con la disciplina in materia di protezione dei dati personali: dei problemi inimmaginabili in passato, ma oggi emersi con forza in seguito all'affermarsi delle nuove tecnologie telematiche. I nominativi dei finanziatori di partiti politici e movimenti sono infatti riconducibili alla categoria dei dati sensibili, essendo idonei a rivelare le opinioni politiche dei donatori[35] e, in quanto tali, necessitano, oltre che delle particolari garanzie previste dal Codice *privacy* (D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), del consenso scritto degli interessati per essere diffusi su *Internet*. Un emendamento approvato in Senato ha previsto la possibilità che vengano divulgati solo i nominativi di quei finanziatori che decideranno di prestare il proprio consenso alla pubblicazione. Si rendono dunque tendenzialmente pubblici tutti i versamenti liberali al di sopra dei cinquemila euro, anziché dei ventimila come in passato, potenziando la loro pubblicità sino a renderla totale tramite la diffusione in *Internet*. Al contempo, tuttavia, si è deciso di vincolare la pubblicazione del nominativo al previo ottenimento del consenso dell'interessato, trattandosi di dati ritenuti sensibili ai sensi del Codice *privacy*. In un potenziale, necessario, bilanciamento tra trasparenza e *privacy*, il legislatore ha dunque ritenuto necessario porre l'accento sulla seconda piuttosto che sul primo, senza tentare soluzioni mediane che pur avrebbero potuto essere astrattamente configurabili. Di fronte al rischio di una diffusione di un dato sensibile quale l'orientamento politico, il legislatore ha optato dunque per la soluzione più decisamente a favore della segretezza, legittimata dalla tutela della riservatezza, piuttosto che della trasparenza.

Un'altra novità contenuta nella normativa in oggetto riguarda le fondazioni e le associazioni legate a partiti politici, poiché il comma 4 del medesimo articolo estende l'applicazione delle stesse regole in materia di trasparenza e pubblicità di statuti e bilanci previste (dal comma 1) per i partiti. Infine, il decreto 149 del 2013 interviene di nuovo anche sul regime di pubblicità della situazione patrimoniale e reddituale di talune cariche interne ai partiti politici estendendolo, oltre alla figura del tesoriere già incluso dalla L. 6 luglio 2012, n. 96 fra i soggetti equiparati ai soggetti titolari di incarichi o di governo di cui alla L. 5 luglio 1982, n. 441, anche ai segretari di partito, ai componenti della direzione politica nazionale, e degli organi nazionali deliberativi o di garanzia. Tale misura (art. 15) si muove proprio nell'ottica di una massimizzazione della trasparenza interna ai partiti politici, conseguente al riconoscimento della necessità di imporre ad essi vincoli di democraticità nella loro struttura interna.

4. *Considerazioni di sintesi*

La pubblicità dei rendiconti dei partiti e la tracciabilità dei soggetti che decidono di finanziarli hanno rappresentato le due principali linee di intervento attraverso cui applicare la trasparenza nella gestione delle risorse dei partiti sin dal 1974. La pubblicità dei bilanci, dunque, sin da subito fu percepita come il contraltare del riconoscimento di risorse pubbliche, nonostante la natura di associazioni non riconosciute imponesse una limitazione delle forme di intervento nella loro struttura interna. Subito dopo giunse anche la pubblicazione in Gazzet-

ta ufficiale (dal 1981), e per lungo tempo il sistema si è limitato a questi strumenti, sin quando il legislatore ha dovuto adattarsi alle evoluzioni anche tecnologiche e sostanziali: di fatto prendendo atto della scomparsa dei tradizionali giornali di partito, prima (dal 1997), abbandonando la carta stampata e sostituendola con la rete *Internet* (a partire dalla riforma dal 2012) quale strumento di pubblicità e trasparenza massima, poi. L'altro strumento con il quale la trasparenza è stata potenziata riguarda il regime dei controlli, soprattutto, sulle erogazioni liberali. Ai divieti posti già nel 1974, con gli interventi successivi sono stati potenziati sia gli strumenti di accertamento dei diversi organismi costituiti all'interno del Parlamento, sia i vincoli sull'indicazione dei nominativi dei soggetti eroganti, sia, infine, il regime della relativa pubblicazione e diffusione anche su *Internet*. Parallelamente, dall'inizio degli anni novanta, l'evoluzione normativa si è sempre più incentrata sui rimborsi elettorali, trasponendo i principi di trasparenza e di pubblicità e regimi sempre più rigorosi di controlli anche alla rendicontazione delle spese delle liste e dei singoli candidati. Se questo quadro assume una sua coerenza d'insieme, che segue ad un'analisi sistematica di tutti gli interventi integrativi e correttivi, certamente una tale operazione non è resa semplice dalla imponente stratificazione normativa che caratterizza la disciplina della materia. Le leggi di riforma, di sistema o di dettaglio, che hanno riguardato il sistema di finanziamento pubblico ai partiti sono molte e spesso di difficile ricostruzione, come ha notato e ha più volte fatto rilevare criticamente anche il Consiglio d'Europa. Per di più, la natura frammentaria degli interventi normativi, di sistema o di dettaglio, mostra una tendenza del legislatore a lasciarsi condizionare dal dibattito politico del momento. Questo forse anche perché gli interventi – dell'oggi come del passato – sono stati spesso dettati dalle inchieste e dagli scandali, più che da una mano riformatrice guidata da una coerenza ed omogeneità di fondo, per cui quanto meno utile potrebbe risultare un'operazione di riordino complessivo che assicuri una trasparenza maggiore anche con riguardo alle fonti normative di riferimento. Il legislatore si trova dinnanzi alla necessità di far fronte anche a sfide importanti e innovative sotto il profilo della diffusione e della conservazione dei dati, mai emerse in passato e derivanti dalle potenzialità della rete *Internet*, con la conseguenza di dover rispondere a delle istanze di bilanciamento, come si è visto, con il diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali. Risulta quanto mai necessario procedere, infatti, ad un bilanciamento dei principi e degli interessi coinvolti, nonché al ripensamento dei diversi beni giuridici da tutelare piuttosto che orientare gli interventi esclusivamente all'obiettivo della trasparenza[36]. Se in passato, infatti, quello era l'obiettivo principale, oggi va bilanciato con il diritto alla riservatezza di ciascun individuo, a maggior ragione tenendo conto delle potenzialità e dei rischi connessi alla diffusione dei dati via *Internet*.

Infine, sin dalla prima legge sul finanziamento pubblico ai partiti, il contraltare per il riconoscimento di tali benefici era l'introduzione di uno o più vincoli alla struttura interna. Se ciò è stato fatto implicitamente per molti anni, a partire dalla L. 6 luglio 2012, n. 96, ma in maniera più marcata con il D.l. 28 dicembre 2013, n. 149, la normativa sottopone esplicitamente l'accesso dei partiti al rispetto del

«metodo democratico» di cui all'articolo 49 della Costituzione. Si tratta certamente di un notevole passo avanti rispetto ad un passato in cui pervicacemente tale vincolo proiettava i suoi effetti solo nella dimensione esterna, relazionale, delle forze politiche. Ma limitare l'obbligo di attenersi ad un metodo democratico all'accesso a determinati benefici di natura fiscale potrebbe condurre ad una conseguenza che, seppur estrema, non sembra particolarmente auspicabile: partiti o movimenti politici che disponessero in proprio di risorse ingenti ben potrebbero infatti sottrarsi ai vincoli di trasparenza, pubblicità e democraticità. Peraltro la prima esperienza di applicazione della nuova normativa ha condotto a rilevare problematiche applicative[37], legate in particolare al funzionamento della Commissione di controllo e alla sua capacità oggettiva di controllare sistematicamente i bilanci, che hanno condotto il legislatore ad intervenire. Con la Legge 27 ottobre 2015, n. 175 esso è infatti intervenuto sia per potenziare la funzionalità della Commissione anche attraverso una maggiore dotazione di personale sia per disciplinare il periodo transitorio. Forse, considerando non solo lo stato di sviluppo della dottrina costituzionalistica italiana, ma anche il livello di maturazione della nostra democrazia, potrebbe invece essere giunto il momento di interpretare in maniera estensiva il vincolo del «metodo democratico» di cui all'articolo 49, al fine di renderlo obbligatorio per tutti i soggetti politici che intendano partecipare alle elezioni politiche, per concorrere, in altri termini, «alla determinazione della politica nazionale». I lavori parlamentari[38] della XVII Legislatura si stanno muovendo proprio nell'ottica di disciplinare la natura giuridica dei partiti politici e di intervenire sulla loro struttura interna, ma anche nel senso di prevedere regolamentazioni di natura legislativa per lo svolgimento delle elezioni primarie per la selezione delle candidature alle cariche elettive[39]. Nel momento in cui si scrive, la Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati, presso cui sono incardinati i progetti di legge che intervengono sui profili richiamati, sta procedendo nel tentativo di trovare una sintesi fra le diverse proposte presentate, attraverso la predisposizione di un testo unificato. Nel frattempo, tuttavia, il diritto positivo ha visto un'ulteriore, sensibile innovazione, in parte passata in secondo piano rispetto al più complessivo dibattito sulle riforme elettorali e costituzionali che sono in corso di approvazione in Parlamento. Si fa riferimento ad una disposizione introdotta con le modifiche al testo unico delle leggi elettorali per la Camera dei Deputati apportate dalla L. 6 maggio 2015, n. 52 (cd. *Italicum*): in seguito ad un emendamento di origine parlamentare, infatti, è stato stabilito che solo i partiti e i soggetti politici che si siano adeguati alle regole di trasparenza contenute nella normativa per il finanziamento pubblico ai partiti, possano presentare liste di candidati per il rinnovo dei membri della Camera, previo deposito dello statuto. Si tratta di una formalizzazione importante, poiché implicitamente riconosce come i vincoli alla struttura interna dei partiti già introdotti indirettamente dalla disciplina sul finanziamento pubblico costituiscano a tutti gli effetti un embrione di «democraticità». Anche se con tutta probabilità tale disposizione necessiterà di interventi attuativi specifici al fine di renderla operativa e pienamente compatibile con il dettato costituzionale, si tratta con tutta evidenza

di un ulteriore, fondamentale tassello nella direzione di una maggiore regolamentazione del fenomeno partitico. Che prende le mosse proprio, e non a caso, dalle regole sulla trasparenza dei finanziamenti.

[1] In questa sede si riprendono e sviluppano, anche alla luce delle evoluzioni normative recenti, tesi già sostenute in M. Rubechi, *La trasparenza nel finanziamento della politica tra esigenze di controllo e "metodo democratico"*, in L. Califano, C. Colapietro (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pp. 137 ss.

[2] Si vada, *amplius*, Id., *Il processo di democratizzazione della pubblica amministrazione: dalla segretezza alla trasparenza totale*, in G. Dalla Torre, C. Mirabelli (a cura di), *Verità e metodo in giurisprudenza*, Città del Vaticano, Libreria editrice vaticana, 2014.

[3] In attuazione delle disposizioni di delega ivi contenute il Governo ha adottato, oltre al D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (cd. "decreto trasparenza"), anche il D.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235 (decreto di riordino della disciplina delle incandidabilità per le cariche di membri del Parlamento nazionale ed europeo, nonché per i candidati alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali) e il D.lgs. 8 aprile 2013, n. 39 (in tema di incompatibilità degli incarichi elettivi con quelli di natura esecutiva all'interno delle pubbliche amministrazioni e degli enti sottoposti al controllo pubblico).

[4] Ci si riferisce, ad esempio, alle attività del Consiglio d'Europa, tra cui la Convenzione di Strasburgo sul contrasto alla corruzione, ratificata dall'Italia tramite la Legge 28 giugno 2012, n. 110.

[5] Sull'importanza del tema nello studio della forma di Stato contemporanea anche in chiave comparata, si vedano almeno F. Lanchester (a cura di), *Finanziamento della politica e corruzione*, Milano, Giuffrè, 2000 e, più di recente, F. Biondi, *Il finanziamento pubblico dei partiti politici*, Milano, Giuffrè, 2012.

[6] Cfr. anche, con riferimento ai fenomeni corruttivi e alla disciplina del finanziamento pubblico ai partiti in chiave italiana e comparata, i contributi contenuti nel recente Id., G. Tarli Barbieri, *Il finanziamento della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

[7] La dottrina in merito all'interpretazione dell'articolo 49 è sconfinata. Si vedano almeno: A. Predieri, *I partiti politici*, in P. Calamandrei, A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, Firenze, G. Barbera, vol. 1, 1950; P. Ridola, *Partiti politici*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1982, vol. XXXII; C. Rossano, *Partiti politici*, in *Enciclopedia giuridica*, Milano, Treccani, 1990; G. Pasquino, *Art. 49*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1992; S. Bartole, voce *Partiti politici*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1995. Più recentemente: S. Ceccanti, *Partiti politici*, in C. Ghisalberti, G. Bianco, E. Capuzzo (a cura di), *Costituzionalismo e storia*, Torino, Giappichelli, 2007; E. Rossi, *Partiti politici*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006; G. Rizzoni; *Art. 49*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006; G.E. Vigevani, *Art. 49*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008.

[8] Specificamente sul principio del metodo democratico: C. Pinelli, *Discipline e controlli sulla «democrazia interna» dei partiti*, Padova, Cedam, 1984; T.E. Frosini, *È giunta l'ora per una legge sui partiti politici?*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, 2003, p. 159; A. Barbera, *La regolamentazione dei partiti: un tema da riprendere*, in «Quaderni costituzionali», n. 2, 2006, p. 323; S. Merlini (a cura di), *La democrazia «dei» e «nei» partiti, tra rappresentanza e governabilità*, Firenze, Passigli Editore, 2009.

[9] I progetti di legge di disciplina dei partiti politici sono stati nel corso del tempo numerosi, a partire dalle proposte presentate in Assemblea Costituente da Mortati fino al famoso progetto di Luigi Sturzo depositato nel 1958, passando per quelli del cosiddetto Gruppo di Milano e della stessa Commissione Bozzi nel gennaio 1985.

[10] Si vada la ricostruzione delle diverse normative di settore presentata in Biondi, *Il finanziamento dei partiti italiani: dall'introduzione del finanziamento pubblico alla sua "abolizione"*, in Id., G. Tarli Barbieri, *Il finanziamento* cit., pp. 12 ss.

[11] Il quindici per cento delle risorse stanziate era ripartito egualmente fra tutte le forze politiche, il restante ottantacinque in proporzione ai voti conseguiti. La parte eguale per tutti era erogata entro trenta giorni dalla proclamazione definitiva; la parte proporzionale per un trenta per cento entro

trenta giorni, per il settanta in rate annue per la durata della Legislatura. In totale, circa il quarantatré per cento del totale dei fondi destinati al rimborso per le spese elettorali era corrisposto subito dopo le elezioni, la restante parte in rate annuali.

[12] Il controllo effettuato dal Presidente della Camera, d'intesa con il Presidente del Senato, sul contenuto del resoconto, peraltro, non si configurava come un controllo giurisdizionale e dunque, pur potendo gli stessi avvalersi dell'apporto di uno o più revisori dei conti, non poteva che limitarsi al solo dato testuale. Cfr. A. Bianco, *Il finanziamento della politica in Italia*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 12, nota 42.

[13] Venne innalzato a cinque milioni di lire l'importo previsto per l'obbligo di indicazione dei soggetti privati eroganti contributi, ma prevedendo modalità di certificazione e di controllo dei bilanci più stringenti, unitamente alla previsione del diritto di accesso ai libri e alle scritture contabili da parte di un apposito Comitato di controllo composto dal Presidente della Camera, di concerto con quello del Senato e da revisori dei conti ufficiali, cui spettava anche la redazione di una relazione.

[14] Nel 1978 si svolse il primo (in circa vent'anni) dei tre referendum abrogativi avente ad oggetto la normativa sul finanziamento pubblico. Nonostante la forte affluenza e il superamento agevole del *quorum*, i contrari prevalsero nettamente sui favorevoli all'abrogazione, grazie al sostegno alla legge della maggior parte delle forze politiche.

[15] La legge prevede la possibilità per le persone fisiche di detrarre dall'imposta lorda sul reddito il diciannove per cento delle erogazioni liberali in favore dei partiti politici, se di importo compreso fra cinquecentomila e cinquanta milioni di lire (art. 15, comma 1-bis D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917) e la previsione di una detrazione d'imposta per oneri per le società di capitale (art. 78), in modo da incentivarne l'impiego.

[16] Anche alla luce del clima di forte malcontento della popolazione rispetto all'operato e al ruolo dei partiti politici, incapaci di riemergere dalla grave crisi che li aveva investiti nei primi anni novanta, i contribuenti italiani impiegarono in maniera assai parca lo strumento della contribuzione volontaria previsto dalla nuova normativa. Il governo – non senza aspre polemiche – fu dunque costretto ad intervenire con due finanziamenti *una tantum* per il 1997 e per il 1998 a fronte di una eccessiva contrazione delle entrate per i partiti politici. Il sistema, rivelatosi poi strutturalmente fallimentare, fu abbandonato l'anno successivo.

[17] I rimborsi furono articolati in quattro distinti fondi, destinati rispettivamente alle elezioni per il rinnovo della Camera dei Deputati, del Senato della Repubblica, del Parlamento europeo e dei Consigli regionali.

[18] Nella formulazione iniziale era prevista la corresponsione di una quota maggiore il primo anno, pari al quaranta per cento, e di una quota del quindici per cento per ognuno degli anni di legislatura successivi (art. 1, comma 6, L. 3 giugno 1999, n. 157).

[19] Che si trattasse di una forma di rimborso atipico si poté apprezzarlo tanto più considerando l'ammontare dell'importo medesimo, evidentemente diretto a coprire non solo le spese effettuate dai partiti per la partecipazione alle elezioni, ma anche un'ampia quota destinata al loro funzionamento ordinario. Le ulteriori modifiche introdotte resero ancora più ambigua la natura e la struttura dei contributi pubblici ai partiti politici: con la L. 26 luglio 2002, n. 156 si previde che la quota venisse calcolata per ogni anno e non per tutta la Legislatura (art. 2); con il D.L. 30 dicembre 2005, n. 273 e relative modifiche in sede di conversione, che la sua corresponsione non venisse interrotta in caso di scioglimento anticipato delle Camere, ma continuasse comunque per la durata quinquennale naturale (art. 39-*quaterdecies*).

[20] Venne esteso il limite del finanziamento privato sia verso il basso (da cinquecentomila a centomila lire) sia verso l'alto (da cinquanta a duecento milioni di lire).

[21] A testimonianza della sensibilità del tema nell'opinione pubblica italiana, nel maggio del 2000 si è celebrato il terzo referendum in poco più di vent'anni avente ad oggetto la disciplina dei partiti. Il referendum tuttavia, pur facendo registrare una netta affermazione dei favorevoli all'abrogazione, risultò invalido per il mancato raggiungimento del quorum strutturale, con sorte analoga a molte delle consultazioni referendarie svoltesi sul finire degli anni novanta.

[22] L'articolo 5, comma 4 del D.l. 31 maggio 2010, n. 78 previde, a partire tuttavia dalla legislatura successiva a quella allora in corso, l'abolizione della possibilità di cumulo, tornando ad una corresponsione solo per l'effettiva durata. Il medesimo articolo tagliò del dieci per cento il fondo destinato ai rimborsi elettorali. In precedenza la legge finanziaria per il 2008 (L. 24 dicembre 2007, n. 244) aveva già previsto una riduzione di venti milioni di euro (art. 2, comma 275), pari a circa il dieci per cento del totale. Come segnale del persistente malessere nei confronti dell'ammontare del finanziamento ai partiti, in particolar modo in un contesto di crisi economica internazionale, l'anno successivo l'importo fu ridotto di un ulteriore dieci per cento con il D.l. 6 luglio 2011, n. 98 (art. 6).

[23] Molte delle modifiche introdotte riprendono anche i suggerimenti avanzati nel Rapporto di valutazione dell'Italia sulla trasparenza del finanziamento dei partiti politici da parte del GRECO (*Groupe*

d'Etats contre la corruption), adottato il 20-23 marzo 2012.

[24] L'articolo 9 della Legge 6 luglio 2012, n. 96 è stato oggetto di un recente e specifico intervento legislativo, introdotto con la Legge 27 ottobre 2015, n. 175. È stata potenziata la struttura di supporto alle attività della Commissione, disponendo il collocamento fuori ruolo dei suoi componenti rispetto alle amministrazioni di provenienza. La legge ha altresì disposto che le nuove modalità di verifica di conformità effettuata dalla Commissione si applichino ai rendiconti dei partiti politici per gli esercizi finanziari successivi al 2014 (art. 1, comma 2), prevedendo una ulteriore norma transitoria per l'esercizio 2013 (art. 1, comma 3). Una proroga dei termini relativi al procedimento di controllo e una norma transitoria erano peraltro già contenute nell'art. 1, comma 12-quater del D.l. 31 dicembre 2014, n. 192.

[25] Nella sua struttura originaria, il collegio era previsto fosse composto da cinque revisori dei conti ufficiali nominanti dai Presidenti delle Camere all'inizio della Legislatura.

[26] L'obbligo di avvalersi di una società di revisione esterna per garantire la correttezza della gestione contabile e finanziaria dei partiti è sancito dalla medesima legge (art. 9, comma 1) e per un massimo di tre anni consecutivi, rinnovabili una sola volta.

[27] Sulla disciplina del finanziamento privato nella recente proposta di revisione, G. Tarli Barbieri, *Il finanziamento privato ai partiti nel decreto-legge n. 149 del 2013: limiti e garanzie di trasparenza*, in Biondi, Tarli Barbieri, *Il finanziamento* cit., pp. 99 ss., anche con toni critici rispetto all'abolizione totale di modalità di finanziamento pubblico diretto ai partiti.

[28] I soggetti contemplati sono i parlamentari nazionali ed europei; il Presidente del Consiglio, i Ministri, i Viceministri e i Sottosegretari; i consiglieri e gli assessori regionali, provinciali e dei Comuni con popolazione superiore a quindici mila abitanti.

[29] Il testo finale ha previsto che dall'imposta lorda sul reddito ciascuna persona fisica possa detrarre un importo per erogazioni liberali in favore di partiti politici pari al ventisei per cento per importi compresi tra trenta euro e trentamila euro annui. Il testo di questa disposizione è il frutto di una modifica intervenuta al Senato che ha portato al ventisei per cento l'originario trentasette per cento previsto dal testo del disegno di legge governativo. Rispetto alla formulazione introdotta dalla L. 6 luglio 2012, n. 96, viene abbassata la soglia di accesso da cinquanta a trenta euro e innalzata quella massima, da diecimila a trentamila. Il termine per la presentazione delle richieste di accesso, per l'anno 2015, ai benefici di cui all'articolo 11, è stato prorogato al 31 gennaio 2015 dall'art. 1, comma 12-quater, D.L. 31 dicembre 2014, n. 192, convertito, con modificazioni, dalla L. 27 febbraio 2015, n. 11.

[30] Si è trattato del decreto del Presidente del Consiglio di natura non regolamentare recante «Abolizione del finanziamento pubblico diretto, disposizioni per la trasparenza e la democraticità interna dei partiti e disciplina della contribuzione volontaria e della contribuzione diretta in loro favore ai sensi dell'articolo 12, comma 3, del decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 13», adottato su proposta del Ministro per le riforme costituzionali e di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

[31] A tal proposito, si vedano: il parere del Garante per la protezione dei dati personali del 22 maggio 2014 (doc. web n. 3246663) reso al Ministro per le Riforme costituzionali; con riferimento alla disciplina transitoria impiegata per la dichiarazione dei redditi riferita all'anno 2013; e il parere del Garante del 3 aprile 2014 (doc. web n. 3104253) reso all'Agenzia delle entrate.

[32] Ritiene ancora insufficiente la regolamentazione della struttura interna dei partiti politici R. Calvano, *Dalla crisi dei partiti alla loro riforma, senza fermarsi…voyage au bout de la nuit?*, in «Costituzionalismo.it», n. 3, 2015, in part. pp. 182 ss.

[33] Come già previsto in prima battuta nell'articolo 9, comma 20 della L. 6 luglio 2012, n. 96, abrogato dall'articolo 14 del D.l. 28 dicembre 2013, n. 149 perché superato.

[34] Le erogazioni liberali di ciascuna persona fisica non possono in ogni modo superare l'importo di centomila euro annui (Art. 10, c. 7).

[35] Cfr. art. 4, comma 1, lettera d) del D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

[36] Per questo profilo si rinvia a Califano, *Trasparenza e privacy: la faticosa ricerca di un bilanciamento mobile*, in Id., Colapietro (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza* cit.

[37] Sulle problematiche applicative registrate in fase di prima applicazione la ricostruzione contenuta in A. Cardone, *Il controllo sui bilanci dei partiti "registrati" tra "delusioni" della prassi e riforme che si susseguono*, in Biondi, Tarli Barbieri, *Il finanziamento* cit., pp. 73 ss.

[38] In questo senso, la proposta AC. 3147 Guerini e altri, che interviene sulla struttura interna dei partiti e al contempo prevede una delega al governo per il riordino delle disposizioni di legge in materia, oppure l'AC. 3732 Toninelli e altri.

[39] In merito l'AC. 3709 Parrini e altri, che collega al principio del metodo democratico anche lo svolgimento di primarie per la selezione dei candidati alle elezioni.

La trasparenza di cosa? L'evoluzione dell'ambito oggettivo

MATTEO TIMIANI

1. *Il principio di trasparenza nel D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*

Il D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (cd. decreto trasparenza) rappresenta al contempo un punto di arrivo e un punto di partenza nell'articolazione del rapporto tra potere pubblico e collettività: da una parte, chiude un percorso di costante apertura degli apparati pubblici alla partecipazione dei cittadini, iniziato negli anni '90; dall'altra, crea la base su cui deve essere costruita una nuova concezione di amministrazione aperta (*open government*). Questa duplice natura del decreto in questione è perfettamente sintetizzata nella disposizione di delega che vi funge da presupposto, ovvero quella L. 6 novembre 2012, n. 190 (cd. legge anticorruzione), che le aveva affidato il compito del «riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, mediante la modifica o l'integrazione delle disposizioni vigenti, ovvero mediante la previsione di nuove forme di pubblicità» (art. 1, comma 35). Perciò, con l'analisi sistematica del decreto in questione, inteso come *corpus* normativo unitario, è possibile comprendere che cosa sia, a cosa serva e come operi la trasparenza amministrativa, così come concepita dal legislatore odierno.

Dal punto di vista definitorio, in apertura viene proclamato che «la trasparenza è intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni» (art. 1, comma 1). Benché il concetto di trasparenza appartenga al patrimonio giuridico italiano da almeno un paio di decenni[1], è la sua caratterizzazione quale "accessibilità totale" a rappresentare una svolta di più recente genesi improntata al coinvolgimento della cittadinanza negli affari amministrativi. Si deve infatti alla cosiddetta riforma Brunetta del 2009 l'introduzione nell'ordinamento di questa nozione[2], che a sua volta dava sostanza alle importanti riforme in-

tervenute nel 2005. Invero, se da una parte, per effetto della L. 11 febbraio 2005, n. 15, veniva scissa la possibilità per gli interessati di operare «un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni» mediante lo strumento del diritto di accesso ai documenti amministrativi di cui alla L. 7 agosto 1990, n. 241 (artt. 22 ss., e in particolare art. 24, comma 3), dall'altra parte era il D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (cosiddetto codice dell'amministrazione digitale), a coniugare la trasparenza con l'uso delle ICT (*Information and Communication Technologies*) e ad ancorarle all'azione amministrativa. Si è così verificato uno «spostamento dell'asse dall'accesso ai documenti alla disponibilità (online) delle informazioni»[3]. Certo, il consolidamento di questa nozione non può impedire qualche riflessione circa la correttezza della scelta linguistica operata dal legislatore. In primo luogo, "accessibilità" sembra recare con sé un connotato riduttivo, e quindi contraddire lo spirito della legge, poiché rimanda all'istituto del diritto di accesso, che invece è caratterizzato sul piano soggettivo da una platea qualificata di aventi diritto, e sul piano oggettivo da un numero circoscritto di informazioni: per riespandere il suo significato sarebbe forse meglio riprendere il concetto di "conoscibilità" (utilizzato, ad esempio, nel successivo art. 3), molto più appropriato nella misura in cui sposta l'attenzione su un bisogno del cittadino (quello di conoscere) anziché su un mezzo utile al suo raggiungimento (quello di accedere per conoscere)[4]. In secondo luogo, "totale" farebbe pensare ad una disponibilità assoluta di tutte le informazioni detenute dalle amministrazioni a favore del cittadino, cosa che invece non può essere: infatti è il successivo comma 2 a fare salve quelle aree assoggettate a segreto di stato, segreto d'ufficio, segreto statistico e protezione dei dati personali[5], facendo intendere che si tratta di zone che, per la delicatezza degli interessi sottesi (dalla sicurezza dello Stato alla dignità delle persone), consentono solo forme condizionate di conoscibilità, sempre che il doveroso previo bilanciamento di interessi abbia dato un esito positivo[6]. Per questo motivo, anche in questo caso forse il legislatore delegato avrebbe potuto fornire una connotazione diversa, quale, ad esempio, quella di "generalizzata"[7].

Venendo ora all'analisi delle finalità, la disposizione di apertura del decreto assegna alla trasparenza tre significative funzioni per la realizzazione di questo nuovo modello di forma di Stato, a dimostrazione della connotazione a «virtualità multipla»[8] assunta dal concetto.

1) «Favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche» (comma 1). Si tratta della *ratio* principale che ha spinto il legislatore degli ultimi anni ad accelerare l'implementazione della trasparenza nell'ordinamento, ovvero la prevenzione della corruzione e la lotta ai fenomeni di *maladministration*[9]. Da notare che questa scelta legislativa rappresenta un cambio di rotta importante rispetto a quella operata nel 2009, laddove invece si improntava il controllo al «rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità» come circoscritti ai soli aspetti «dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli strumenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti» (art. 11, comma 1, D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, che a sua volta riprendeva quanto sta-

bilito dall'art. 4, comma 7, L. 4 marzo 2009, n. 15). Si nota perciò un ampliamento di quei profili riconducibili al settore pubblico e resi conoscibili ai cittadini, che dal contrasto all'inerzia di amministrazioni e rispettivo personale si trasferisce al terreno della lotta all'illegalità[10], peraltro con un significativo riferimento alla necessità di rendere trasparenti le spese pubbliche[11].

2) «Concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, buon andamento, responsabilità efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla Nazione» (comma 2, primo periodo). L'attuazione del principio democratico è stata recentemente interpretata anche con riferimento allo svolgimento delle funzioni pubbliche da parte del potere politico e amministrativo:

> […] l'informazione amministrativa si configura, dunque, come una modalità di attuazione dell'attività amministrativa, la quale, nel momento in cui diviene "trasparente", concorre a dare un significato concreto all'aggettivo "pubblico", attraverso la realizzazione di una reale democraticità anche nella gestione della cosa pubblica[12].

Si realizza così un ampliamento della copertura costituzionale, con espresso riferimento non solo al consolidato art. 97 Cost. (buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo delle risorse pubbliche), ma anche ai principi fondanti dell'ordinamento enunciati dagli artt. 1 (principio democratico), 3 (eguaglianza) e 54 (integrità e lealtà nel servizio alla Nazione)[13]. In quest'ottica possiamo senz'altro affermare che la trasparenza assurge allo status di vero e proprio dovere della Repubblica (e quindi di tutti gli enti che formano lo Stato-ordinamento)[14], in un'accezione pienamente riconoscibile nell'eguaglianza sostanziale di cui al comma 2 dell'art. 3 Cost. Come è stato sottolineato dai primi commentatori, l'informazione amministrativa attuata tramite gli strumenti della trasparenza perde quell'aspetto di finalizzazione rispetto ad altre funzioni, *in primis* l'accesso ai documenti amministrativi per la tutela giurisdizionale dei propri interessi; essa in questo modo assume una dimensione autonoma, scevra da un rapporto bilaterale/conflittuale tra cittadino e soggetto pubblico, e collegata ad una più elevata valenza di coscienza generale dell'operato degli apparati da parte della collettività[15].

3) «È condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino» (comma 2, secondo periodo). L'altro lato della medaglia rispetto all'attribuzione di un preciso dovere di trasparenza in capo alla Repubblica sta proprio nel riconoscimento di un diritto di trasparenza in capo ai cittadini; anzi, più che di un diritto si tratta di una precondizione affinché gli individui possano esercitare tutta una serie di diritti spettanti loro come tradizione consolidata, in quanto «la conoscenza diffusa dell'organizzazione [e dell'azione amministrativa] è strumento essenziale di tale garanzia»[16]. Per cui, l'enunciazione appena riportata introduce i concetti di "diritto ad una buona amministrazione" e di "amministrazione aperta", che rappresentano la qualità aggiunta assegnata alla trasparenza amministrativa dal legislatore del 2013[17], nell'ottica di un nuovo modello di amministrazione[18]. Si allarga così la cornice valoriale entro cui si inscrivono le pretese azionabili dai cittadini nei confronti del potere pubblico e si supera la visione di mero con-

trollo in cui l'esigenza di conoscibilità si era sviluppata fino agli anni precedenti, con una trasparenza non più intesa «solo "contro" la cattiva amministrazione, anche "per" la buona amministrazione»[19].

2. *Quali i diritti riconosciuti?*

Come si è visto, nella costruzione legislativa la trasparenza risulta qualificata come uno strumento[20] e come un presupposto per l'esercizio di diritti e libertà (*rectius*, "condizione di garanzia"[21]); non viene invece sancito alcun diritto alla trasparenza, mentre al contrario se ne riconosce una funzione servente rispetto al raggiungimento di una serie di obiettivi costituzionali[22].

Nel testo di riordino un diritto viene concettualizzato, ma si tratta del "diritto alla conoscibilità", che potremmo definire come quel «diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione» (art. 2, comma 2), al fine di consentire appunto a «chiunque [...] di conoscer[e], di fruir[e] gratuitamente, e di utilizzar[e] e riutilizzar[e]» tutti i documenti, informazioni e dati pubblici (art. 3). Il diritto, quello promosso e garantito dal decreto, è quindi quello a che tutti i cittadini conoscano organizzazione ed attività delle amministrazioni; e questo risultato viene raggiunto, secondo questa specifica disciplina, attraverso lo strumento della "pubblicazione", che consiste nella «pubblicazione, in conformità alle specifiche e alle regole tecniche di cui all'allegato A, nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni», appunto di documenti, informazioni e dati corrispondenti (art. 2, comma 2). E questo diritto alla conoscibilità[23], esercitato *uti cives* e senza vincoli di scopo, trova un presidio istituzionale nel recente istituto dell'accesso civico di cui all'art. 5. Ma neanche la pubblicità sembra rappresentare un diritto[24]. Quest'ultima, che da tradizione giuridica consolidata rappresenta un principio necessario di un ordinamento che si definisce democratico, vede subire un notevole ridimensionamento, poiché, a mente dell'art. 3, dire che «tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici» conduce alla conseguenza per cui la pubblicità non è altro che la caratteristica di tutto ciò che è pubblico per effetto della vigenza di una forma di pubblicazione obbligatoria.

> La configurazione della pubblicità come regola di stretto diritto positivo implica il disconoscimento del *right to know* come diritto fondamentale [...]; del resto, che cosa impedirebbe al legislatore di domani di ritrattare il suo impegno a promuovere la trasparenza e di sopprimere gli obblighi di pubblicazione ad esso meno graditi?[25]

In questo modo, anche il diritto alla conoscibilità configurato dal decreto trasparenza non può in alcun modo assurgere al rango di diritto pieno ed assoluto, che il cittadino può far valere tutte le volte che ritiene di dover accedere ad una qualche informazione pubblica[26] – salvo poi che si incontri qualche fisiologica eccezione. Al contrario, questo diritto viene menomato dalla circostanza per la quale esso vige solo nella misura in cui è collegato ad un corrispondente ed esplicito obbligo di pubblicità (la pubblicazione obbligatoria): laddove l'ordinamento non predispone alcun obbligo, allora non c'è diritto. È evidente, pertanto, che se un legittimo interesse a conoscere, perché sia soddisfatto, deve essere

condizionato alla preliminare presenza di un elenco stilato dal legislatore anziché realizzarsi tramite un generale dovere di pubblicità, allora il tanto proclamato diritto alla conoscibilità viene sminuito a mera pretesa alla conoscenza[27].

3. *L'oggetto della trasparenza*

Il decreto trasparenza, così com'è costruito, ha ad oggetto una serie di obblighi di pubblicazione gravanti sulle amministrazioni; e, come si è poc'anzi rilevato, il diritto alla conoscibilità dei cittadini rappresenta solo una conseguenza di questi precetti. Qual è però l'oggetto di questi obblighi di pubblicazione? Potremmo cercare di definirne i confini sulla base di tre direttrici fornite dal legislatore.

1) Una delle più grosse ambiguità contenute nel testo di riordino si gioca sul grado di espansione dei precetti ivi contenuti anche a fattispecie di pubblicazione differenti da quelle strettamente connesse ad esigenze di trasparenza: si sta parlando del riferimento, più volte ripetuto nel testo legislativo, alle «disposizioni del presente decreto». Infatti, il decreto fornisce tutta una serie di indicazioni su caratteristiche, modalità e limiti in cui tali pubblicazioni devono avvenire: ad esempio, regime dei dati personali comuni e dei dati personali sensibili o giudiziari (anche in caso di pubblicazione solo facoltativa); tempi di conservazione online; formato dei dati e loro riutilizzo; modalità di indicizzazione e rintracciabilità tramite motori di ricerca esterni. Ciò significa che diventa importante capire quali sono i dati che devono essere pubblicati per finalità di trasparenza, e preliminarmente individuare le disposizioni normative che recano questo obbligo. Ma proprio questo, appunto, è il problema ermeneutico che pone il decreto trasparenza. Invero, il legislatore delegato ha utilizzato due concetti diversi, ponendo dei dubbi. Da una parte sono frequenti i richiami alle «disposizioni del presente decreto», a partire proprio da quell'art. 2, comma 1, deputato a individuarne l'oggetto, e rafforzato da tutta una serie di disposizioni, cominciando da quella che introduce una facoltà di pubblicazione in capo agli organismi pubblici laddove questi non siano espressamente vincolati per legge (art. 4, comma 3). Dall'altra parte, tale nozione viene sostituita con quella più generica di "normativa vigente", *in primis* ad opera della disposizione che si occupa di attribuire un diritto di conoscibilità in caso di informazioni pubbliche poiché destinatarie di obbligo di pubblicazione (art. 3). Il dubbio che si ingenera però non è suscitato da una mera aspirazione classificatoria, ma presenta delle rilevanti ricadute pratiche in capo a chi è chiamato ad applicare gli obblighi di pubblicazione (le pubbliche amministrazioni), e conseguentemente a chi reclama la conoscibilità delle informazioni (i cittadini), anche azionando lo strumento dell'accesso civico (e investendo eventualmente il giudice qualora i singoli non trovino soddisfazione da parte dell'amministrazione). Nello specifico, il problema si pone nel momento in cui si realizza che l'ordinamento giuridico contempla anche ulteriori obblighi di pubblicazione che però non hanno a che fare con finalità di trasparenza. Si sta parlando di fattispecie ascrivibili all'ambito della cosiddetta pubblicità legale, ossia di quelle forme di pubblicità che fino al 2009 contemplavano l'affissio-

ne, o comunque la disponibilità mediante semplici forme di pubblicazione cartacea, ma che a partire dal 2010, per effetto dell'art. 32 L. 18 giugno 2009, n. 69, sono transitate sui siti istituzionali dei soggetti pubblici interessati, così godendo dei benefici apportati dalle nuove tecnologie in termini di maggiore conoscibilità. Questa novità ha pertanto condotto all'istituzione dell'"Albo pretorio online" degli enti pubblici – a partire dagli enti locali, i primi interessati in termini di quantità di atti soggetti ad obbligo di pubblicità[28] –, attraverso il quale attribuire piena validità ai sensi di legge agli atti amministrativi per effetto della semplice pubblicazione online. Di conseguenza, a causa di un utilizzo forse non abbastanza ponderato del riferimento alla "normativa vigente", il decreto instilla il dubbio che anche i precetti esplicanti il regime di pubblicazione (indicizzazione, riutilizzo, durata, etc.), votati a forme di diffusione piuttosto ampie e per certi versi senza limiti[29], siano da applicarsi anche agli obblighi di pubblicità che esulano dalle mere istanze di trasparenza.

Se in dottrina sono emerse posizioni diversificate, più uniforme sembra la lettura fornita dalle principali istituzioni chiamate a fornire un prezioso contributo agli operatori pubblici, cioè Civit (Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche) – ora Anac (Autorità nazionale anticorruzione) – e Garante per la protezione dei dati personali. La Civit, infatti, in un primo tempo ha considerato l'affissione sull'Albo pretorio online distinta dalle forme di pubblicazione sul web connesse alle esigenze di trasparenza, precisando poi che la prima «non esonera l'amministrazione dall'obbligo di pubblicazione anche sul sito istituzionale nell'apposita sezione "Trasparenza, valutazione e merito", nei casi in cui tali atti rientrino nelle categorie per le quali l'obbligo è previsto dalla legge»[30]; dopodiché, a seguito dell'entrata in vigore del testo di riordino, essa, nell'elencare gli obblighi di pubblicazione vigenti per finalità di trasparenza, richiama espressamente solo quelli discendenti dalla disciplina anticorruzione, e cioè dal decreto trasparenza nonché dal D.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, in materia di incandidabilità e inconferibilità di incarichi[31]. Più netto invece è il Garante che, prendendo le mosse da un ridimensionamento della locuzione "pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente", si spinge ad affermare con chiarezza che «devono ritenersi estranei all'oggetto del citato decreto legislativo tutti gli obblighi di pubblicazione previsti da altre disposizioni per finalità diverse da quelle di trasparenza, quali gli obblighi di pubblicazione a fini di pubblicità legale, pubblicità integrativa dell'efficacia, pubblicità dichiarativa o notizia»[32].

Se dovesse pertanto prevalere quest'ultima impostazione, ossia quella della netta distinzione tra gli obblighi di pubblicazione contemplati dal decreto trasparenza per finalità appunto di trasparenza e il regime di pubblicità rivolto a soddisfare altre esigenze, allora la conseguenza sarebbe che, tutte le volte in cui un'informazione debba essere pubblicata per soddisfare entrambe le ragioni, allora le amministrazioni interessate dovrebbero procedere ad una doppia pubblicazione: una nella sezione "Amministrazione trasparente", secondo caratteristiche, modalità e limiti previsti dal decreto trasparenza; ed una, ad esempio, nella sezione "Albo pretorio online", nel formato e secondo i tempi previsti dalla competen-

te disciplina in materia. Senza dimenticare che lo stesso decreto trasparenza prevede espressamente che alcuni obblighi di pubblicità ivi contenuti soddisfino al contempo esigenze di natura diversa: invero, l'art. 26, comma 3, ad esempio, disegna la pubblicazione obbligatoria di provvedimenti con cui vengono erogati benefici economici come una necessaria fase integrativa dell'efficacia («la pubblicazione ai sensi del presente articolo costituisce condizione legale di efficacia dei provvedimenti che dispongano»). Ma la stessa commistione tra finalità di trasparenza e finalità di acquisizione di efficacia vale per gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali, di collaborazione o consulenza a soggetti esterni all'amministrazione presso cui prestano servizio, di cui all'art. 15, comma 2; senza trascurare che due disposizioni fanno espressamente salvi gli altri obblighi di pubblicità legale (l'art. 19 sui concorsi e l'art. 37 sugli appalti). Ad ogni modo, è ragionevole pensare che, vista l'incredibile estensione delle fattispecie sottoposte al controllo diffuso nell'ottica della trasparenza – ricavabile sia dall'onnicomprensività dei concetti di organizzazione e attività delle amministrazioni, che dalle puntuali norme declinate in ciascun settore (ad esempio, si vedano gli artt. da 13 a 22 concernenti il personale, l'art. 23 sui provvedimenti amministrativi, o l'art. 26 sugli atti che erogano contributi a qualsiasi titolo) –, risulterà alquanto ridotta l'area delle informazioni di carattere amministrativo nei confronti delle quali ai consociati è preclusa la conoscibilità; e gli effetti conoscitivi sono peraltro amplificati da modalità di pubblicazione che favoriscono forme di diffusione costante in tutto il web (si pensi alle dovute caratteristiche di rintracciabilità e riutilizzabilità).

2) Più chiara è invece nel decreto la definizione dell'ambito oggettivo di insistenza degli obblighi di trasparenza: "l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni" rappresentano i profili, rispettivamente, statico e dinamico attraverso cui scandagliare l'azione pubblica, valutarne imparzialità e buon andamento, efficacia ed efficienza, misurare quantità e qualità della spesa pubblica. A dare corpo a questi aspetti ci pensano poi i successivi capi da II a V del decreto, che raccolgono per gruppi gli specifici obblighi vigenti[33], fornendo finalmente un elenco unitario e completo, che pone fine al disordine effettivamente imperante fino all'emanazione del decreto; infatti, la scelta di disegnare un testo unico nasceva proprio dall'esigenza di riordinare (un centinaio circa di) obblighi precedentemente sparsi in tanti atti legislativi settoriali o troppo legati a situazioni contingenti, che rendevano piuttosto difficoltosa la comprensione, e quindi il rispetto dei precetti di legge da parte degli operatori pubblici[34]. Si tratta di un elenco non finito ma soggetto a continua evoluzione (soprattutto in senso integrativo) ad opera del legislatore che, di volta in volta, valuta l'opportunità di estendere l'ambito di applicazione del decreto a nuovi oggetti non inizialmente ricompresi. Ne è un esempio l'art. 12, comma 1-*ter*, D.l. 31 maggio 2014, n. 83, che, a seguito di conversione ad opera della L. 29 luglio 2014, n. 106, nel riordinare la materia dei beni culturali, ha sottoposto al regime della trasparenza tutti gli atti di rilevanza esterna ed i provvedimenti adottati dal Ministero. È interessante notare che con questa decisione non ci si limita ad «assicurare la trasparenza e la pubblicità dei procedimenti di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale», ma si intende

altresì «favorire le attività di studio e di ricerca in materia di beni culturali e paesaggistici». Nella direzione opposta invece va la novella normativa introdotta con la legge di stabilità di 2014 (L. 27 dicembre 2013, n. 147) che esonera l'amministrazione che agisce nei settori tributario e doganale dall'applicazione di buona parte degli obblighi di trasparenza (art. 1, comma 611, lett. f), al dichiarato fine di «potenziare l'efficienza dell'amministrazione finanziaria, con particolare riferimento alle attività di riscossione, e di assicurare la funzionalità delle strutture organizzative»[35]. Da questa disposizione sembra evincersi che, per perseguire finalità che il decreto trasparenza indica come principi di base per l'intera disciplina in materia, la negazione della trasparenza stessa sia la soluzione migliore: mettendo a nudo una contraddizione piuttosto evidente, e così compromettendo la coerenza di fondo del significato stesso di trasparenza. La conclusione che sembra ricavarsi è che quello della trasparenza non è un principio universale, ma vale solo per alcuni settori e non per altri, in questo modo svuotando l'art. 1 del decreto trasparenza dei connotati universalistici e solenni assegnatigli in via formale.

3) Gli obblighi di pubblicazione per ragioni di trasparenza attinenti all'organizzazione e all'attività delle pubbliche amministrazioni hanno a loro volta ad oggetto sia documenti che informazioni e dati; si tratta perciò di una vasta congerie di indici che ha visto, a partire dal 1990, una «progressiva estensione dell'oggetto dell'obbligo di pubblicazione, che è passato dal documento in quanto supporto di informazioni, alle informazioni in quanto tali»[36], realizzando definitivamente quel «passaggio dal sistema dell'"accessibilità" a quello della "pubblicità-diffusione"»[37]. Ma perché il diritto alla conoscibilità dei cittadini sia reale, non basta mettere a loro disposizione una mole estesissima di informazioni (o documenti, o dati). Anzi, da questo punto di vista, la sola quantità potrebbe anche sortire l'effetto opposto, ossia quello di riempire l'utente di dati, non sempre indispensabili o pertinenti, causando così una forma di «opacità per confusione»[38], e quindi disorientamento, incomprensione e sviamento[39]:

> […] come l'occhio colpito da un eccesso di illuminazione non riesce a distinguere gli oggetti, così un eccesso di informazioni impedisce di giungere ad una loro conoscenza effettiva, impedisce di graduare le informazioni nella loro significatività in rapporto al controllo che si intende esercitare. Nella nota metafora della casa di vetro è come se tutta la casa fosse illuminata con luce abbagliante, con un curioso effetto di rifrazione che impedisce di vedere all'interno[40].

Perché l'informazione sia utile e possa consentire di valutare l'operato delle strutture pubbliche in modo adeguato occorre che ne sia garantita anche la qualità, e l'art. 6 del decreto tenta di assicurarla indicando undici caratteristiche che i dati pubblici debbono necessariamente presentare: «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». Perché la qualità sia effettivamente garantita, occorre che gli operatori pubblici si pongano il problema di assicurare la compresenza dei predetti elementi già in sede di formazione del documento – "a monte" prima ancora che "a valle". Ad ogni modo, visto lo sforzo compilatorio profu-

so, si sarebbe anche potuto dare maggiore completezza alla tassonomia degli indici di qualità, riportando altresì la caratteristica dell'esattezza dei dati: omissione, questa, cui hanno tentato di ovviare le istituzioni chiamate a vigilare sulla trasparenza. Infatti, se da una parte il Garante per la protezione dei dati personali l'ha recuperata ermeneuticamente dalla disciplina in materia di protezione dei dati personali (art. 11, comma 1, lett. c), D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196)[41], dall'altra la Civit/Anac ha tentato di ricavarla interpretativamente dalla caratteristica della completezza (da cui ha peraltro ottenuto altresì l'accuratezza)[42]. Le medesime Autorità (con i medesimi atti) hanno altresì parimenti sottolineato l'importanza dell'elemento dell'aggiornamento. Aggiornamento che per di più presenta le potenzialità per risolvere l'astratta dicotomia tra completezza del dato e tempestività della pubblicazione; infatti, il conflitto che si potrebbe creare alla luce del comma 2 dell'art. 6 – «l'esigenza di assicurare adeguata qualità delle informazioni diffuse non può, in ogni caso, costituire motivo per l'omessa o ritardata pubblicazione» – verrebbe prevenuto grazie ad interventi puntuali e celeri di aggiornamento (a garanzia di tempestività), consentendo così di mantenere online un dato sempre esatto (a garanzia di completezza).

4. *La delega contenuta nella L. 7 agosto 2015, n. 124, ovvero la quarta fase della trasparenza*

Il modello delineato nel 2013 dal legislatore delegato tuttavia non rappresenta il punto di caduta definitivo per la conquista della piena trasparenza amministrativa; infatti, a seguito della sua entrata in vigore, si sono palesate alcune difficoltà interpretative. Anche l'Anac, nell'esercizio dei suoi poteri istituzionali di vigilanza, consultazione e regolazione, ha avuto modo di denunciare diversi aspetti critici: per rimanere all'ambito oggettivo, è utile qui segnalare come il «carattere indifferenziato degli obblighi di pubblicità» possa «pregiudicare la ragionevolezza complessiva della disciplina», nonché causare limitazioni alla riservatezza delle persone altrettanto «irragionevoli»; oppure come l'esistenza di «sovrapposizioni tra obblighi di pubblicazione e di comunicazione» debba essere risolta con opportune semplificazioni[43]. Il legislatore ha colto le numerose istanze emerse nel lasso di tempo finora intercorso, convogliandole all'interno di un atto legislativo ricco di deleghe volte a riorganizzare l'intero assetto delle pubbliche amministrazioni. Frutto di questo percorso parlamentare è la L. 7 agosto 2015, n. 124, che, tra i tanti contenuti, comprende la delega al Governo a redigere «disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni», sulla base di principi e criteri direttivi anche ulteriori rispetto a quelli fissati nella legge anticorruzione (art. 7, comma 1). Per quanto di specifico interesse di questo scritto, si ricavano essenzialmente due innovazioni:

> «razionalizzazione e precisazione degli obblighi di pubblicazione nel sito istituzionale, ai fini di eliminare le duplicazioni e di consentire che tali obblighi siano assolti attraverso la pubblicità totale o parziale di banche dati detenute da pubbliche amministrazioni (lett. e); […] fermi restando gli obblighi di pubblicazione, riconoscimento

della libertà di informazione attraverso il diritto di accesso, anche per via telematica, di chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, salvi i casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento e nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati, al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche (lett. h)».

In attesa della definitiva attuazione di tali principi e criteri direttivi tramite i previsti decreti delegati, ai fini del presente scritto si possono formulare due ordini di riflessioni[44]. In primo luogo, l'oggetto della pubblicità diventano le banche dati. Si diceva in precedenza che il decreto trasparenza ha ampliato l'area dei «beni della vita»[45] passibili di visione da parte dei cittadini, aggiungendo in pianta stabile ai tradizionali "documenti" (quelli di cui alla L. 7 agosto 1990, n. 241) i "dati" e le "informazioni". Ora, la delega legislativa del 2015 compie un ulteriore balzo in avanti, contemplando non più semplici unità (il singolo documento, lo specifico dato) bensì interi archivi di informazioni, i quali diventerebbero oggetto di pubblicità totale o parziale. A questo punto, la delicata decisione su quanta e quale parte delle banche dati degli organi pubblici spetta ai decreti delegati; compito delicatissimo, in quanto il grado di ostensione sembra amplissimo – al punto da far insorgere dubbi in termini di necessità e sproporzione rispetto alla reale utilità delle informazioni detenute. È ovvio che ciò dipenderà anche da quanta considerazione verrà posta sui limiti alla pubblicità, in relazione ai quali il testo vigente del decreto trasparenza già indica il segreto di Stato, il segreto d'ufficio, il segreto statistico e la protezione dei dati personali: elenco di eccezioni che a sua volta potrebbe addirittura venire rimodellato. In secondo luogo, il diritto alla conoscibilità si trasforma in un diritto di accesso cosiddetto generalizzato. In altre parole, si giunge all'approdo auspicato da coloro che, all'indomani del varo del decreto trasparenza, ne avevano criticato un'impostazione fondata su una concessione effettuata da parte del potere pubblico (il cittadino può vedere solo ciò che si decide di rendere obbligatoriamente visibile) anziché su un diritto azionabile liberamente dai governati stessi (le amministrazioni sono tenute a mostrare tutto ciò che i cittadini richiedono, salvo eccezioni). È il meccanismo del cosiddetto Foia di origine anglosassone (*Freedom of information act*), sviluppatosi soprattutto negli Stati Uniti mezzo secolo fa[46] ma ormai di ampia diffusione anche in Europa. È questa una costruzione che, in termini generali, appare più compatibile con un concetto liberale (e non gerarchico) di amministrazione[47], poiché costruita proprio a partire dai diritti individuali dei cittadini a conoscere. Dall'altra parte è tuttavia innegabile come il rovesciamento del paradigma che fino ad ora si è andato sedimentando richieda forse un superamento dei meccanismi di obbligo di pubblicazione online: infatti, se ormai i cittadini possono accedere a (quasi) qualunque informazione vogliano – recandosi allo sportello, inoltrando una richiesta tramite posta elettronica ordinaria o certificata, registrandosi ad un portale apposito, etc. – si potrebbe rendere ridondante il meccanismo di diffusione massiccia di interi blocchi di informazioni sui siti web. Per questo, l'introduzione dell'accesso generalizzato, perché sia bilanciato con interessi opposti al buon andamento della pubblica amministrazione, alla tutela del segreto e

della riservatezza, dovrebbe probabilmente portare ad una revisione dell'impianto ma prima ancora della *ratio* del decreto trasparenza come pensato dal legislatore del 2013.

Si può pertanto concludere che, con l'esercizio della delega, il cammino verso il pieno compimento di un nuovo concetto di amministrazione trasparente e aperta al cittadino intraprende una nuova fase, che potremmo definire la quarta fase della trasparenza. Infatti: 1) il tutto prende le mosse dalla L. 7 agosto 1990, n. 241, che ha introdotto il diritto di accesso ai documenti amministrativi quale strumento per la realizzazione del principio generale di trasparenza amministrativa; 2) tra il 2005 e il 2009, a fronte di un'*actio fini regundorum* subita dal predetto istituto dell'accesso, esso si è parallelamente aperto alla messa a disposizione di elenchi tassonomici di informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni tramite i rispettivi siti web (evoluzione degli strumenti); 3) nel 2012-2013 lo strumento della pubblicazione online ha subito una forte implementazione – per certi versi esagerata, se si pensa al rapporto con diritti fondamentali come il diritto alla protezione dei dati personali –, con riferimento alle modalità di diffusione, ma prima ancora alle finalità perseguite: l'ottica ormai è quella del controllo sociale sulle risorse pubbliche (evoluzione delle finalità); 4) ora, con l'intervento normativo in parola, ai preesistenti diritti di accesso ai documenti (di cui alla L. 7 agosto 1990, n. 241) e di conoscibilità dei documenti soggetti a pubblicazione obbligatoria (tramite l'istituto dell'accesso civico) si va a sommare un'ulteriore facoltà, dai confini ampli e inesplorati: si tratta dell'accesso a tutti i documenti detenuti da un soggetto pubblico, quale realizzazione di una libertà di informazione amministrativa (evoluzione dei diritti).

Alla luce del ragionamento appena seguito, e in attesa di conoscere il nuovo testo del decreto trasparenza, ci si può porre la seguente domanda: evolvono gli strumenti, le finalità e i diritti, ma i limiti alla trasparenza come evolvono? In altre parole, l'evidente espansione dei confini del principio di pubblicità che si verrà affermando quanto considera gli interessi pubblici che ad esso si contrappongono? La domanda è cruciale, poiché una visione pienamente improntata al costituzionalismo liberaldemocratico non potrebbe accettare squilibri eccessivi a detrimento di una delle esigenze in gioco.

[1] È la nota L. 7 agosto 1990, n. 241 ad introdurre la trasparenza dell'attività amministrativa quale fine da raggiungere anche attraverso l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi (art. 22, comma 1); sarà poi la L. 11 febbraio 2005, n. 15, a far assurgere questa finalità al rango di principio generale dell'ordinamento in ambito amministrativo (art. 1, comma 1).

[2] Cfr. art. 4, comma 7, L. 4 marzo 2009, n. 15; e il successivo art. 11, comma 1, D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

[3] E. Carloni, *I principi del codice della trasparenza (artt. 1, commi 1 e 2, 2, 6)*, in B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, p. 36.

[4] Come sostiene S. Giachetti (*Decreto legislativo n. 33/2013: pubblica amministrazione al servizio del cittadino o cittadino al servizio della pubblica amministrazione? Ai posteri l'ardua sentenza*, in «Giurisdizione amministrativa», n. 4,

2013, p. 52), «l'accessibilità (in senso tecnico giuridico) interviene solo – ed eventualmente – in seconda battuta, e cioè nel caso in cui la conoscibilità a mezzo della pubblicità sia insufficiente». Sulla netta differenziazione tra diritto alla conoscibilità e diritto di accesso, cfr. C. Cudia, *Il diritto alla conoscibilità (art. 3)*, in Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa* cit., pp. 57 ss.

5 Sul rapporto con la protezione dei dati personali si rinvia a L. Califano, C. Colapietro (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, in particolare, Califano, *Trasparenza e privacy: la faticosa ricerca di un bilanciamento mobile*, pp. 35 ss.

6 Si deve rilevare che nella legge anticorruzione, a fini di inquadramento della trasparenza amministrativa, del segreto statistico non si faceva alcuna menzione (cfr. 1, comma 15).

7 Quest'ultima si sarebbe rivelata maggiormente coerente con il predetto percorso di revisione che ha interessato la L. 7 agosto 1990, n. 241, nel 2005. Cfr. l'attuale formulazione dell'art. 24, comma 3, laddove separa il destino dell'accessibilità da quello della conoscibilità.

8 Califano, *Trasparenza e privacy* cit., p. 38.

9 Non è un caso se la delega era contenuta all'interno di un testo legislativo dedicato alla «prevenzione e […] repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione» (Rubrica della L. 6 novembre 2102, n. 190).

10 Anche se già l'allora Civit (Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, trasformatasi in Anac – Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione della trasparenza delle amministrazioni pubbliche, a seguito dell'art. 5 D.L. 31 agosto 2013, n. 101) aveva proceduto, pur in assenza di riferimenti normativi espressi, ad estendere il ricorso alla trasparenza anche al perseguimento di «obiettivi di legalità, sviluppo della cultura dell'integrità ed etica pubblica, nonché di buona gestione delle risorse pubbliche», poiché «è riconoscibile un legame di tipo funzionale tra la disciplina della trasparenza e quella della lotta alla corruzione» (cfr. parr. 1 e 1.1, Del. Civit 14 ottobre 2010, n. 150; ma anche par. 1, Del. Civit 5 gennaio 2012, n. 2).

11 Sull'importanza della trasparenza amministrativa al fine di «garantire un impiego ottimale delle finanze pubbliche e, in particolare, il mantenimento degli stipendi entro limiti ragionevoli» si è espressa anche la Corte di giustizia UE. Cfr. CGUE, 20 maggio 2003 C-465/00, C-138/01 e C-139/01 (che peraltro inscrive questa finalità nella tipologia "benessere economico del Paese" di cui all'art. 8, comma 2, CEDU); ma anche CGUE, 9 novembre 2010 C-92/09 e C-93/09.

12 C. Colapietro, *Il processo di democratizzazione della pubblica amministrazione dalla segretezza alla trasparenza totale*, in G. Dalla Torre, C. Mirabelli (a cura di), *Verità e metodo in giurisprudenza*, Città del Vaticano, Libreria editrice del Vaticano, 2014, p. 191. Cfr., sempre dello stesso Autore, Colapietro, *Trasparenza e democrazia: conoscenza e/è potere*, in Califano, Colapietro (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza* cit., pp. 3 ss.

13 Proprio il legame diretto con una pluralità di principi sanciti in Costituzione, spinge a parlare di «metaprincipio che impronta il sistema costituzionale», Carloni, *I principi del codice della trasparenza* cit., p. 43.

14 Per quanto concerne l'attuazione della trasparenza nel settore della politica, delle sue realtà collettive e del loro finanziamento, si rinvia all'articolo di Rubechi in questo numero.

15 Cfr. M. Bombardelli, *La trasparenza e gli obblighi di pubblicazione*, in *Libro dell'anno del diritto 2014*, Roma, Treccani, 2014, p. 205; e Cudia, *Il diritto alla conoscibilità* cit., pp. 70 ss.

16 F. Merloni, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33 del 2013*, in Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa* cit., pp. 17 ss.

17 Richiama in proposito l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, Colapietro (*Il processo di democratizzazione della pubblica amministrazione* cit., p. 202), il quale aggiunge che «in aperta controtendenza rispetto alla tradizione giuridica italiana, anche la trasparenza amministrativa diventa finalmente un diritto del cittadino e non più una concessione delle pubbliche amministrazioni».

18 Cfr. Carloni, *I principi del codice della trasparenza* cit., pp. 44 ss.

19 Bombardelli, *La trasparenza e gli obblighi di pubblicazione* cit., p. 205.

20 «Il carattere distintivo della trasparenza è quindi la sua strumentalità ad un controllo diffuso», F. Merloni, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in Id. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 11.

21 Vi conferiscono un valore, oltre che strumentale, anche finalistico, A. Pajno, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in «www.astrid-online.it», 2013, p. 7; e F. Patroni Griffi, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in «federalismi.it», n. 8, 2013, p. 2. Lo esclude invece P. Canaparo, *La via italiana alla trasparenza pubblica: il diritto di informazione indifferenziato e il ruolo proattivo delle pubbliche amministrazioni*, in «federalismi.it», n. 4, 2014, p. 33.

22 A. Barbera (*Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VIII, Milano,

Giuffrè, 2015, p. 330) constata l'esistenza di un collegamento tra il valore della trasparenza e il «diritto soggettivo a conoscere» enucleato.

[23] Diritto che la dottrina ha variamente nominato: «diritto civico» (A. Bonomo, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in «Istituzioni del federalismo», nn. 3-4, 2013, p. 735); «diritto civico di informazione» (Cudia, *Il diritto alla conoscibilità* cit., p. 62); «diritto civico alla pubblicità» (C. Marzuoli, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa* cit., p. 44); «diritto soggettivo ad essere informati» (M. Magri, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in «Istituzioni del federalismo», n. 2, 2013, p. 431).

[24] Pone trasparenza e pubblicità in un rapporto, rispettivamente, di *genus* e *species*, M. Occhiena, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 141 ss. A sua volta, G. Arena (*Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa* cit., p. 33) attribuisce alla pubblicità la qualità della sola «conoscibilità», mentre alla trasparenza quelle unite della «conoscenza e comprensione».

[25] M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in «Giornale di diritto amministrativo», nn. 8-9, 2013, p. 803.

[26] Nel delineare un abbozzo di «diritto all'informazione amministrativa», G. Gardini (*Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in «Giornale di diritto amministrativo», nn. 8-9, 2014, p. 890) precisa che la soggettività di tale diritto «implica libertà, spontaneità nell'accedere ad un dato specifico che è oggetto di interesse soggettivo per il singolo, non ad una massa di informazioni che l'amministrazione è tenuta a pubblicare».

[27] Secondo alcuni si tratterebbe di «un interesse di fatto, un mero interesse semplice o "diffuso"» (Canaparo, *La via italiana alla trasparenza pubblica* cit., p. 44).

[28] Sulla base dell'art. 124, commi 1 e 2, D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

[29] Come ad esempio denunciato dal Garante per la protezione dei dati personali in sede di parere fornito al Governo sullo schema di decreto. Cfr. Provv. Garante 7 febbraio 2013, reperibile su <www.garanteprivacy.it>, doc. web n. 2243168.

[30] Del. Civit 18 dicembre 2012, n. 33.

[31] Cfr. l'Allegato 1) delle *Linee guida per l'aggiornamento del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità 2014-2016* (Del. Civit 4 luglio 2013, n. 50).

[32] *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* (Provv. Garante 15 maggio 2014, reperibile su <www.garanteprivacy.it>, doc. web n. 3134436), in particolare l'introduzione e il par. 1 della parte prima, che riportano anche numerosi esempi di obblighi di pubblicità per finalità diverse dalla trasparenza, tra cui le pubblicazioni matrimoniali di cui all'art. 55 D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396. Si tenga tuttavia presente che il ragionamento effettuato dal Garante attiene ai soli casi in cui i documenti amministrativi da pubblicarsi contengano dati personali, poiché al di fuori di questo ambito tale Autorità non è competente.

[33] Capo II: organizzazione e attività (16 articoli); capo III: uso delle risorse pubbliche (3 articoli); capo IV: prestazioni offerte e servizi erogati (5 articoli); capo V: settori speciali (6 articoli). A questi si aggiunge l'art. 12, ultima disposizione del capo I, dedicato ad atti di carattere normativo ed amministrativo generale – e forse obbligo più datato, visto che ne troviamo traccia già nella versione originaria della L. 7 agosto 1990, n. 241 (art. 26).

[34] Basti qui ricordare i più significativi, come l'art. 54 D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, che fornisce forse il primo elenco di contenuti che i siti web delle pubbliche amministrazioni devono predisporre; o l'art. 11 D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, il quale fornisce un'ulteriore elencazione (comma 8), ma sempre nell'ambito di una trasparenza concentrata solo sull'organizzazione delle strutture, sulla gestione delle risorse e sulla valutazione della performance di coloro che vi prestano servizio. Un rilievo a parte lo meriterebbe l'attuale art. 4, comma 5, primo periodo, del decreto trasparenza, ai sensi del quale «le notizie concernenti lo svolgimento delle prestazioni di chiunque sia addetto a una funzione pubblica e la relativa valutazione sono rese accessibili dall'amministrazione di appartenenza»: si tratta di una disposizione vigente dal 2005 ma che ha vissuto una collocazione piuttosto travagliata, essendo stata spostata ben quattro volte, in soli otto anni, fra tre testi legislativi differenti.

[35] Peraltro utilizzando una locuzione piuttosto sibillina: «le disposizioni del decreto […] si applicano limitatamente ai profili che non attengono all'organizzazione e all'esercizio delle predette attività». Sugli aspetti soggettivi, si rinvia all'articolo di Fiorillo in questo numero.

[36] Bombardelli, *La trasparenza e gli obblighi di pubblicazione* cit., p. 204.

[37] M. Occhiena, *La necessaria riforma del diritto di accesso: diffusione e accesso telematico alle informazioni amministrative*, in «www.centrostudiparlamentari.it», 2008, p. 103.

[38] Pajno, *Il principio di trasparenza* cit., p. 24; cfr. altresì Patroni Griffi, *La trasparenza della pubblica amministrazione* cit., p. 4.

[39] Cfr. E. Carloni, *La "casa di vetro" e le riforme: modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in «Diritto pubblico», n. 3, 2009, pp. 806 ss.

[40] Merloni, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico* cit., p. 14.

[41] Cfr. parte prima, par. 4, Provv. Garante 15 maggio 2014, reperibile su <www.garanteprivacy.it>, doc. web n. 3134436.

[42] Cfr. Allegato 2), Del. Civit 4 luglio 2013, n. 50.

[43] Cfr. Relazione annuale Anac 2014, 322 ss. Per quanto riguarda le criticità attinenti al problematico rapporto con il diritto alla protezione dei dati personali, si evidenzia l'iniziativa congiunta avviata dai rispettivi Presidenti di Anac e Garante per la protezione dei dati personali, con la lettera rivolta al Ministro per la Semplificazione e la pubblica amministrazione da entrambi sottoscritta il 30 ottobre 2014 (reperibile su <www.garanteprivacy.it>).

[44] Nel momento in cui si sta scrivendo il Governo ha approvato uno schema di decreto legislativo correttivo del decreto trasparenza («Schema di decreto legislativo recante revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190, e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33») che il 15 febbraio 2016 è stato sottoposto al vaglio delle Commissioni parlamentari e delle altre istituzioni consultive competenti.

[45] Gardini, *Il codice della trasparenza* cit., p. 890.

[46] Cfr. A. Marchetti, *Il* Freedom of Informaction Act *statunitense: l'equilibrio "instabile" di un modello virtuoso di pubblicità e trasparenza amministrativa*, in Califano, Colapietro (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza* cit., pp. 69 ss.

[47] Una trasparenza orizzontale anziché verticale, per riprendere le categorie usate da Califano, *Trasparenza e privacy: la faticosa ricerca di un bilanciamento mobile*, in Id., Colapietro (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza* cit., pp. 37 ss.

La trasparenza di "chi"? L'evoluzione dell'ambito soggettivo*

VALENTINA FIORILLO

1. *La difficile definizione dell'ambito soggettivo del decreto trasparenza e i primi interventi normativi*

Con riferimento alla trasparenza amministrativa, uno degli intenti del legislatore nella legge delega n. 190 del 2012 è stato quello di riunire all'interno di un'unica ed organica fonte normativa una serie di obblighi variamente rinvenibili nell'ordinamento[1]. Per questa ragione la lettura del D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (cd. "decreto trasparenza") è ormai centrale nella definizione dell'ambito soggettivo della trasparenza amministrativa, intendendo con questa espressione l'individuazione dei soggetti/enti pubblici destinatari degli obblighi di pubblicazione. Invero questo rappresenta un aspetto significativamente problematico dell'applicazione del nuovo regime della trasparenza amministrativa, dal momento che il legislatore delegato, nell'individuare tali destinatari, ha attuato una serie di rinvii ad altre fonti normative – di non sempre immediata interpretazione – e dal momento che, più in generale, le definizioni di "pubblica amministrazione", "ente pubblico" e "società partecipata" sono di per sé articolate, complesse e non sempre univoche, a seconda di quale criterio si stabilisca per individuarle. Si tratta di soggetti giuridici che fanno parte a vario modo o comunque gravitano intorno ad una pubblica amministrazione sempre più caratterizzata, anche per via delle imposizioni del diritto dell'Unione europea, da geometrie variabili[2]. Proprio per tali motivi le disposizioni del "decreto trasparenza" relative ai profili soggettivi – in particolare l'art. 11 espressamente rubricato «Ambito soggettivo di applicazione» – sono quelle che sin dalla loro approvazione hanno necessitato di un maggior sforzo interpretativo e, dunque, sono state oggetto di varie circolari della Civit/Anac[3] e del Dipartimento della Funzione pubblica[4], così come di rilevanti modifiche legislative e, infine, di tentativi di riforma ancora in corso di attuazione. Vi è da dire che, a poco più di

un anno dall'emanazione del "decreto trasparenza", il legislatore aveva già avvertito l'esigenza di intervenire proprio sulla definizione dell'ambito soggettivo. L'art. 24-*bis* del D.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 agosto 2014, n. 114, difatti, ha interamente sostituito il testo dell'art. 11 del "decreto trasparenza", in alcuni casi modificando il testo in maniera sostanziale, in altri sviluppando alcuni passaggi che in effetti, nella versione originaria dell'art. 11, creavano dei dubbi interpretativi.

Da un punto di vista metodologico si preferisce, ai fini del presente lavoro, presentare e commentare direttamente la versione vigente dell'articolo 11, comparandola in riferimento alle singole tematiche con la versione antecedente al citato decreto legge. Le differenze certamente non mancano, a partire dalla considerazione più generale per cui la seconda versione dell'art. 11 (vigente) ha certamente esteso il campo di applicazione della nuova disciplina della trasparenza, rispetto al primo perimetro più limitato e circoscritto. Valga per tutti l'esempio delle Autorità di vigilanza, garanzia e regolazione. Queste, nella versione originaria dell'articolo 11 non erano sottoposte ai vincoli della trasparenza bensì era loro riconosciuto uno spazio d'autonomia per un'applicazione "mediata" della disciplina sulla trasparenza, in virtù della loro peculiare collocazione nell'ordinamento amministrativo. L'articolo 24-bis del citato D.l. 24 giugno 2014, n. 90 le ha ricomprese in quella che, a breve, si definirà "trasparenza di primo livello". Parimenti l'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124 recante la riforma della Pubblica amministrazione delega il Governo ad adottare, entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge stessa, disposizioni integrative e correttive del "decreto trasparenza" anche con riguardo alla ridefinizione e precisazione dell'ambito soggettivo di applicazione degli obblighi e delle misure in materia di trasparenza e, nel momento in cui si scrive, il Governo ha approvato uno schema di decreto legislativo correttivo del decreto trasparenza. L'articolo 3, comma 2 di tale schema introduce delle significative modifiche relativamente all'ambito soggettivo di applicazione delle disposizioni in materia di trasparenza e, ove approvato in via definitiva, imporrà una riflessione ampia e generale, che non può essere effettuata in questa sede[5].

2. *I livelli della trasparenza: una proposta di classificazione*

Nel leggere il vigente articolo 11 del "decreto trasparenza" è possibile individuare principalmente tre macro-categorie di soggetti a cui corrispondono tre differenti regimi di applicazione della disciplina in materia di trasparenza, definibili in maniera figurata come altrettanti livelli di obbligatorietà.

In una prima e più ampia categoria rientrano: a) tutte le pubbliche amministrazioni così come elencate all'art. 1, comma 2, del Testo unico per il pubblico impiego (comma 1 dell'art. 11 del "decreto trasparenza"); b) le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione (sempre comma 1 dell'art. 11); c) gli enti di diritto pubblico, che non siano territoriali ma che siano stati istituiti, vigilati o finanziati dalla pubblica amministrazione, al cui interno siano previsti incarichi conferiti dalla pubblica amministrazione o, più in generale, i cui amministratori siano da

questa nominati (comma 2, lett. a), dell'art. 11). A tutte e tre queste sottocategorie di soggetti si applicano integralmente gli obblighi in materia di trasparenza. Vi è poi una seconda categoria di soggetti cui la disciplina in materia di trasparenza si applica solo limitatamente, ovvero in riferimento a quelle attività di pubblico interesse che i soggetti svolgono e che sono disciplinate dal diritto nazionale o dell'Unione Europea (art. 11, comma 2, lett. b). Si tratta degli enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o attività di gestione di servizi pubblici sottoposti a controllo da parte delle pubbliche amministrazioni. Questo anche nel caso in cui tali enti di diritto privato non siano interessati da alcuna partecipazione azionaria da parte di una pubblica amministrazione e anche quando i suoi vertici o i componenti dei vari organi non siano nominati da alcuna pubblica amministrazione. Una terza categoria a cui è associabile un regime di applicabilità ancora più limitato è quella delle società partecipate con quota non maggioritaria da parte delle pubbliche amministrazioni. A esse il legislatore delegato impone il rispetto non delle disposizioni del decreto trasparenza, bensì dei principi generali della legge anticorruzione[6]. Alle tre categorie individuate dall'art. 11 vanno ad aggiungersi le società indirettamente controllate dalla Pubblica amministrazione, a cui, come si vedrà, gli obblighi di trasparenza si applicano in maniera mediata, tanto da potersi proporre per esse la definizione di trasparenza di "quarto livello".

3. *La trasparenza di primo livello: pubbliche amministrazioni, enti di diritto pubblico e autorità amministrative indipendenti*

Il legislatore ha definito le pubbliche amministrazioni solo con riferimento a determinati ambiti quali il lavoro pubblico (art. 1, comma 2, D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, Testo unico sul pubblico impiego) ovvero i contratti pubblici (art. 3, commi 25 e 26, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), mentre manca nell'ordinamento una definizione generale della nozione di «pubblica amministrazione», sia in senso oggettivo (intesa come differente dalla attività politica) che in senso soggettivo (strutture costituite al fine di svolgere funzioni amministrative)[7]. Di conseguenza, al fine di individuare i destinatari degli obblighi integrali di trasparenza, il legislatore delegato opera *sic et simpliciter* un rinvio proprio al Testo unico del pubblico impiego e all'elenco di soggetti ivi contenuto[8]. Dall'elenco di cui al testo unico del pubblico impiego – che pure in qualche modo può essere visto come rappresentativo del pluralismo amministrativo avente fondamento costituzionale[9] – sono chiaramente esclusi gli enti pubblici economici ma anche, per esempio, tutte quelle agenzie che non sono riconducibili a quelle di cui al D.lgs. 30 luglio 1999, n. 300 (a cui si fa espresso rinvio), così come gli enti di regolazione economica, le autorità portuali e gli enti di ricerca[10]. Ciò nonostante, non si può non condividere la lettura di chi, ritenendo costituzionalmente supportato il principio-valore della trasparenza, ritiene che questo debba applicarsi a tutte le pubbliche amministrazioni variamente intese, anche se non univocamente riconducibili all'elenco di cui al Testo unico del pubblico impiego. Solo questa appare essere l'inter-

pretazione sistematica di una disposizione che altrimenti rischierebbe di porsi in contrasto con le finalità dell'intera disciplina della trasparenza[11].

Un'innovazione importante apportata dal legislatore, tramite il citato D.l. 24 giugno 2014, n. 90, è relativa al regime di applicabilità alle Autorità di vigilanza, garanzia e regolazione. Queste, come si anticipava, inizialmente non erano sottoposte ai vincoli della trasparenza bensì era loro riconosciuto uno spazio d'autonomia per un'applicazione "mediata" della disciplina sulla trasparenza[12]. Con la conversione del decreto legge, questa sorta di deroga alla disciplina generale è scomparsa e le Autorità ora sono tenute ad applicare integralmente gli obblighi di trasparenza, con non pochi problemi di coordinamento per quelle che tra di esse avevano già proceduto con l'adozione di particolari regolamenti interni di organizzazione in materia di trasparenza[13]. Dove però il legislatore ha esteso maggiormente l'ambito di applicazione rispetto alla prima versione dell'articolo 11 è con riguardo a un'ulteriore ed ampia categoria di soggetti: gli enti di diritto pubblico, che non siano territoriali nazionali, territoriali regionali o territoriali locali, ma che siano stati istituiti, vigilati o finanziati dalla pubblica amministrazione, al cui interno siano previsti incarichi conferiti dalla pubblica amministrazione o, più in generale, i cui amministratori siano nominati da essa (art. 11 comma 2, lett. a).

I problemi di definizione anche in questo caso non mancano, essendo gli enti pubblici, sin dall'approvazione della legge sul parastato nel 1975[14], se non anche prima[15], oggetto di vari sforzi descrittivi della nozione e di tentativi di categorizzazione sulla base di più criteri, dalla classificazione *ex lege* (enti parastatali, enti pubblici economici), al tipo di funzione (enti di amministrazione, enti di servizio), alla struttura organizzativa (enti associativi, enti consortili, enti in forma societaria) al tipo di collegamento con il territorio (enti territoriali, enti locali), al tipo di rapporto con l'ente territoriale di riferimento (enti autonomi, enti strumentali)[16]. Ad ogni modo è ormai da ritenersi superata l'impostazione secondo cui l'elemento più significativo per identificare un ente pubblico risiede nella attribuzione alla persona giuridica di poteri amministrativi, a vantaggio di una più moderna visione della pubblicità come esistenza di una relazione tra l'ente e lo Stato[17]. Non è un caso che l'individuazione degli enti pubblici cui si applica il decreto trasparenza coincida in tutto e per tutto con quella che il legislatore delegato ha individuato all'interno dell'altro importante decreto attuativo della legge anticorruzione, ovvero quello in materia d'inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni. Vi si ritrova esattamente la definizione di enti pubblici quali «enti di diritto pubblico non territoriali nazionali, regionali o locali, comunque denominati, istituiti, vigilati, finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, ovvero i cui amministratori siano da questa nominati», in applicazione, dunque, di un criterio basato sul nesso funzionale e finanziario con le pubbliche amministrazioni di riferimento[18]. Questi soggetti, che vengono definiti sia in negativo (non territoriali) che in positivo (varie modalità di interrelazione con la pubblica amministrazione), vengono ora sottoposti agli obblighi integrali di trasparenza, dopo che nella prima versione del decreto ne erano esclusi, o meglio,

ne erano solo indirettamente interessati. Si pensi al caso degli enti pubblici economici – categoria invero ormai residuale – espressamente esclusi dalla definizione di pubbliche amministrazioni presente nella citata disposizione del Testo unico sul pubblico impiego e, dunque, in una prima fase fuori dall'applicazione integrale delle norme in materia di trasparenza. La loro iniziale esclusione trovava una logica spiegazione nella volontà di non sfavorire questi soggetti che, pur perseguendo finalità pubbliche, operano nell'ambito del diritto privato e svolgono a tutti gli effetti un'attività di tipo economico[19]. Lo svantaggio per tali enti sarebbe generato da una sorta di asimmetria informativa di cui i soggetti concorrenti potrebbero usufruire[20]. Il legislatore nell'agosto 2014 ha abbandonato consapevolmente queste cautele, optando per la prevalenza della natura pubblicistica connessa alla istituzione, regolamentazione e soprattutto alle finalità (comunque pubbliche) di questi enti, sulla base del fatto che essi svolgano attività economica nelle forme del diritto privato[21].

Per comprendere questo passaggio, strettamente correlato alla scelta del legislatore di modificare l'ambito soggettivo, occorre analizzare un'altra norma del "decreto trasparenza", l'art. 22. Questo stabilisce che le pubbliche amministrazioni debbano pubblicare e aggiornare anno per anno l'elenco degli enti pubblici (in ogni modo denominati) il cui collegamento con la pubblica amministrazione passi attraverso un atto di istituzione, un meccanismo di vigilanza, una modalità di finanziamento, oppure tramite un potere di nomina o conferimento di incarichi direttivi che una pubblica amministrazione esercita sull'ente. Per effetto di questa disposizione gli enti pubblici erano soggetti, vigente il vecchio testo dell'art. 11, a una serie di obblighi indiretti di trasparenza per il tramite delle amministrazioni di riferimento nonché ad una seconda e più limitata categoria relativa alle sole informazioni dei titolari di cariche di indirizzo politico e di incarichi dirigenziali o di collaborazione/consulenza[22]. Non vi si applicavano, dunque, tutte le altre disposizioni come, per esempio, tutte le informazioni concernenti l'organizzazione (articolazione degli uffici, organigramma, così come previsto dall'art. 13; dati relativi al personale non a tempo indeterminato come previsto dall'art. 17) oppure relative all'attività (gli atti di concessione di sovvenzioni, contributi o sussidi, come previsto dall'art. 26). Ora la categoria di questi enti pubblici, siano essi enti istituiti, vigilati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni, è esattamente quella che diviene destinataria diretta degli obblighi integrali di trasparenza all'interno dell'art. 11, così come modificato dal D.l. 24 giugno 2014, n. 90. L'attività di questi organi e la loro organizzazione è dunque attualmente sottoposta agli obblighi di trasparenza sia direttamente (art. 11, comma 2, lett. a) che indirettamente, tramite gli obblighi dei soggetti su di essi vigilanti (art. 22, comma 1, lett. a). In altre parole quella che prima era una trasparenza per la maggior parte "mediata" o "traslata" per il tramite delle amministrazioni di riferimento, diviene una "trasparenza diretta" e di "primo livello", al pari di tutte le pubbliche amministrazioni individuate nel Testo unico del pubblico impiego, con il conseguente e significativo ampliamento anche dell'ambito oggettivo di applicazione della disciplina. Peraltro, nella Delibera n. 144 del 2014 l'Autorità nazionale anticorruzione – in parte modificando

quanto affermato nella precedente Delibera n. 50 del 2013 – ha chiarito che fra gli enti di diritto pubblico non territoriali, nazionali regionali o locali, comunque denominati, istituiti, vigilati, finanziati dalla pubblica amministrazione sono ricompresi tutti gli enti aventi natura di diritto pubblico, economici e non economici, avallando così una lettura molto espansiva della disposizione in commento. Lettura questa, suffragata e confermata dalla medesima Autorità nella Determinazione n. 8 del 2015, nella quale testualmente si afferma che: «Gli enti pubblici economici, ancorché svolgano attività di impresa, sono da ritenersi tra i soggetti destinatari della normativa in materia di anticorruzione e trasparenza in quanto enti che perseguono finalità pubbliche [...]; sono tenuti ad osservare la medesima disciplina in materia di trasparenza prevista per le pubbliche amministrazioni».

4. *La trasparenza di secondo livello: gli enti di diritto privato in controllo pubblico*

Sono destinatari di obblighi non integrali bensì limitati in materia di trasparenza amministrativa i soggetti individuati dal legislatore delegato quali enti di diritto privato in controllo pubblico (art. 11, comma 2, lett. b). Si tratta di una categoria di soggetti invero complessa ed eterogenea, legata al fenomeno ormai più che ventennale della trasformazione degli enti pubblici in società per azioni, nell'ottica della razionalizzazione della spesa pubblica e della realizzazione di standard europei di concorrenza. Tale categoria riunisce tipologie di soggetti tra loro molto differenti per forma giuridica (società per azioni ma anche fondazioni o aziende speciali), per tipologia di controllo pubblico (partecipazione statale, regionale, provinciale o comunale) nonché per tipologia di atto costitutivo (vi sono casi di istituzione per legge, come per la trasformazione degli enti pubblici economici, il che genera non pochi problemi di categorizzazione). Anche in questo caso la definizione che si rinviene nel "decreto trasparenza" è pienamente coincidente con quella di «enti di diritto privato in controllo pubblico», stabilita all'interno del D.lgs. 8 aprile 2013, n. 39. Questi enti sono definibili come «le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi»[23].

Per comprendere appieno questa questione occorrerebbe approfondire il ricco e fondamentale dibattito della dottrina amministrativistica italiana e i numerosi contributi della giurisprudenza in merito alla configurabilità di enti pubblici in forma privata ovvero in assetto societario[24]. Non potendo in questa sede affrontare così ampiamente la questione, ci si limita qui a notare che una lettura sistematica dei vari commi dell'art. 11 del "decreto trasparenza" rivela la volontà del legislatore delegato di collocare le società a partecipazione pubblica (definite «enti di diritto privato in controllo pubblico») all'interno della categoria di enti di diritto privato, non limitandosi dunque a compiere un'assimilazione

agli enti pubblici economici (la cui sottoposizione agli obblighi di trasparenza è invece prevista dall'art. 11, comma 2 lett. a). Lo stesso si può sostenere, ad avviso di chi scrive, per le società *in house*, ovvero quelle società che non possono considerarsi soggetti terzi rispetto alla pubblica amministrazione ma che sono soggetti di diritto privato attraverso cui la pubblica amministrazione, soggetto controllante, autoproduce beni e servizi, come sembra peraltro confermato dalla citata Determinazione Anac n. 8 del 2015. Vi si legge, infatti, che le società *in house*, essendo affidatarie «in via diretta di servizi ed essendo sottoposte ad un controllo particolarmente significativo da parte delle amministrazioni, costituiscono nei fatti parte integrante delle amministrazioni controllanti». Enti di diritto privato a controllo pubblico, anche ove essi abbiano forma societaria, sono tenuti ad applicare la trasparenza amministrativa solo rispetto alle attività che essi svolgono con finalità di pubblico interesse e nella misura in cui tali attività sono disciplinate dal diritto nazionale o dell'Unione europea. In questa distinzione tra attività di pubblico interesse e attività non di pubblico interesse risiede il discrimine teorico che consente di parlare di applicazione parzialmente limitata e non integrale della trasparenza amministrativa. Nella prassi si tratta però di una distinzione che non è così agevole[25], nella misura in cui appare difficile per una società o un ente di questo tipo stabilire cosa sia soggetto a obblighi di pubblicazione e cosa non lo sia, e quindi distinguere tra attività di pubblico interesse e attività non connesse a finalità pubblicistiche. La prima domanda, che è legittimo porsi, è se per «attività di pubblico interesse», individuate nella disposizione come le uniche rispetto alle quali vigono gli obblighi di trasparenza, sia da intendersi che a queste società si applicano, dal punto di vista del profilo oggettivo, soltanto quelle disposizioni in materia di *attività* delle pubbliche amministrazioni, e non anche quelle relative all'*organizzazione*, secondo la nota distinzione presente nel "decreto trasparenza". Tuttavia questa interpretazione non convince, poiché troppo ancorata al solo dato letterale e, dunque, poco sensibile nei confronti dell'attuazione del principio generale della trasparenza amministrativa, così come costituzionalmente derivato. Più utile è invece ragionare sul criterio finalistico del «pubblico interesse»[26], rispetto al quale pure è ragionevole supporre che si porranno dei problemi di carattere interpretativo in fase di attuazione degli obblighi da parte di queste società.

In che forma prevedere, per esempio, la pubblicazione dei dati relativi alla valutazione della performance e alla distribuzione dei premi al personale (art. 20 del "decreto trasparenza") solo in riferimento a quelle attività che il personale ha svolto nel perseguimento di una finalità di interesse pubblico? Allo stesso modo, come distinguere tra attività di pubblico interesse e attività non di pubblico interesse rispetto agli obblighi di pubblicazione concernenti i beni immobili e la gestione del patrimonio (art. 30 del "decreto trasparenza")? La distinzione è resa difficile proprio dal fatto che nella maggior parte dei casi questi soggetti sono stati costituiti in funzione strumentale rispetto alla pubblica amministrazione e, dunque, al solo fine di perseguire pubblici interessi in un contesto più dinamico ed elastico di quello della pubblica amministrazione. Si aggiunga che, in molti casi, questi stessi soggetti esercitano attività riservate allo Stato e, dunque, le

attività da essi svolte non possono che essere connesse in qualche modo al pubblico interesse. Parimenti occorre ricordare che gli enti territoriali di livello regionale, provinciale e comunale non possono partecipare in società che non siano finalizzate allo svolgimento di attività strumentali alla loro attività amministrativa[27]; il che riduce ulteriormente le possibilità che vi siano enti di diritto privato in controllo pubblico che esercitino anche attività non connesse al pubblico interesse. Difatti, anche in questo caso si può sostenere che le società partecipate da enti pubblici e da pubbliche amministrazioni in generale siano, di fatto e di diritto, vincolate al perseguimento di pubblici interessi[28]. Vi è per questi soggetti l'obbligo a operare in via esclusiva per i soggetti pubblici partecipanti e controllanti.

Se così è, allora il discrimine teorico proposto dal legislatore delegato tra differenti ambiti di attività in realtà è molto sfumato e, se in termini generali e astratti esso permane, in termini più pratici i margini di applicazione del "decreto trasparenza" paiono molto ampi e vincolanti anche nei confronti dei soggetti di diritto privato in controllo pubblico. Una vincolatività che è aumentata anche in questo caso dopo la conversione del D.lgs. 24 giugno 2014, n. 90, il cui già citato art. 24-*bis* ha modificato nelle forme e nei modi appena descritti il regime giuridico per gli enti privati in controllo pubblico. Nell'originaria versione dell'articolo 11, queste società non erano sottoposte ai vincoli del "decreto trasparenza" bensì (direttamente) solo ai principi generali della legge anti-corruzione[29] e (indirettamente) agli obblighi gravanti sulle pubbliche amministrazioni controllanti (il già citato art. 22 del "decreto trasparenza"). Vale dunque per questi soggetti quanto già sostenuto in relazione agli obblighi delle pubbliche amministrazioni rispetto agli enti di diritto pubblico istituiti, vigilati o finanziati da esse[30]. L'art. 22 impone alle pubbliche amministrazioni di pubblicare l'elenco degli enti di diritto privato controllati dall'amministrazione, specificando per ciascuno le funzioni attribuite e le attività svolte in favore dell'amministrazione o le attività di servizio pubblico affidate (si veda il comma 1, lett. c). Dal punto di vista della tipologia di informazioni e dati pubblicati, essi sono gli stessi che le Pubbliche amministrazioni devono pubblicare in riferimento agli enti pubblici ad esse connesse, così come identico è l'ambito di applicazione delle norme relative alla pubblicazione dei dati sugli organi di indirizzo politico e titolari di incarichi dirigenziali e consulenze (si veda sempre il comma 3 dell'art. 22).

A seguito di una modifica legislativa intervenuta con la legge di stabilità 2014[31] vi è un'altra categoria di soggetti a cui, in maniera eguale ma contraria agli enti di diritto privato, gli obblighi in materia di trasparenza si applicano in maniera limitata e solo a quelle attività che non rientrano nel pubblico interesse. Si tratta delle amministrazioni e agenzie che operano nei settori tributario e doganale, esonerate dalla gran parte degli obblighi di trasparenza, essendo le norme del decreto applicabili solo ai profili che non attengono all'organizzazione e all'esercizio delle attività di riscossione dei tributi e repressione delle violazioni in materia tributaria e doganale.

5. *La trasparenza di terzo e quarto livello: società a partecipazione pubblica non maggioritaria e società indirettamente controllate*

La nuova versione dell'art. 11 entrata in vigore nell'agosto 2014 arricchisce di un'ulteriore categoria i soggetti destinatari degli obblighi di trasparenza, distinguendo tra enti di diritto privato con partecipazione pubblica maggioritaria ed enti di diritto privato con partecipazione pubblica minoritaria. Questa distinzione è del tutto innovativa, non essendo presente neanche all'interno del più volte citato art. 22 del decreto, che pure prevedeva i medesimi obblighi di pubblicazione in capo alle pubbliche amministrazioni rispetto ai dati relativi agli enti pubblici vigilati e agli enti di diritto privato in controllo pubblico. Al contrario, quegli obblighi gravanti direttamente sulle pubbliche amministrazioni e indirettamente sugli enti controllati devono essere adempiuti anche a prescindere dalla partecipazione pubblica al capitale societario di tali enti. Tuttavia, la scelta del legislatore di ampliare significativamente il novero dei soggetti destinatari in generale degli obblighi di trasparenza (sia quelli contenuti nel decreto che quelli definibili come "minimi" della legge anticorruzione) fa sì che nell'orbita della trasparenza vengano attratti tutti i soggetti che, pur operando in ambito privato, presentano delle connessioni, per quanto blande, con la pubblica amministrazione e con l'impiego di risorse economiche pubbliche. A questi soggetti si applicano, limitatamente alla attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'UE, i principi generali in materia di trasparenza così come definiti all'interno della legge anti-corruzione, quali la pubblicazione di alcune informazioni come quelle relative ai procedimenti amministrativi, ai bilanci e conti consuntivi, alle autorizzazioni e concessioni[32]. I dati sono pubblicati in una apposita sezione del sito denominata "Società trasparente"[33].

Infine, volendo proseguire nell'ottica di una trasparenza multi-livello, rimane un quarto livello da analizzare, caratterizzato da un impatto degli obblighi molto limitato. Ci si riferisce all'applicazione dei principi di trasparenza per via mediata alle società indirettamente controllate dalle pubbliche amministrazioni. Il comma quinto dell'art. 22 stabilisce, infatti, che le pubbliche amministrazioni titolari di partecipazioni di controllo debbano promuovere l'applicazione dei principi di trasparenza da parte delle società direttamente controllate nei confronti delle società indirettamente controllate. Si tratta dunque di una disposizione che non introduce un obbligo di immediata applicabilità quanto piuttosto una norma di carattere promozionale, rispetto alla quale le pubbliche amministrazioni al vertice della catena di controllo per il tramite delle società direttamente controllate arrivano ad "attivare" la trasparenza amministrativa finanche presso le società indirettamente controllate. Si tratta di una categoria di soggetti in cui i tratti privatistici sono ancora più accentuati che nel caso di quelli collocati nel "terzo livello" della trasparenza. Essi sono di difficile definizione e individuazione, a meno di non andare a indagare nel dettaglio i differenti intrecci societari. Ad ogni modo, questa disposizione non fa che confermare come la vincolatività (intesa qui come specificità degli obblighi da adempiere) del regime della trasparenza sia direttamente proporzionale all'impiego di risorse pubbliche nella disponibilità dei differenti soggetti e all'in-

tensità con cui tali soggetti perseguono interessi pubblici. È un fenomeno che, com'è stato efficacemente definito, fa sì che gli obblighi di trasparenza penetrino nell'ordinamento attraverso le pubbliche amministrazioni per poi giungere a impattare anche sui soggetti privati, fino ad esaurirsi in più rivoli e disperdersi come un fiume carsico, perdendo nel corso del tragitto la propria forza vincolante[34]. Difatti, giunti a questo "quarto livello" della trasparenza amministrativa vi sono obblighi ancor più limitati – ma non meno specifici – rispetto alle pubbliche amministrazioni ed enti pubblici (primo livello), enti di diritto privato in controllo pubblico (secondo livello) ed enti di diritto privato a partecipazione pubblica minoritaria (terzo livello). Le società indirettamente controllate dalla pubblica amministrazione non sono direttamente vincolate al rispetto degli obblighi di trasparenza: formalmente l'obbligo insiste solo sulle pubbliche amministrazioni al vertice della catena di controllo, le quali sono tenute a far sì che le società direttamente controllate pubblichino l'elenco delle società partecipate e controllate da queste ultime così come tutte le altre informazioni relative agli organi di governo, ai bilanci, ai dati relativi alla ragione sociale e all'entità della partecipazione della società direttamente controllata in quella indirettamente controllata (il comma 5 dell'art. 22, infatti, effettua un rinvio puntuale alle sole disposizioni di cui ai commi 1, lett. b), e 2 del medesimo articolo). Peraltro il legislatore delegato nel quinto comma parla di «principi di trasparenza» in riferimento a delle disposizioni che in realtà contengono obblighi ben dettagliati e specifici.

Volendo provare a sintetizzare quanto finora descritto rispetto alle differenti categorie di enti destinatari degli obblighi di trasparenza, si può azzardare un insolito paragone con la struttura del pianeta terra. Posto che il centro della terra è rappresentato da tutti i soggetti che operano esclusivamente sulla base di risorse pubbliche e in quanto apparato esecutivo del potere politico (la pubblica amministrazione), al pari di quanto accade con la forza di gravità, più ci si avvicina a quel nucleo più onerosi sono gli obblighi di trasparenza, fino ad essere massimi; più ci si allontana da quel nucleo, avvicinandosi in qualche modo al settore privato, meno gravosi divengono gli obblighi. Il principio ordinatore in questo meccanismo è rappresentato dal criterio strumentale delle risorse pubbliche, il cui impiego comporta obblighi di trasparenza, seppur con una gradualità tra i differenti soggetti. Nel fare questa valutazione occorrerebbe tener conto della percentuale di risorse pubbliche impiegate rispetto al totale delle risorse a disposizione. Proseguendo con questa metafora, il legislatore nel riformulare nel 2014 l'art. 11 del "decreto trasparenza" ha attratto, in sintesi, un numero crescente di soggetti verso il nucleo dove la "densità di trasparenza" è massima, arrivando ad imporre esplicitamente e direttamente dei vincoli anche a coloro che nella prima versione del decreto: a) erano esclusi *rectius* solo indirettamente inclusi per il tramite dell'art. 22, come gli enti di diritto privato in controllo pubblico sia con quota maggioritaria pubblica che con quota minoritaria; b) erano già inclusi ma in maniera meno vincolante, come le società partecipate sottoposte, nella prima versione dell'art. 11, al regime dei principi generali della legge anti-corruzione piuttosto che a quelli ben più dettagliati e specifici del "decreto trasparenza".

6. *La trasparenza mediata dalla specificità ordinamentale e i settori cosiddetti speciali*

Alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, alle Regioni a Statuto speciale e alle Province autonome è riconosciuta una maggiore autonomia nelle modalità di applicazione del "decreto trasparenza" (art. 49, inserito tra le norme transitorie e finali). La fonte a cui viene demandato il compito di definire le modalità di applicazione del "decreto trasparenza" all'attività ed organizzazione della Presidenza del Consiglio è un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri; questo in ragione della peculiarità ordinamentale della Presidenza del Consiglio, basata su specifiche disposizioni costituzionali (artt. 92 e 95 Cost.)[35]. Per le Regioni a Statuto speciale e le Province autonome il legislatore delegato non rinvia a fonti specifiche ma ne demanda ai vari ordinamenti l'individuazione, riconoscendone il particolare inquadramento costituzionale (art. 116 della Costituzione)[36]. Qui occorre chiarire un possibile dubbio interpretativo, dal momento che la disposizione, ovvero l'art. 49, comma 4, del "decreto trasparenza" stabilisce che le Regioni a Statuto speciale e le Province autonome «*possono* individuare forme e modalità di applicazione del presente decreto in ragione della peculiarità dei propri ordinamenti». Applicando una logica sistematica, questa espressione è da interpretarsi non tanto come facoltà di applicare le disposizioni in materia di trasparenza, quanto piuttosto come possibilità di adeguare alle regioni a Statuto speciale e alle province autonome gli obblighi esplicitati dal legislatore delegato, fermo restando che, in assenza di tale peculiare adeguamento, gli obblighi generali contenuti nel testo del "decreto trasparenza" debbano trovare applicazione comunque[37]. Rafforza questa seconda interpretazione il fatto che il rinvio sistematico all'elenco di pubbliche amministrazioni del Testo unico del pubblico impiego comunque contiene il riferimento in generale a tutte le regioni, tanto quelle a Statuto ordinario che a Statuto speciale.

Rimane un ulteriore aspetto da considerare per operare una descrizione quanto più completa possibile dell'ambito di applicazione del nuovo regime della trasparenza. Ci si riferisce agli artt. 40 e 41 del decreto relativi rispettivamente alla pubblicazione e accesso alle informazioni ambientali e alla trasparenza del servizio sanitario nazionale. Nel caso delle informazioni ambientali si stabilisce che vi siano ulteriori soggetti privati, finora non contemplati nel decreto, a cui si applicano obblighi particolari di trasparenza. Si tratta dei concessionari di pubblico servizio che svolgono funzioni pubbliche connesse alle tematiche ambientali[38], i quali hanno degli obblighi di pubblicità definibili come "rafforzati" poiché previsti a livello europeo dalla Direttiva in materia di accesso alle informazioni ambientali. La loro sottoposizione alla disciplina della trasparenza è connessa alla funzione che essi svolgono piuttosto che a una qualificazione di tipo soggettivo[39]. L'accesso a questi documenti avveniva finora soltanto su istanza di parte[40], anche se non necessitava di una particolare motivazione né vi era l'onere di rappresentare un interesse[41], in linea con quello che è l'orientamento di tutto il decreto, ovverosia quello di compiere il passaggio da un regime di accessibilità a un regime di più generalizzata disponibilità[42] la cui sintesi sta nel passaggio dal diritto d'accesso alla pubblicazione online. Da oggi in poi tutte le informazioni

ambientali diverranno oggetto della pubblicazione sui siti istituzionali dei soggetti tenuti ad adempiervi, fatte salve tutte le maggiori garanzie già previste dall'ordinamento per i soggetti che, su istanza, intendono accedere a tali informazioni.

Parimenti l'art. 41 del "decreto trasparenza" nell'ambito della sanità estende la platea dei soggetti destinatari degli obblighi di trasparenza anche agli enti privati accreditati, ma in questo caso l'ambito oggettivo è più ristretto, poiché le strutture accreditate sono sottoposte a obblighi più limitati rispetto alle altre amministrazioni e aziende pubbliche sanitarie[43]. Tali obblighi infatti si riferiscono all'elenco delle strutture accreditate e agli accordi intercorsi con tali strutture; infine tali soggetti sono tenuti ad indicare nei propri siti i tempi di attesa prevista per ciascuna tipologia di prestazione erogata (art. 41, commi 4 e 6).

* Il presente contributo è il frutto delle opinioni personali dell'Autrice e non impegna in alcun modo il Garante per la protezione dei dati personali, presso cui la stessa Autrice presta attualmente servizio.

[1] Per un'ampia disamina di tutti i profili più rilevanti del nuovo regime della trasparenza amministrativa si rinvia a L. Califano, C. Colapietro (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

[2] F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 795, dove l'A. si sofferma sulla «nozione flessibile» di ente pubblico derivata dal diritto comunitario.

[3] Civit (Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche) divenuta poi Anac (Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione della trasparenza delle amministrazioni pubbliche), a seguito dell'art. 5 D.L. 31 agosto 2013, n. 101. Questa Autorità ha adottato le seguenti delibere: 4 luglio 2013, n. 50, in particolare 5-6; 31 luglio 2013, n. 59, in particolare 2-3; 31 luglio 2013, n. 65; 7 ottobre 2014, n. 144. Infine, assume rilievo per i profili soggettivi la Determinazione n. 8 del 17 giugno 2015 recante «Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici».

[4] Circolare 19 luglio 2013, n. 2, del Ministro per la Pubblica amministrazione e la semplificazione (G. D'Alia); Circolare 14 febbraio 2014, n. 1, del Ministro per la Pubblica amministrazione e la semplificazione (M. Madia).

[5] Ci si riferisce allo «Schema di decreto legislativo recante revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190, e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33» che il 15 febbraio 2016 è stato sottoposto al vaglio delle Commissioni parlamentari e delle altre istituzioni consultive competenti (Atto n. 267). Un giudizio preliminare sulla disposizione relativa alla ridefinizione dell'ambito soggettivo di applicazione si può rinvenire all'interno del parere che sullo schema di decreto legislativo ha reso, in data 2 marzo 2016, l'Autorità nazionale anticorruzione (*Atto di segnalazione n. 1 del 2 marzo 2016*, reperibile sul sito dell'Autorità). Sullo schema di decreto ha altresì reso parere il Garante per la protezione dei dati personali in data 3 marzo 2016, in <www.garanteprivacy.it>, doc. web n. 4772830. Per un primo commento allo schema di decreto si veda D. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in «federalismi.it», n. 5, 2016.

[6] L. 6 novembre 2012, n. 190. In particolare il riferimento è ai commi da 15 a 33 dell'art. 1.

[7] E. Casetta, *Pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1997; ma anche R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 161 ss.

[8] Si tratta di tutte le amministrazioni dello Stato, compresi gli

istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende e amministrazioni dello Stato a ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli istituti autonomi case popolari, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale, l'agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (Aran) e tutte le agenzie sottoposte al controllo dei Ministeri. In quest'ultimo caso ci si riferisce, per esempio, alle agenzie fiscali o all'*Agenzia dei trasporti terrestri e delle infrastrutture*, così come previste all'interno del D.lgs. 30 luglio 1999, n. 300.

[9] Cfr. R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Nel diritto Editore, 2009, pp. 84 ss.

[10] F. Giglioni, *L'ambito di applicazione*, in B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013 p. 133.

[11] Ivi, pp. 133-134.

[12] La precedente versione del comma 3 dell'art. 11 recitava: «Le autorità indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione provvedono all'attuazione di quanto previsto dalla normativa vigente in materia di trasparenza secondo le disposizioni dei rispettivi ordinamenti».

[13] Si vedano in tal senso i provvedimenti interni adottati da: Garante per la protezione dei dati personali (Del. 1 agosto 2013, n. 380); Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (Reg. 9 settembre 2013); Autorità nazionale anticorruzione (Del. 2 ottobre 2013, n. 74); Consob (Del. 19 dicembre 2013, n. 18751); Banca d'Italia (Provv. 25 marzo 2014).

[14] V. Cerulli Irelli, *Problemi della individuazione delle persone pubbliche dopo la legge sul parastato*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1977, pp. 626 ss.

[15] Si consideri istituti bancari di diritto pubblico antichissimi come il Banco di Napoli o l'Istituto San Paolo di Torino, così come pure alcuni enti creati nel periodo giolittiano (Istituto nazionale delle assicurazioni). Cfr. G. Rossi, *Gli enti pubblici*, in G. Santaniello (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1990, pp. 14 ss.

[16] Ivi, pp. 11 ss.

[17] Chieppa, Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo* cit., p. 210.

[18] In tal senso infatti l'art. 1, comma 2, lett. b), D.lgs. 8 aprile 2013, n. 39 – *Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190*. In questa seconda sottocategoria rientrano tutti gli enti pubblici non territoriali, essendo, invece, quelli territoriali sia di livello statale, che regionale e locale ricompresi già all'interno dell'elenco di cui al testo unico sul pubblico impiego.

[19] V. Ottaviano, *Ente pubblico*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1965.

[20] Giglioni, *L'ambito di applicazione* cit., p. 137.

[21] In questo senso si è espressa anche l'Anac con la Delibera 7 ottobre 2014, n. 144, relativa agli *Obblighi di pubblicazione concernenti gli organi di indirizzo politico nelle pubbliche amministrazioni*.

[22] In questo caso il rinvio esplicito che si rinviene al comma 3 dell'art. 22 del "decreto trasparenza" è agli artt. 14 (Obblighi di pubblicazione concernenti i componenti degli organi di indirizzo politico) e 15 (Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi dirigenziali e di collaborazione o consulenza) del medesimo decreto.

[23] La medesima definizione si ritrova all'art. 11, comma 2, lett. b), del "decreto trasparenza" e all'art. 1, comma 2, lett. c), D.lgs. 8 aprile 2013, n. 39.

[24] Arduo un esaustivo rinvio normativo o giurisprudenziale rispetto a quello che è uno dei problemi maggiormente affrontati dalla giurisprudenza interna e comunitaria e dalla dottrina, assimilabile a quello della qualificazione degli «organismi di diritto pubblico» previsti dalla disciplina comunitaria in materia di appalti. Si veda E. Casetta, S. Foa, *Pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubb.*, agg., Torino, Utet, 2000, pp. 436-458. Non si può che limitarsi a segnalare che le due principali tesi in merito sono esposte in Garofoli, Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo* cit., pp. 136 ss. Vero è che la Corte costituzionale ha riconosciuto che la Corte dei conti mantiene la propria giurisdizione sulle società per azioni costituite a seguito della trasformazione di enti pubblici economici (sent. n. 466/1993).

[25] Si veda anche la citata Determinazione Anac n. 8 del 17 giugno 2015, p. 19, che fornisce alcuni esempi di «attività di pubblico interesse regolate dal diritto nazionale o dell'Unione europea» ovvero «quelle così qualificate da una norma di legge o dagli atti costitutivi e dagli statuti degli enti e delle società e quelle previste dall'art. 11, co. 2, del d.lgs. n. 33 del 2013, ovvero le attività di esercizio di funzioni amministrative, di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche, di gestione di servizi pubblici».

[26] Sottolinea la mancanza di una compiuta definizione e codificazione di "interesse pubblico" M. Spasiano, *L'interesse pubblico e l'attività della p.a. nelle sue diverse forme alla luce della novella della l. 241 del 1990*, in «Giustizia amministrativa», n. 5, 2005.

[27] Si veda in tal senso l'art. 13 D.l. 4 luglio 2006 n. 223, convertito con

modificazioni dalla L. 4 agosto 2006, n. 248.

[28] L'Autorità nazionale anticorruzione sostiene che le società controllate devono sempre assicurare la trasparenza dei dati relativi non solo alle attività di pubblico interesse ma anche all'organizzazione, basando proprio su questo la distinzione tra società controllate e società partecipate, quelle che in questo lavoro si definiscono società a partecipazione pubblica non maggioritaria. Cfr. Determinazione Anac n. 8 del 17 giugno 2015, p. 19.

[29] Il rinvio che la legge operava era ai commi da 15 a 33 dell'art. 1 della L. 6 novembre 2012, n. 190. Ecco il testo: «Alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 e alle società da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile si applicano, limitatamente alle attività di pubblico interesse disciplinate dal diritto nazionale o dell'Unione europea, le disposizioni dell'articolo 1, commi da 15 a 33, della legge 6 novembre 2012, n. 190».

[30] Si veda, per esempio, la ricognizione degli enti vigilati dal Ministero dei beni e le attività culturali e del turismo, effettuata per il tramite del D.M. 27 marzo 2015.

[31] Art. 1, comma 611, lett. f), L. 27 dicembre 2013, n. 147.

[32] Art. 1, commi da 15 a 33, L. 6 novembre 2012, n. 190.

[33] Cfr. la più volte citata Determinazione Anac n. 8 del 17 giugno 2015, p. 23. In questa stessa determinazione, Anac afferma che le società partecipate sono sottoposte, rispetto ai dati sull'organizzazione, unicamente agli obblighi di pubblicità di cui agli artt. 14 e 15 del "decreto trasparenza", in virtù del rinvio operato dall'art. 22, comma 3 del medesimo decreto, raccomandando tuttavia opportuni adattamenti indicati nell'allegato alla Delibera stessa.

[34] Giglioni, *L'ambito di applicazione* cit., p. 138.

[35] È d'altro avviso Giglioni (*L'ambito di applicazione* cit., p. 134) il quale riconduce la posizione di privilegio non tanto alle disposizioni costituzionali quanto piuttosto al fatto che la Presidenza si colloca al vertice di più soggetti con funzioni di coordinamento. Ad ogni modo la Presidenza del Consiglio ha dato attuazione a questa disposizione con il D.P.C.M. 20 dicembre 2013.

[36] Meriterebbe di essere approfondito anche il tema dell'applicazione delle norme di trasparenza alle regioni ordinarie, attualmente destinatarie di tali obblighi in virtù del rinvio al Testo unico del pubblico impiego, il quale ricomprende le Regioni tra le pubbliche amministrazioni.

[37] Giglioni, *L'ambito di applicazione* cit., p. 135. Rafforza questa interpretazione una valutazione di carattere empirico: le Province autonome di Trento e Bolzano stanno già adempiendo agli obblighi di cui al "decreto trasparenza", pur essendosi riservate di adottare le disposizioni di adeguamento alla normativa statale. Si veda in tal senso soprattutto il sito internet "Amministrazione trasparente" della Provincia autonoma di Trento.

[38] Questi soggetti sono quelli elencati all'art. 2, comma 1, lett. b), D.lgs. 19 agosto 2005, n. 195, attuativo della Direttiva UE in materia di accesso alle informazioni ambientali: le amministrazioni pubbliche statali, regionali, locali, le aziende autonome e speciali, gli enti pubblici ed i concessionari di pubblici servizi, nonché ogni persona fisica o giuridica che svolga funzioni pubbliche connesse alle tematiche ambientali o eserciti responsabilità amministrative sotto il controllo di un organismo pubblico. Le informazioni ambientali sono tutte quelle che si riferiscono a informazioni sullo stato delle acque, del suolo, dell'atmosfera, delle zone marine, nonché tutti i provvedimenti, amministrativi e non, relativi alle condizioni ambientali.

[39] Pur non essendo possibile approfondire in questa sede, ci si limita ad osservare l'esistenza di una possibile sovrapposizione tra obblighi di trasparenza ai sensi del "decreto trasparenza" e i preesistenti obblighi in materia ambientale.

[40] Si veda in tal senso il «diritto di accesso alle informazioni ambientali e di partecipazione a scopo collaborativo», come risulta dall'art. 3-*sexies* del Codice dell'ambiente, di cui al D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

[41] Riconosce nella materia ambientale una delle ipotesi di accesso ai dati *uti cives* A. Bonomo, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in «Le Istituzioni del federalismo», nn. 3-4, 2013, pp. 725-751.

[42] E. Carloni, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in «Diritto pubblico», n. 2, 2005, pp. 573 ss.

[43] Giglioni, *L'ambito di applicazione* cit., p. 140.

Sul ricorso alle linee guida da parte del Garante per la privacy

GIOVANNI DI COSIMO

1. *Principio di legalità*

Le linee guida del Garante per la protezione dei dati personali del 15 maggio 2014 affrontano il delicato tema del bilanciamento fra trasparenza e privacy nella rete Internet[1]. Il Garante adotta il provvedimento, che riguarda specificamente i dati pubblicati nei siti web istituzionali di soggetti pubblici, in forza di una disposizione del Codice per la privacy che elenca i compiti affidati all'Autorità. Più precisamente, la delibera si riferisce al compito 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»[2]. Come si vede, la disposizione indica il fine da perseguire ma non il mezzo con il quale farlo. Su questo secondo punto il Codice tace. Del resto, neppure prevede che il Garante possa adottare provvedimenti come le linee guida. La decisione di ricorrere a questo strumento per favorire la conoscenza della disciplina sul trattamento dei dati personali è frutto dell'autonoma determinazione dell'Autorità. Ciò solleva la questione del rapporto delle linee guida con la legge. La mancanza di un preciso fondamento normativo in merito ai poteri esercitati dal Garante suscita interrogativi «in riferimento al sistema delle fonti, alla divisione dei poteri, allo stesso principio democratico»[3]. Più in generale, la legittimità dell'esercizio da parte delle autorità indipendenti di simili poteri dipende dall'accezione del principio di legalità che si assume, laddove un significato forte del principio porta a ritenere che possano esercitare solo poteri espressamente previsti dal legislatore, mentre un significato debole ammette il ricorso anche a poteri non disciplinati.

> Sulla spinosa questione se, in capo agli organi preposti alla regolazione, si debbano riconoscere i soli poteri che gli sono espressamente attribuiti dalla legge o, invece, anche quelli che, sebbene non contemplati, siano strumentali al raggiungimento dei fini istituzionali assegnati, si possono intravedere due approcci radicalmente diversi-

ficati: il primo è quello che, adottando una concezione rigorosa del principio di legalità in senso sostanziale (declinato, cioè, nel senso che ogni potere autoritativo della pubblica amministrazione deve trovare il proprio fondamento diretto o indiretto in una norma di legge formale espressa e sufficientemente precisa), esclude l'esistenza di poteri impliciti; il secondo approccio, per contro, postula una accezione "debole" del principio di legalità applicato al modello regolativo, propendendo per una lettura "pragmatica e smitizzante" del principio di legalità, incline a mediare le istanze di democraticità e di garanzia per i privati con quelle di funzionalità ed efficacia dell'agire amministrativo parimenti munite di riconoscimento costituzionale, prospettando una adeguata tutela offerta dai principi di ragionevolezza, proporzionalità e "raffrontabilità" con gli standards desunti dalla tecnica[4].

Coerentemente al primo approccio, il giudice amministrativo rileva la necessità di un fondamento legislativo del potere esercitato dalle autorità indipendenti. Secondo il Consiglio di Stato, «negli ambiti caratterizzati da particolare tecnicismo […] le leggi di settore attribuiscono alle singole Autorità amministrative indipendenti […], per assicurare il perseguimento degli obiettivi legislativamente fissati, non solo poteri amministrativi individuali ma anche poteri normativi e di regolazione in senso ampio»[5].

Il "policentrismo normativo" che la legislazione italiana è venuta configurando si collega alla sempre più vasta distribuzione delle funzioni pubbliche fra una pluralità di soggetti, anche al di fuori dell'apparato governativo e ministeriale. […] Le autorità indipendenti costituiscono certamente una tipologia speciale di soggettività pubblica e, in questo senso, si tratta di soggetti che devono comunque trovare in un profilo legislativo primario la fonte attributiva del potere e i criteri di fondo che devono presiedere all'esercizio di tale potere[6].

L'altro approccio porta a ritenere che per gli atti del Garante per la protezione dei dati personali valga il concetto dello svolgimento della legge sulla privacy, al pari di quanto fanno i regolamenti di esecuzione, ragion per cui, più che al principio di legalità che impone la presenza di una previa legge di autorizzazione, essi vanno ricondotti al principio secondo cui l'attribuzione di un potere amministrativo comporta la possibilità di disciplinarne in modo generale e astratto le modalità di esercizio[7]. Il potere regolamentare delle autorità garanti è considerato legittimo se volto alla realizzazione dei fini indicati dalla legge, fermo restando che le autorità possono discrezionalmente determinare i modi con i quali conseguire gli obiettivi fissati dalla legge stessa[8]. In questa prospettiva il fondamento del potere regolamentare delle autorità indipendenti corrisponde alla tutela di interessi generali e si configura come un'ipotesi di conferimento di potere in bianco[9]. Il rapporto fra legge e atti delle autorità indipendenti si articola in termini di complementarietà, piuttosto che di sovraordinazione della prima rispetto ai secondi[10].

2. *Al confine fra amministrazione e normazione*

Se si guarda alla prassi, è facile costatare come le autorità indipendenti non si limitino a svolgere attività interpretativa[11]. In alcuni casi esercitano «poteri normativi di fatto» di cui non è chiara la rilevanza esterna[12]. In altre parole, esercitano poteri di regolazione attraverso atti normativi[13]. Soprattutto, ecco il punto, gli spazi d'intervento di cui dispongono sono talvolta usati per «ampliare la sfera di regolamentazione generale e vincolante»[14]. I giudizi

su questa prassi divergono. Da un lato, si pensa che l'attività normativa delle autorità costituisca una deviazione dal diritto amministrativo[15]. Dall'altro, si sostiene che la potestà normativa delle autorità costituisca «espressione della funzione di regolazione alle medesime assegnata»[16].

Non importa qui stabilire quale lettura sia più convincente. Basterà rilevare che tali fenomeni, contraddistinti dall'esercizio di poteri normativi in carenza di attribuzione legislativa, s'inscrivono nel quadro di un più o meno accentuato indebolimento del principio di legalità[17]. Il principio pare sostanzialmente eluso quando le previsioni legislative conferiscono alle autorità indipendenti poteri normativi «vincolati solo con la generica enunciazione di un obiettivo o di un valore»[18]. Soprattutto, va rilevato che tutto ciò introduce un elemento d'incertezza. La citata sentenza del Consiglio di Stato osserva come «sovente la regolazione dei fenomeni collettivi da parte delle Autorità di settore non consenta di distinguere in modo agevole fra atti normativi in senso proprio e atti di regolazione collettiva che restano confinati nell'ambito degli atti amministrativi generali»[19]. Talvolta gli atti delle autorità indipendenti si collocano nella zona grigia fra amministrazione e normazione. Ne nascono delicati problemi di classificazione poiché l'inclusione in un ambito o nell'altro comporta precise conseguenze. La labilità della linea di confine tra atti amministrativi e atti normativi emerge chiaramente con il più discusso dei provvedimenti del Garante per la privacy, le autorizzazioni generali, che costituiscono una categoria di atti sostanzialmente normativi, letteralmente inventata dall'Autorità[20].

3. *Soft law – hard law*

Problemi analoghi si pongono per le linee guida che in qualche caso assumono valore normativo. In effetti, le autorità indipendenti esercitano poteri normativi sia facendo ricorso a regolamenti, sia ad atti che non hanno formalmente una veste regolamentare[21]. Ciò vale anche per il Garante per la privacy che, in più occasioni, forzando il dato legislativo, ha adottato atti sostanzialmente normativi[22]. Fra questi rientrano le stesse linee guida, che talvolta anticipano soluzioni normative rispetto al dettato legislativo[23]. Per esempio, le linee guida del 25 giugno 2009 sul fascicolo sanitario elettronico e sul dossier sanitario dichiarano espressamente di fissare alcune regole in attesa dell'intervento del legislatore[24]. Pure le linee guida del 25 gennaio 2012 sulla pubblicazione dei dati sanitari su siti web non si limitano a indirizzare ma dettano regole[25]. In altri casi le linee guida del Garante per la privacy non hanno valore precettivo[26]. Come si legge in una pronuncia di un tribunale, questi provvedimenti costituiscono un «mero strumento interpretativo non vincolante»[27]. In simili ipotesi le linee guida sono assimilabili agli atti di *soft law*[28].

Il provvedimento del 15 maggio 2014 rientrerebbe in questo secondo gruppo. Si stima che non abbia contenuto precettivo e dunque costituisca espressione di *soft law*[29]. In effetti, l'esame dei contenuti del provvedimento mostra che il Garante svolge una funzione essenzialmente interpretativa (salvo l'eccezione di cui dirò fra un attimo). L'argomento formale dell'avvenuta pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale non sembra, di per sé, provare il contrario, ossia la natura normativa del provvedimento. È noto che gli atti qualificabili come *soft*

law non implicano obbligo di applicazione da parte degli operatori[30]. Il rispetto delle linee guida sui siti web istituzionali di soggetti pubblici è dunque rimesso alla spontanea adesione dei destinatari, circostanza che non favorisce il raggiungimento dell'obiettivo del provvedimento, consistente nell'assicurare l'osservanza della disciplina sul trattamento dei dati personali. In compenso, l'assimilazione alla *soft law* ridimensiona il problema del fondamento legislativo e quindi del rispetto del principio di legalità. C'è tuttavia almeno un passaggio del provvedimento che va distinto dal resto perché sembra porsi in contrasto con la disciplina legislativa. Nel punto in cui le linee guida affrontano la questione dell'obbligo di pubblicazione dei dati in "formato di tipo aperto", limitano una previsione del d.lgs. 33/2013 sugli obblighi di trasparenza da parte delle pubbliche amministrazioni, relativamente alla possibilità che chiunque riutilizzi liberamente i dati[31]. Se si riconduce alla *soft law* anche questo contenuto, il contrasto con il decreto legislativo sugli obblighi di trasparenza determina margini d'incertezza che interferiscono con l'obiettivo del provvedimento di migliorare la conoscenza della disciplina sul trattamento dei dati personali. Se invece si considera che in questo punto il Garante abbia esercitato un potere normativo, come sembra più verosimile, resta – sia pure in forma diversa – il fattore d'incertezza, e in più sorgono tensioni sul fronte del principio di legalità. Per attenuare il secondo problema sarebbe stato opportuno avviare una consultazione durante l'iter approvativo del provvedimento, così come avvenuto per l'adozione delle precedenti linee guida sullo stesso tema del 2 marzo 2011[32]. Si sarebbe così concretato uno dei fattori che fanno parlare di un nuovo modello di produzione normativa caratterizzato dal dialogo tra il pubblico potere e gli interessati al provvedimento[33]. Come ha osservato il giudice amministrativo,

> «[…] l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative»[34].

[1] Cfr. L. Califano, *Le nuove Linee guida del Garante privacy sulla trasparenza nella PA*, in «www.forumcostituzionale.it».

[2] Dlgs. 196/2003, art. 154 comma 1 lett. *h*).

[3] E. Grosso, *Autorità indipendente o autorità onnipotente? Il potere normativo di fatto del Garante per la protezione dei dati personali*, in M.G. Losano (a cura di), *La legge italiana sulla privacy. Un bilancio dei primi cinque anni*, Roma-Bari, Laterza, 2001 p. 140.

[4] Tar Lombardia, sez. III, sent. 683/2013.

[5] Sez. VI, sent. 4874/2014.

[6] Cons. St., sez. Cons. Atti normativi, parere 11603/2005.

[7] M. Dogliani, *Diritto di accesso e diritto alla riservatezza: le tecniche di regolazione*, in Losano (a cura di), *La legge italiana sulla privacy* cit., p. 28.

[8] A. Barbera, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 90.

[9] S. Foà, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 119.

[10] M.A. Cabiddu, D. Caldirola, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in «Amministrare», n.

1/2, 2000, p. 39.

[11] M. Cuniberti, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in «Rivista di diritto costituzionale», 2002, p. 20. Sulla tendenza delle autorità indipendenti a esercitare poteri di normazione non previsti dal legislatore cfr. F. Politi, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enciclopedia giuridica*, XIX, Roma, 1995, p. 11.

[12] Cabiddu, Caldirola, *L'attività normativa delle autorità indipendenti* cit., p. 26.

[13] V. Cerulli Irelli, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in «www.astrid-online», p. 15.

[14] S. Nicodemo, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, Cedam, 2002, p. 207.

[15] V. Angiolini, *Le «autorità» alla ricerca dell'«indipendenza»?*, in «Amministrare», n. 1/2, 2000, p. 9.

[16] R. Titomanlio, *Potestà normativa e funzione di regolazione*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 69.

[17] L'osservazione è frequente. Si veda, per esempio, G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 218.

[18] P. Caretti, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2005, p. XV.

[19] Sez. VI, sent. 4874/2014.

[20] R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 252. Le autorizzazioni generali svolgono una funzione «paranormativa» (M. Clarich, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 16).

[21] M. Foglia, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in «Quaderni regionali», 2008, p. 569.

[22] Grosso, *Autorità indipendente o autorità onnipotente?* cit., p. 159. Al Garante si rimprovera inoltre di svolgere un ruolo di governo della produzione normativa (A. Simoncini, *Autorità indipendenti e costruzione dell'ordinamento giuridico: il caso del Garante per la protezione dei dati personali*, in «Diritto pubblico», 1999, pp. 854 e 860) e un ruolo sostanzialmente normativo nella sollecitazione e formazione dei codici di deontologia (P. Bilancia, *Riflessi del potere normativo delle Autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in «Diritto e società», 1999, p. 263).

[23] A. Trojsi, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 83 ss.

[24] «Nelle more di un possibile intervento normativo che regoli alcuni aspetti di fondo, il Garante ritiene pertanto opportuno individuare un primo quadro di cautele, al fine di delineare per tempo specifiche garanzie e responsabilità, nonché alcuni diritti».

[25] A. Rubino, *Nota alle linee guida del Garante per la protezione dei dati personali "in tema di trattamento di dati personali per finalità di pubblicazione e diffusione nei siti web esclusivamente dedicati alla salute"*, in «www.osservatoriosullefonti.it», fasc. 1/2012, p. 3, la quale osserva che il Garante esercita un «potere assimilabile a quello regolamentare».

[26] Trib. civ. Roma, sez. I, sent. 2 ottobre 2009; trib. Trento, sez. civ., sent. 153/2011 secondo cui «si tratta di indicazioni pacificamente prive di valore precettivo».

[27] Trib. Bassano del Grappa, 12 maggio 2009.

[28] S. Morettini, *Il* soft law *nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie? I paper dell'Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione*, «www.osservatorioair.it», luglio 2011, P 4/2011.

[29] A. Frosini, *Gli atti normativi del Garante per la protezione dei dati personali*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2014, p. 3704.

[30] A. Pizzorusso, *Alcuni problemi da affrontare per lo studio delle fonti del diritto nell'epoca contemporanea*, in *Studi in onore di Alessandro Pace*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, vol. III, p. 2594; R. Bin, *Soft law, no law*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 31 ss.

[31] F. Cardarelli, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in «Diritto dell'informazione e dell'informatica», 2015, pp. 271 ss.

[32] Il testo fa solo riferimento a «segnalazioni e quesiti pervenuti». Nel 2011 lo schema di provvedimento era stato «sottoposto a consultazione previa pubblicazione sul sito web dell'Autorità».

[33] M. Manetti, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, Jovene, 2009, vol. I, pp. 219 ss.

[34] Cons. St., sez. VI, sent. 7972/2006, secondo cui «[…] in assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale».

Tra obblighi di trasparenza e diritto alla riservatezza: verso una trasparenza di tipo "funzionale"

FRANCESCO DE LEONARDIS

1. *Dall'accezione soggettiva della legittimazione all'accesso a quella oggettiva?*

L'entrata in vigore del decreto sulla trasparenza nel 2013 (d.lgs. n. 33/2013), adottato sulla base della delega contenuta nella Legge n. 190/2012[1], ha indotto un generale ripensamento sulla portata del principio di pubblicità affermato dalla Legge n. 241/90, e da più parti ci si è chiesti se si possa affermare che le disposizioni del 2013 abbiano sostanzialmente riscritto la disciplina dell'accesso, che almeno fino ad allora era saldamente ancorata al principio per cui non chiunque può avere accesso ai dati e alle informazioni della pubblica amministrazione ma solo chi sia detentore di un interesse qualificato (diretto, concreto e attuale)[2]. Secondo alcune letture il nostro sistema, con l'entrata in vigore della Legge del 2013, si sarebbe evoluto dal modello dell'accessibilità parziale con legittimazione soggettiva al modello dell'accessibilità parziale con legittimazione oggettiva: dal momento in cui il legislatore ha imposto alle pubbliche amministrazioni l'obbligo di pubblicare tutti i dati a loro disposizione, saremmo transitati, di fatto, in un sistema del tipo di quello scandinavo[3] in cui chiunque ha diritto di accedere alle informazioni detenute dalle p.a. senza che occorra far valere uno specifico interesse o una particolare motivazione.

Obiettivo del presente contributo è quello di confermare che tale conclusione, almeno per ora, non può essere condivisa e che, se indubbiamente la trasparenza dell'amministrazione a seguito delle normative del 2013 è aumentata, e tenderà ad aumentare ancora nel momento in cui si darà attuazione alla cd. Legge Madia[4], non si può dire certo che si sia già operato il transito al modello di accessibilità alle informazioni di tipo oggettivo che non prevede una legittimazione soggettiva per poter chiedere l'accesso ai documenti amministrativi. Come si vedrà, al "contenimento" della trasparenza e al "salvataggio" dell'interesse soggettivo come presupposto per

l'accesso ha senz'altro contribuito l'applicazione dell'art. 24 comma 2 lett. d) della Legge n. 241/90 che fa salva l'esigenza di tutelare la «riservatezza di terzi, persone, gruppi e imprese» ma soprattutto la costante azione dal Garante della Privacy e in particolare le linee Guida da questo approvate nel maggio del 2014[5].

Prima di entrare *in medias res* si procederà a ricordare alcuni elementi essenziali in materia di principi di pubblicità e di trasparenza e a richiamare, se pur per cenni, i modelli teorici a cui può ricollegarsi l'attuazione di tali principi.

2. *I principi di pubblicità e di trasparenza*

Il principio di pubblicità e il principio di trasparenza sono stati introdotti tra i principi generali dell'attività amministrativa in momenti diversi[6]. Il primo fa parte dei principi che vennero enunciati dal legislatore già in sede di redazione del testo originario della Legge n. 241/1990; il secondo venne inserito quindici anni più tardi dalla Legge n. 15/2005. Si tratta di principi differenti che rappresentano gradi diversi di tutela del cittadino e delle imprese che vengono in rapporto con la pubblica amministrazione. Il principio di pubblicità esprime la doverosità della "messa a disposizione" di informazioni da parte dell'amministrazione al cittadino, si contrappone al principio di segretezza e si esprime negli aggettivi "manifesto", "palese", "visibile", "conoscibile". Esso mira a creare una situazione oggettiva di conoscibilità di qualche cosa che pertiene alla sfera giuridica di un soggetto pubblico[7]. Il principio di trasparenza indica un grado più avanzato di tutela, quello del "passaggio di conoscenza" tra pubblica amministrazione e cittadini[8]: ciò è quanto esprime la radice "tr", come evidenziano i termini che tale radice contengono come treno, trasporto, traduzione, traslazione, tradimento e come appunto, trasparenza, che si riferisce al passaggio di conoscenza tra amministrazione e cittadino. La differenza tra i due principi consisterebbe nel fatto che, mentre con il principio di pubblicità viene imposto alle pubbliche amministrazioni il dovere di dare pubblicità alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni, pur con i limiti soggettivi e oggettivi che si sono indicati, con quello di trasparenza si imporrebbe alle amministrazioni anche quello di rendere comprensibili tali informazioni: *la pubblicità comporterebbe una mera "conoscibilità"* (come ad es. mettere a disposizione dei bilanci), *la trasparenza un "effettivo passaggio di conoscenza"* (rendere comprensibile anche ai non tecnici il contenuto dei bilanci stessi)[9]. Potrebbero, dunque, ricollegarsi a tale accezione della trasparenza quelle norme (artt. 13 e 22 d.lgs. n. 152/2006 in materia di VAS e VIA) che prevedono, sulla scia di quanto previsto dall'art. 6 della Convenzione di Aahrus, che i rapporti ambientali da divulgare al fine dello svolgimento delle consultazioni siano accompagnati da una "sintesi non tecnica" o da un "*resumé non tecnique*", e le altre norme che hanno imposto alle amministrazioni, nella redazione dei loro atti, espressioni chiare e comprensibili da tutti[10]. Appare, comunque, indubbio che la necessità di specificare accanto al principio di pubblicità anche quello di trasparenza non avrebbe avuto senso se il secondo principio fosse stato già ricompreso nel primo[11], e che anche la considerazione delle discipline vigenti in altri paesi porta a differenziare i principi di trasparenza e di pubblicità[12].

Il principio di trasparenza non implica, dunque, almeno per ora, che l'amministrazione possa essere considerata "casa di vetro"[13], nel senso che tutto quello che si svolge all'interno dell'amministrazione possa essere visto da chi si trovi al suo esterno – i segreti, infatti, continuano a restare indispensabili per la conservazione dell'ordinamento[14] –, ma implica qualcosa di più, ossia che tutto quello che passa dalle "finestre schermate o schermabili" debba essere effettivamente reso comprensibile a chiunque (anche ai non addetti ai lavori).

3. *I modelli teorici in relazione all'accesso ai dati e alle informazioni e il modello della legislazione del 1990*

In via di estrema sintesi, in relazione all'accesso ai dati e alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni i sistemi amministrativi possono essere ispirati a due modelli diversi: il primo è quello del segreto o della riservatezza e il secondo è quello dell'accessibilità[15]. Il primo modello è quello che veniva delineato dal Testo unico sugli impiegati civili n. 3/1957 che prevedeva che l'amministrazione non mettesse a disposizione dei cittadini nessun tipo di informazione. Il secondo modello è quello dell'accessibilità che si declina sia con riferimento ai dati accessibili sia con riferimento ai richiedenti: in relazione ai dati accessibili vi sono due varianti, ossia accessibilità a tutti i dati (accessibilità totale) o solo ad alcuni dati (accessibilità parziale); con riferimento ai richiedenti vi sono ulteriori due varianti: accessibilità su istanza di parte (connotazione soggettiva) o senza istanza (connotazione oggettiva). Il modello a cui si ispirava la nostra legislazione del 1990 era quello dell'accessibilità parziale a connotazione soggettiva (su istanza di parte): solo alcuni dati e informazioni potevano essere resi disponibili e a tali dati si consentiva l'accesso solo a coloro i quali avessero un interesse diretto, concreto e attuale. L'art. 22 della Legge n. 241/90, infatti, ruota attorno al concetto di interesse qualificato: nella lettera a) di tale norma si definisce il diritto di accesso come diritto degli "interessati" di prendere visione e di estrarre copia dei documenti amministrativi; nella lett. b) si definiscono gli interessati come tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso; e, soprattutto, nella lett. c) si definiscono come controinteressati tutti i soggetti individuati o facilmente individuabili, in base alla natura del documento richiesto, che a seguito dell'esercizio del diritto di accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza.

Il punto è capire se tale modello sia rimasto valido o meno a seguito dell'interazione con il decreto trasparenza del 2013.

4. *Il diritto alla privacy come prima limitazione del diritto di accesso: Legge n. 241/1990 e Codice per la protezione dei dati personali (d.lgs. n. 196/2003)*

Fin dalle prime esperienze applicative della disciplina del 1990 fu chiaro che la piena conoscibilità delle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni avrebbe trovato due argini fondamentali: l'interesse

del richiedente e l'esigenza di tutela della riservatezza e della privacy dei terzi. Si è già ricordata la norma (art. 22) che si riferisce alla natura dell'interesse che giustifica l'accesso, mentre con riferimento al secondo "argine" alla piena conoscibilità occorre ricordare che già la prima formulazione dell'art. 24 della Legge n. 241/90 escludeva dall'accesso i documenti che riguardavano la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, giuridiche, di gruppi o associazioni. L'argine della riservatezza era però assai debole perché nelle prime applicazioni giurisprudenziali il diritto alla riservatezza dei terzi veniva considerato recessivo ove la conoscenza degli atti relativi ad un dato procedimento amministrativo fosse necessaria a curare o difendere gli interessi giuridici dell'istante[16].

A irrobustire consistentemente questo argine contribuì l'istituzione del Garante per la privacy istituito con la Legge 31 dicembre 1996, n. 675 che ne iniziò da subito l'opera lenta ma inesorabile di rafforzamento, e il Codice per la protezione dei dati personali del 2003 (in particolare gli artt. 59 e 60 d.lgs. 196/2003). Si delineò quindi una disciplina a tre livelli di protezione dei dati dei terzi che a loro volta rilevavano tre gradi di intensità giuridica della situazione giuridica che il richiedente intendeva tutelare: per poter rendere accessibili dati supersensibili (salute e vita sessuale) occorre vantare una situazione di pari rango; per poter accedere a dati sensibili (origine razziale ed etnica, convinzioni religiose, filosofiche, appartenenza ad associazioni) si può provvedere solo se strettamente indispensabile per curare o difendere i propri interessi giuridici; per poter accedere ai dati comuni in ogni caso la conoscenza deve essere necessaria per la tutela dei propri interessi. Tali indicazioni vennero recepite dalle modifiche dell'art. 24 della Legge n. 241/90 intervenute nel 2005, in cui si richiama espressamente la norma del Codice della privacy innanzi citata[17]. Si delineava con chiarezza, in ogni caso, il conflitto tra i due interessi, quello a conoscere i dati detenuti dalle amministrazioni e quello a garantire la tutela della riservatezza, che avrebbe dominato la scena negli anni successivi e che avrebbe aperto enormi spazi al sindacato giurisdizionale chiamato di volta in volta ad operare il bilanciamento tra di essi, facendo prevalere ora l'uno ora l'altro[18].

5. *Il decreto sulla trasparenza (d.lgs. n. 33/2013)*

Su tale sistema è intervenuto ormai tre anni fa il d.lgs. n. 33/2013 ispirato all'esigenza di contrastare i fenomeni corruttivi e contenente una forte controspinta rispetto a quanto si era venuto affermando negli anni precedenti con riferimento all'irrobustimento del diritto alla riservatezza.

L'art. 1 d.lgs. 33/2013 si riferisce testualmente, infatti, ad una vera e propria accessibilità "totale" («accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle p.a.») e ricollega il principio di *disclosure* ai «principi democratici, di eguaglianza, di imparzialità, di buon andamento, di responsabilità, di efficacia e di efficienza nell'uso delle risorse pubbliche, integrità e lealtà al servizio della nazione». Sempre nell'art. 1 si legge che l'accessibilità totale è «condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali» e che essa «integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di un'ammini-

strazione aperta, al servizio del cittadino». Anche nell'art. 2 comma 2, nella stessa linea di affermazione dell'interesse alla trasparenza, si statuisce a proposito della «pubblicazione nei siti web dei documenti, delle informazioni e dei dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle p.a. cui corrisponde il diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente e immediatamente senza autenticazione e identificazione». Ma soprattutto rileva l'art. 5 sull'accesso civico il quale prevede che «l'obbligo di pubblicazione comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi documenti […] e che la richiesta di accesso civico non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e non deve essere motivata, è gratuita e va presentata al responsabile della trasparenza nella p.a.». Per tali caratteristiche si è pensato di accostare il d.lgs. 33/2013 al *Freedom of Information Act*[19] che però, pur avendo indubbiamente "rafforzato" l'interesse alla trasparenza, non ha fatto venir meno la necessità di bilanciamento con le norme che impongono la tutela della riservatezza.

6. *Le linee guida del Garante per la Privacy n. 243 del 15 maggio 2014*

L'Autorità Garante per la Privacy in varie occasioni è intervenuta in funzione del rafforzamento dell'"argine" consistente nel diritto alla riservatezza. In un primo tempo con provvedimenti specifici, poi con tre diverse serie di linee guida adottate rispettivamente nel 2007[20], nel 2011[21] e nel 2014, che verranno esaminate in seguito in dettaglio. Si noti che già nelle linee guida del 2011 il Garante si era posto lo scopo di definire «un primo quadro unitario di misure e accorgimenti finalizzati a individuare opportune cautele che i soggetti pubblici sono tenuti ad applicare in relazione alle ipotesi in cui effettuano, in attuazione alle disposizioni normative vigenti, attività di comunicazione o diffusione di dati personali sui propri siti istituzionali per finalità di trasparenza, pubblicità dell'azione amministrativa», evidenziando la necessità di contemperare le esigenze di pubblicità e di massima trasparenza con quelle del rispetto della privacy e conseguentemente "limitando" gli obblighi di pubblicazione di dati sul web. Una pubblicazione indiscriminata di tali dati produce una serie di rischi: la facile reperibilità, grazie anche ai motori di ricerca, di informazioni delicate; il rischio di cristallizzazione di informazioni sul web per le difficoltà pratiche oltre che giuridiche della cancellazione; in generale le possibilità di compromissione del diritto alla vita privata. In presenza di dati personali, la compressione della riservatezza, frutto di una condizione di piena conoscibilità, risulta, per le linee guida del 2011, ammissibile solo in presenza di una espressa scelta del legislatore, finalizzata a soddisfare specifiche esigenze di trasparenza.

Era dunque del tutto comprensibile che il Garante della Privacy operasse una certa resistenza all'approvazione del decreto trasparenza del 2013: in un primo tempo intervenne con un parere sullo schema del decreto legislativo evidenziando la contrapposizione di alcune sue disposizioni (piena riutilizzabilità, riaggregabilità, indicizzazione e rintracciabilità) con una serie di principi del Codice della Privacy[22] (tra cui il principio di finalità, il diritto all'oblio, la non decontestualizzazione) e, in un secondo tempo, appunto con le ultime linee guida

approvate con provvedimento n. 243 del 15 maggio 2014. Tali linee guida costituiscono un valido tentativo di aiutare le pubbliche amministrazioni a disciplinare in maniera organica (limitando) i casi di pubblicazione di dati da parte delle stesse p.a. sui siti istituzionali, cioè mediante diffusione sul web.

Era prevedibile che l'approvazione di tali linee guida ricevesse una serie di commenti critici sul piano generale delle fonti: sembrava quasi che quel che il Garante non era riuscito ad ottenere attraverso la sua interlocuzione con il potere legislativo sarebbe stato conquistato con un atto amministrativo dal valore dubbio. Come è stato esattamente ricordato «ciò che emerge, con forza, dal documento del Garante, è il contrasto tra i paradigmi dell'amministrazione aperta e quelli della privacy: un contrasto che appare in prima battuta di tipo culturale, e in termini normativi ha i suoi punti più evidenti nelle contrapposizioni tra riutilizzo (per qualsiasi finalità) e principi di finalità e necessità, tra indicizzazione e pericolo di decontestualizzazione, tra completezza e pertinenza-non eccedenza, più complessivamente tra dati di tipo aperto e dati oggetto di protezione, tra *open data* e *habeas data*; tra il modello del riutilizzo, per come inteso nei paradigmi dell'*open government* e fatto proprio dal d.lgs. n. 33/2013, e una serie di principi del sistema della privacy, primi tra tutti quelli di necessità e finalità»[23]. In realtà, a prescindere dalle considerazioni sullo spazio sempre maggiore che l'ordinamento attribuisce alle autorità indipendenti, appare palese che le linee guida del maggio 2014 non contengono norme innovative e confermano invece ciò che il legislatore nazionale, da una parte, e il legislatore europeo, dall'altra, avevano da tempo affermato in materia di rapporti tra accesso e riservatezza.

Il punto di approdo a cui si era pervenuti nelle vicende di accesso relativo all'azione dell'amministrazione da parte del legislatore, della giurisprudenza e della dottrina era, come si è ricordato, quello di non stabilire in modo netto la prevalenza del diritto d'accesso sulla riservatezza ma, viceversa, quello del bilanciamento ottenuto procedendo caso per caso, volta per volta, a seguito di un'attenta attività istruttoria. Orbene, se si guarda alla pubblicazione da parte delle p.a. di dati sul web, le precisazioni fatte dal Garante vanno chiaramente nello stesso senso del bilanciamento riscrivendo, si potrebbe dire, la trasparenza in modo funzionale. Il Garante esprime tale "trasparenza funzionale" in modo chiaro: «in tutti i casi, indipendentemente dalla finalità perseguita, laddove la pubblicazione online di dati, informazioni e documenti, comporti un trattamento di dati personali, devono essere opportunamente contemperate le esigenze di pubblicità e di trasparenza con i diritti e le libertà fondamentali nonché la dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto di protezione dei dati personali» (p. 8 delle linee guida che richiamano l'art. 2 del Codice). La p.a. che pubblica dati sul sito web deve operare il suddetto bilanciamento caso per caso, non potendosi riscontrare automatismi, né attività vincolata: si deve decidere caso per caso nell'esercizio di poteri discrezionali e con la conseguente assunzione di responsabilità. Le linee guida affermano chiaramente: «è opportuno evidenziare che le decisioni, assunte dalle amministrazioni pubbliche o dagli altri soggetti onerati [...] sono oggetto di sindacato da parte del Garante al fine di verificare che siano rispettati i principi in materia di protezione dei dati personali". Il

Garante ricorda espressamente, poi, che il cattivo bilanciamento tra trasparenza e privacy comporta l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 162, comma 2bis e 167 del Codice. Occorre dunque leggere con grande cautela quelle disposizioni che potrebbero far pensare ad una "trasparenza totale" (e non funzionale) della p.a.

7. *Il "decalogo" delle pubblicazioni da parte delle p.a. di dati e informazioni sul web*

Volendo ridurre a decalogo gli obblighi di trasparenza funzionale si possono enucleare le seguenti dieci regole. La prima regola è che la p.a. non deve mettere a disposizione (e quindi pubblicare sul web) dati coperti da segreto. A limitare ciò che la p.a. deve pubblicare intervengono dunque innanzitutto le tre classiche aree del segreto di Stato, del segreto d'ufficio e del segreto statistico. E tale prima regola viene stabilita già nell'art. 1, co. 1 d.lgs. 33/2013. La seconda regola è che la pubblica amministrazione non deve mettere a disposizione dati, a meno che non sia prevista una pubblicazione obbligatoria. Il legislatore prevede con chiarezza che esclusivamente i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria (e dunque non tutti) siano resi direttamente accessibili (art. 3 d.lgs. 33/2013.). Si noti che questa norma fa da *pendant* a quella norma del Codice che prevede che la diffusione di dati personali (ossia il dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione da parte dei soggetti pubblici), è ammessa unicamente quando la stessa è prevista da una specifica norma di legge o di regolamento (art. 19 comma 3 del Codice). Pertanto le p.a., prima di mettere a disposizione sui propri siti web istituzionali informazioni, atti e documenti amministrativi (in forma integrale o per estratto) contenenti dati personali, devono verificare se la normativa sulla trasparenza preveda tale obbligo. La terza regola è quella della limitazione soggettiva: devono essere pubblicati, infatti, solo i dati relativi ai titolari di organi di indirizzo politico, di uffici o incarichi di diretta collaborazione nonché di dirigenti titolari di organi amministrativi (art. 4, comma 2 d.lgs. 33/2013). La quarta regola è che la pubblica amministrazione, anche quando sia prevista una pubblicazione obbligatoria, non deve limitarsi a pubblicare *sic et simpliciter* ma deve sempre verificare se sussistano le condizioni per l'oscuramento. Come riportano testualmente le linee guida, «è necessario selezionare i dati personali da inserire in tali atti e documenti, verificando, caso per caso, se ricorrono i presupposti per l'oscuramento di determinate informazioni». La quinta regola è che, nel pubblicare dati e informazioni, la pubblica amministrazione debba rispettare il principio di necessità. E qui trova applicazione la norma principe sul bilanciamento, l'art. 3 del Codice sul principio di necessità, per cui occorre ridurre al minimo l'utilizzazione di dati personali e di dati identificativi ed evitare il relativo trattamento ove le finalità perseguite nei singoli casi possano essere realizzate mediante dati anonimi o altre modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità. La sesta regola è che quando la pubblica amministrazione pubblica qualcosa deve rispettare il principio di pertinenza. L'art. 11 del Codice prevede che i dati da pubblicarsi non debbano

essere eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti e successivamente trattati: ossia la p.a. deve rendere comunque non intellegibili i dati personali non pertinenti o, se sensibili o giudiziari, non indispensabili rispetto alle specifiche finalità di trasparenza della pubblicazione, nonché deve ricorrere sempre a forme di anonimizzazione dei dati personali eventualmente presenti nel documento in caso di pubblicazione facoltativa. La settima regola è che quando la pubblica amministrazione pubblica qualcosa non può diffondere dati sullo stato di salute (al riguardo sarebbe stato utile prevedere identiche disposizioni per i dati sulla vita sessuale). L'ottava regola è che non tutti i dati ma solo alcuni relativi all'organizzazione vanno pubblicati: l'art. 13 d.lgs. 33/2013 richiama, oltre alle limitazioni di carattere soggettivo, la necessaria pubblicazione dell'articolazione degli uffici, dell'organigramma e dell'elenco dei numeri di telefono e degli indirizzi PEC. La nona regola è che si possano pubblicare le dichiarazione dei redditi dei familiari degli organi di vertice solo se questi lo consentano. La decima regola è relativa all'attività della p.a.: non vi è un obbligo di pubblicazione di tutti i provvedimenti ma solo degli "elenchi" dei provvedimenti. Per ciascuno dei provvedimenti vanno però pubblicati: contenuto, oggetto, eventuale spesa prevista ed estremi relativi ai principali documenti contenuti nel fascicolo relativo al procedimento (si tratta di quanto previsto dall'art. 23 d.lgs. 33/2013).

La pubblicazione di dati sul web appare dunque, in sintesi, come un'attività complessa che richiede professionalità specifiche e risorse dedicate e che appare difficilmente realizzabile volendo procedere a costo zero per le amministrazioni (non a caso negli USA per la realizzazione del FOIA sono stati previsti 50 milioni di dollari). Si pensi all'importantissima norma sulla qualità delle informazioni che è contenuta nell'art. 6 d.lgs. 33/2013 e per la quale le p.a. assicurano qualità delle informazioni, integrità, costante aggiornamento, completezza, tempestività, comprensibilità, omogeneità, facile accessibilità.

8. *Verso una trasparenza di tipo funzionale*

Alla luce di tali limitazioni della trasparenza, che peraltro appaiono tutte condivisibili e conformi sia al diritto europeo che a quello nazionale, si può ora tentare di inquadrare la novità del d.lgs. 33/2013 in modo più equilibrato.

Molti passi in avanti sono stati fatti negli ultimi venti anni rispetto al sistema ispirato al segreto totale, che si desumeva dall'art. 15 T.U. 3/1957 e per il quale di fatto nessuna informazione poteva essere messa a disposizione del cittadino: il nostro sistema di "trasparenza funzionale" ci colloca paradossalmente più avanti rispetto ai modelli dell'accessibilità totale senza richiesta come quello scandinavo perché richiede un esercizio ragionato di potere da parte dell'amministrazione. Il nostro sistema resta, quindi, allo stato, caratterizzato dall'accessibilità parziale intesa come la parziale messa a disposizione di informazioni (solo alcuni dati sono conoscibili) e solo per alcuni cittadini in possesso di interesse qualificato ossia diretto, concreto e attuale (Italia e Germania) ma "aperto" alla trasparenza in modo assai più ampio che in passato.

[1] Com'è noto, l'esigenza di garantire una maggiore trasparenza dell'amministrazione pubblica è maturata nel nostro Paese alla luce dei dati che attestano una presenza diffusa della corruzione. Sul punto B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione*, in «Giorn. dir. amm.», n. 123, 2013; F. Merloni, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 e d.lgs. n. 33 del 2013*, in B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, pp. 17 ss.

[2] Sui rapporti tra decreto trasparenza e legge generale sull'azione amministrativa cfr. L. Califano, C. Colapietro, *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014; M. Caporale, *La declassificazione delle informazioni: un esercizio di trasparenza?*, in «Giorn. dir. amm.», n. 23, 2015; B. Carotti, *L'amministrazione digitale e la trasparenza amministrativa*, in «Giorn. dir. amm.», n. 625, 2015; M.C. Cavallaro, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in «Dir. amm.», n. 121, 2015,; M.C. D'Arienzo, *Diritto alla trasparenza e tutela dei dati personali nel d.gs. n. 33/2013, con particolare riferimento alla disciplina dell'accesso civico*, in «Dir. processo amm.», n. 123, 2015; F. Fracchia, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in «Il dir. dell'economia», n. 483, 2015; G. Vesperini (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015; A. Pajno, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in «Giust. civ.», n. 213, 2015; M.R. Spasiano, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, in «Nuove autonomie», n. 63, 2015; S. Vaccari, *Il difficile bilanciamento tra favor per la trasparenza e (necessaria) tutela della riservatezza nel d.lgs. n. 33/2013*, in «Il dir. dell'economia», n. 151, 2015; A. Contieri, *Trasparenza e accesso civico*, in «Nuove autonomie», n. 563, 2014; Atti del convegno di Varenna, *Politica e amministrazione della spesa pubblica: controlli, trasparenza e lotta alla corruzione*, 2014, F.II.593 59; F. Manganaro, *Trasparenza e obblighi di pubblicazione*, in «Nuove autonomie», n. 553, 2014; I. Nicotra, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, vol. II, *La libertà d'informazione e la democrazia costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pp. 429 ss.; F. Patroni Griffi, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in «federalismi», n. 8, 2013.

[3] Sulla legislazione svedese del 1766 (*Freedom of Press Act*) e su quelle successive della Finlandia del 1951, della Norvegia del 1970 e della Danimarca del 1985 si veda R. Scarciglia, *L'accesso ai documenti amministrativi. Attuazione della legge 241/90. Profili di diritto comparato*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 1994, pp. 171 ss.

[4] La legge n. 124/2015 attribuisce nell'ultima parte dell'art. 7 delega al Governo per il «riconoscimento della libertà d'informazione attraverso il diritto di accesso, anche per via telematica, ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, salvi i casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento e nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati, al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche». Sul punto, B. Carotti, *L'amministrazione digitale e la trasparenza amministrativa*, in «Giorn. dir. amm.», n. 5, 2015, pp. 625 ss.

[5] Sul punto, A. Monea, *Privacy e trasparenza on line della p.a.: nuove regole dalle linee guida 2014 del Garante*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2014, 68 PER.B.1281.

[6] Sul punto si consenta di rinviare a F. De Leonardis, *I principi dell'azione amministrativa*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 10 ss.

[7] A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, in *Trattato dir. amm. vo Cassese*, II, 2000, p. 972; G. Arena, *Il segreto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1984, vol. I; *La trasparenza amministrativa e il diritto d'accesso ai documenti*, in Id. (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 15; A. Meloncelli, *L'informazione amministrativa*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 1983.

[8] G. Arena, *Il diritto d'accesso*, Relazione al convegno "Le innovazioni della disciplina generale dell'azione amministrativa. Una prima lettura della legge 11 febbraio 2005, n. 15", Parma, 10 giugno 2005.

[9] Il principio di trasparenza si riferirebbe, quindi, fondamentalmente a quella che era stata definita come "pubblicità-informazione" che sarebbe collegata al principio di socialità e al principio di sussidiarietà: «per realizzare la giustizia sociale e l'eguaglianza sostanziale – finalità nelle quali si sintetizza l'idea dello Stato sociale – non basta, infatti, l'adozione di leggi con contenuto particolare, ma si rende indispensabile che i destinatari siano effettivamente posti nella condizione di esercitare i diritti che sono stati loro riconosciuti. Incombe perciò all'esecutivo, ancor prima dell'esecuzione delle leggi, e poi nel corso di essa, il dovere di svolgere un'attività di informazione congrua rispetto all'appello all'osservanza della legge contenuto nella sua promulgazione. La pubblicità informazione diviene, allora, uno dei presupposti necessari per la realizzazione della giustizia sociale», A. Meloncelli, voce *Pubblicità*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1988, vol. XXXVII, p. 1038.

[10] M.A. Sandulli, *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, Giuffrè, 2005.

[11] Si consideri, poi, che la differenza tra i due principi veniva già richiamata nella relazione alle proposte di modifica nelle quali si legge che «la trasparenza, come è stato chiarito durante le audizioni, è principio diverso dalla pubblicità ed è la base per un corretto rapporto con il cittadino, in grado di determinare una diminuzione del tasso di contenzioso» (Relazione della I Commissione permanente affari costituzionali al d.d.l. 3890 presentata il 6 novembre 2003).

[12] «Anche in altri ordinamenti, del resto, i due principi vengono distinti: negli USA, dopo una prima disciplina dell'accesso nel *Freedom of Information Act* del 1966 (modificata nel 1996 per rendere accessibili documenti anche per via informatica ed elettronica), è stato introdotto un regime di pubblicità con il *Government in the Sunshine Act* del 1976, e in Gran Bretagna è stato approvato un *Freedom of Information Act* che sta rivoluzionando le abitudini delle amministrazioni britanniche", B. Mattarella, *Le dieci ambiguità della legge n. 15 del 2005*, in «Giorn. dir. amm.», n. 822, 2005; e Id., *Informazione e comunicazione amministrativa*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», n. 6, 2005.

[13] Si consideri, peraltro, che tale espressione non è particolarmente innovativa, dal momento che venne utilizzata già da Filippo Turati nella discussione generale in Parlamento relativa alla legge del 25 giugno 1908 n. 290 sullo stato giuridico degli impiegati civili dello Stato (F. Turati, *Atti del Parlamento italiano*, Camera dei deputati, sessione 1904-1908, p. 22962).

[14] R. Villata, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in «Dir. proc. amm.», n. 534, 1987.

[15] Sul punto e sulle origini del diritto di accesso si rinvia ad A. Romano, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in Id. (a cura di), *L'azione amministrativa* cit., pp. 910 ss.

[16] Sul punto S. Cimini, *Diritto di accesso e riservatezza: il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri*, in <www.giustamm.it>, n. 5, 2005.

[17] L'art. 24 comma 6 dispone che «con regolamento, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo può prevedere casi di sottrazion e all'accesso di documenti amministrativi: [...] d) quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono». Sempre l'art. 24 dispone al comma 7 che «deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale».

[18] Si consideri ad esempio il caso in cui un'impresa aveva chiesto alla Asl alcuni dati sullo stato di salute di una sua dipendente al fine di valutarne l'idoneità alle mansioni e la Asl aveva negato l'accesso; il TAR Lombardia ha ritenuto legittimo il diniego e pertanto negato l'accesso alla documentazione medica della dipendente (TAR Milano, II, 12 febbraio 2013, n. 393); o il caso relativo ad un concorso in cui l'amministrazione aveva preferito un concorrente che aveva dichiarato di avere un familiare malato (applicando la Legge 104/1992) e in cui un altro partecipante alla procedura concorsuale aveva chiesto all'amministrazione di accedere alla documentazione del padre (presunto) malato del primo per verificare se vi fossero i presupposti, e il Consiglio di Stato aveva consentito l'accesso ritenendo che il diritto al lavoro sia di rango pari a quello relativo alla riservatezza dei dati relativi alla salute (Cons. Stato, VI, n. 6440 del 2006). O, ancora, il caso in cui il Consiglio di Stato aveva consentito l'accesso ai dati medici di una persona sposata, ritenendo che il fine dello scioglimento del vincolo matrimoniale costituisca una situazione giuridica di rango almeno pari alla tutela del diritto alla riservatezza (Cons. Stato, V, n. 6881 del 2006).

[19] Su tale atto che venne licenziato dal Congresso statunitense e che costituisce una delle prime legislazioni e modelli in materia, si veda A. Marchetti, *Il* Freedom of Information Act statunitense*: l'equilibrio "instabile" di un modello virtuoso di pubblicità e di trasparenza amministrativa*, in Califano, Colapietro, *Le nuove frontiere della trasparenza* cit., p. 69.

[20] *Linee guida in materia di trattamento di dati personali per finalità di pubblicazione e diffusione di atti e documenti di enti locali*, in <www.garanteprivacy.it>, doc. web n. 1407101.

[21] *Linee guida in materia di trattamento di dati personali contenuti anche in atti e documenti amministrativi effettuato da soggetti pubblici per finalità di pubblicazione e diffusione sul web*, in <www.garanteprivacy.it>, doc. web n. 31344436.

[22] *Parere del Garante su uno schema di decreto legislativo concernente il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle P.A. del 7 febbraio 2013* (in <www.garanteprivacy.it>, doc. web n. 2243168.

[23] E. Carloni, *Trasparenza e protezione dei dati personali: la ricerca di un nuovo equilibrio*, in A. Natalini, G. Vesperini (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 310.

Digital (and privacy) by default. L'identità costituzionale della amministrazione digitale

SIMONE CALZOLAIO

1. *Oggetto del contributo*

Il presente contributo intende indagare il processo di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche italiane sotto il profilo della evoluzione normativa e dei principi giuridici che lo governano. Si intende ponderare il ruolo che il progredire (o meno) della digitalizzazione delle istituzioni pubbliche riveste nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo.

Nel difficoltoso percorso verso la digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche un ruolo particolarmente incisivo è stato assunto dalla disciplina sulla trasparenza amministrativa di cui al d.lgs. n. 33 del 2013. Sembra opportuno domandarsi perché una normativa così recente possa aver fornito una scossa al sistema della digitalizzazione pubblica non inferiore a quella fornita in tanti anni di vigenza dall'apposito Codice della amministrazione digitale (d.lgs. n. 82 del 2005, cd. «CAD»). Sotto questo profilo è altresì opportuno osservare e descrivere alcune progressive metamorfosi del CAD, che hanno accompagnato decisi mutamenti di strategia istituzionale nel governo della digitalizzazione. Anche in questo caso va sottolineato che le modifiche più incisive al CAD sono state introdotte – all'incirca – in concomitanza con le disposizioni concernenti la trasparenza amministrativa (a partire dalla l. n. 190 del 2012).

In questo contesto, attualmente, si inseriscono due processi di riforma decisivi. Il primo – l. n. 124 del 2015 – è la cd. «Legge Madia», la quale in modo esplicito lega indissolubilmente il tema della digitalizzazione con quello della semplificazione amministrativa attraverso il magniloquente riferimento alla «Carta della cittadinanza digitale»[1]. Negli artt. 1 e 7 della legge si affidano al Governo deleghe molto rilevanti sulla base di principi e criteri obiettivamente innovativi, sia in materia di Codice della amministrazione digitale (art. 1), sia in materia di disciplina della trasparenza amministrativa (art. 7).

Il secondo processo di riforma ha ad oggetto la disciplina europea della protezione e della sicurezza dei dati: il nuovo "pacchetto europeo", pubblicato agli inizi di maggio del 2016 nella Gazzetta ufficiale europea, stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati, ed è destinato ad applicarsi in via diretta in tutta Europa a decorrere dal 25 maggio 2018. Esso introduce delle rilevanti novità anche per le pubbliche amministrazioni. Dall'interazione di questi fattori emerge l'identità costituzionale dell'amministrazione digitale.

2. *L'«amministrazione digitale» nell'ordinamento costituzionale europeo*

Una delle sette priorità della strategia Europa 2020[2] è costituita dall'Agenda digitale europea. Tale priorità europea è dichiaratamente volta alla costruzione di un *digital single market* basato su Internet ad alta e altissima velocità e su applicazioni interoperabili[3]. In questo contesto, si collocano anche le strategie per la digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni europee (e, ovviamente, italiane)[4].

Sorge pertanto spontaneo domandarsi quale sia il rilievo e l'influenza della digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche europee nel contesto della creazione del *digital single market*[5]. A tal fine, seguendo l'impostazione che sembra emergere dai documenti europei in materia, può rivelarsi opportuno inquadrare il grado di rilevanza del processo di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche (intese in senso oggettivo) nell'ordinamento giuridico italiano muovendo da un dato empirico caratteristico del continente europeo e, peraltro, vagliato e verificato secondo procedure e criteri unitari all'interno dell'Unione europea: l'incidenza della spesa pubblica – cioè della spesa erogata e intermediata dalle amministrazioni pubbliche – sul PIL dei paesi dell'Unione europea a 27[6].

È agevole osservare che poco meno del 50% del Pil dell'Unione europea è costituito dalla spesa pubblica: ciò significa che la disciplina delle modalità attraverso le quali le Pubbliche amministrazione europee ed i soggetti che comunque rientrano nel conto consolidato delle amministrazioni pubbliche nazionali secondo il Sistema europeo dei conti (SEC2010) erogano i propri servizi alla immensa e differenziata platea di utenti, scelgono i propri contraenti, decidono di finanziare un'opera o un servizio, sono decisive non solo in vista della progressiva digitalizzazione del "settore pubblico", ma ai fini della digitalizzazione della società e, con essa, della determinazione dei caratteri fondamentali delle democrazie europee e della cittadinanza nazionale ed europea.

Si tenga conto, inoltre, che la protezione sociale (nel cui ambito sono conteggiate le spese dei sistemi pensionistici nazionali), la sanità e l'istruzione sono rispettivamente le prime tre voci di spesa degli Stati dell'Unione europea, ed occupano saldamente oltre il 30% del PIL europeo (ed italiano): si comprende immediatamente, pertanto, che la digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche dell'Unione europea costituisce un processo che incide direttamente sul rapporto di cittadinanza e sulla tutela dei diritti fondamentali dei cittadini dei singoli Stati dell'Unione europea[7].

Il peso relativo delle amministrazioni pubbliche rispetto al PIL degli Stati dell'Unione Europea (e dell'Italia) comporta che il tema della digitalizzazione abbia un impatto molto rilevante in ordine alla qualità, rapidità, efficienza dei servizi resi dalla pubblica amministrazione ai cittadini ed alle imprese degli Stati dell'Unione europea. In effetti, si è già osservato che il tema della semplificazione amministrativa – come da ultimo nell'esperienza italiana: art. 1, l. n. 124/2015 – si viene legando a doppio filo alla digitalizzazione della pubblica amministrazione, tanto che si può facilmente osservare che la digitalizzazione è ormai il principale strumento, se non proprio "la leva", della semplificazione amministrativa, nella legislazione e nella prassi[8] più recente.

In sintesi, pertanto, il processo di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche appare il terreno di elezione di una sfida che si sviluppa su due versanti interconnessi: la garanzia della fruizione dei diritti individuali (segnatamente sociali); l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa. Tuttavia, vi è un terzo versante, per così dire dinamico: nel concetto di "digitalizzazione" è insita l'idea di un movimento da un punto (analogico) ad un altro (digitale) nell'evoluzione dell'organizzazione e della attività delle amministrazioni pubbliche.

Considerata la delineata posta in gioco appare rilevante tentare di descrivere quali siano i principi giuridici che, sulla base della legislazione vigente, stanno orientando e governando il processo di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche. Tali principi sono destinati a governare sia la fase presente di "introduzione" e "stabilizzazione" del digitale (o la "transizione" al digitale, se si ragiona in termini di necessaria e perentoria esclusività digitale), sia stabilmente il futuro della attività, della organizzazione e dei rapporti fra le pubbliche amministrazioni. In questo senso, si tratta di principi che danno identità ad una parte consistente dell'ordinamento costituzionale contemporaneo[9].

3. *La trasparenza amministrativa come fattore e principio della digitalizzazione*

È ormai un orientamento consolidato e condivisibile ritenere che «la declinazione positiva ed applicativa del principio di trasparenza» rappresenti uno dei nuclei fondamentali «su cui poggia l'amministrazione digitale»[10]. Anche questo è un profilo della virtualità multipla – secondo la felice espressione di Licia Califano – del concetto della trasparenza amministrativa.

Del contenuto di tale principio e dei rapporti rispetto alla protezione dei dati personali si occupano molti contributi di questo Volume, cui senz'altro si rinvia.

In questa sede interessa osservare il principio di trasparenza amministrativa e la disciplina che ne costituisce massima e più recente espressione (d.lgs. n. 33 del 2013) come elemento della spinta verso la digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni. Non può non sottolinearsi che l'intero pacchetto trasparenza ha quale suo carattere specifico il magniloquente riferimento alla «accessibilità totale» che, attualmente, si traduce nel prevedere una serie cospicua di obblighi di pubblicazione «[…] nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni dei documenti, delle informazioni e dei dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche am-

ministrazioni, cui corrisponde il diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione» (art. 2, c. 2, d.lgs. 33/13).

Per ottemperare agli obblighi di pubblicazione, nel volgere di qualche decina di mesi, sono fiorite le sezioni «amministrazione trasparente» all'interno dei siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche. È opportuno rilevare che, seppure in assenza di investimenti *ad hoc*, attualmente risulta un grado elevato e abbastanza uniforme sul territorio nazionale di adempimento alle disposizioni del d.lgs. n. 33 del 2013 (nel monitoraggio effettuato agli inizi del 2016 da parte del Governo)[11]. In altri termini, deve riconoscersi che l'attuazione del d.lgs. n. 33 del 2013 rappresenta – in primo luogo – un fattore di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche, poiché vincola le medesime a rendere strutturalmente accessibili informazioni attraverso il web.

Senza che questo aspetto sia esplicitato – a quanto risulta – in atti normativi, la genesi, la procedura attuativa e la prassi della trasparenza amministrativa sul web rappresentano quanto di più vicino possa immaginarsi al *digital by default standard*, poiché si tratta di obblighi di pubblicazione naturalmente pensati per la rete internet e di una forma di accessibilità garantita in modo sostanzialmente esclusivo attraverso il web. Rilevato il grado di applicazione del «decreto trasparenza» e l'incisività di questo fattore nel complesso della «amministrazione digitale», appare notevole osservare che il d.lgs. n. 33 del 2013 non si occupa di disciplinare il processo di digitalizzazione, se non in chiave strumentale, in quanto cioè si avvale della rete internet e della de-materializzazione per perseguire finalità tutt'affatto diverse.

Infatti, la trasparenza – riprendendo una definizione già introdotta dal d.lgs. n. 150 del 2009, cd. «decreto Brunetta» – viene definita come «accessibilità totale alle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle Pubbliche Amministrazioni» ed ha come scopo di «favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche» (art. 1, c. 1). Si spiega, in tal senso, la ragione per cui il d.lgs. n. 33 del 2013 è stato adottato in attuazione di una delega contenuta nella cd. «legge anticorruzione» (l. n. 190 del 2012). Inoltre, il principio generale di trasparenza è funzionale alla piena attuazione del principio democratico e dei principi costituzionali di eguaglianza, imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione (art. 1, c. 2).

Nessuna menzione del processo di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche: anzi, nella prospettiva descritta, seppure implicitamente, il principio di trasparenza si collega chiaramente con il vasto movimento normativo in atto volto alla revisione ed al ridimensionamento della spesa pubblica, che culmina con la riforma costituzionale dell'equilibrio di bilancio (L.c. n. 1 del 2012). Ne consegue che uno dei fattori più incisivi nella effettiva digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche – cioè l'introduzione nei siti istituzionali della sezione «amministrazione trasparente», in modo organico, coordinato ed unitario su tutto il territorio nazionale – si sviluppa nel contesto delle misure di contrasto ai fenomeni corruttivi, al fine di garantire un «controllo diffuso» (da parte di chiunque) sulla attività delle amministrazioni pubbliche[12] e, ultimamente, per ot-

timizzare l'utilizzo delle risorse pubbliche in una prospettiva di riduzione della spesa pubblica.

I fini perseguiti dal d.lgs. n. 33 del 2013 non riguardano specificamente politiche di digitalizzazione del Paese o delle amministrazioni pubbliche, eppure il «decreto trasparenza» si è rivelato uno dei fattori chiave della digitalizzazione pubblica. Si ritiene che ciò si sia potuto verificare in quanto la pressante esigenza – con alcune sfumature a tratti demagogiche, nel «decreto trasparenza» – di ottenere maggiore trasparenza delle amministrazioni pubbliche poteva e può realizzarsi solo attraverso un massivo utilizzo del web e delle sue immense potenzialità, che non a caso il decreto trasparenza spinge anche al di là del ragionevole, senza preoccuparsi adeguatamente delle situazioni giuridiche soggettive da bilanciare con le esigenze di *disclosure* delle informazioni, dati, documenti in possesso delle amministrazioni pubbliche.

In altri termini, se è indubbiamente vero e verificato che la disciplina positiva del principio della trasparenza amministrativa ha trascinato in avanti il processo di digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni, è ancor più vero che quasi in modo irriflesso il «decreto trasparenza» soddisfa e sublima il principio della sistematica pianificazione digitale delle funzioni e dei servizi erogati dalla pubblica amministrazione (il cd. principio del *digital by default*).

Seguendo questo percorso interpretativo, vi sono due ulteriori interrogativi e conseguenti osservazioni che appare opportuno introdurre. Come questo Volume, sin dal suo titolo, mette chiaramente in luce sembrerebbe che siano il principio della trasparenza amministrativa ed il diritto alla protezione ed alla sicurezza dei dati personali ad entrare irrimediabilmente e direttamente in conflitto fra loro. È proprio così?

Se si allarga il campo visuale e se quanto sin qui esposto può ritenersi, per ipotesi concettuale, fondato, forse è opportuno osservare che l'esigenza di bilanciamento che emerge con virulenza nel rapporto fra – in breve – trasparenza e privacy[13] non è che un epifenomeno di un paradigma proprio del più generale rapporto fra digitalizzazione, in quanto tale, e protezione dei dati. Analizzando le osservazioni che le linee guida del Garante (All. delib. 15 maggio 2014, n. 243) introducono rispetto a singoli aspetti o istituti del d.lgs. n. 33 del 2013 – riuso, formato aperto, indicizzazione, periodo di pubblicazione e archiviazione delle informazioni pubblicate – ci si può agevolmente accorgere che il vero nodo problematico non risiede principalmente nella trasparenza amministrativa dell'informazione in quanto tale[14], ma nelle infinite potenzialità diffusive tipiche della rete internet (e quindi nelle modalità digitali della trasparenza amministrativa *online*). Su questi aspetti, il lavoro da fare non concerne in sé un limite alla trasparenza amministrativa, ma riguarda il ben più grave e generale fenomeno della centralità della protezione e sicurezza dei dati nella società digitale[15]. Questo sembra essere l'oggetto principale del conflitto e il paradigma su cui sviluppare il necessario bilanciamento.

Vi è un secondo quesito, concernente il rapporto fra trasparenza amministrativa e amministrazione digitale. Se la genesi e la lettera del «decreto trasparenza» accentuano il profilo della conoscibilità ("accessibilità totale") nell'ottica del controllo ("diffuso") dell'operato delle amministrazioni pubbliche, è bene osservare che il

concreto calarsi della sezione «amministrazione trasparente» nel contesto digitale che le è proprio tende a restituire al principio della trasparenza amministrativa uno spazio ed una funzione ben più ampi della mera prospettiva del controllo[16].

La trasparenza amministrativa online rende effettiva (ed "ubiqua") la conoscibilità delle informazioni, dei dati e dei documenti pubblicati: ciò rende concreta la possibilità di fruire delle informazioni pubbliche per partecipare alla vita pubblica, per concorrere alle decisioni di rilievo pubblico[17], per fruire dei servizi come cittadini, imprese, utenti, per soddisfare i propri interessi e diritti individuali, per ottenere la semplificazione degli adempimenti burocratici, per avere esatta contezza dei funzionari responsabili di questo o quel procedimento e dei loro recapiti, in ogni momento e su tutto il territorio nazionale[18]. Come è evidente la digitalizzazione consente quasi naturalmente alla prospettiva del controllo sull'operato delle amministrazioni di tornare ad essere quel che è: un (indispensabile) corollario della conoscenza, ma non certo il fine ultimo della trasparenza amministrativa[19].

In questa prospettiva, il principio della trasparenza amministrativa assume la configurazione di principio guida della digitalizzazione pubblica, proprio in quanto consente una efficace sintesi dei concetti di amministrazione aperta (*open government*) e di amministrazione digitale (*e-government*)[20]. La trasparenza amministrativa *online* è il principio che guida la amministrazione digitale verso la conoscibilità e la diffusione delle informazioni e dei dati in possesso della amministrazione pubblica, per garantire la facilità di conoscenza della organizzazione e della attività della pubblica amministrazione in un'ottica di massima semplificazione amministrativa e di massima fruibilità dei servizi da parte dei cittadini, utenti, contribuenti.

4. *Metamorfosi del Codice della amministrazione digitale. Strategia delle anagrafi digitali e Agenda digitale*

È difficile trovare un commento che si occupi del Codice della amministrazione digitale (d.lgs. n. 82 del 2005) senza riferirvisi come ad un testo sfortunato[21], incompleto[22], non pienamente attuato[23], non di rado «ignorato» da interventi rilevanti in tema di digitalizzazione pubblica[24].

Di certo utilizzare lo strumento della «codificazione»[25] per governare un processo così mobile ed imprevedibile come quello della «amministrazione digitale» appare – a posteriori – quasi una contraddizione in termini, in modo particolare se si tiene conto che il Codice avrebbe dovuto rappresentare, nella specie, anche un quadro di riferimento sintetico delle mutevoli regole tecniche della digitalizzazione.

Non è un caso, pertanto, che l'intera disciplina della trasparenza amministrativa e degli obblighi di pubblicazione nella sezione amministrazione trasparente del sito istituzionale di ciascuna amministrazione pubblica, pur originariamente disciplinata in modo sintetico dal CAD (cfr., ad es., artt. 54 e 57), abbia trovato piena attuazione al di fuori del Codice, le cui disposizioni in materia sono state abrogate oppure modificate nella prospettiva del rinvio al «decreto trasparenza».

Tuttavia questa non è che la più rilevante e vistosa etero-disciplina dell'amministra-

zione digitale rispetto al CAD. Nel corso degli anni si sono succeduti[26] tentativi di modifica organica (d.lgs. n. 235 del 2010[27]) e, poi, si è progressivamente sviluppato un processo di riforma della natura del CAD, volto a modificarne «in corsa» alcuni caratteri di fondo e ad aggiustare alcune falle dell'impianto originario. Non è – ad avviso di chi scrive – possibile comprendere pienamente le modifiche in corso di approvazione in seguito alla delega di cui all'art. 1, l. n. 124 del 2015, se non ripercorrendo brevemente le principali vicende interne ed esterne al CAD, degli ultimi anni. Si tratta per lo più di modifiche introdotte da un cumulo di decreti legge e leggi di conversione, che si inquadrano perfettamente nel modello di produzione normativa caratteristico degli ultimi anni[28].

Nel 2012 il legislatore interviene in ben tre consecutive occasioni. Se si osservano le parti dei d.l. n. 5, 83, 179 del 2012, dedicate alla «amministrazione digitale» e l'intenso lavorio di emendamento dei testi in sede di conversione in legge, balza agli occhi la volontà di incidere e di rivitalizzare il processo della digitalizzazione pubblica e la connessa esigenza di individuare – in una progressione normativa a tratti ridondante – gli strumenti adeguati a tal fine.

Il primo passo consiste nella previsione della agenda digitale italiana, della sua cabina di regia e dei suoi obiettivi (art. 47, d.l. n. 5 del 2012), oltre ad una prima serie di interventi specifici (art. 47 *bis* e ss.[29]) che si traducono, prevalentemente, in altrettante puntuali modifiche del CAD.

Il secondo passo intende fornire un governo stabile al perseguimento di quegli obiettivi attraverso una apposita «istituzione della digitalizzazione»[30], ovvero l'Agenzia per l'Italia digitale (artt. 19 e ss., d.l. n. 83 del 2012[31]; l'art. 18, rubricato «amministrazione aperta», anticipa parte dei contenuti che poi saranno trasfusi nel «decreto trasparenza»). È tuttavia con il d.l. n. 179 del 2012 che matura una svolta decisiva nella strategia della amministrazione digitale italiana. Non è un mistero che per lunghi anni sembrava che il CAD fosse piombato nel paradosso di Luhmann («tutto potrebbe essere diverso, ma quasi nulla io posso veramente modificare»[32]) e che non era affatto chiaro – pur individuata l'esigenza di una politica attiva (agenda digitale) e di una istituzione preposta (Agid) – quale fosse il punto d'appoggio su cui l'invocata digitalizzazione potesse far effettivamente presa sulla amministrazione pubblica[33].

Il d.l. n. 179 del 2012 non si limita a dichiarare intenti di digitalizzazione da applicarsi in modo uniforme alla platea indistinta – eppure così radicalmente variegata – delle amministrazioni pubbliche italiane e quindi a riprodurre il principale limite del Codice. Il d.l. 179 introduce una autentica strategia operativa di attuazione dell'amministrazione digitale.

La «strategia delle anagrafi»[34], nel d.l. 179, muove dalla digitalizzazione dei servizi anagrafici: come noto, l'art. 2 del d.l. sostituisce l'art. 62 del CAD e introduce l'Anagrafe nazionale della popolazione residente. L'ANPR dovrebbe sostituire le anagrafi della popolazione residente e dei cittadini italiani residenti all'estero tenute dai Comuni, attraverso un piano graduale di subentro. Una volta costituita questa «banca dati» è agevole implementarla: il cittadino può indicare (eleggere?) un proprio «domicilio digitale» (cioè un indirizzo di Posta Elettronica Certificata), da inserirsi nella ANPR, che consente al sistema pubblico (pubbliche amministrazioni e gestori

o esercenti pubblici servizi) di comunicare con lui in modo diretto e immediato (art. 4, d.l. 179 del 2012)[35].

Proseguendo senza pretesa di esaustività, l'art. 5 estende l'obbligo di dotarsi di PEC anche alle imprese individuali e introduce l'art. 6-*bis* nel CAD in merito all'indice nazionale degli indirizzi PEC delle imprese e dei professionisti (INI-PEC); un indice aperto alla consultazione senza autenticazione da parte di tutti. Come è evidente si tratta di una «anagrafe» delle PEC di chi esercita attività economiche. Inoltre, l'art. 6, c. 1, lett. d-*bis*), istituisce l'indice degli indirizzi PEC della PA e dei gestori di pubblici servizi: un'altra anagrafe.

La strategia dell'agenda digitale si allarga anche all'anagrafe nazionale degli studenti (da tenersi presso il MIUR), che si compone dell'insieme dei fascicoli elettronici degli studenti (art. 10). L'art. 12 del d.l. non istituisce espressamente una anagrafe nazionale in materia sanitaria, o almeno non lo fa esplicitamente (probabilmente in considerazione del fatto che la tutela della salute è una competenza regionale). Tuttavia, sarebbe stato ingenuo non rilevare che, una volta introdotto a livello regionale il Fascicolo sanitario elettronico ed il connesso dossier farmaceutico, le regioni non sarebbero state tenute a condividere questi dati con il Governo e le amministrazioni nazionali: infatti, di lì a poco, con il nuovo art. 62-*ter* del CAD, introdotto dal c. 231, l. n. 147 del 2013 si istituisce la Anagrafe nazionale degli assistiti (ANA), realizzata da e presso il MEF, che «subentra, per tutte le finalità previste dalla normativa vigente, alle anagrafi e agli elenchi degli assistiti tenuti dalle singole aziende sanitarie locali, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 1982, n. 526, che mantengono la titolarità dei dati di propria competenza e ne assicurano l'aggiornamento»[36].

Non vi è modo migliore di svelare la portata innovativa ed il rilievo giuridico-istituzionale della digitalizzazione pubblica che semplicemente osservare come – nell'ordito del d.l. n. 179 del 2012 – essa operi ed incida silenziosamente sulle fondamenta stessa dello Stato moderno. Utilizzando il lessico tipico dell'era digitale potremmo dire che tale strategia fa leva su quanto di più immediatamente connesso possa esservi con la digitalizzazione e con internet: le basi di dati pubbliche (database). Secondo il lessico tradizionale, si può osservare che la strategia adottata si fonda sugli «archivi e registri pubblici»: a partire dalla pietra angolare che con maggiore semplicità ed evidenza manifesta e fonda il rapporto di cittadinanza, cioè la relazione fra persona e ordinamento dello Stato – la Anagrafe della popolazione[37] –, viene edificato un insieme di archivi pubblici digitali che coprono i diversi e principali settori di intervento delle amministrazioni pubbliche (non a caso proprio quelli che hanno ad oggetto le principali e più dispendiose attività pubbliche).

Grazie alla digitalizzazione questo «insieme» di anagrafi dovrebbe divenire un «sistema» che, per convenzione, chiamiamo appunto «amministrazione digitale». In questo contesto si inseriscono e vanno letti gli importanti interventi ulteriori del 2014. Il d.l. n. 90 del 2014 «contiene un pacchetto di articoli che legano strettamente semplificazione e digitalizzazione, in particolare nella prospettiva del miglioramento dei servizi al cittadino (prevedendo misure importanti quali il "piano di digitalizzazione" delle singole amministrazioni), mentre il decreto n. 66 interviene, tra l'al-

tro, sul perimetro della trasparenza *online*, disciplinando l'apertura alla conoscibilità generalizzata della banca dati "Siope" (c.d. "Open Siope"), e dispone l'accelerazione alla digitalizzazione dei rapporti con l'amministrazione da parte dei suoi fornitori, anticipando la messa a regime della "fattura elettronica"»[38].

Si può affermare, pertanto, che sul piano normativo – attualmente – la digitalizzazione muove non già dalla predisposizione di regole generali ed astratte sulla amministrazione digitale, ma su una serie di piani di riorganizzazione dei singoli settori delle amministrazioni pubbliche, a partire dalla ANPR, che si avvalgono delle infrastrutture digitali. Sia sul piano formale, sia sul piano sostanziale ed operativo l'Agenda digitale ha fatto – a partire dal 2012 – irruzione nel CAD.

La *Strategia per la crescita digitale 2014-2020* adottata dal Governo nel 2015[39], non meno della *Agenda per la semplificazione 2015-2017* sono specificamente rivolte alla attuazione di questa riorganizzazione dei diversi settori delle pubbliche amministrazioni, che – oggi – non può che far leva strutturalmente sulla digitalizzazione per ottenere obiettivi di efficienza, efficacia, semplificazione e trasparenza dell'attività amministrativa[40].

Uno degli aspetti – o auspici? – più rilevanti della Strategia digitale del Governo è costituito dal tentativo di istituire e diffondere l'utilizzo di credenziali uniche e sicure per ciascun cittadino e impresa (*identità digitale*), al fine di consentire l'accesso unitario, attraverso una sola piattaforma, ai servizi digitali della Pubblica amministrazione e degli altri soggetti che vi aderiranno. Si tratta del *Sistema Pubblico per la gestione dell'Identità Digitale di cittadini e imprese* (SPID).

Lo SPID è strettamente connesso alla ANPR, la quale si configura come «un tassello fondamentale del processo di semplificazione del funzionamento della Pubblica Amministrazione, poiché risolve uno dei più gravi ostacoli alla realizzazione di funzioni e servizi integrati ed interoperabili. Infatti, è proprio sulle informazioni anagrafiche presenti in ANPR e gestite dai Comuni che saranno basati i sistemi di concessione e gestione delle identità digitali (SPID), la firma elettronica e il domicilio digitale»[41].

In questo contesto si inserisce l'art. 1, della l. n. 124 del 2015 e la delega al Governo per la riforma del CAD. Tuttavia, è bene segnalare immediatamente che il contenuto della legge delega – anche fortemente innovativo, sul piano della legislazione e dell'indirizzo impresso al legislatore delegato – è chiaramente volto ad implementare ed a consolidare, non già a modificare, la rotta avviata con l'introduzione della strategia delle anagrafi digitali.

5. *I principi della «amministrazione digitale»*

L'evoluzione normativa (e fattuale) sin qui descritta ha una forte incidenza sul tentativo che si svolge di identificare i principi della digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche. Tali principi, infatti, salvo sporadiche eccezioni, non sono elencati e definiti in modo chiaro in un testo di legge o nel *droit souple* che vi si affianca. D'altra parte, le normative rilevanti in materia di digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni (come da ultimo l'art. 1, della l.n. 124 del 2015, ma già il CAD ed il «decreto trasparenza») utilizzano o presuppongono un *set*

di principi, che qui sembra opportuno provare ad osservare sistematicamente – senza pretesa alcuna di esaustività e completezza.

Si vuole immediatamente avvertire che buona parte dei principi che si vanno ad indicare non sono che semplici sviluppi applicativi riferiti alla realtà della amministrazione digitale di principi già largamente insediati e vigenti all'interno dell'ordinamento amministrativo italiano ed europeo (cfr. art. 97 e 98 Cost., e art. 1, c. 1, l. n. 241 del 1990)[42]. Un elemento fondamentale riguarda – ad avviso di chi scrive – l'esigenza di distinguere questi principi in tre grandi categorie.

Vi sono dei principi giuridici che riguardano le scelte di «politica della digitalizzazione», concernenti i rapporti fra «amministrazione digitale» ed utenti. Accanto a questi, vi sono dei principi giuridici che riguardano, invece, l'organizzazione (interna, ma con inevitabili effetti esterni) della «amministrazione digitale». Infine, si ritiene opportuno segnalare l'esistenza di una terza categoria, ovvero dei principi dell'organizzazione pubblica conseguenti all'avvento del digitale.

5.1. *I principi che determinano le politiche della digitalizzazione nella transizione verso l'«amministrazione digitale»*

Si ritiene che vi siano alcuni principi basilari a governare il processo di digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni. Il primo di essi – *digital by default* – esprime un indirizzo di carattere organizzativo-procedurale; il secondo – la trasparenza amministrativa – individua un indirizzo di carattere valoriale; il terzo – il principio del coordinamento digitale – individua il soggetto che incarna l'esigenza di gestione unitaria della digitalizzazione.

Procediamo per gradi, dunque. La l. n. 124 del 2015 delega il Governo a «ridefinire e semplificare i procedimenti amministrativi [...] mediante una disciplina basata sulla loro digitalizzazione» (art. 1, c. 1, lett. b). È possibile affermare – con qualche cautela – che si tratta del principio del cd. *digital by default*. In base a questo principio generale, l'organizzazione delle funzioni e l'erogazione dei servizi delle amministrazioni pubbliche vanno concepiti e pianificati (*digital by design*) per essere erogati attraverso l'utilizzo delle tecnologie digitali[43].

Tuttavia, questo principio può trovare – ed anche nell'esperienza italiana trova – declinazioni fra loro molto diverse.

Infatti, sono compatibili con il *digital by default* principi applicativi fra loro divergenti: il principio di esclusività digitale, il principio del *digital first* ed il principio della multicanalità.

Il primo principio interpreta il *digital by default* come strumento per una transizione «brusca» verso il digitale: l'organizzazione delle attività e delle funzioni della pubblica amministrazione devono essere digitalizzate per consentire – in un certo momento di tempo – lo *switch off* verso l'esclusivo utilizzo digitale. Si tratta di un principio largamente presente nel vigente CAD, che ha prodotto esiti non soddisfacenti (anche sotto il limitato profilo della digitalizzazione)[44].

Agli antipodi di questo principio, altri ordinamenti adottano il principio della multicanalità[45]: si tratta di un modello del tutto compatibile con il *digital by default standard*, ma che consente – più correttamente: impone – alle amministrazioni di

continuare a svolgere le proprie funzioni secondo modalità tradizionali (non digitali), per garantire anche coloro che non sono sufficientemente alfabetizzati all'uso delle nuove tecnologie.

L'art. 1, c. 1, lett. b) della «legge Madia» introduce un terzo principio applicativo del *digital by default*, e cioè il principio «innanzitutto digitale» (*digital first*). In attesa di verificare i concreti sviluppi normativi, si potrebbe trattare di un principio che, pur promuovendo e perseguendo una rapida transizione al digitale, abbandona la logica della esclusività digitale («innanzitutto», in luogo di «solo», digitale). Pertanto, all'esito dell'esercizio delle deleghe da parte del Governo potrebbe affermarsi che il principio generale della digitalizzazione pubblica italiana è costituito dal *digital first* e, solo eccezionalmente, dal principio di esclusività digitale.

Va osservato che tanto più il principio di governo della digitalizzazione tende verso l'esclusività digitale, quanto più lo strumento utilizzato per dare fondamento normativo allo *switch off* deve corrispondere ad una norma di legge (principio di legalità[46]) e, pertanto, quella norma di legge si presta a formare oggetto di un sindacato di costituzionalità (legalità costituzionale) che ne valuti l'aderenza, in concreto, al rispetto – ad es. – del principio di eguaglianza e di pari dignità dei cittadini rispetto alla legge (ed alla pubblica amministrazione). Non è un segreto, infatti, che la transizione "cruenta" al digitale non esclude solo il mondo delle vecchie tecnologie, ma anche le sue molteplici categorie di abitanti.

D'altra parte, quanto più la digitalizzazione procede affiancandosi – almeno inizialmente – al modello tradizionale dell'«amministrazione analogica», tanto più la sperimentazione di procedimenti amministrativi o modelli di esercizio delle funzioni amministrative digitali si prestano ad essere indirizzati e disciplinati attraverso gli strumenti della cd. *soft law*.

In sintesi, pur non potendo dettagliare adeguatamente, si ritiene sussistere uno stretto nesso fra principi della digitalizzazione e tipologia delle fonti del diritto utilizzabili, nell'ottica (imprescindibile, sul piano giuridico) della garanzia dei diritti dei cittadini e degli utenti. Come accennato all'inizio, il metodo del *digital by default* ha come fine il raggiungimento della massima trasparenza amministrativa, della massima apertura e fruibilità dei dati pubblici (in questa prospettiva, come altri saggi in questo Rivista dimostrano, sembra muoversi l'art. 7, l. n. 124 del 2015), della massima fruibilità dei servizi offerti dalle pubbliche amministrazioni. Pertanto la trasparenza dell'organizzazione e dell'attività delle pubbliche amministrazioni (intesa nei termini delineati nel par. 3, cui si rinvia, che non si riducono alla prospettiva del «controllo diffuso») è il fine sostanziale della digitalizzazione.

Da ultimo, vi è un principio ineluttabile e decisivo delle politiche della digitalizzazione che riguarda la regia, il governo dei processi di digitalizzazione pubblica. Per loro natura – lo si vedrà appena di seguito – i processi di digitalizzazione devono essere governati in modo unitario, poiché altrimenti si corre il rischio concreto di creare, all'interno del sistema delle pubbliche amministrazioni e delle autonomie territoriali, "realtà digitalmente impermeabili", dei veri e propri "feudi digitali". Quindi si impone – e si è imposto nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia[47] – di affermare con decisione il prin-

cipio del coordinamento digitale unitario in capo allo Stato ed alle amministrazioni centrali (ed ovviamente agli organi centrali preposti). È solo nell'ambito di questa regia unitaria – che peraltro sviluppa anche un ruolo di coordinamento interstatale in seno all'Unione europea – che può riconoscersi lo spazio di iniziativa delle amministrazioni periferiche e delle autonomie territoriali[48].

5.2. *I principi di organizzazione e funzionamento della (infrastruttura) «amministrazione digitale»*

I principi descritti nel paragrafo precedente non hanno ragion d'essere in assenza di una infrastruttura digitale nazionale estesa, capillare e performante. Sotto questo profilo, il primo principio guida della digitalizzazione, fatto proprio sia dalla strategia digitale del Governo, sia dalla «legge Madia» (art. 1, c. 1, lett. c) è quello che chiamerei *principio di connettività*, sotto il duplice profilo dello sviluppo della infrastruttura a banda larga e ultralarga esteso a livello nazionale e della garanzia della adeguata accessibilità alla rete internet su tutto il territorio nazionale. Si tratta di un principio generale che non si riferisce esclusivamente alla fruibilità ed accessibilità della rete internet da parte delle amministrazioni pubbliche, ma riguarda l'insediamento della infrastruttura digitale a livello nazionale ed a favore di tutti i fruitori, pubblici e privati.

Accanto a questo principio di base, ve ne sono altri che riguardano le modalità organizzative e costitutive delle infrastrutture digitali su cui le amministrazioni operano. Le infrastrutture digitali pubbliche debbono rispettare i principi di *standardizzazione*, *interconnessione* ed *interoperabilità*, rispettando il principio della *neutralità tecnologica*[49]. In buona sostanza, le infrastrutture della «amministrazione digitale» devono essere create rispettando standard univoci, che consentano la condivisione (interconnessione; cfr., ad es., art. 7, c. 1, lett. h, l. n. 124 del 2015) e l'elaborazione (interoperabilità: cfr., *ex multis*, art. 12, c. 5, d.lgs. n. 82 del 2005) delle molteplici basi di dati pubbliche fra le diverse amministrazioni pubbliche.

Solo attraverso il rispetto di questi principi di "architettura" delle infrastrutture digitali, le pubbliche amministrazioni possono valersi della ubiquità dei dati garantita dalla rete internet, sia nei rapporti reciproci, sia nei rapporti con l'utenza. Diversamente, la digitalizzazione diverrebbe lo strumento di piccoli monopoli digitali, che sono in antitesi logica con la semplificazione amministrativa e con le finalità di trasparenza e apertura dei dati che caratterizzano la «amministrazione digitale», almeno sotto il profilo normativo.

5.3. *I principi conseguenti al «riassetto digitale» ed il nodo delle autonomie territoriali*

Di norma non si pone adeguata attenzione sulle conseguenze della digitalizzazione nei rapporti interni alle amministrazioni pubbliche e, in particolare, fra amministrazioni centrali, da un lato, e amministrazioni periferiche o autonomie territoriali, dall'altro[50]. Va sottolineato come la digitalizzazione – qualora sviluppata secondo i principi delineati – comporti un effettivo

"cambiamento del verso" della spinta al decentramento caratteristica, almeno sulla carta, degli ultimi 20 anni.

Standardizzazione, interconnessione e interoperabilità dei dati rendono ora tecnicamente possibile, ed insieme necessario, "stoccare" i dati a livello centrale e questo coincide con una rimodulazione delle funzioni nelle materie interessate: l'ANPR, infatti, subentra alle anagrafi comunali (come afferma l'art. 62, c. 2, CAD), così come più di recente l'ANA subentra alle anagrafi e agli elenchi degli assistiti tenuti dalle singole ASL, che tuttavia mantengono la titolarità dei dati e ne assicurano l'aggiornamento (art. 62-ter, c. 2, CAD).

Il «riassetto digitale», cioè il trasferimento in tempo reale e la condivisione strutturale delle basi di dati comporta anche un diverso modo di atteggiarsi delle relazioni e dei controlli fra centro e periferia. Se l'amministrazione centrale ottiene – senza intermediazione dell'ente territoriale – i dati prodotti in periferia, il problema dei controlli, preventivi e successivi, si pone in modo nuovo e diverso. Inutile girarci attorno: la «trasparenza in tempo reale dei dati» profila una nuova forma di gerarchia (digitale) fra Stato ed amministrazioni centrali, da un lato, e autonomie territoriali e amministrazioni periferiche, dall'altro, basato sul (possibile e necessario) coordinamento digitale.

La inedita possibilità di conoscenza e comparazione di informazioni concernenti tutte le amministrazioni territoriali o periferiche comporta che le relazioni centro-periferia al tempo della «amministrazione digitale» siano fortemente connotate da un «principio della trasparenza interna», il quale non potrà che implicare una tendenza – e in prospettiva un vincolo – alla uniformità non solo delle norme, ma delle prassi caratteristiche delle amministrazioni periferiche e delle autonomie territoriali meno efficienti, verso quelle delle amministrazioni più efficienti[51]. D'altra parte – deve sottolinearsi con forza – l'analisi e la comparazione dei dati conduce ad una politica dell'efficienza fondata principalmente sulla statistica, che costituisce una forma di conoscenza effettiva, ma parziale, delle diverse realtà amministrative[52].

L'«amministrazione digitale» acuisce un quesito di fondo che attraversa le articolazioni territoriali della Repubblica italiana negli ultimi anni: se è vero che non è più sostenibile l'autonomia (territoriale, funzionale etc.) senza efficienza, vi è da chiedersi se, a lungo andare, potrà esservi efficienza in assenza di garanzia di effettivi spazi di virtuosa autonomia. In questo contesto, vi sono segnali di vitalità – a causa del processo di digitalizzazione – di un altro vecchio principio non sempre adeguatamente valorizzato (e senz'altro sin qui dimenticato dal CAD): il principio di differenziazione (art. 118, c. 1, Cost.).

Nello schema di decreto in materia di trasparenza amministrativa (*ex* art. 7, l. 124 del 2015) si precisa che l'ANAC può, con il Piano nazionale anticorruzione, «precisare gli obblighi di pubblicazione e le relative modalità di attuazione, in relazione alla natura dei soggetti, alla loro dimensione organizzativa e alle attività svolte, prevedendo in particolare modalità semplificate per i comuni con popolazione inferiore a 15.000 abitanti e per gli organi e collegi professionali» (art. 4, schema di d.lgs. 267/2016). Il legislatore, pertanto, per ovviare ad alcune problematiche emerse in sede di prima attuazione del decreto trasparenza e per perseguire efficacemente le esigenze della

«amministrazione trasparente» fa uso dei principi di proporzionalità, adeguatezza e differenziazione.

6. *Protezione e sicurezza dei dati nell'«amministrazione digitale»: digital and privacy by default*

Per concludere adeguatamente questo lavoro è necessario provare ad osservare "dall'esterno" e, poi, "in prospettiva" il processo di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche italiane.

In un intervento pubblico del 2013 Licia Califano ha sviluppato una considerazione che appare così lapalissiana, dopo averla letta, e che tuttavia sembra sfuggire comunemente dall'orizzonte dell'indagine giuridica (italiana): «non bisogna dimenticare che la pubblica amministrazione rappresenta *certamente il più importante settore di trattamento dati del nostro Paese*»[53], sia sotto il profilo quantitativo, sia sotto il profilo qualitativo.

Il processo di digitalizzazione pubblica, quindi, costituisce anche il più mastodontico fenomeno di trattamento di dati (non solo personali) della storia di questo Paese. Il procedere della strategia delle anagrafi digitali, del sistema di identità digitale e del *digital by default standard* conduce alla creazione ed alla implementazione dell'«amministrazione digitale» e cioè di un immensa banca dati, interconnessa e interoperabile, costituita da dati, documenti, informazioni di ogni genere, compresi quelli di carattere sanitario, previdenziale, scolastico, anagrafico, catastale, tributario, etc., riferiti a ciascun cittadino (o meglio utente) italiano (e non solo, ovviamente).

Si tratta, come è evidente, di un fenomeno che riguarda tutti gli Stati contemporanei e segnatamente gli Stati europei. È il fenomeno dei cd. «Big data»[54]: una mole infinita di dati, che viene prodotta ogni giorno dalla vita digitale di persone, imprese, amministrazioni[55], ed ogni giorno trattata e conservata (apparentemente) in quei non-luoghi chiamati *cloud*[56]. Questi dati, se correttamente interrogati, sono una fonte di informazioni infinita, e di una utilità ed un valore inedito nella storia dell'uomo. Ne è nato un nuovo e fiorente settore di ricerca ed industriale: la «big data analytics». Quel che interessa in questa sede puntualizzare è che attualmente per trarre informazioni analitiche su singole persone non è più necessario trattare dati personali o sensibili. È sufficiente interrogare correttamente i *big data* e incrociare (*data inference* e *re-identification*) dati non personali per ottenere informazioni personali analitiche, intime, riservate.

Ciò significa che la digitalizzazione pubblica – in sé – costituisce inevitabilmente *disclosure* di dati personali a favore di coloro che hanno la capacità tecnica di interrogare i *big data*. Come si può intuire, pertanto, il problema giuridico attuale non è assumere una posizione ideologica fra fautori della (vecchia) privacy e fautori della (vecchia) trasparenza amministrativa, ma accorgersi che la digitalizzazione della pubblica amministrazione corrisponde ad un passaggio storico del Paese in cui la stessa amministrazione assume la responsabilità di gestire, trattare, condividere, elaborare, «archivi digitali» immensi, da cui possono essere tratte informazioni in grado di compromettere tanto gli interessi nazionali quanto i diritti individuali.

L'ubiquità dei dati della rete internet

genera potenzialità che nessun ordinamento giuridico può permettersi di non sfruttare a fondo, ma proprio le stesse ragioni e modalità che garantiscono le utilità (solo in parte) descritte impongono nuove responsabilità e nuove cautele. È nel momento genetico della costruzione della infrastruttura digitale pubblica – cioè, è in questo momento – che deve trovare ingresso una valutazione di impatto della sicurezza e della protezione dei dati adeguata all'opera che si vuole promuovere, che si palesa non solo come una irrinunciabile garanzia dei diritti individuali dei singoli, ma costituisce condizione di libertà dello Stato e nello Stato.

Quando si sostiene la necessità di affiancare il principio della pianificazione preventiva e sistematica del regime di protezione e sicurezza dei dati (*privacy by default*) mentre si digitalizzano sistematicamente tutti i procedimenti ed i servizi amministrativi (*digital by default*) il tema all'ordine del giorno è, in ultima analisi, la sovranità (interna ed esterna) e la forma di Stato, non solo la garanzia dei diritti individuali dei singoli[57].

Non è un caso, allora, che pur in un momento difficilissimo della sua vita, proprio in questi giorni l'Unione europea abbia mostrato di voler affrontare questo passaggio storico[58] con l'adozione del nuovo «pacchetto protezione dati»[59]. In particolare, il nuovo Regolamento europeo 2016/679 introduce novità di assoluto momento, che fanno tesoro di un'ampia elaborazione istruttoria[60] e dei ripetuti interventi della Corte di giustizia dell'Unione europea, che hanno tenuto il punto, in un momento storico delicato, sul rilievo strategico e primario della protezione e della sicurezza dei dati[61].

Per quanto qui interessa, fanno il loro ingresso nell'ordinamento europeo alcuni istituti fondamentali, che si applicano anche ai trattamenti effettuati da autorità pubbliche, sulla base dei principi del cd. *privacy by default* e del *privacy by design* (art. 25): l'istituzione della valutazione di impatto sulla protezione dei dati (art. 35) e della consultazione preventiva (art. 36), la designazione sistematica ed obbligatoria del responsabile della protezione dei dati anche da parte di autorità pubblica (art. 37), le disposizioni specifiche sulla sicurezza del trattamento (art. 32).

Dai considerando del Regolamento emerge con chiarezza la coscienza della sfida epocale rappresentata dalla protezione e sicurezza dei dati personali di fronte alla società dell'informazione, di cui è parte integrante la digitalizzazione di matrice pubblica. Non cogliere la portata storica di questo problema mostrerebbe il vero *digital divide* del nostro Paese.

[1] Quanto appena affermato risulta così evidente, e pertanto così voluto, nel testo della l. n. 124 del 2015, che è sufficiente descrivere l'architettura formale dell'atto normativo, per suffragare quanto affermato nel testo: la «legge Madia» è volta, sin dal titolo, alla «riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche»; il Capo I con cui si apre la legge è dedicato alle «semplificazioni amministrative»; l'art. 1 è rubricato «Carta della cittadinanza digitale».

[2] Cfr. <http://ec.europa.eu/europe2020/index_it.htm>.

[3] Cfr. <http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/priorities/smart-growth/index_it.htm> ed anche <https://ec.europa.eu/digital-single-market/>.

[4] Si tratta delle strategie di *egovernement* e *open government*: cfr. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/public-services-egovernment>.

[5] In ogni caso, per un inquadramento giuridico del rapporto fra Agenda digitale europea e strategie europee di *egovernment* e *open governement* si rinvia ad una approfondita tesi di dottorato: F.M. Maricosu, *Il diritto amministrativo e l'amministrazione digitale: l'evoluzione del decreto legislativo 7 marzo 2005 n. 82 dalla teoria alla pratica*, disponibile in <http://veprints.unica.it/895/>.

[6] Cfr. Ragioneria generale dello Stato, *La spesa pubblica in Europa: 2000-2013*, in <http://www.rgs.mef.gov.it/> (giugno 2014).

[7] Colgono chiaramente questo aspetto L. Cassetti, S. Guerra, *L'agenda digitale europea e la riorganizzazione dei sistemi di welfare nazionale: le nuove frontiere dei diritti sociali nella* knowledge based society, in «federalismi.it», n. 20, 2011 (19.10.2011) e ancor più approfonditamente cfr. L. Cassetti, S. Ricci, *Egovernment e stato sociale*, Perugia, Guerra, 2011.

[8] Cfr. l'*Agenda per la semplificazione 2015-2017*, in <http://www.italiasemplice.gov.it/>. È sufficiente scorrere l'agenda per verificare che gli elementi di intersezione fra digitalizzazione e semplificazione amministrativa non sono limitati alle azioni concernenti la cittadinanza digitale, ma attraversano trasversalmente tutte le altre azioni previste nella agenda (welfare e salute, fisco, edilizia, impresa).

[9] Si veda a questo proposito A. Barbera, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in «Quaderni costituzionali», n. 2, 2010, pp. 311 ss.

[10] Così F. Cardarelli, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in «Diritto dell'informazione e dell'informatica», n. 2, 2015, pp. 227 ss. Sul tema si veda L. Califano, C. Colapietro (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.

[11] Si veda il grafico pubblicato nel sito del Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione, da cui si evince che ben oltre il 70% delle amministrazioni e dei soggetti tenuti all'adempimento degli obblighi di pubblicazione vi sta adempiendo in conformità alle regole e standard definiti nel decreto legislativo n. 33/2013 dei siti web delle PA: <http://www.magellanopa.it/>. Ciò con ogni evidenza non significa che non vi siano problematiche al riguardo, poiché è costante l'attività di vigilanza su segnalazione dell'ANAC: <http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?id=cc5122e0a7780423 68e8c14658c08b1>. V. sul tema G. Rivosecchi, *L'Anac uniforma il regime sanzionatorio sulla trasparenza amministrativa*, in «Giornale di diritto amministrativo», n. 3, 2015, pp. 422 ss.

[12] Sul fondamento costituzionale della disciplina in materia di trasparenza amministrativa e di lotta alla corruzione, oltre ai contributi di Licia Califano e Giulio M. Salerno, in questo Volume, v. ora A. Patroni Griffi, *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: alcune riflessioni*, in «Forum di Quaderni costituzionali», 29 marzo 2016.

[13] Su cui v. I. Nicotra, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in «federalismi.it», n. 11, 2015 (3.6.2015).

[14] … un bilanciamento di questo tipo si realizza nel caso dell'esercizio del diritto di accesso, *ex* artt. 22 ss. l. 241 del 1990, attraverso lo schema della notifica al controinteressato (art. 3, d.p.r. 164 del 2006).

[15] Cfr, a tal proposito, A. Sarat (ed.), *A world without privacy? What law can and should do*, New York, Cambridge University Press, 2015.

[16] Si osservi che il disegno di legge di riforma costituzionale approvato in seconda lettura dalla Camera dei Deputati il 12 aprile 2016 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 88 del 15 aprile 2016, introduce due riferimenti alla trasparenza amministrativa nel testo costituzionale: a) il secondo comma dell'articolo 97 della Costituzione disporrebbe come segue: «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento, l'imparzialità e la trasparenza dell'amministrazione»; b) il secondo comma dell'art. 118 disporrebbe che «le funzioni amministrative sono esercitate in modo da assicurare la semplificazione e la trasparenza dell'azione amministrativa, secondo criteri di efficienza e di responsabilità degli amministratori».

[17] Questo aspetto, spesso non adeguatamente valorizzato, trova interessanti sviluppi nel volume di F. Marcelli, P. Marsocci, M. Pietrangelo (a cura di), *La rete internet come spazio di partecipazione politica. Una prospettiva giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica,

2015 e in M. Cuniberti, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in «Diritto dell'informazione e dell'informatica», n. 2, 2015, pp. 275 ss.

[18] Questa prospettiva rende attuali e plausibili le parole di Norberto Bobbio nel noto saggio *La democrazia e il potere*, in «Rivista italiana di scienza politica», n. 2, 1980, pp. 181 ss., secondo cui, in democrazia, il governo si esprime attraverso un «potere visibile» e pertanto, nello stato costituzionale, per quanto concerne i poteri pubblici, «la pubblicità è la regola, il segreto è l'eccezione»; ed anche quelle di Paolo Barile, il quale apriva il saggio *Democrazia e segreto*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, 1987, pp. 29 ss., affermando che «valgono regole opposte circa il segreto nel pubblico ed il segreto nel privato. L'apparato della democrazia ha per regola la trasparenza, ed il segreto costituisce una eccezione. I diritti costituzionalmente garantiti al soggetto privato in democrazia (la libertà nella comunità) hanno per regola la privacy, e per eccezione la pubblicità».

[19] Cfr. L. Lessig, *Against Transparency*, in «New Republic», <https://newrepublic.com/article/70097/against-transparency> (9.10.2009), opportunamente citato da Cardarelli, *Amministrazione digitale* cit., nt. 107.

[20] Cfr. F. Marzano, *La trasparenza nella Pubblica Amministrazione passa dall'Open Data o l'Open Data passa dalla trasparenza?*, in «Informatica e diritto», n. 1-2, 2011, pp. 287 ss.

[21] Cfr. B. Carotti, *La riforma della pubblica amministrazione. L'amministrazione digitale e la trasparenza amministrativa*, in «Giornale di diritto amministrativo», n. 5, 2015, pp. 621 ss.

[22] Cfr. la recente e puntuale ricostruzione di M. F. Maricosu, *Nuovi orientamenti dell'amministrazione digitale italiana: dall'esclusività digitale al* digital first, in «Nel diritto», n. 1, 2016, pp. 76 ss.

[23] Cfr. D. Ielo, *L'Agenda digitale: dalle parole ai fatti*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 228.

[24] Cfr. E. Carloni, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in «Giornale di diritto amministrativo», n. 2, 2015, pp. 148 ss.

[25] Cfr., sul tema, *ex multis*, C. Meoli, *La codificazione di settore. Modelli, casi e problemi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010; P. Carnevale, *Le politiche sulla legislazione: codificazione e semplificazione*, in M. Ruotolo (a cura di), *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, pp. 55 ss.

[26] Puntuali riferimenti normativi in Maricosu, *Nuovi orientamenti* cit., nt. 7.

[27] Ai fini di questo contributo, cfr. F. Faini, *Dati, siti e servizi in rete delle pubbliche amministrazioni: l'evoluzione nel segno della trasparenza del decreto legislativo n. 235 del 2010*, in «Informatica e diritto», n. 1-2, 2011, pp. 263 ss.

[28] Cfr., *ex multis*, al riguardo, A. Simoncini, E. Longo, *Dal decreto-legge alla legge di conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, in «Rivista AIC», n. 3, 2014.

[29] Fra cui, di particolare rilievo, il riferimento alle cd. *smart communities*: sul punto si rinvia a E. Ferrero, *Le* smart cities *nell'ordinamento giuridico*, in «Il Foro amministrativo», n. 4, 2015, pp. 1267 ss.

[30] Come noto, non è la prima, speriamo resti la principale: cfr. a questo riguardo Cardarelli, *Amministrazione digitale* cit., il cui par. 2 ricostruisce la *governance* dell'amministrazione digitale ed il suo progredire fino alla istituzione dell'Agid.

[31] Seguirà poi l'art. 13 del d.l. n. 69 del 2013 (in tema di *governance* dell'agenda digitale italiana).

[32] Opportunamente citato, per quanto qui interessa, da U. Galimberti, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, Milano, 2004, p. 453.

[33] […] «si dice che è più facile cambiare una legge che una prassi. Come hanno dimostrato gli studi di Perelman, anche nel campo delle organizzazioni pubbliche domina il principio di inerzia […]»: così Ielo, *Agenda digitale* cit., p. 226.

[34] Nel d.l. 179/12 troviamo infatti: 1) Anagrafe nazionale della popolazione residente istituita presso il Ministero dell'interno (art. 2); 2) Indice nazionale degli indirizzi PEC delle imprese e dei professionisti, presso il Ministero per lo sviluppo economico (art. 5, cd. INI-PEC); 3) Anagrafe nazionale degli studenti, presso il MIUR, e fascicolo elettronico delle studente (art. 10, ma v. già art. 3, d.lgs. 76/05); 4) Fascicolo sanitario elettronico istituito dalle Regioni (art. 12); prescrizione medica e cartella clinica digitale (art. 13).

[35] L'art. 3 del d.l. n. 179 del 2012 disciplina l'Archivio nazionale dei numeri civici delle strade urbane, in connessione con il censimento permanente della popolazione e delle abitazioni: si tratta di profili strettamente connessi, anche sul piano pratico, con l'istituzione della ANPR.

[36] Il tema della digitalizzazione in materia di tutela della salute concerne vari profili, non ultimo quello della armonizzazione dei bilanci sanitari regionali e dell'equilibrio di bilancio dei servizi sanitari regionali: ho provato ad affrontare il tema, cfr., volendo, S. Calzolaio, *Il modello dei piani di rientro dal punto di vista dell'equilibrio di bilancio*, in «federalismi.it», n. 23, 2014.

[37] Cfr. S. Rosa, *Anagrafe della popolazione*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1958, vol. II, il quale spiega che «col termine anagrafe si suole tradizionalmente intendere il servizio di tenuta dei registri da cui risultano il numero e le generalità delle persone che, in un determinato momento, vivono in una determinata circoscrizione territoriale (registro di popolazione): tale circoscrizione è in Italia quella comunale, essendo al comune affidato il disimpegno

del servizio anagrafico». Si rinvia a tale contributo per più articolati cenni storici. Più di recente v. E. Rossi, *Anagrafe della popolazione*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 77 ss.

38 Così Carloni, *Tendenze recenti* cit., p. 149.

39 Per il nesso fra l'impostazione di questa strategia ed i canali europei di finanziamento cfr., puntualmente, Carloni, *Tendenze recenti* cit.

40 Nel contesto della digitalizzazione si inquadra, pregiudizialmente, la *Strategia per la banda ultralarga*, presentata e approvata dal Governo lo stesso 3 marzo 2015. Cfr. <http://www.agid.gov.it/notizie/2015/03/24/approvati-i-piani-nazionali-la-banda-ultra larga-crescita-digitale>.

41 Si veda a tal riguardo il paper a cura di Glocus, *Pubblica amministrazione digitale: come farla davvero*, maggio 2015, in <http://www.glocus.it/>, p. 28.

42 In questo contesto può risultare utile ricordare il lavoro sviluppato dalla Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet, istituita presso la Camera dei deputati, che ha prodotto una «dichiarazione dei diritti in internet» del 28 luglio 2015: <http://www.camera.it/leg17/1179>.

43 La più bella definizione del principio la si è trovata – come di consueto – nell'ordinamento britannico. Nella strategia digitale del Governo di Sua Maestà si legge che «By digital by default, we mean digital services that are so straightforward and convenient that all those who can use them will choose to do so whilst those who can't are not excluded» (cfr. <https://www.gov.uk/government/publications/government-digital-strategy/government-digital-strategy>, dicembre 2013). Vi sono tracce di questa visione orientata alla tutela del contribuente – molto distante dalla nostra cultura giuridica – anche nella nostra Strategia per la crescita digitale 2014-2020 (p. 5). Invece, ad avviso d chi scrive, la definizione di *digital by default* contenuta nell'Agenda per la semplificazione («i servizi devono essere progettati ed erogati in primo luogo in forma digitale», p. 8) non rende pienamente giustizia del principio, offrendone una definizione molto simile a quella del principio del *digital first*, di cui si parlerà di seguito.

44 Cfr. Maricosu, *Nuovi orientamenti* cit., p. 5: l'A. fa riferimento a diverse disposizioni del CAD, fra cui, molto opportunamente, l'art. 63, c. 3-bis e 3-ter. È pienamente esaustivo del tema il breve contributo di D. Marongiu, *L'amministrazione digitale e le scadenze normative*, in <http://www.leggioggi.it> (20.3.2012), il quale dimostra (ed esemplifica) come i termini di *switch off digitale* imposti per legge siano di norma elusi.

45 Maricosu, *Nuovi orientamenti* cit., p. 7, ove l'A. si riferisce all'ordinamento spagnolo: la legge spagnola n. 11 del 2007, relativa all'accesso elettronico dei cittadini ai servizi pubblici prevede all'art. 27 che il cittadino può scegliere se usare il mezzo informatico o quello tradizionale per comunicare con la pubblica amministrazione o seguire un procedimento.

46 Coglie acutamente questo profilo F. Cardarelli, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in «Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica», n. 2, 2015, pp. 227 ss.

47 Sia consentito, a questo riguardo, rinviare a S. Calzolaio, *Il cammino delle materie nello Stato regionale*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 207, ed alla giurisprudenza costituzionale e dottrina ivi citate.

48 Andrebbe, di conseguenza, salutato con favore l'ingresso nell'art. 117, c. 2, lett. r), della materia «coordinamento informativo statistico e informatico dei dati, *dei processi e delle relative infrastrutture e piattaforme informatiche* dell'amministrazione statale, regionale e locale» (in corsivo la parte aggiunta dalla proposta di riforma costituzionale cd. «Renzi-Boschi»). Si noterà che tale formulazione tiene specificamente conto della digitalizzazione pubblica come processo dinamico.

49 Secondo l'art. 1, c. 1, lett. m), della «legge Madia» è necessario assicurare «la neutralità tecnologica delle disposizioni del CAD».

50 Ma v. P.T. Jaeger, *Constitutional principles and E-government: an opinion about possible effects of Federalism and the separation of powers on E-government policies*, in «Government Information Quarterly», n. 19/4, 2002, pp. 357 ss.

51 Non è casuale, quindi, che il percorso della digitalizzazione si sviluppi parallelamente al percorso di riassetto delle autonomie locali (cfr. l. n. 56 del 2014).

52 Intorno ai pregi e difetti della «politica statistica» in materia di rientro delle Regioni dai disavanzi sanitari, sia consentito rinviare a Calzolaio, *Il modello dei piani* cit., p. 58.

53 Così L. Califano, *Il bilanciamento tra trasparenza e privacy nel d.lgs. 33/2013*, intervento alla XXX Assemblea Anci, Firenze, 24 ottobre 2013, in <www.garanteprivacy.it/>.

54 Una spiegazione esaustiva del fenomeno e della possibilità tecnica – molto contestata nel dibattito internazionale – di farlo convivere con gli strumenti della privacy si trova in G. D'Acquisto, J. Domingo-Ferrer, P. Kikiras, V. Torra, Y. A. de Montjoye, A. Bourka, *Privacy by design in big data. An overview of privacy enhancing technologies in the era of big data analytics*, European Union Agency for network and information security, december 2015, in <http://www.enisa.europa.eu>.

55 Per comprendere l'evoluzione in atto, inevitabile leggere: Federal Trade Commission, *Internet of things. Privacy & Security in a Connected World*, Staff Report, January 2015, <https://www.ftc.gov/>.

56 Cfr. M.M. Winkler, J. Mosca, *Cloud computing e protezione dei*

dati personali, in M. Fumagalli Meraviglia (a cura di), *Diritto alla riservatezza e progresso tecnologico. Coesistenza pacifica e scontro di civiltà?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pp. 121 ss.

57 Di particolare rilievo le riflessioni di B. Van der Sloot, *Do data protection rules protect the individual and should they? An assessment of the proposed General Data Protection Regulation*, in «International Data Privacy Law», n. 4/4, 2014, pp. 307 ss.

58 Ritengo di utilizzare correttamente, o almeno scientemente, in questo caso, il termine "storico", poiché recenti eventi connessi al trattamento illecito di dati da parte di soggetti e, talvolta, autorità extra-europee consentono di poter affermare che l'interesse alla protezione ed alla sicurezza dei dati dei cittadini e delle istituzioni dell'Unione europea costituisce, storicamente, un nuovo interesse comune degli Stati e dei cittadini dell'Unione europea. Non è pertanto un caso che questo interesse comune europeo conduca a sostituire la previgente direttiva europea 95/46/CE con lo strumento, giuridicamente unificante, costituito dal Regolamento (UE) 2016/679.

59 Cfr. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=OJ:L:2016:119:TOC>. Sul tema v. S. Gutwirth, R. Leenes, P. de Hert (eds.), *Reforming European data protection law*, Dordrecht, Springer, 2015. Per l'inquadramento delle competenze europee in materia di privacy, di particolare rilievo B. Cortese, *La protezione dei dati di carattere personale nel diritto dell'unione europea dopo il trattato di Lisbona*, in «Dir. Un. Eur.», n. 2, 2013, pp. 313 ss.

60 Sono stati necessari diversi anni di lavoro per trovare un accordo e per elaborare la riforma, a partire dalla proposta della Commissione europea del 2012 (cfr. <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-46_it.htm?locale=it>). Seppure con approccio critico, molto utile per verificare empiricamente le ragioni che hanno giustificato l'adozione del Regolamento europeo in luogo della precedente Direttiva, D. Erdos, *European Data Protection Regulation and the New Media Internet: Mind the Implementation Gaps*, in «Legal studies research, Paper series», University of Cambridge, paper n. 30/2015, in <http://ssrn.com/abstract=2611583>.

61 Ci si riferisce, in modo particolare, a tre decisioni: Corte Giust. 13 maggio 2014, causa C-131/12, Google Spain SL, Google Inc./ Agencia de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González.; Corte Giust. 6 ottobre 2015, causa C-362/14, Maximillian Schrems/ Data Protection Commissioner; Corte Giust., 8 aprile 2014, cause riunite n. C-293/12 e n. C-594/12.

Accesso, accessibilità, Open Data. Il modello italiano di Open Data pubblico nel contesto europeo

VALENTINA PAGNANELLI

1. *L'obiettivo dello scritto: un'analisi delle politiche di Open Data alla luce della normativa sulla trasparenza*

La disciplina italiana della trasparenza amministrativa è contenuta nel Decreto legislativo n. 33/2013[1] (cd. Decreto Trasparenza). Tale decreto altro non è che una costola della legge anticorruzione del 2012 (l. n. 190/2012[2]). Questa indicazione risulta di primaria importanza perché proprio nel 2012 avvenivano altre importanti riforme, apportando modifiche sensibili al Codice dell'Amministrazione Digitale e istituendo l'Agenzia per l'Italia Digitale, in ossequio alle indicazioni europee e alla Digital Agenda for Europe lanciata dalla Commissione nel 2010. Le modifiche legislative del 2012 dunque hanno riguardato l'attuazione della politica anticorruzione, di cui il Decreto Trasparenza è la concreta espressione, e su un altro fronte, contemporaneamente, hanno introdotto significative novità in tema di accesso ai dati in possesso della PA e sulla possibilità del loro riutilizzo. Queste innovazioni introdotte nel nostro ordinamento sono in parte sovrapponibili al movimento dell'Open Data. Tale dottrina, nata sulla spinta della società civile (prima fra tutte quella statunitense) e poi gradualmente accolta dalle istituzioni è caratterizzata da diversi elementi che costituiscono la concretizzazione della filosofia che è alla base dell'Openness. Scopo del presente scritto sarà quello di passare in rassegna la normativa internazionale, europea e nazionale contenente riferimenti all'Open Data e di verificare quanta parte della legislazione nazionale in tema di trasparenza sia ad essa sovrapponibile. L'iter toccherà alcuni passaggi fondamentali nel percorso di sviluppo dell'Open Data, come innanzitutto l'istituzione dell'Agenda Digitale Europea. In seguito verranno evidenziati gli aspetti peculiari del modello di Open Data italiano. A tale fine saranno analizzate le politiche di Open Data di un altro Stato, che imposta la regolamentazione partendo da principi sensibilmente differenti: il Re-

gno Unito. Infine nello scritto si darà conto delle ultime evoluzioni della normativa italiana, in particolare della legge n. 124/2015 (Legge Madia) recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche". Tale legge contiene indicazioni per la modifica del CAD e del Decreto Trasparenza. All'articolo 1 tra i criteri direttivi per la modifica del CAD compare il principio *digital first*, e vengono richiamati gli obiettivi dell'Agenda Digitale Europea, tra cui la garanzia dell'«accesso e del riuso gratuiti di tutte le informazioni prodotte e detenute dalle amministrazioni pubbliche in formato aperto, l'alfabetizzazione digitale [...]». L'articolo 7 della legge citata, relativo alle modifiche al Decreto Trasparenza, proclama il «riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto di accesso, anche per via telematica, di chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche». Nel prosieguo si darà conto della rilevanza di tali statuizioni nella sistematica delle leggi nazionali, e delle modalità di attuazione dei criteri stabiliti nella delega.

2. *Uno sguardo al sistema delle fonti*

La trasparenza, da cui discende il diritto di conoscere i dati, le informazioni e i documenti in possesso delle Pubbliche Amministrazioni, è un principio costituzionalmente implicito[3], ma necessario a realizzare gli altri principi fondamentali, primo fra tutti il principio democratico, che prevede, per dirsi realizzato, la piena e consapevole partecipazione dei cittadini alla vita economica, sociale, politica del Paese[4]. Da esso discende dunque naturalmente il diritto in capo ai singoli cittadini di accedere alla maggiore quantità possibile di informazioni, nel rispetto dei segreti e dei diritti di riservatezza. Il primo riferimento normativo ai dati pubblici intesi come dati conoscibili da chiunque si trovava già nel 2005 all'articolo 1 del Codice dell'Amministrazione Digitale (D.lgs. n. 82/2005)[5]. Sempre il CAD oggi contiene la definizione di dato aperto e dato in formato di tipo aperto, sulla cui importante distinzione si tornerà in seguito. Tra le fonti nazionali merita di essere citata anche la Dichiarazione dei diritti di Internet[6] elaborata in seno alla Camera dei deputati e approvata il 28 luglio 2015, che prevede che la gestione della Rete debba assicurare il rispetto del principio di trasparenza e l'accessibilità alle informazioni pubbliche (art. 14 comma 5). Tale principio è peraltro confermato in sede europea, dagli articoli 11, 41 e 42 della Carta di Nizza[7], che garantiscono ai cittadini europei il diritto di ricevere informazioni, così come quello di accedere ai documenti che li riguardano nel corso di procedimenti nei loro confronti, e da ultimo il diritto di accesso ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione[8]. I riferimenti normativi principali per l'Unione europea debbono invece essere individuati nelle due direttive del 2003 e del 2013. La direttiva 2003/98CE[9] conferiva una grande importanza alla società dell'informazione, definendola come quella dimensione che permette al cittadino di avere accesso alle conoscenze, di riutilizzarle al fine di garantire la crescita economica

dell'Unione e la creazione di posti di lavoro. Pur senza prescrivere l'obbligo di consentire il riutilizzo di documenti, già nel 2003 la direttiva sottolineava la necessità di una armonizzazione minima delle prassi nazionali in tema di riuso dei dati in possesso del settore pubblico, poiché in assenza di armonizzazione ogni Stato sarebbe potuto giungere a modelli di regolazione anche di molto distanti l'uno dall'altro, di fatto ostacolando quel flusso di informazioni e dati che è la base del riutilizzo comunitario. Al punto 16 dei Considerando si legge infatti: «Rendere pubblici tutti i documenti generalmente disponibili in possesso del settore pubblico – concernenti non solo il processo politico ma anche quello giudiziario e amministrativo – rappresenta uno strumento fondamentale per ampliare il diritto alla conoscenza, che è principio basilare della democrazia». La direttiva del 2003 proseguiva poi con le indicazioni che hanno segnato finora la strada seguita dagli Stati membri relativamente alle cosiddette Politiche di Open Data, sempre entro i limiti segnati dalla tutela dei dati personali, come enunciata nella direttiva 95/46CE[10].

Nel 2013 la direttiva n. 37[11] è giunta ad apportare alcune modifiche, cogliendo soprattutto il carattere essenziale della società dell'informazione, ovvero la rapidità dei cambiamenti in atto e la difficoltà per il legislatore di "mantenere il passo". E a ben vedere questo sarà un tema chiave di qui in avanti. Invero nel quinto Considerando si legge che «da quando è stato adottato il primo insieme di norme sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico nel 2003, si è assistito a una crescita esponenziale della quantità di dati nel mondo, compresi i dati pubblici, e alla comparsa e raccolta di nuovi tipi di dati». E dunque «le norme adottate nel 2003 non rispecchiano più questi rapidi mutamenti e di conseguenza si rischia di non poter cogliere le opportunità economiche e sociali offerte dal riutilizzo di dati pubblici». La direttiva del 2013 dunque pone in modo più netto l'obbligo degli Stati membri di rendere riutilizzabili tutti i documenti, a meno che l'accesso sia limitato o escluso da leggi nazionali. Altra rilevante novità introdotta dalla direttiva è l'estensione dell'applicazione della direttiva 2003/98 alle biblioteche (anche universitarie), ai musei e agli archivi. A livello nazionale italiano l'attuazione della direttiva 2003/98 era avvenuta con il D.lgs. 24 gennaio 2006 n. 36[12]. La direttiva 2013/37/UE è stata da ultimo recepita con il D.lgs. 18 maggio 2015 n. 102[13]. A riprova dell'importanza fondamentale che le politiche di trasparenza e valorizzazione del patrimonio informativo rivestono a livello globale va certamente segnalata la International Open Data Charter[14], un vero e proprio manifesto[15], che ha come scopo quello di promuovere la più ampia diffusione della cultura della accessibilità e riutilizzabilità dei dati a livello mondiale, al fine di consentire la diffusione della conoscenza e lo sviluppo sostenibile. La Carta è stata presentata a margine dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite[16].

3. *Trasparenza o Open Data? La Digital Agenda for Europe e l'Agenda Digitale italiana*

Secondo la definizione contenuta nell'Open Data Charter, «Open data is digital data that is made available with the technical and legal characteristics necessary for it to be freely used, reused, and redistributed by

anyone, anytime, anywhere». Invece, secondo la Open definition fornita dalla Open Knowledge[17], «Open data and content can be freely used, modified, and shared by anyone forany purpose»[18].

All'interno dei cd. Open Data si inserisce la categoria più ristretta degli Open Government Data, ovvero i dati in possesso del settore pubblico (PSI, Public Sector Information[19]), categoria alla quale il presente scritto fa riferimento. La necessità di sviluppare le politiche di Open Data, in un'ottica di miglioramento dei servizi offerti ai cittadini e quindi della qualità della vita degli stessi è inserita tra gli obiettivi della Digital Agenda for Europe[20], presentata dalla Commissione nel 2010 all'interno della strategia "Europa 2020"[21]. L'Italia si è allineata alle istanze europee[22] con l'istituzione della Cabina di regia per l'attuazione dell'Agenda Digitale italiana[23], e con la successiva istituzione dell'Agenzia per l'Italia Digitale[24], con D.L. n. 83/2012[25]; ad essi è poi seguito il D.L. n. 179/2012, contenente tra le altre norme anche disposizioni relative all'attuazione dell'Agenda Digitale. Il D.L. n. 179 ha introdotto rilevanti novità in tema di Open Data, prima di tutte il principio dell'Open Data by default[26], secondo cui ogni documento pubblicato dalle Pubbliche Amministrazioni (in assenza di una licenza a norma del D.lgs. n. 36/2006[27]) si considera rilasciato come dato di tipo aperto secondo la definizione dell'art. 68 del CAD, con la sola eccezione dei documenti contenenti dati personali. Inoltre l'art. 68 novellato nel 2012 contiene nel terzo comma la definizione di formato dei dati di tipo aperto, con il quale si identifica «un formato di dati reso pubblico, documentato esaustivamente e neutro rispetto agli strumenti tecnologici necessari per la fruizione dei dati stessi». A codesta definizione segue quella dei dati di tipo aperto, che si caratterizzano invece perché resi disponibili gratuitamente – o con costi marginali –, in formato di tipo aperto, con una licenza che ne permetta l'utilizzo da parte di chiunque, anche per finalità commerciali e in formato disaggregato[28]. In questa ultima definizione e nel citato principio dell'Open Data by default proclamato dall'art. 52 sembrano potersi ravvisare gli elementi tipizzanti della filosofia di Open Data. Come si vedrà di qui in avanti, la normativa italiana non offre molti altri elementi di chiarezza o punti saldi che si pongano come pietre angolari di una struttura organica, razionale e quindi riconoscibile.

4. *L'Openness in Italia. Il D.lgs. n. 33/2013 sulla trasparenza e il "pacchetto Open Data"*

Il principio dell'Open Data by default, insieme alle definizioni di dato aperto e formato di tipo aperto costituiscono il contesto di riferimento dell'accessibilità ai dati e ai documenti in possesso delle Pubbliche Amministrazioni e della più ampia possibilità di riutilizzo, anche a scopi commerciali[29]. Il D.lgs. n. 33/2013 sembrerebbe essersi collocato in questo contesto[30]. L'art. 1 richiama il concetto di trasparenza come «accessibilità totale» alle informazioni in possesso della Pubblica Amministrazione. L'art. 3 invece contiene l'enunciazione del diritto alla conoscibilità, in ragione del quale chiunque ha diritto di conoscere, fruire gratuitamente, utilizzare e riutilizzare tutti i dati, i documenti e le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria. Il centralissimo art. 7, vero *core* del decreto in

tema di Open Data, detta le regole per il riutilizzo dei dati e ne stabilisce l'obbligatoria pubblicazione in formato di tipo aperto (in tal senso la rubrica dell'articolo, che cita i «dati aperti» contiene una imprecisione terminologica, causa aggiuntiva di confusione). La norma, richiamando le regole del CAD e la legislazione europea sul riutilizzo dei dati nel settore pubblico, pone come unico limite il rispetto del Codice della Privacy e degli obblighi di integrità e di citazione della fonte. Completa il quadro l'art. 5, che introduce l'istituto dell'accesso civico. Esso com'è noto consente a chiunque di inoltrare gratuitamente una richiesta non motivata volta ad ottenere l'ostensione di dati, documenti e informazioni la cui pubblicazione, obbligatoria per legge, sia stata omessa. Dal combinato disposto degli articoli citati, che insieme costituiscono quello che si potrebbe definire il "pacchetto Open Data", sembrerebbe potersi cogliere la volontà del legislatore di incentivare lo sviluppo di una nuova modalità di fruizione dei dati da parte dei cittadini. Con il D.lgs. n. 33/2013, alle regole della l. n. 241/90 che richiedevano per l'accesso ai dati l'esistenza di un interesse legittimo dell'interessato, si affianca l'accesso civico, che invece si basa sulla regola generale dell'accessibilità a tutte le informazioni che debbono per legge (o per regolamento) essere pubblicate. In estrema sintesi, le novità introdotte dal Decreto Trasparenza in tema di accessibilità ai dati possono essere riassunte in questi termini: tutti gli atti oggetto di obbligo di pubblicazione in siti istituzionali della PA debbono essere fruibili in formato di tipo aperto, riutilizzabili liberamente e senza necessità di autenticazione e indicizzabili nei motori di ricerca[31], con l'unico limite della citazione della fonte e della integrità; ai cittadini viene riconosciuto un nuovo diritto di conoscibilità ed un nuovo strumento procedurale per rendere questo diritto effettivo. Il fatto che le disposizioni in materia di Open Data siano inserite all'interno del Decreto n. 33/2013 indurrebbe ad interpretare le stesse alla luce della finalità per la quale il decreto medesimo è stato approvato[32]. Gli articoli riconducibili all'Open Data andrebbero dunque riletti in un'ottica meno estensiva e più rispondente alla *ratio legislatoris*. In tale prospettiva la portata innovativa delle norme in oggetto appare ridimensionata. La regolamentazione dei dati aperti infatti non è una scelta del legislatore, volta ad offrire nuovi servizi al cittadino, ma piuttosto uno strumento delle politiche anticorruzione. Da questo punto di vista l'articolo 7, che disciplina il riutilizzo dei dati, appare collocato erroneamente all'interno del Decreto Trasparenza, risultando invece concettualmente più vicino al contenuto e alla *ratio* del CAD. L'Open Data italiano appare dunque essere una conseguenza della trasparenza come lotta alla corruzione e non il frutto di una scelta ponderata del legislatore e rivolta alla «apertura dei dati»[33].

5. *Il "pacchetto Open Data" alla luce delle Linee guida del Garante Privacy*

Poco dopo l'emanazione del D.lgs. n. 33/2013 sono state pubblicate le Linee Guida del Garante per la Protezione dei Dati Personali[34], al preciso scopo di coadiuvare le PA nella corretta applicazione degli obblighi imposti dal Decreto Trasparenza. Nelle Linee guida viene elencata una serie di «opportune cautele» che i soggetti de-

stinatari degli obblighi di pubblicazione[35] debbono applicare per evitare che l'adempimento di tali obblighi di trasparenza avvenga in violazione dei diritti tutelati dal Codice della Privacy[36] e, più in generale, garantiti dalla Costituzione[37]. Le Linee guida enucleano gli istituti caratterizzanti il regime cui sono sottoposti i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria a norma del D.lgs. n. 33/2013. Di questo insieme di istituti fanno parte l'accesso civico, l'indicizzazione dei dati, il riutilizzo – oltre che le regole sulla durata della pubblicazione e le sezioni di archivio – ovvero, a ben vedere, l'intero "pacchetto Open Data". Il Garante precisa preliminarmente che il "pacchetto Open Data" si applica solo ed esclusivamente ai dati e ai documenti pubblicati sulla base del Decreto n. 33/2013, quindi per la sola finalità di trasparenza. In questo modo vengono escluse dall'applicazione della disciplina in esame tutte le altre tipologie di pubblicazione[38]. La seconda precisazione dell'Autorità garante riguarda le modalità di protezione dei dati personali: essi dovranno essere pubblicati nel rispetto dei principi stabiliti dal Codice Privacy, privilegiando ove possibile l'oscuramento e la pubblicazione di dati anonimi. Si tratta dei principi di necessità, pertinenza, non eccedenza, oltre al divieto assoluto di pubblicazione dei dati inerenti alla vita sessuale e allo stato di salute e al criterio della indispensabilità in caso di pubblicazione di dati sensibili e giudiziari[39]. Relativamente all'art. 7 sul riutilizzo, il Garante sottolinea la distinzione contenuta nel CAD tra dato aperto e formato di tipo aperto; proprio perché non si tratta di dati aperti bensì dati in formato di tipo aperto, «i dati personali oggetto di pubblicazione obbligatoria non sono liberamente riutilizzabili da chiunque per qualsiasi finalità». Le Linee guida proseguono indicando una serie di limiti (o, appunto, di cautele) al riutilizzo dei dati personali (par. 6 delle Linee guida). Sono sottratti al riutilizzo tutti i documenti contenenti dati personali, in cui gli stessi non siano stati preventivamente aggregati e resi anonimi: essi potranno essere accessibili ma non riutilizzabili. Sarà cura e dovere dell'amministrazione responsabile della liberazione del dato determinare finalità, limiti e condizioni del riutilizzo, informando il fruitore[40] che il riutilizzo dei dati personali è ammesso solo in termini compatibili con gli scopi originali per i quali sono stati raccolti, a norma dell'art. 11 comma 1 lett. b) del Codice Privacy. Restano esclusi *in toto* dal riutilizzo i dati sensibili e giudiziari. Le Linee guida del Garante sottolineano che il soggetto destinatario dell'obbligo di pubblicazione dovrà effettuare una valutazione d'impatto relativa al rischio di perdere il controllo dei dati[41] e dovrà prevedere delle licenze standard che stabiliscano le modalità giuridiche e tecniche finalizzate al corretto riutilizzo dei dati. Potrebbe apparire che l'intervento del Garante sia volto a ridimensionare il "pacchetto Open Data" contenuto nel Decreto Trasparenza. In realtà il Garante si limita, in sostanza, ad applicare un principio largamente diffuso in tutte le normative più o meno avanzate in tema di Open Data, ovvero la tutela dei dati personali[42]. Tale principio è riconosciuto ad esempio nei FOIA statunitense ed anglosassone e nelle direttive europee sul riuso, oltre che nelle dichiarazioni internazionali.

6. *L'esperienza del Regno Unito: dall'Open Data al digital divide*

Il confronto con il modello di Open Data del Regno Unito[43] offre spunti per una riflessione sulle scelte italiane. Il Regno Unito infatti si è dotato di un Freedom of Information Act[44] già nel 2000, e nel 2012 ha pubblicato l'Open Data White Paper[45]. Sebbene il FOIA ponga la regola generale della più ampia accessibilità ai dati in possesso del settore pubblico, al fine di aumentare la fiducia dei contribuenti attraverso la garanzia dell'accesso alle informazioni riguardanti l'operato delle autorità pubbliche[46], il governo inglese ha ritenuto necessario dotare la cittadinanza di "libro bianco" sull'Open Data, evidentemente mantenendo ben separati i due concetti.

Invero mentre la finalità del FOIA è, come appena ricordato, quella di garantire ai cittadini un controllo sull'operato dell'amministrazione, l'Open Data White Paper si pone su un altro piano. Quest'ultimo documento propone infatti ai cittadini un nuovo modello di utilizzo e riutilizzo dei dati al fine di migliorare i servizi loro offerti, sfruttando il potenziale dei dati aperti e facendone un uso più intelligente[47]. Il Global Open Data Index, strumento creato dalla Open Knowledge Foundation per tracciare lo stato di avanzamento dell'Openness a livello globale[48], pone l'Italia al diciassettesimo posto su 122 Paesi monitorati nel 2015, con un avanzamento di otto posizioni rispetto al 2014. Il Regno Unito si colloca al secondo posto della classifica. Analizzando i grafici relativi alla realizzazione degli obiettivi della Digital Agenda for Europe, consultabili nel sito istituzionale, si evince che il Regno Unito ha superato gli obiettivi dell'Agenda europea e la media degli altri Paesi membri in tutti i settori di riferimento (Connectivity, Human Capital, Use of Internet, Integration of Digital Technology, Digital Public Services, Research & Development)[49].

L'Italia è significativamente lontana dagli obiettivi europei e dalla media degli altri Paesi, con la sola eccezione dei Digital Public Services, ma con la specificazione che «[…] use of eGovernment is still low, partly due to some insufficient development of online public services and part to digital skills issues»[50]. Le ragioni di questo distacco tra Regno Unito e Italia sono molteplici e non possono essere affrontate in questa sede. Il caso della direttiva 2013/37[51] sul riuso nel settore pubblico (PSI) è significativo. Il Governo inglese nel 2014 ha aperto una consultazione online, relativa al recepimento di detta direttiva. L'obiettivo dichiarato era coinvolgere la cittadinanza in una valutazione dell'impatto delle modifiche alla vecchia direttiva del 2003 sul riutilizzo dei dati. Si trattava dell'articolo 4, sugli strumenti di ricorso in caso di diniego alla richiesta di riutilizzo di documenti, e dell'articolo 6 sulla tariffazione[52]. Il lancio della consultazione, ponendosi sulla stessa linea dell'Open Data White Paper, ha evidenziato le potenzialità delle politiche di trasparenza totale, in un'ottica di controllo della cittadinanza sull'operato delle Pubbliche Amministrazioni, ma soprattutto come mezzo di sviluppo economico e culturale per i singoli individui e come strumento per migliorare sensibilmente la qualità della vita[53]. L'attenzione alla società civile è apprezzabile anche scorrendo la lista degli organismi consultati, che comprende, tra le altre, istituzioni culturali, sanitarie, di sicurezza pubblica[54]. Dunque nel Regno Unito

la filosofia dell'Open Data viene promossa, nei fatti, attraverso il coinvolgimento della cittadinanza (tramite consultazione online) nelle scelte nazionali proprio in materia di Open Data.

Al contrario in Italia il recepimento della direttiva n. 37/2013, realizzato con la modifica del D.lgs. n. 36/2006[55] è avvenuto senza nessun coinvolgimento della cittadinanza[56]. Ciò che emerge dal paragone tra Regno Unito ed Italia è principalmente il differente grado di chiarezza e razionalizzazione del sistema normativo. Innanzitutto il Freedom of Information Act è un atto legislativo interamente dedicato alla disciplina dell'accesso (quindi l'accesso è oggetto, e non strumento); in seconda battuta l'Open Data viene descritto e introdotto nella cultura (prima che nel panorama legislativo) come filosofia che, se applicata nei flussi informativi tra pubblico e privato, permetterà di ottenere benefici economici, culturali, sociali. La netta distinzione tra FOIA e Open Data White Paper appare dunque determinante. L'impostazione anglosassone suggerirebbe di enucleare anche formalmente il "pacchetto Open Data" contenuto nel Decreto n. 33/2013 e di accompagnarlo con la predisposizione di Linee guida idonee a condurre addetti ai lavori e cittadini nel percorso verso l'accessibilità totale e il riutilizzo dei dati[57]. In effetti, il principale problema sembra essere lo scollamento tra politiche pubbliche e partecipazione attiva dei destinatari delle medesime, dovuto al fatto che in Italia l'Openness è soprattutto conseguenza di politiche di trasparenza, finalizzate al controllo sull'operato delle PA. Non così per le Open Data Policies del Regno Unito che, come detto, muovono dalla valorizzazione delle potenzialità in termini di servizi al cittadino e sviluppo economico, sponsorizzando nuove opportunità[58]. Un'ulteriore annotazione appare a questo punto necessaria: lo sviluppo dell'Open Data è strettamente connesso con il superamento del *digital divide*. Non è marginale che il suo progressivo superamento sia tra gli obiettivi della Digital Agenda for Europe. Infatti il divario digitale è tra i principali ostacoli nel percorso per la creazione di un mercato unico digitale. Ad un primo, basilare livello, il *digital divide* si concretizza nella mancanza di possibilità di accesso alla rete Internet in termini tecnici; in seconda battuta, l'alfabetizzazione digitale si realizza con la capacità di accedere al web e di utilizzare i principali motori di ricerca e software[59]; solo in terza battuta, a parere di chi scrive, entra in gioco l'Open data. Infatti il progetto di Open Data può dirsi realizzato solo di fronte ad una fruizione generalizzata del servizio e alla comprensione delle potenzialità ad esso sottese, specialmente grazie alla possibilità di conoscere e riutilizzare una enorme quantità di dati. Su questo fronte l'adozione del Piano nazionale Banda Ultralarga e del Piano Crescita Digitale, entrambi sottoposti a consultazione pubblica nel 2014[60] sono esempi virtuosi di coinvolgimento dei cittadini nel perseguimento degli obiettivi di Europa 2020. L'evoluzione rapida e irreversibile verso l'amministrazione digitale pone tra le priorità assolute il superamento del *digital divide*, e di conseguenza i passi da compiere in quella direzione. Tra di essi un serio investimento sulla *digital literacy* appare ormai necessario[61].

7. *Verso l'accessibilità totale*

Sulla base della Legge Madia il Governo ha predisposto uno schema di Correttivo[62] volto a razionalizzare e semplificare l'impianto del D.lgs. n. 33/2013[63]. Oltre alla razionalizzazione il correttivo, se approvato[64], introdurrà rilevantissime novità in tema di accessibilità ai dati. Infatti il decreto emendato conterrà l'enunciazione di un principio generale di accessibilità, molto simile al modello dei FOIA.

Andiamo con ordine. Il percorso che conduce alla enunciazione di un diritto all'accessibilità totale può essere ricondotto a tre date fondamentali: 1990, 2013, 2016. L'accesso, come disciplinato nel 1990 dalla legge sul procedimento amministrativo, corrisponde al diritto di prendere visione ed estrarre copia dei documenti amministrativi. Com'è ormai noto, tale diritto è riconosciuto a tutti i soggetti privati portatori di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento per il quale è chiesto l'accesso[65]. Nel 2013 grazie al Decreto Trasparenza questo diritto di accesso "tradizionale" è stato affiancato dall'istituto dell'accesso civico. Il nuovo accesso (civico) attribuisce a chiunque il diritto di richiedere la pubblicazione di dati, documenti o informazioni la cui ostensione, prevista dalla legge, sia stata omessa[66]. La Legge Madia delega oggi il Governo a rivedere il D.lgs. n. 33/2013, sulla base di una disposizione (l'art. 7), che proclama la libertà di informazione e ne fa discendere il diritto di chiunque di accedere ai dati e documenti detenuti dalle PA, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridiche rilevanti.

Dunque dopo l'elaborazione di uno strumento ibrido come il diritto di accesso civico, connaturato agli obblighi di pubblicazione enumerati, si passa ad un diritto autonomo e generalizzato di accessibilità, dove sono i limiti ad essere enumerati, mentre l'accessibilità totale diviene regola generale e residuale. Innanzitutto l'oggetto del decreto novellato non sarà più la pubblicazione di informazioni sull'organizzazione e l'attività delle PA, bensì la libertà di accesso di chiunque ai dati e ai documenti in possesso della PA «tramite l'accesso civico e tramite la pubblicazione di documenti, informazioni e dati [...]»[67], «allo scopo di tutelare i diritti fondamentali e di favorire forme diffuse di controllo [...]»[68]. L'accesso ex l. n. 241/1990 e l'accesso civico non scompaiono, ma ad essi si affianca un nuovo diritto di accesso generalizzato (o universale)[69]. La disciplina contenuta nell'art. 6 del Correttivo, che sembra ispirarsi allo schema dell'accesso ambientale[70], reca, insieme alla enunciazione del diritto, una serie piuttosto consistente di limiti, che possono essere ricondotti alle categorie della tutela di interessi pubblici e privati, dei divieti di divulgazione e dei segreti[71]. Gli elementi di novità di cui si è appena dato conto sembrerebbero esprimere una decisa opzione governativa per l'Open Data. Questa lettura è suggerita finanche dall'inserimento nell'articolato del nuovo "Capo I-Bis *Dati pubblici aperti*". La seconda riflessione da svolgere riguarda il ruolo giocato dalle Autorità indipendenti. Non può sfuggire come tutta la vicenda delle politiche di trasparenza (e di Open Data) si sia giocata tra due estremi: l'accessibilità totale da un lato, la tutela dei dati personali dall'altro. Lo dimostrano i numerosissimi interventi dell'ANAC al fine di meglio

interpretare gli obblighi di pubblicazione contenuti nel Decreto n. 33/2013 e, d'altro canto, le Linee guida emanate dal Garante Privacy per aggiustare il tiro e offrire suggerimenti per una applicazione delle norme che sia rispettosa del diritto alla privacy[72]. Trasparenza e Privacy, come tutti i valori costituzionali, debbono essere oggetto di un attento bilanciamento. Poiché tale bilanciamento non è stato bene delineato in fase di redazione delle norme, nella fase attuativa questo è stato delegato alle due Authorities[73]. Garante per la Protezione dei Dati Personali e ANAC sono stati finora gli artefici di quel «delicato meccanismo di contrappesi» che il Consiglio di Stato auspica possa essere finalmente cristallizzato nel Correttivo[74].

La funzione di "bilanciamento costituzionale" poc'anzi descritta non si è esaurita con l'interpretazione delle norme del Decreto n. 33/2013, ma anzi ha assunto un peso ancora maggiore nella fase di consultazione relativa allo schema di Correttivo. Nel parere del 3 marzo 2016 il Garante per la Protezione dei Dati Personali[75] ha esposto considerazioni in merito all'adeguatezza delle norme emendate a tutelare la privacy delle persone i cui dati possano formare oggetto di pubblicazione. Per quel che interessa in questa sede, il Garante ha espresso preoccupazione per la irragionevolezza della estensione automatica della disciplina prevista dal Decreto Trasparenza a tutti i dati, documenti e informazioni pubblicati dalle PA in base a obblighi legislativi eterogenei. Il Garante ha inoltre mostrato perplessità per l'alto grado di discrezionalità insito nella modalità di gestione delle richieste di accesso civico in mancanza di parametri espliciti e a fronte di richieste che per legge non debbono essere motivate, e per la disciplina dell'indicizzazione[76] applicata a tutti i dati senza alcuna gradazione, in contrasto con la giurisprudenza europea in tema di diritto all'oblio[77]. La preoccupazione espressa dal Garante è che la «trasparenza dell'amministrazione» divenga «trasparenza delle persone». L'Authority propone l'adozione di un regolamento attuativo, contenente norme di coordinamento e di ausilio per la corretta applicazione del nuovo Decreto Trasparenza. Dello stesso avviso è l'ANAC, che nell'Atto di segnalazione n. 1 del 2 marzo 2016[78] propone l'adozione di Linee guida congiunte, tra ANAC e Garante Privacy, al fine di «orientare il comportamento delle amministrazioni quando la richiesta di accesso riguardi dati personali»[79]. Dunque un'ulteriore conferma del bilanciamento in essere tra principio di Trasparenza e diritto alla Privacy. Anche il Consiglio di Stato, pur esprimendo un giudizio complessivamente positivo sulla riforma, ha evidenziato diverse criticità. Nel parere del 18 febbraio 2016[80] i giudici di Palazzo Spada hanno evidenziato come la presenza di numerose clausole relative ai limiti al diritto di accesso civico potrebbe compromettere di fatto l'effettività dell'istituto. Invero la mancanza di parametri potrebbe portare le amministrazioni a compiere valutazioni del tutto discrezionali sulla opportunità o meno di concedere l'accesso, di fatto vanificandone la funzione. Per questa ragione anche il Consiglio di Stato invita il Governo a predisporre Linee guida che forniscano un ausilio nell'interpretazione della nuova normativa sull'accessibilità.

Un ultimo aspetto di rilevanza cruciale merita di essere richiamato in sede di conclusioni. La legislazione europea in tema di accesso alla rete Internet e di protezione e

sicurezza dei dati personali sta subendo cambiamenti repentini e molto significativi. Il cosiddetto Pacchetto Protezione Dati[81] è stato approvato in risposta ad esigenze eterogenee, legate alla lotta al terrorismo, alla necessità di garantire la tutela dei dati personali e la sicurezza degli stessi, allo sviluppo del mercato digitale[82]. I drammatici fatti di cronaca internazionale, insieme con l'attività della Corte di Giustizia UE sono tra i principali propulsori del cambiamento. Quanto alla "spinta giurisdizionale" basti citare la sentenza dell'8 aprile 2014[83], con la quale i Giudici di Lussemburgo hanno annullato la direttiva europea sulla Data Retention statuendo la prevalenza della tutela dei dati personali rispetto alle esigenze di sicurezza[84], e la nota sentenza Google Spain[85] che ha invece delineato il diritto all'oblio[86]. Di fatto l'attività giurisdizionale della Corte di Giustizia ha orientato l'assetto costituzionale dell'Unione, riequilibrando le istanze in gioco e riportando al centro la tutela dei diritti fondamentali. Sul versante dell'accesso a Internet, l'art. 3 del cosiddetto Regolamento Roaming del 2015[87] stabilisce che «Gli utenti finali hanno il diritto di accedere a informazioni e contenuti e di diffonderli, nonché di utilizzare e fornire applicazioni e servizi, e utilizzare apparecchiature terminali di loro scelta, indipendentemente dalla sede dell'utente finale o del fornitore o dalla localizzazione, dall'origine o dalla destinazione delle informazioni, dei contenuti, delle applicazioni o del servizio, tramite il servizio di accesso a Internet». Nel contesto dell'evoluzione tecnologica e della digitalizzazione, il Regolamento Roaming e il Pacchetto Protezione Dati, insieme con la recente giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, sono il segno che la partita del mercato unico digitale si gioca sul terreno dell'accessibilità, della trasparenza e della tutela dei dati personali. I profondissimi cambiamenti, cui si è solamente accennato, danno la misura del fermento che caratterizza lo spazio giuridico europeo, al quale la normativa interna, anche in tema di accessibilità e Open Data, non potrà che adeguarsi, seppur gradualmente. A tal fine parrebbe auspicabile enucleare compiutamente quello che in questo scritto è stato definito "pacchetto Open Data", riunendo in un unico testo normativo le disposizioni contenute oggi in diversi articolati che riguardano accessibilità e riutilizzo[88]. A questo "pacchetto Open data" andrebbe poi affiancato uno strumento operativo flessibile e di semplice lettura, contenente la "corretta" interpretazione delle disposizioni, oltre a indicazioni operative per gli addetti ai lavori e, non ultime, sezioni divulgative con esempi di applicazione dell'Open Data da parte di privati e imprese. Queste Linee guida potrebbero essere adottate dall'Agenzia per l'Italia Digitale, di concerto con ANAC e Garante per la Protezione dei Dati Personali, in modo da contemperare il rispetto della privacy e, al contempo, la massima trasparenza. In altre parole, sarebbero esplorati i limiti e potenzialità del modello italiano di Open data, realizzando peraltro un primo virtuoso esempio di *privacy by design*[89], in un settore decisivo per la società democratica[90].

[1] D.lgs. n. 33 del 14 marzo 2013 in <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2013-03-14;33>.

[2] L. n. 190/2012, Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, reperibile al link <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2012/11/13/012G0213/sg>.

[3] Si vedano, per tutti, i contributi di Licia Califano e Giulio M. Salerno, in questo numero.

[4] Si veda, sulla precettività dell'obbligo di open data come corollario del principio di trasparenza garantito dall'art. 97 della Costituzione, G. De Minico, *Gli open data: una politica costituzionalmente necessaria?*, in «Forumcostituzionale.it», 2014.

[5] D.lgs. n. 82/2005, Codice dell'Amministrazione Digitale. Per un'analisi: P. Costanzo, G. De Minico, R. Zaccaria, *I "tre codici" della Società dell'informazione, in Amministrazione digitale, Comunicazioni elettroniche, Contenuti audiovisivi*, Torino, Giappichelli, 2007; G. Duni, *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nell'evoluzione telematica*, Milano, Giuffrè, 2008.

[6] <http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/TESTO_ITALIANO_DEFINITVO_2015>.

[7] <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf>.

[8] Cfr. R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001.

[9] Direttiva 2003/98/CE in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:345:0090:0096:IT:PDF>.

[10] Direttiva 95/46/CE in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:it:HTML>.

[11] Direttiva 2013/37/UE consultabile al link <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:175:0001:0008:IT:PDF>.

[12] D.lgs. n. 36 del 24 gennaio 2006 in <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2006;36>.

[13] <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/07/10/15G00116/sg%20>.

[14] <http://opendatacharter.net/principles/>; i sei principi dell'Open data ivi elencati sono: Open by default; Timely and Comprehensive; Accessible and Usable; Comparable and Interoperable; For Improved Governance and Citizen Engagement; For Inclusive Development and Innovation.

[15] Nato dalla collaborazione di istituzioni (tra cui il Governo italiano) e privati.

[16] <http://www.agid.gov.it/notizie/2015/10/02/nasce-carta-internazionale-degli-open-data>.

[17] La "Open Knowledge Foundation" è una organizzazione globale no profit nata allo scopo di promuovere la più ampia diffusione della cultura dell'Open Data: «Open Knowledge International is a worldwide non-profit network of people passionate about openness, using advocacy, technology and training to unlock information and enable people to work with it to create and share knowledge» (<https://okfn.org/about/>).

[18] La versione completa della Open definition 2.1 è reperibile al link <http://opendefinition.org/od/2.1/en/>.

[19] Cfr. F. Minazzi, *Il principio dell'Open Data by default nel Codice dell'Amministrazione Digitale: profili interpretativi e questioni metodologiche*, in «federalismi.it», n. 23, 2013.

[20] Reperibile al link <http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/it/digital_agenda_it.pdf>.

[21] La "Digital Agenda for Europe" è una delle iniziative principali dell'Unione europea per il superamento del *digital divide* e per lo sviluppo della ICT (Information e Communications Technology) e la creazione di un mercato unico digitale. Per un approfondimento sui contenuti dell'Agenda digitale europea si veda D. Ielo, *L'Agenda digitale: dalle parole ai fatti. Sanità, scuola, ricerca, start up, smart city, infrastrutture, appalti, anticorruzione, radiotelevisione*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 51 ss.

[22] Ogni Stato membro è chiamato ad agire a seconda della propria strategia nazionale per raggiungere gli obiettivi individuati a livello europeo. I progressi di ciascuno Stato sono verificabili nel sito istituzionale della "Digital Agenda for Europe". Cfr. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-scoreboard>.

[23] Tale attuazione è avvenuta con l'art. 47 del D.L. n. 5/2012, reperibile al link <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2012-02-09&atto.codiceRedazionale=012G0019&currentPage=1>. Cfr. G. Mancosu, *Trasparenza amministrativa e Open Data: un binomio in fase di rodaggio*, in «federalismi.it», n. 17, 2012, p. 15. Sul contenuto dell'Agenda Digitale italiana si veda R. Pisa, *Il digital divide e le iniziative per superarlo*, in F. Marcelli, P. Marsocci, M. Pietrangelo (a cura di), *La rete internet come spazio di partecipazione politica. Una prospettiva giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

[24] Il sito istituzionale è raggiungibile al link <http://www.agid.gov.it/>. Per una disamina delle funzioni dell'Agenzia si veda Ielo, *L'Agenda digitale* cit., pp. 58 ss.

[25] Reperibile al link <http://www.agid.gov.it/sites/default/files/leggi_decreti_direttive/dl-22-giugno-2012-n.83_0.pdf>.

[26] Inserito nell'ordinamento italiano attraverso una modifica dell'art. 52 del CAD, Codice dell'Amministrazione Digitale, D.lgs. n. 82/2005.

[27] L'art. 2 comma 1 lett. h) del D.lgs. n. 36/2006 definisce licenza standard per il riutilizzo «il contratto, o altro strumento negoziale, redatto ove possibile in forma elettronica, nel quale sono definite le modalità di riutilizzo dei

documenti delle pubbliche amministrazioni o degli organismi di diritto pubblico».

[28] Cfr. Minazzi, *Il principio dell'Open Data* cit.

[29] Così De Minico, *Gli open data* cit.

[30] Per una disamina dell'intero articolato si veda S. Calzolaio, *Dalla dematerializzazione alla accessibilità totale: la trasparenza della PA sul web*, in <https://unimc.academia.edu/SimoneCalzolaio/Papers>.

[31] Cfr. D.lgs. n. 33/2013, art. 4.

[32] Sulla trasparenza come "strumento" dell'anticorruzione cfr. F. Patroni Griffi, *Gli strumenti di prevenzione nel contrasto alla corruzione*, in «federalismi.it», n. 14, 2014.

[33] A fronte delle considerazioni appena svolte, va segnalato un recentissimo sviluppo delle riflessioni sull'Open Data, che ha portato all'emergere di tendenze valorizzatrici dell'Openness come strumento di lotta alla corruzione. Cfr.<http://opendatacharter.net/can-open-data-transform-fight-corruption>.

[34] 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, Garante per la Protezione dei Dati Personali, Registro dei provvedimenti n. 243 del 15 maggio 2014, consultabili in <http://194.242.234.211/documents/10160/0/Linee+guida+trasparenza+2014.pdf>.

[35] Per la cui disamina si rimanda al contributo *La trasparenza di chi? L'evoluzione dell'ambito soggettivo* di Valentina Fiorillo, in questo numero.

[36] Reperibile al link <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1311248>.

[37] «[…] laddove la pubblicazione online di dati, informazioni e documenti, comporti un trattamento di dati personali, devono essere opportunamente contemperate le esigenze di pubblicità e trasparenza con i diritti e le libertà fondamentali, nonché la dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali (art. 2 del Codice)», Linee guida, Introduzione.

[38] Pubblicità integrativa dell'efficacia, dichiarativa, notizia. Ad es. pubblicazioni sull'albo pretorio online, pubblicazioni matrimoniali etc.

[39] Questi ultimi dovranno anche essere deindicizzati per evitarne la rintracciabilità tramite motori di ricerca.

[40] Con l'inserimento nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale di un Alert generale sulle condizioni di riutilizzo.

[41] «… o di dover far fronte a richieste di risarcimento del danno da parte degli interessati», Linee guida, par. 6.

[42] Si veda in proposito l'intervento del Presidente del Garante per la Protezione dei Dati Personali Antonello Soro "Tra privacy e open data intesa possibile", del 13 ottobre 2014, reperibile al link <http://garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3467373>.

[43] Per un'analisi della disciplina della trasparenza in Francia, si rimanda allo scritto di Pierre Serrand, *La transparence administrative et le code des relations entre le public et l'administration*, in questo numero.

[44] Reperibile al link <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/36>.

[45] Reperibile al link <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/78946/CM8353_acc.pdf>.

[46] Nella guida esplicativa per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, pubblicata dall'ICO – Information Commissioner's Office – si legge: «Public authorities spend money collected from taxpayers, and make decisions that can significantly affect many people's lives. Access to information helps the public make public authorities accountable for their actions and allows public debate to be better informed and more productive». Cfr. <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-freedom-of-information/what-is-the-foi-act/>.

[47] Cfr. *Open Data White Paper* cit.

[48] Consultabile al link <http://index.okfn.org>.

[49] <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/scoreboard/united-kingdom>.

[50] <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/scoreboard/italy>.

[51] La consultazione, reperibile al link <https://www.gov.uk/government/consultations/uk-implementation-of-directive-201337eu-on-the-reuse-of-public-sector-information> è stata aperta il 20 agosto 2014 e chiusa il 7 ottobre 2014.

[52] «The amending Directive allows Member States discretion on how to implement articles 4 and 6 within their own administrative, legal and policy contexts. It is these discretionary areas that are the subject of this consultation exercise», *supra*, p. 11.

[53] Open Data White Paper, *supra*, p. 15, ITO World, relativamente al sistema pubblico di trasporti nel Regno Unito.

[54] La lista completa comprende: Advisory Panel on Public Sector Information; Arts Council England; Association of Charter Trustees and Charter Town Councils; Association of Chief Police Officers; The British Library; Campaign for Freedom of Information; Chief Fire Officers' Association; Chartered Institute of Library and Information Professionals (CILIP); Clinical Practice Research Datalink; Convention of Scottish Local Authorities; Culture and Heritage Directorate, The Scottish Government; CyMAL; Department of Culture, Arts and Leisure, Northern Ireland Executive;English National Park Authorities Association/Joint National Park

Officer Group; Health and Social Care Information Centre; Inform; Information Commissioner's Office; Intellect UK; Local Government Association; The Museums Association; National Association of Local Councils; NHS England; National Institute for Clinical Health Excellence; National Museum Director's Council; National Records of Scotland; Northern Ireland Local Government Association Office of the Scottish Information Commissioner; Open Data Institute; Open Data User Group; Open Knowledge Foundation; Open Rights Group; Public Health England; Public Record Office of Northern Ireland; Public Sector Transparency Board; Society of Chief Librarians; Society of Local Council Clerks; Welsh Local Government Association.

55 D.lgs. n. 36/2006, consultabile al link <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/06036dl.htm>.

56 Peraltro le scelte operate destano qualche perplessità. Invero la norma relativa ai mezzi di ricorso (art. 4 della direttiva), così come riformulata nel novellato D.lgs. n. 36/2006, ha una formulazione generica, e non vi si specifica nulla in merito agli strumenti concretamente esperibili dal richiedente per ricorrere contro un diniego. La portata della norma relativa alla tariffazione (art. 6 della direttiva) invece è stata sensibilmente ridotta nella trasposizione nella legge interna italiana: la regola generale della gratuità della diffusione dei dati, posta al primo comma dell'art. 7 del citato Decreto, viene di fatto annullata dalle previsioni dei commi seguenti, in cui si specifica che il principio di gratuità non si applica alle «pubbliche amministrazioni e agli organismi di diritto pubblico che devono generare utili per coprire una parte sostanziale dei costi inerenti allo svolgimento dei propri compiti di servizio pubblico», né «ai casi eccezionali relativi a documenti per i quali le pubbliche amministrazioni e gli organismi di diritto pubblico sono tenuti a generare utili sufficienti per coprire una parte sostanziale dei costi di raccolta, produzione, riproduzione e diffusione».

57 Su tali proposte si tornerà in seguito, al paragrafo 7.

58 Sempre nel rispetto dei limiti relativi alla tutela dei dati personali come garantiti nel Data Protection Act 1998. Cfr. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/29/contents>.

59 Sulle diverse tipologie di *digital divide*, cfr. Pisa, *Il digital divide e le iniziative per superarlo* cit., pp. 152 ss.

60 Cfr. <http://commenta.formez.it/ch/crescita_digitale/>.

61 In questo senso pare essere un buono strumento promozionale il portale sui dati aperti della Pubblica Amministrazione, accessibile al link <http://www.dati.gov.it/>. Sull'importanza delle iniziative "non normative" di formazione, comunicazione istituzionale, informatizzazione, monitoraggio delle prassi, cfr. *infra*, Parere del Consiglio di Stato del 18 febbraio 2016.

62 Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 267 del 15 febbraio 2016. Schema di decreto legislativo recante revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012 n. 190, e del decreto legislativo 14 marzo 2013 n. 33, reperibile al link <http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0267.pdf&leg=XVII#pagemode=none>.

63 Per un'analisi delle principali modifiche apportate dal correttivo, D.U. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in «federalismi.it», n. 5, 2016.

64 Occorre precisare che il 16 maggio 2016 il Consiglio dei Ministri ha approvato il testo definitivo del D.lgs. recante "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190, e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, a norma dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124".

65 Cfr. l. n. 241/90, art. 22, consultabile al link <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1990-08-18&atto.codiceRedazionale=090G0294&currentPage=1>.

66 La natura del diritto di accesso civico è molto dibattuta in dottrina. Si vedano, ad es. M. Magri, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in «Istituzione del Federalismo», n. 2, 2013, che sottolinea come in assenza di un obbligo di pubblicazione non sia configurabile alcun *diritto* di accesso civico; e Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione* cit., che ne sostiene la natura non di autonomo diritto ma di *sanzione* per il mancato rispetto degli obblighi di pubblicazione.

67 Correttivo Trasparenza, art. 3.

68 Ivi, art. 2.

69 Nelle parole del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, Antonello Soro un «accesso universale». Cfr. Audizione del Presidente sullo schema di decreto legislativo correttivo della disciplina in materia di trasparenza della Pubblica Amministrazione, reperibile al link <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4861875>.

70 Disciplinato dal D.lgs. n. 195/2005 e reperibile al link <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/05195dl.htm>.

71 Peraltro con la precisazione che i limiti legati a interessi pubblici o privati si applicano unicamente per il periodo nel quale la protezione è giustificata in relazione alla natura del dato, e che l'accesso civico non può essere ne-

gato quando sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento. Cfr. Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 267 del 15 febbraio 2016, art. 6.

[72] All'ANAC il Correttivo Trasparenza assegna poteri ulteriori rispetto al precedente Decreto lgs. n. 33/2013, tra i quali la facoltà di individuare tra i documenti, dati e informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria, quelli passibili di pubblicazione in forma riassuntiva, e il potere di diminuire la durata di pubblicazione di dati e documenti anche al di sotto dei cinque anni previsti (cfr. art. 3 e art. 8 novellati).

[73] Sul fondamento normativo e sulla legittimità del potere regolamentare delle Autorità indipendenti, si veda il contributo di G. Di Cosimo, *Sul ricorso alle linee guida da parte del Garante per la Privacy*, in questo numero.

[74] Cfr. *infra* Parere del Consiglio di Stato del 18 febbraio 2016.

[75] Parere su uno schema di decreto legislativo concernente la revisione e semplificazione delle disposizioni di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, del 3 marzo 2016, consultabile al link <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4772830>.

[76] Correttivo trasparenza, art. 9 comma 1: «[…] le amministrazioni non possono disporre filtri o altre soluzioni tecniche atte a mpedire ai motori di ricerca web di indicizzare ed effettuare ricerche all'interno della sezione 'Amministrazione trasparente'».

[77] Si veda *infra* la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-131/12, cd. Google Spain.

[78] Autorità Nazionale Anticorruzione, Atto di segnalazione n. 1 del 2 marzo 2016, reperibile al link <http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Atti/attiDiSegnalazione/2016/Atto%20di%20segnalazionen.1_3.3.2016.pdf>.

[79] Cfr. *supra*, p. 6.

[80] Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza del 18 febbraio 2016, numero affare 00343/2016, consultabile al link <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=ICFD7MT4S4JKTWAWXYBEGAD55U&q>.

[81] Il Regolamento e le due direttive sono consultabili nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 4 maggio 2016, reperibile al link <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:119:FULL&from=IT>.

[82] Sui presupposti del cd. Pacchetto Privacy e sulle conseguenze giuridiche della sua approvazione, per tutti G. Buttarelli, *Privacy, sicurezza e nuove tecnologie al bivio di nuove scelte strategiche*, in «federalismi.it», n. 1, 2015.

[83] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Cause riunite C-293/12 e C-594/12, 8 aprile 2014, reperibile al link <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d57occab84977f47c2bc6ae21952aa0964.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTa3fo?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1111119>.

[84] Per un'analisi della decisione della Corte di Giustizia si veda E.A. Rossi, *Recenti sviluppi in tema di diritto alla privacy e alla protezione dei dati personali nello spazio giuridico europeo*, in «federalismi.it», n. 2, 2015.

[85] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Causa C-131/12, 13 maggio 2014, reperibile al link <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R2120&from=IT>. Reperibile al link <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=IT>.

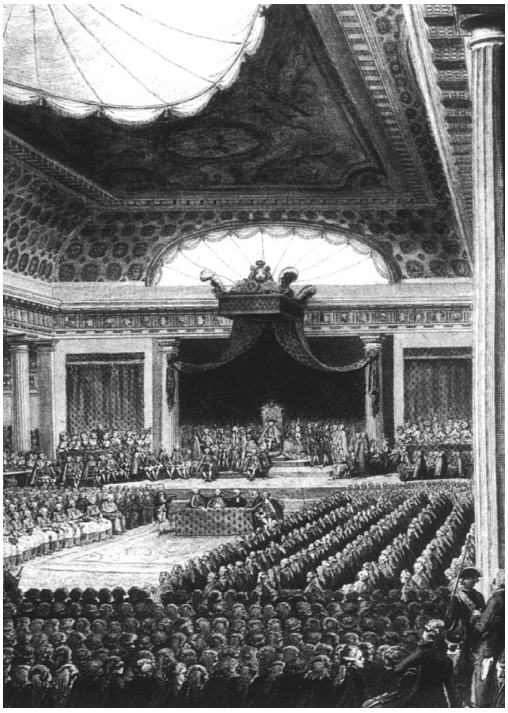
[86] Ora inserito all'art. 17 del Regolamento Privacy.

[87] Regolamento UE 2015/2120 reperibile al link <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R2120&from=IT>.

[88] Questa sembrerebbe anche l'indicazione della legge di delega, che all'art. 1 lett. o) richiede di «adeguare il testo delle disposizioni vigenti alle disposizioni adottate a livello europeo, al fine di garantirne la coerenza, e coordinare formalmente e sostanzialmente il testo delle disposizioni vigenti, anche contenute in provvedimenti diversi dal CAD, apportando le modifiche necessarie per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa e per adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo e coordinare le discipline speciali con i princìpi del CAD al fine di garantirne la piena esplicazione».

[89] Come richiesto dall'art. 25 del nuovo Regolamento europeo.

[90] Cfr. Marsocci, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, in Marcelli, Marsocci, Pietrangelo (a cura di), *La rete internet come spazio di partecipazione politica* cit.



Ministerial Responsibility as a Safety Valve for the Constitutional Powers in Great Britain from the Seventeenth Century Onwards

DIEDERICK SLIJKERMAN

In this essay, it is argued that ministerial responsibility has functioned as a safety valve for the constitutional powers in Great Britain from the seventeenth century until now. Great Britain is famous for its early establishment of parliament, which began in the Middle Ages. Parliament managed to obtain some rights with respect to the king and country. The primary right was to approve the subsidies. Most other European people looked in amazement at this rebellious institution, because it restricted the royal power and claimed constitutional power of its own. From its beginning parliament functioned as a counterbalance to the might of the king. It is precisely this relationship that I would like to investigate by means of the term ministerial responsibility[1].

What is entailed in the term ministerial responsibility? Today, people tend to have a specific interpretation of this concept. One tends to explain that ministers are solely responsible towards parliament and that the monarch can do no wrong[2]. They define it for example as «the minister's obligation to explain to parliament "what has happened and why" when failures occur»[3]. The many studies about ministerial responsibility – mainly legal in nature – bestow a normative aim to ministerial responsibility. These authors complain that ministerial responsibility often is not acknowledged or even denied in parliament, or they think that its effectiveness has faded away in the last years[4]. The definition of ministerial responsibility as wrongdoings of ministers is also projected onto the past[5]. Ministerial responsibility is thought of as a clear and formal definition, functioning as a rule, which by-passing could have political and legal consequences.

In current literature roughly two points of departure can be distinguished. On the one hand, ministerial responsibility is analysed from the present by means of concepts of morality. These concepts are defined as rules that the political actors ought to feel obliged by, when considering the precedents and reasons correctly. In

this approach ministerial responsibility is considered as a convention by definition. Attention is given to power relationships among state institutions and between those institutions and the people[6]. This is not so much a historical and factual approach, as well as a sociological one. On the other hand, one pleads for analysing the different relationships underlying the executive-legislative relationship. Various groups are distinguished, but only within that relationship and the government itself[7].

Notwithstanding the great merits of those studies, in this article another approach is advocated. As Professor Samuel Edward Finer stated in a famous essay there is a good deal of 'constitutional folk-lore' on this subject. He doubted whether one could consider ministerial responsibility a convention. In fact he even questioned the meaning to be attached to the word 'responsible'[8]. From a historical point of view ministerial responsibility has a much wider significance than liability for failures, whatever is meant by 'failures'. Ministerial responsibility does not only deal with being accountable for policy and the choices made, but functions as a mechanism by which the constitutional powers are held in a relationship. For the purpose of analysing ministerial responsibility from this angle, its meaning has to be constructed throughout the different ages.

It is my main thesis that a final definition of ministerial responsibility is actually impossible because it marks a relationship and not so much a rule. The conventions about ministerial responsibility have always been interpretations and are as such not permanent, but changeable. As ministerial responsibility deals with the balance between the four so-called constitutional powers – crown, cabinet, Commons and constituencies – its character is relational and temporal. These 'four c's' are fundamental to the constitutional system, since ministerial responsibility is related to the inviolability of the monarch, the wielding of executive power by the ministers, the controlling powers of parliament (mainly the House of Commons), and the influence of the constituencies. The relational character of ministerial responsibility explains why it originated in Great Britain, as this country was the first to have a balanced system of constitutional powers. The parliament of Great Britain was the first one to challenge the power of the king and acted by that as a countervailing power. Subsequently, these powers engaged in a struggle for trying to dominate each other.

Thus ministerial responsibility while historically defined ever more in conventions, leaves room for power shifts and consequently a division of competencies between the four c's. For a clear understanding, I divide British constitutional history into three phases: one in which the monarchy dominated, the next one which heralded the supremacy of parliament and subsequently a period of public power. More precisely, I advance the proposition that ministerial responsibility nowadays does not function so much towards parliament as towards public opinion. Between 1832 and 1867 the change in the relationships between the constitutional powers was most dynamic in character. Parliament took away the initiative from the monarch, the cabinet was separated from the monarchy and the foundation was laid for the power of the electorate. In fact the framework of a popular constitution was being built. The monarchy faded into the back-

ground which is reflected in the definitions about ministerial responsibility in the current literature.

In the long run, the downfall of the monarchy has been compensated by the rise to power of the Commons and subsequently of the constituencies. Ministerial accountability towards the public became dominant after the Second World War. The heart of constitutional power shifted from parliament towards the constituencies. The people have to be served; otherwise settlement takes place in and by the media, at election time and by the party in question anticipating such events. The public is not interested in politics as such, but demands that its common interests are well arranged. Since World War II public opinion has decided more and more about the fate of individual ministers and the cabinet. Ministers have increasingly to give account to the public. The political nature of ministerial responsibility fits in well with these new developments: as will be shown it has been not a matter of guilt, but a risk based responsibility.

"Speaker Onslow with Sir Robert Walpole", dipinto di James Thornhill, 1730

1. *Phase I: the Battle between Crown and Commons*

In seventeenth-century England the relationships between king, ministers, parliament and nation were a changing. Parliament was anxious to gain influence over government policy. Therefore, the House of Commons started to use numerous impeachments of ministers who did not concern themselves with its opinion. Since the mid-fifteenth century the impeachment against the 1st Duke of Buckingham in 1626 was the first one used. Subsequently, parliament sometimes succeeded to get rid of unpopular ministers, usually court favourites protected by the king. The Earl of Danby was shut up in the Tower of London as a consequence of the impeachment against him in 1678[9]. Nevertheless, ministers tried to resist against revealing the interactions with the king. After several incidents, the Commons acknowledged the value of government secrecy and decided to prosecute ministers solely on 'common fame'[10]. Ministers could be condemned in parliament for a fact of common knowledge, without parliament providing legal proof. So ideas of a political or general ministerial responsibility were beginning to take roots at this time.

Ministerial responsibility was not a logical affair, but concerned an all risk

business. Ministers were prosecuted not only for wrongdoing, but also for political reasons. So even when ministers had taken the trouble to consult parliament, they were sometimes impeached and shut up in the Tower. Gradually understanding arose that ministers of state had a position of their own. As party politics began to play a role too, ministers were also prosecuted because of strife in party politics or in personal matters. In the course of party clashes some awareness of a prime or principal minister was growing. Ministers focussed themselves on their colleague who enjoyed the particular favour of both the king and their party. Such powerful ministers were thought to have a special responsibility.

1.1. *The Monarchy Still in Power*

In the second half of the seventeenth century, the House of Commons developed a new tradition of sending numerous addresses to the king asking to reprimand or remove a minister. Although consensus prevailed about parliament that it only possessed the right to advise and not to command the king, parliament could put pressure on the king because of its right to approve the budget. However, the king was not always influenced by this withholding of supplies. He had revenues in his own right, such as customs, duties and French subsidies. Moreover, many members of the House of Commons still highly respected the royal dignity. In a crisis the king simply prorogued parliament[11].

The Stuart monarchs held onto their prerogatives, but in such a stringent way that they made themselves unpopular with parliament. They were blamed for this personally: 'One had paid the penalty with his head: another with his crown; and their family had been proscribed forever'[12]. However, not only the Stuarts were to blame. As the novelist Jane Austen (1775-1817) wrote about the unfortunate Stuarts: 'A family who were always ill used betrayed or neglected – whose virtues are seldom allowed while their errors are never forgotten'[13]. The tragic destiny of the Stuarts was that they were living in a time of confrontations between politicians and interest groups and that they took no account of the dynamic relationship between the constitutional powers. In that period a tense situation existed between parliament and crown.

With the Glorious Revolution, also called the Revolution of 1688, a union of parliamentarians overthrew the reign of the House of Stuart by an invading army led by the Dutch stadholder William III of Orange (1650-1702). The Bill of Rights of 1689 ensured regular parliaments, made certain that the king did not have any more revenues in his own right and preserved basic rights and liberties to every citizen. It protected the citizens against arbitrary decisions of the king and established independent judges in the law courts. The Bill ensured the powers of parliament with respect to the king and consequently provided for a parliamentary monarchy[14]. The principle that 'the king can do no wrong' in his political capacity because the ministers are responsible, was accepted after the Revolution of 1688: «No English statesmen, since the revolution, can be liable to the slightest suspicion of an aim, or even a wish, to establish absolute monarchy on the ruins of our constitution. Whatever else has

been done, or designed to be done amiss, the rights of parliament have been out of danger»[15]. From that time on, ministerial responsibility functioned as a balance between the different state powers.

Gradually, parliamentary support became more important for the government and ministers appropriated a bigger role in state affairs[16]. William III – King of England, Scotland, and Ireland since 1689 – started regular wars with France. These wars required continually heavy taxation and accordingly meetings of parliament every single year. Ministers had to prepare the requests for annual taxes. In that respect, ministerial responsibility seemed to be more on the fore because of the wars against France, than because of the Glorious Revolution. Ministerial responsibility proved to be a panacea for the crown. Instead of a revolution, one could also do with a change of ministers.

In spite of the new position of ministers and parliament, the king remained very powerful. William III «was truly his own minister, and much better fitted for that office than those who served him»[17]. However, his successors were less able in that respect and more vigorous ministers came to power. After the death of William in 1702, no monarch would retain ministers in office anymore against the will of parliament. Consequently, the House of Commons rarely had to use any impeachment nor had to send a formal address to the king for removing ministers. Instead, a vote of censure was enough. Impeachments were on the decline in the eighteenth century. In 1715 the 1st Earl of Oxford, the Duke of Ormond, the Earl of Strafford and Viscount Bolingbroke, who all participated prominently in the Tory ministry of 1710 to 1714, were impeached as a politically motivated revenge for the years of frustration inflicted on the Whigs. However, the Whigs did not succeed in using this instrument for party politics. After the unsuccessful trial of Henry Dundas, 1st Viscount Melville, in 1806, impeachment fell out of use in Great Britain.

1.2. *The assumption of royal inviolability*

As ministerial responsibility functioned as a relational concept, it did not have a clearly specified meaning. The theory of ministerial responsibility provided for a certain agility in the balance between the constitutional powers. For example, the meaning of the concept of royal inviolability was unclear in that period: did it mean that the monarch himself did not have any powers at all? In 1775 the English lawyer, Sir William Blackstone (1723-1780), published the seventh edition of his masterpiece *Commentaries on the Laws of England*; the final one before his death. In the first part he dealt with the monarchy as a perpetual representative of English society. The ultimate authority in society he considered to be concentrated in the king, who according to him possessed specific prerogatives. In his argument these prerogatives follow from crown sovereignty, as otherwise the king could not be a 'king'. He defined prerogatives as rights and competencies, which the sovereign solely possessed, in contrast to all other persons. One of these prerogatives was the royal perfection which became evident in the royal inviolability. Blackstone deemed inviolability to be so basic that he thought it did not have any history at al. Although he

did not mention cabinets or a prime minister, but only dealt with counsellors or ministers of the king, he nevertheless alleged that the exertion of a prerogative might not be at the expense of the public interest. In that case ministers would be called to account[18].

When George III (1738-1820), King of Great Britain and Ireland from 1760 until the Regency in 1812, accessed to the throne he preferred to govern himself instead of to reign through his ministers. He made improper use of the inadequacies of the constitutional system at that time. The great nobles were still very powerful and parliament did not represent the people evenly. Because of his accession to the throne parliament was dissolved – a customary course in that period – which afforded him the opportunity with the help of Lord Bute to extend his powers. Ministers were recruited from parliament because of their talents to command its confidence. George III did not address himself ever to the people directly. Yet he made appeals to members of parliament without consulting his ministers[19]. With the help of members of parliament and government officials he sometimes even acted in opposition to his principal ministers. In theory, the ministers were responsible and the monarch was inviolable, but that did not restrain George from governing himself as much as possible, and to rid himself of troublesome ministers from time to time. He succeeded in choosing his favourites as prime minister, such as Lord Bute and Lord North. Lord North's administration lasted even for twelve years until 1782.

Still, a strong social current existed which attributed mythic powers to the king. According to the 1822 edition of the Swiss/English political theorist Jean-Louis de Lolme's *The Constitution of England*: «[…] the king is undoubtedly sovereign, and only needs allege his will when he gives or refuses his assent to the bills presented to him»[20]. Such a theorist as De Lolme represented the king's might as uncontested: «Thus, the king, though he preserves the style of his dignity, never addresses the two houses but in terms of regard and affection; and if at any time he chooses to refuse their bills, he only says that he will consider of them (*le roy s'avisera*); which is certainly a gentler expression than the word *veto*»[21]. This statement of De Lolme was over exaggerated, because after 1708 the royal veto was not used anymore, even not in its gentler expression[22]. In such cases where the monarch disapproved of a policy, he used his influence to defeat bills before these were presented to him for approval.

Nevertheless, also according to De Lolme the king had to obey the laws when exerting his powers. The idea of ministerial responsibility set boundaries to the royal prerogative. The king was dependent upon the representatives of the people to obtain subsidies, and by the nineteenth century parliament gradually acquired other rights in addition. In parliament it was not common to mention the king as such, as De Lolme wrote, and his behaviour was always attributed to his ministers or counsellors. This assumption of royal inviolability in parliament was combined with the assumption that the king possessed some powers on his own. De Lolme considered the balance between the constitutional powers in England as a shining example. He thought the British parliament was unique in its stability because of the combination of the House of Commons with the House of Lords. The

people's representatives in the House of Commons were checked by the House of Lords, which prevented them from limiting the royal power too much.

1.3. *Cabinet Government*

The development towards cabinet government led by a prime minister started with the reign of Queen Anne who as a woman was not taken very seriously, and subsequently with George I of the House of Hanover who as a foreigner was unfamiliar with English political traditions. Already during the reign of William the Third, ministers of state had resigned because the king refused to take their advice or appointed also politicians of another party in the cabinet. Ministers increasingly identified themselves with a party and assumed the confidence of the king only when their party had the ministry under its control. By the year 1714 when George I succeeded to the throne, party government had settled, to the disadvantage of the monarchy that had now to deal with a ministry made up of one party. The ministers however did not always act as a unity and even opposed each other in and out of parliament. Only from the end of the eighteenth century, the principle of collective responsibility or homogeneity of ministers started to take roots, when the monarch left ministers to agree on a policy and expected them to present the results to him for approval.

Often a leading minister among the ministers showed up, such as Sidney Godolphin, 1st Earl of Godolphin, and Robert Harley, 1st Earl of Oxford and Earl Mortimer, under Queen Anne. However, it was not until 1721 that Sir Robert Walpole was acting as England's first Prime Minister. His powers were not only approved by King George I, but also based on a parliamentary majority. He dominated the other ministers, had the ear of the king and could usually get royal approval for appointing or dismissing ministers as he desired. As Prime Minister, Walpole succeeded in putting himself in charge of state affairs, partly by patronage and corruption. He suffered no resistance to his authority from members of his cabinet; he even got rid of his brother-in-law Lord Townshend when he disagreed with him over government policy. Thus his was the first cabinet that showed unity and homogeneity in government. Also in other respects Walpole provided greater stability. His ministry stayed twenty-one years in power: this longevity unparalleled in British history[23].

Since the Glorious Revolution it became clear that the executive disintegrated into two constitutional powers: the king and his ministers. A public debate about ministerial responsibility and the powers of the king after the resignation of William Pitt the Elder in 1761 illustrated these changed relationships. Pitt had not resigned because the support of the king was lacking, but had resigned because he as a leading minister had not been able to influence the other ministers to agree with him. Ministers had obtained their own independence. The debate about his resignation dealt with questions about the relationship between ministers and the king, and among the ministers themselves[24].

Two decades later, in 1784, an important constitutional rule was established when parliament was dissolved because the cabinet headed by William Pitt the Younger – the

son of late William Pitt the Elder followed his father's footsteps – appealed to the electorate – so far very small and privileged – for a workable majority in parliament. What had happened? In December 1783 King George III had intimidated the House of Lords into defeating the India Bill, a major policy of the Fox-North coalition which still had majority support in the House of Commons. George appointed Pitt as Prime Minister, who was, at the age of twenty-four, Great Britain's youngest Prime Minister in history; his opponents composed a jingle about it: «Billy's Too Young to Drive Us»[25]. The new cabinet was immediately on the defensive and confronted with a motion of no confidence. Pitt, however, took the unprecedented step of refusing to resign despite such a defeat. After a long struggle that had drastically reduced the support for the opposition, he asked the king to dissolve parliament, because he assumed the feelings of the legislature to be different from those of the nation. His strategy appeared to be right and the electoral success meant he would continue his administration for seventeen more years. Although he received support from parliament and the voters, most important was that he enjoyed the favour of the king, who still remained the dominant force in government.

From the end of the eighteenth century onwards, the king did not govern himself anymore, but put his trust in the capacities of his chief minister. The king still had much influence, yet constitutional rules were in the making. As Walpole had done, Pitt harmonised the opinions in his cabinet and tried to ensure collective ministerial responsibility. However, it was only after the reign of George III that the principle of political unanimity among the ministers gradually became an established convention. For Pitt it still took several years to persuade the king to remove Lord Chancellor Thurlow, who opposed his policies, and early in the nineteenth century fellow ministers Canning and Castlereagh even duelled with each other[26].

In the first half of the early nineteenth century ministers and Commons were looking for the natural boundaries of collective responsibility. Ministers gradually became accustomed to avoiding opposing each other on matters of great importance. No longer it was considered as a dishonour, when supporting a cabinet position that was not in line with one's own thinking. Consequently it was argued that a dissident minister could not confine himself anymore to a pro forma offer to resign, but had to resign actually and before voting against the government. Afterwards many examples followed of ministers who resigned because they were not willing to defend a cabinet decision, such as Lord Stanley's resignation from Lord Grey's government in 1834. The principle of collective ministerial responsibility was reinforced by the Reform Act of 1832 as the powers of parliament increased[27].

1.4. *Parliament in a Winning Mood*

In 1739 Walpole had confirmed in the House of Commons that ministers should be accountable to parliament:

> This House and Parliament, Sir, is his Majesty's greatest, safest, and best Council. A Seat in this House is equal to any Dignity deriv'd from Posts or Titles, and the Approbation of this House is preferable to all that Power, or even Majesty it-

> self, can bestow: Therefore when I speak here as a Minister, I speak as possessing my Powers from his Majesty, but as being answerable to this House for the Exercise of those Powers[28].

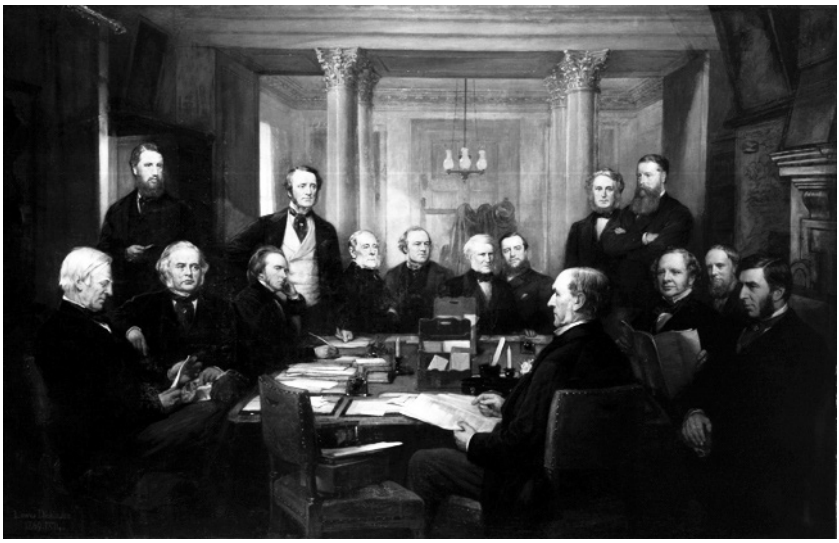
Another event which established a precedent with respect to the relations between government and parliament was the resignation of Walpole in deference to the will of the House of Commons, because after the elections of 1742 the parliamentary majority turned against him.

Around 1769 in parliament, the Rockingham party as part of the opposition sought to dominate and unify the opposition to the government. For this case a leading political thinker and writer, Edmund Burke (1729-1797) – later in history the champion of conservatives – wrote a famous pamphlet *Thoughts on the Cause of the Present Discontents* (1770). He blamed the prevalent discontents on the secret influence of a cabal of royal retainers at court, but outside the official cabinet, which resulted in unstable and unconstitutional government. Political stability and constitutional propriety were not compatible with secret advisers at court, so Burke argued. The king must listen to his official ministers for advice, with formal responsibility for government policy, and not to his personal favourites.

Nevertheless, Burke's plea for a unified opposition had little effect because both the allies and the enemies of the Rockingham opposition were unconvinced by his reasoning, which they considered factious and arbitrary[29]. Interestingly enough this pamphlet indicates a development towards an intentional opposition. Parties in the sense of political groups of men with the same kind of ideas and ideals had already existed for some time and also party government, as discussed above, but parties as such were loose groups and not organised formally. Burke's plea for a unified opposition, however, was an attempt to widen the modes of organising political action. At the same time he attempted to tighten ministerial responsibility for deeds of government towards parliament.

At the end of the eighteenth century parliament became more assertive. In 1782 Lord North's ministry was overthrown by the House of Commons because of Britain's defeat in the American War of Independence. Thus, a landmark was achieved, this being the first cabinet in the world to be forced out of office by a motion of no confidence. It was also the first example of a cabinet's collective resignation. Monarchical absolutism was on the wane and in other European countries parliaments were established too. Concerning matters of parliament and participatory government Great Britain was considered to be in the lead. People in France and the Netherlands commonly referred to the British parliamentary system. For example, the Dutch statesman Gijsbert Karel van Hogendorp (1762-1834), co-founder of the Dutch state in 1813, was impressed when visiting the House of Commons in 1784. Reading his memoirs one can see how overwhelmed he was by its critic role opposite government[30].

As from the Glorious Revolution parliament was regarded as a vital link in the balance of constitutional powers. People admired the smooth and beneficial functioning of the British way of government, consisting of a mixture of monarchy, aristocracy and democracy. Sovereign legislation was approved upon by crown, House of Commons and House of Lords. Britain possessed a mixed government and a fair



"Gladstone's Cabinet of 1868", dipinto di Lowes Cato Dickinson

balanced constitution[31]. This equilibrium was reflected by a relational concept of ministerial responsibility. The main constitutional powers – crown, cabinet, Commons and constituencies – were in a dynamic relationship with each other. That is the reason why no huge popular uprisings took place in Great Britain in the eighteenth and nineteenth century and the revolutions on the European continent did not trouble it so much.

At the end of the eighteenth century the balance between the constitutional powers was changing, because the dominance shifted from the king to the Commons. Until then, the king had represented state power in general. Ministers had been considered to be his representatives and to act on his orders. However, from the beginning of the eighteenth century constitutional power was transferred to the House of Commons and from 1780's onwards cabinet government under prime ministers became common practice and the ministers gradually were more responsible to parliament than to the king.

The political influence of the monarch diminished. He lost his control over the cabinet and the number of constituencies under his direct influence was reduced significantly[32]. The House of Lords, which rested on inheritance and crown nomination, gradually became less influential, because of the growing power of the electorate. The House of Lords was subordinated to the House of Commons when the Reform Act was passed in 1832. The ministers requested the king to force the Lords to approve of the Reform Act, otherwise additional peers would be created to secure its passage. The House of Commons obtained the main constitutional power. When the conservative Prime Minister Robert Peel resigned in 1835 as he faced a parliamentary defeat on a major issue, he said «that a Government ought not to persist in car-

rying on public affairs [...] in opposition to the decided opinion of a majority of the House of Commons»[33]. From then on it became axiomatic that cabinet government needed the support of a majority in the House. However, also the House of Lords was important for the balance between the constitutional powers. The lords were not only natural conservatives because of their adherence towards their rank, status and lavish resources, but also motivated by political principles and receptive to an increasingly forceful public voice. Previously, they had an allegiance to the crown, but from the end of the eighteenth century increasingly to political parties of which the Tory party attracted them most[34].

2. *Phase II: a Central Role for the House of Commons*

The Reform Act of 1832 was not revolutionary itself, but it introduced a revolutionary process. As some people newly acquired the vote in 1832, and as it was recognised how privileged they were, pressure grew to extend the vote to more people. The demand for the popular vote had come into existence and continued to grow and further reform bills were passed. In many constituencies before the Reform Act patrons could greatly influence which candidate would be elected to the House of Commons, but when towns enlarged in which voters were too many to control them, constituencies became more important. The ordinary system of nomination was replaced by that of elections in an increasing number of constituencies[35]. As a consequence of these developments political groups were organised more systematically into political parties.

As parliamentary elections were increasingly democratic, the representatives of the people were recognized as the basis of political society[36]. The balance between crown, cabinet, Commons and constituencies changed in favour of the Commons. The years following 1832 until 1867 confirmed that the House of Commons possessed decisive powers[37]. This period witnessed the downfall of no less than ten cabinets by votes in the House of Commons[38]. While by 1832 20 per cent of all adult males had the vote, already by 1867 the male vote doubled and by 1884 the male vote rose from 40 to 60 per cent. Then by 1918 all men over 21 and women over 30 got the vote. These events meant that the principal power moved towards the electorate or constituencies and their representatives at the House of Commons.

2.1. *A Parliamentary Cabinet*

After a Whig ministry, King William IV (1765-1837) chose a Tory government with Robert Peel as Prime Minister in 1834. In the hope of winning a large majority in the House of Commons, Peel asked the king to dissolve parliament and call for elections. As the new legislature did not give majority support to Peel's cabinet, the king was obliged to ask the Whigs to return to office. In contrast to 1784, the decision for dissolution was not successful, because the Commons did not differ in attitude from the electors. From then on, crown, cabinet, Commons and constituency were in such a relationship that dissolutions were scarcely

acceptable anymore. The ghost of this dissolution haunted Queen Victoria in such a way that she never dared to try ordering one. Since 1834 no dissolutions were ever again decided upon, unless the cabinet decided so and took the responsibility.

Some years afterwards something revolutionary happened when Peel formed a government against the wishes of Queen Victoria. In 1839 the Whigs under Lord Melbourne had lost their majority in the Commons, but Peel declined office because the Queen was not willing to change her Whig supporting Ladies of the Bedchamber. Melbourne was kept in office, but in 1841 Peel initiated a resolution of no-confidence which led subsequently to dissolution, the defeat of the Whigs in the general election, and a no-confidence amendment to the Royal Address. Thereupon Melbourne resigned and Peel as leader of the opposition was the only option for the Queen as her new prime minister[39]. So visibly, the power of the monarchy diminished.

With the desuetude of the right of government to dissolve the House of Commons, the question as to the might of the monarch was brought into prominence. Instead of the earlier mentioned De Lolme who had tried to maintain the royal authority, such a figure as the famous journalist Walter Bagehot (1826-1877) believed some decades later that the House of Commons should be in charge and ministers should be fully and exclusively responsible to it. He wrote the famous phrase: «the sovereign has, under a constitutional monarchy such as ours, three rights – the right to be consulted, the right to encourage, the right to warn»[40].

These renowned words were only cited by later commentators who interpreted them as though Bagehot meant that the monarch did not have any powers anymore: he or she could merely act as a counsellor to government. However, Bagehot had superadded immediately: «And a king of great sense and sagacity would want no others». As he saw it, the king might have some significant powers, but it would be unwise to use them: «A constitutional sovereign must in the common course of government be a man of but common ability. I am afraid, looking to the early acquired feebleness of hereditary dynasties, that we must expect him to be a man of inferior ability. […] Probably in most cases the greatest wisdom of a constitutional king would show itself in well-considered inaction»[41].

In various places of his argument Bagehot maintained that a king of great sense was hardly ever to be found: «The only fit material for a constitutional king is a prince who begins early to reign – who in his youth is superior to pleasure – who in his youth is willing to labour – who has by nature a genius for discretion. Such kings are among God's greatest gifts, but they are also among His rarest»[42]. According to Bagehot, history proved that hereditary succession produced no series of useful monarchs and even dangerous lunatics. Instead of the royal form of cabinet government, one could better do with a cabinet functioning on behalf of parliament[43]. With an ordinary king the royal form would have about the same results as the non-royal one. He argued that the royal form could do a lot more harm to state affairs than the non-royal one, because the king simply was there, not chosen according to any selection criteria.

Bagehot considered the monarchy as the «dignified part» of the constitution while making great impact on the public, but without real power. On the other hand, the

cabinet and the House of Commons were the «efficient parts» which embodied the secret machinery of decision-taking. In his view the efficient parts were secret, because the constitutional monarchy drew its public support from the illusion that the monarch was the centre of power. Since 1832 the British constitution actually was a «disguised republic». He considered the cabinet as a committee, chosen by the House of Commons, which united the legislative and executive functions of the state[44].

In three ways the theory of Bagehot depicted the actual situation about royal powers and about ministerial responsibility inadequately. First, the king had possessed those rights of being consulted, advising and warning all along. Second, even after 1832 the cabinet was never chosen by the House of Commons. It was composed of the leaders of the party that had won majority control in the Commons, usually after a general election. Third, Bagehot presented a theory or an ideal vision, but not a governmental practice. He was interested in political philosophy and not so much in politics from an historical or actual point of view. Bagehot was a representative of those classes who were gradually admitted to the upper class from the beginning of the nineteenth century. His vision on politics was dominated by the mentality of these new professional elites[45].

2.2. *A Monarch with Power on the Wane*

In contrast with Bagehot's ideas, Queen Victoria (1819-1901) – whose reign lasted from 1837 until her death – had considerable influence in politics, partly because the concept of ministerial responsibility and the powers of the monarchy were not obvious and clearly defined. She interfered in state affairs and with nominating ministers[46]. When the liberal statesman William Gladstone (1809-1898) resigned as prime minister in 1894 because of ill-health, the queen did not ask for advice about his successor, but made her own choice[47]. As homogeneity within the cabinet was not always the case, she could use the discord among ministers to her own advantage. For example she had asked Prime Minister Lord John Russell and eventually the whole cabinet to correct the Foreign Secretary Lord Palmerston on the foreign policy towards Portugal. The queen even succeeded in asking to send her all Foreign Office drafts for prior approval, meaning about twenty-eight thousand despatches a year.

Nevertheless, Queen Victoria's reign witnessed the gradual establishment of a modern constitutional monarchy. Even the traditional relationship between the monarchy and the army was changing. In 1870 the War Office Act was passed by which the civil and military departments of the army were placed under the supervision of a minister; from then on ministerial responsibility also was applied to the army[48]. With the rise of parliament, the monarchy acquired a different role. The queen asked of her ministers, so she wrote to her prime minister, «to place before her the grounds and reasons upon which their advice may be founded, to enable her to judge whether she can give her assent to that advice or not»[49]. In this way she was taking care of a sound and qualitative decision-taking process and by that she modelled a new role for the monarchy as a guard for constitutional rules. Her Dutch counterpart Queen Emma,

who strived for an independent position as a monarch because of her new fundamental role as representing all the people in the Netherlands, did in fact the same[50].

Many papers and letters were written by ministers and advisers about ministerial responsibility and the role of the monarchy. Liberals tended to prefer an absolute interpretation of ministerial responsibility – the monarch had no alternative but to swallow the advice of the ministers – while conservatives attributed powers to the monarchy to influence the decision-making process. The political influence of the monarch was changed to a more formal and symbolic role. Victoria's reign created the concept of a 'family monarchy' with which the people could identify. The monarchy took part in national ceremonies and festivities. New traditions were invented, such as national celebrations and memorial days. In this way the monarchy remained a centre of unity and solidarity of the nation. Queen Victoria was seen as the archetypical mother figure of the British Empire and even of Europe.

At the same time the responsibility of ministers for their department and civil servants became a hot topic. Ministerial departments increased in size and complexity and consequently these were organized more centrally. From 1867 till the Second World War the balance between the four constitutional powers was changing a lot. The power of the monarchy diminished and altered, while the power of the electorate was rising steadily and surpassed that of the Commons after that war. The power of the cabinet became more and more independent but subservient to the control of the Commons.

2.3. *The Machinery of Political Parties*

At the end of the nineteenth century new developments were taking place in society. Gradually government assumed other tasks as well as guarding the safety of its inhabitants. With the social measures also the character of political parties changed and party machinery prevailed. The Reform Act of 1867 especially led to the growth of party organizations by which party leaders got more and more power at the expense of the individual members of parliament[51]. Party machinery enforced the tendency of ministers to act collectively and of party organization within the Commons. As a consequence it became essential for the cabinet to have a majority in parliament. Such a majority did not always exist, which caused weak and short governments. The House of Commons transformed from an assembly of individual politicians into one dominated by disciplined and hierarchical parties.

At a Manchester meeting in 1872 the Conservative Benjamin Disraeli (1804-1881) remarked on the new phenomenon of organized political parties and constitutional relationships:

> Gentlemen, I am a party man. I believe that, without party, Parliamentary government is impossible. [...] Yet, gentlemen, I am not blind to the faults of party government. It has one great defect. Party has a tendency to warp the intelligence, and there is no minister, however resolved he may be in treating a great public question, who does not find some difficulty in emancipating himself from the traditionary prejudice on which he has long acted. It is, therefore, a great merit in our Constitution that before a Minister introduces a measure to Parliament, he must submit to an intelligence superior [i.e. the monarch – *author*] to all party, and entirely free from influences of that character[52].

Disraeli saw the monarch as a neutral power, which would counterbalance the negative influence of party government. The British constitution did not preclude the possibility of that neutral power by the monarch, so he argued. He implied that the four constitutional powers were balancing each other.

With the new social role of the monarchy, its public exposure became very important. After the death of her husband, Victoria was criticized for dwelling on her estates instead of being visible for the public. Because of the public exposure, the impartiality of the monarchy was stressed ever more. The monarchy should not represent sectional interests. The monarch drew her powers from her neutrality and balancing role, not from playing an active part in politics. From now on, the monarchy had to be popular with the general public. When Victoria's son Edward (1841-1910) became king in 1901, one of his first deeds was to open parliament in a full ceremony. His latest innovative act was his lying in state at Westminster Hall for the people to bid him farewell. After this event, also the death of the royal consort resulted in ceremonies, such as lying in state and a grand funeral. Besides, the weddings of royal children and anniversaries of the royal accession, such as the golden jubilee of Victoria's reign, were invented as public ceremonies. The monarchy had to be accountable to the electorate.

2.4. *Fighting the Conservative Stronghold*

In 1885 the then famous constitutional commentator A.V. Dicey published his *The Law of the Constitution* which became a standard work for academia ever since. In his legal treatise he wrote that «The sovereignty of Parliament is (from a legal point of view) the dominant characteristic of our political institutions»[53]. According to Dicey, the electorate was the true political sovereign of the state. It was represented by the House of Commons which had to give effect to its will. Since ministers were responsible to parliament for all actions of government, their responsibility indirectly applied to the electorate. Like Bagehot, Dicey even thought of the executive as a committee of parliament. In the same period William Anson published his influential legal treatise *The Law and Custom of the Constitution*, in which he emphasized the idea, that government had to be based on a majority in parliament and ministers could only be dismissed together. In his eyes all ministers had to represent the same policy. This idea he referred to as «collective ministerial responsibility» which he thought to be a new principle, while in fact it was an old principle applied to new circumstances[54].

Due to the power of parliament, collective ministerial responsibility was very dominant at the end of the nineteenth century. Anson's argument illustrates the plea of liberal authors at that time for a central place of parliamentary democracy. As A.H. Birch argued, Dicey and other liberal authors – Birch did not mention Bagehot – were idealizing reality[55]. They assumed that political power only flowed in one direction, from voters towards representatives and subsequently towards government, and did not reckon with the independent powers of parties, monarchy and Lords. Liberal journalists and scholars tended to present an idiosyncratic view on the constitution and ministerial responsibility. They mixed

reality with liberal romantic notions of how state affairs could or ought to be arranged. In this view parliamentary sovereignty was the central principle of the constitution, while the power of the House of Lords – a body to check popular will and not resulting from general elections – was its most serious shortcoming. These liberal ideas, in which parliament and the electorate functioned as core assets of the political game, were opposed vigorously by conservatives.

2.5. *Homogeneity & Solidarity*

The year 1911 witnessed the passage of the Parliament Act by which the supremacy of the House of Commons became a well established fact in the British constitutional system. Henceforth the ministers were deemed to be exclusively and fully responsible to this House. Ironically, King George V helped the act to succeed. The House of Lords rejected it because of its implications. The king however was willing to create hundreds of peers to overcome the negative majority in the House of Lords. In the end the Lords gave way. The primary function of the House of Commons changed from controlling government to a legislative machine as well[56]. The reason for that was the growing need for social welfare legislation. At the same time, the electorate rose as a controlling power over parliament. All adult males aged 21 and over, and women aged 30 and over, were enfranchised in 1918 and female suffrage at age 21 and over, was attained in 1928. The monarchy took a back seat, while the cabinet of ministers was at the wheel, guided by the House of Commons and monitored by the electorate.

With the powers of parliament increasing, also the powers of the cabinet became more substantial and strategically relevant. The cabinet itself became more independent of the monarch and therefore ministers felt the need for homogeneity and solidarity between each other. As the different ministers of the cabinet all had their own opinion, someone had to lead the discussions and to force decisions to be taken, to plan the strategy in parliament and to consult the monarch. Consequently, the position of the prime minister and the collective ministerial responsibility were developed as cornerstones of cabinet government. In the accountability to the outside world the secrecy of inner events and the collective responsibility were felt as hot items. This stress on the outside unity of the cabinet was in a sense fictional because a minister could not be denied his own opinion. As ministers could not always accept the collective position they started to leak secretly to the press: the so-called unattributed leak[57].

The more formal position of the cabinet required a more professional organization. In 1916 the Cabinet Office was created as a secretariat. From then on the cabinet meetings were organized more systematically. The number of the meetings and the items on the agenda increased in such a way that committees were created to do all the work. Alongside, the growth of the ministerial departments and the rise of the civil service took place. Since the second half of the nineteenth century, ministerial responsibility was identified with the ministerial department concerned and its civil servants[58]. Before World War I it seemed possible for ministers to know nearly everything that happened in their department, but

thereafter, the civil service became a power of its own and a minister was the man on the top who was only aware of the complex or political sensible issues. In this time gradually the question arose to what extent a minister could be responsible for behavior of his civil servants.

The monarch was still having power, but now with the aim, as Queen Victoria articulated, of keeping guard over the constitutional process. This role as defined by Victoria has been pursued by her successors up to this day. It was the reason that in 1923 King George V asked Stanley Baldwin instead of Lord Curzon to form a government. Lord Curzon as a peer had his place in the House of Lords. Besides the king appointing the prime minister and demonstrating by this his remaining royal power, this decision set the convention that a prime minister has to be chosen from the House of Commons. Partly because of the Parliament Act of 1911 the balance was now in favor of the representatives of the constituencies[59]. In this way the balance of powers in the parliamentary system was directed towards the electorate and its representatives.

3. *Phase III: Seeking Public Approval*

Even during the Second World War ministerial responsibility was practised emphatically towards the House of Commons. Prime Minister Churchill decided with his colleagues in cabinet and asked for the support of the Commons[60]. During the Battle of Britain in 1940 Sir Ivor Jennings wrote *The British Constitution*, dealing with all aspects of central government, democracy and party politics. The book soon caught on and in the 1940's was reprinted almost every year. Jennings contended that the government is usually formed by the majority in parliament and that if the majority does not support the government, they will play into the opposition's hands. At the same time, the cabinet need not so much reckon with parliament, as with public opinion, because at the next election public opinion will decide which party wins and may help produce a new prime minister and cabinet: «Accordingly, the decision of the Cabinet to support a minister is really based not on possible parliamentary consequences, but on the effect which the decision may have on public opinion»[61].

After the World War, attention shifted definitively towards constituency government in stead of parliamentary government. With Jennings' book in mind one could argue that ministerial responsibility transformed from parliamentary accountability to public exposure. Ministers felt themselves dependent primarily on public opinion, and secondarily on their prime minister and party politics. More and more they tended to reckon with public opinion and the decisions they would have to take to be in its favour. Ministerial responsibility changed into the seeking of public approval.

3.1. *Prime Ministers Bounded by Collective Ministerial Responsibility*

Although in the aftermath of the Second World War a more prime minister oriented government developed and important decisions on occasion were taken by the prime minister and his counsellors outside the cabinet, the principle of collective respon-

sibility of ministers was not undermined. Thus, the role of the prime minister became not as dominant as to disrupt the unity and equality of the members of cabinet and to make the way for an authoritarian style government[62]. Nevertheless such a Prime Minister as Mrs Thatcher showed how to exert the available power to the full by acting in a leadership role rather than striving for consensus; but that behaviour eventually also led to her downfall when she did not have a secure political base anymore. The resignations of Thatcher and Neville Chamberlain, who lost power to Churchill in 1940, are examples of a governing party dropping a prime minister.

When ministers disagreed with each other the cabinet functioned as the court of appeal. Then the prime minister might act as arbitrator and co-ordinator. From the account of Jennings one perceives how the prime minister acquired a vital function in British politics, not only because he was in charge of the cabinet, but also because he was the leader of the party and as a member of parliament headed its majority there. The prime minister might put together his cabinet; but his free choice was bound by the lobbying of party members, the criticisms of parliament and the public opinion. Although nearly all recent developments have tended to increase the central authority of the prime minister, as Jennings already concluded in 1961, the prime minister still has to act within the relationship among the constitutional powers. In other West-European countries the same kind of development took place. For example in the Netherlands the position of prime minister was formalised after the Second World War[63].

In the twentieth century the principle of homogeneity of the cabinet was a matter of course, but not always applied. Both in 1932 and in 1975 ministers agreed to differ openly on a main issue of government policy. In fact, the agreement to differ was not a new constitutional item. In former times it was denoted with the term 'open question'. In such cases ministers might vote as they liked, without offence to their colleagues[64]. In 1932 they differed in opinion on tariff protection, while in 1975 some ministers could not approve of the membership of the European Community, especially where it meant joining the Common Market[65]. In both cases, the prime ministers allowed the ministers concerned to express their dissent openly so as to preserve the unity of the cabinet and the nation as a whole. More in general, it was allowed for ministers to have different views on a decision as long as they conformed to the decision itself. In parliament, ministers avoided making too much criticism of cabinet's decisions, because otherwise its position would become impossible. However, the agreements to differ were an exception to the rule. Collective ministerial responsibility had become a durable characteristic of the British constitution[66].

3.2. *A Power Manqué of Parliament*

Does individual responsibility of ministers exist? The lawyer S.E. Finer argued in an influential article in 1956 that individual ministerial responsibility was severely hindered by the counter-convention of collective responsibility of the cabinet. From many recent cases he examined to see what light these threw on the working of minis-

terial responsibility. It appeared that the governing party was unwilling to defeat the government because they themselves would be affected too: «Practically all cases of incompetence tend to be treated thus, and so the House is not called on to adjudicate on the merits of a Minister but is challenged to overthrow the Government»[67]. In Finer's view, collective solidarity of the cabinet is invoked to protect individual responsibility so long as the cabinet is still in power: «Nevertheless, ministerial resignations do take place; they are the exception, not the rule, but there are clearly occasions where the collective weight of the Ministry is *not* thrown into the scale»[68].

Finer seemed to ignore a bit the capricious nature of politics itself. As long as British parliament exists, party politics and cabal have always thwarted both individual and collective ministerial responsibility. Ministerial responsibility possessed a political content from its inception. In principle, ministers will always be protected by their friends or affiliated representatives in parliament. Even before tight party discipline, cabinets were backed up by associated persons and groups in parliament. Moreover, during the second half of the twentieth century, especially after Finer's publication, individual ministerial responsibility became a well-known phenomenon. The advantage of individual responsibility for the cabinet and its corresponding party appeared to be that it prevented the accountability of the cabinet as a whole. Individual ministerial responsibility was applied to avoid collective ministerial responsibility. In that sense there seemed to be a move from collective towards individual ministerial responsibility, just the opposite of Finer's argument.

Nevertheless, Finer was right in pointing out that party discipline and majority government made it very difficult for the opposition to remove a cabinet[69]. Only at election time collective responsibility could lead to a change of cabinet. In this respect, the function of parliament has been taken over by the electorate.

3.3. *The Cabinet Still at the Wheel*

A typical constitutional feature of a minister is his position as head of a department, usually referred to as secretary of state. Since the Second World War, the governmental departments have increased in size substantially. Laissez faire politics were abandoned and a vast welfare state emerged with new public tasks. The increasing complexity of life and the growth of governmental services in the second part of the twentieth century led to a shift from cabinet to departmental government, because many decisions were taken by the ministers themselves or in their departments rather than in the cabinet or its committees. Because of this, a department often consisted of additional ministers, who could also take part in the cabinet. The tasks and responsibilities of those ministers have not been laid down in rules, but have varied depending on the particular circumstances. Besides, the minister in charge of the department – often one would find several subordinate ministers – ministers of state or parliamentary secretaries – appointed by the prime minister in consultation with the departmental minister[70].

According to the general perception about ministerial responsibility since the

second half of the twentieth century a minister is responsible for carrying out laws and policy efficiently and rightly as well as for the choices to be made. However, civil servants have been much involved in decision-making and been able to influence even strong ministers. In that respect, ministerial responsibility was undermined. In the famous British television shows 'Yes, Minister' of the 1980's, civil servants were shown to embody the real power because a minister only functioned for a short term and could not make himself familiar with all knowledge and actions of the department. Although civil servants were sometimes considered as a secret state power, such as in these series, their actions were bound by the political framework of crown, cabinet, Commons and constituencies. Moreover, they were subservient to their minister, in the same way as the royal court to the monarch, and clerks and other supportive staffs to parliament. Therefore the principle was applied that civil servants up to the highest rank were only responsible internally, but not towards parliament otherwise than indirectly through their minister. In such way, the neutral, advisory and subservient role of the civil service was maintained[71]. This is the reason why the relationship between minister and civil service plays in fact no role of importance with respect to ministerial responsibility.

Gradually the idea has originated that ministers are only responsible for events in their ministry which involve their own decisions and risks. They have to be responsible to parliament and to intervene if something gets out of hand. Ministers are not to blame for matters of which they know nothing and could be expected to know nothing[72]. The concept of ministerial responsibility however remains indefinite, because of its relational character. The question what a minister could be expected to know is a subjective one. Besides, in reality party politics and emotional aspects of politics undermine the content and effectiveness of ministerial responsibility. For example, Lord Carrington resigned as Foreign Secretary over the Falklands crisis, even though it was doubtful that he could have known that Argentina would invade them. As from the beginning in the seventeenth century when ministers were still impeached and shut up in the Tower, ministerial responsibility has been a risk based mechanism by which the constitutional powers have hold each other in balance.

A recent development is to make a distinction between responsibility and accountability, or to put responsibility on a par with actual control[73]. Responsibility is said to relate to the job one is charged with, while accountability is said to be the duty to explain what has been done. In this view ministers are *accountable* to parliament and the electorate, even concerning matters for which they are not personally responsible. For example, ministers are also accountable for the operational performance of agencies which have independent decision-making and chief executives primarily responsible. Some commentators believe that the growth in agencies from the eighties on, altered the concept of ministerial responsibility, partly because the loyalty of those chief executives should be no longer solely to their minister[74]. However, when deeming ministers responsible for the policy framework of agencies, one could argue that they have to evaluate the operational performance and, if necessary, revise their policy framework. From that perspective, a

distinction between responsibility and accountability seems rather artificial.

As openness and transparency of government and freedom of information have become important themes from the 1980's on, this has brought along more openness of conduct of ministers. The cabinet's code of conduct for ministers was first published in 1992 under the title *Questions of Procedure for Ministers* and was subsequently revised in 1997 and 2010 as *Ministerial Code*. In this code of conduct the already well-known principles of ministerial responsibility were written down: decisions reached by the cabinet are binding on all members of the government (collectively) and ministers are accountable to parliament for actions of their departments and agencies (individually). It also states that ministers can only remain in office for so long as they retain the prime minister's confidence[75]. This last statement was a new one, because until then the position of the prime minister never was arranged for officially. Before, Prime Minister Margaret Thatcher had to fight a lot before her minister Michael Heseltine was willing to resign. Defence Secretary Heseltine differed in opinion with her about selling the so-called Westland helicopter company to a European consortium or an American group[76]. Perhaps she had the power to dismiss him, but then she would anger a lot of the members of her party and perhaps many of the public, and so she preferred to get him to resign.

3.4. *Party Politics and Electoral Policies*

Characteristic of the twentieth century is a close relationship between governmental policy and party politics. No doubt a reason why in the eyes of the general public ministerial responsibility has lost much of its credibility. In the nineteenth and twentieth centuries there were always several parties in the Commons, but in fact a two-party system developed because of the electoral system. In the nineteenth century either the Liberal or Conservative party formed the government. After the First World War the Liberals were replaced by the Labour party as a leading party in the House of Commons. The First and Second World Wars, and the great depression of the 1930's did produce coalition governments to unify the nation in desperate circumstances, but these were exceptions to the general rule of one-party government. Even when there has been a hung parliament with no party having an overall majority, no coalition was made, and single-party government continued.

The two main parties had little interest in letting a third party into power, and the electoral system, where a majority of one vote can give a candidate victory, did not favour a multiple-party system[77]. Consequently, democratic influence on the development of parties, on party organisation, on nominating the representatives in the Commons and on nominating the prime minister and other ministers was minimal. In that sense ministerial responsibility has been determined by party politics since the end of World War II. Recently though, in the wake of the Great Recession around the end of the first decade of the 21st century, a coalition government between Conservatives and Liberal Democrats was created under the First Cameron ministry (2010-2015). However, that does not seem to be a signal of change, as the conservatives took subsequently the opportunity to return solely to power.

Since the late twentieth century there has been growing criticism of the British constitution and many constitutional reforms have been proposed. On the one hand, the European Union has increasingly become more important for the United Kingdom and threatens to push the British constitution aside. Second, Scotland, Wales and Northern Ireland achieved a degree of home rule and their local legislatures are now voted by proportional representation and so coalitions are much more common there. The competences of European and local authorities limit those of the British cabinet and as a consequence the ability of British parliament to call cabinet ministers to account. The democratic legitimacy of the House of Lords has also become a discussion item[78]. Until now the mechanism of ministerial responsibility has been able to absorb all the battles between the constitutional powers because of its inherent strive towards a constitutional balance.

Conclusion

Interestingly enough in Great Britain almost no comparisons have been made with developments elsewhere; only recently it occurs now and then. British parliament and its practice of ministerial responsibility were the first in the world. The British constitution attracted a lot of attention from Europe, as already illustrated by the case of the eighteenth century Swiss political theorist De Lolme, who even became a British subject. It is not surprising then that in former books and articles all eyes were on the British constitutional system.

As sketched in this article, ministerial responsibility has a long and solid history in Great Britain. The responsibility of a minister as a departmental head and the collective responsibility of the cabinet – meaning that ministers ought to enjoy the confidence of parliament and that the cabinet should make up a unity – did not arise suddenly, but had a long previous history. With respect to ministerial responsibility and the relationship between the constitutional powers, which are aspects of the present-day constitution, a great continuity exists with the past. The constitutional system originated in the seventeenth century and even before, and from then on crown, cabinet, Commons and constituencies were in a dynamic relationship with each other. As the history of ministerial responsibility shows, the four powers were not only dependent on the constitution, but they reshaped it in their struggle for power. Those powers framed the rules, conventions and practices of ministerial responsibility in their dealing with each other, and the same mechanism applies until today.

A lesson from this article may be that ministerial responsibility continually comes to the fore, because it concerns a relationship and not a hard and fast rule. Already in the seventeenth century, parliament experimented with the control of government, ministers played with party politics and the king tried to hold on to his prerogatives. Criticisms on the powers of the king almost seem an eternal theme throughout history. The immunity of the king was not a redundant doctrine. Ministerial responsibility was a political instrument to define the relationships between crown, cabinet, Commons and constituency. The principle of ministerial respon-

sibility involves a certain ambiguity and confusion, because it always has to deal with shifting balances of power and therefore is of political nature.

The notion of collective ministerial responsibility took shape over the eighteenth and nineteenth centuries, and was applied in the sense of homogeneity of the cabinet. Throughout the eighteenth century ministers could individually be replaced by the king. The growth of the electorate and the rise of parties in the nineteenth century gave way to general elections to decide who was in power and who was out of power; because the votes of the people decided which party had majority support in the House of Commons. The rise of party government also strengthened the homogeneity of the cabinet. Collective responsibility marked the importance of the electorate and its representatives in the Commons. It also meant a more modest role for the monarch and the House of Lords.

As contended in the introduction, ministerial responsibility developed in several phases in which the constitutional powers settled into a new equilibrium. As it turns out, before the nineteenth century ministerial responsibility was dominated by the power of the monarch. In the nineteenth century the power of the monarch transferred to parliament and ministerial responsibility had its focal point in the House of Commons. After the Reform Act of 1867 the electorate rose to power and from the Second War on, ministerial responsibility has been aimed more and more to public opinion. Public opinion as appearing in the media was giving content to ministerial responsibility. The opinions of the public became of significant importance for the question whether ministers or the cabinets had to leave. Media were taking ministers and Commons their measure.

Queen Victoria invented a new position for the monarchy in trying to play a balancing role as a constitutional Cerberus. Although it is now almost universally acknowledged that the monarch should only act on ministerial advice, it remains a supposition or a convention which could end. Since Victoria, monarchs have sometimes acted on their own initiative. Thus, Edward VII visited Paris in 1903 without informing his government, in 1923 George V, as mentioned, chose Baldwin as Prime Minister and not Lord Curzon, and Queen Elisabeth was personally involved in the selection of prime ministers in 1957 and 1963[79]. As their actions were reasonable and self-evident, these actions did not provoke any constitutional crisis, though they did produce much press attention and public discussion. The reason for this seems to be that ministerial responsibility in essence is not a convention or a rule, but concerns a relationship. As a system of checks and balances between the 'four c's' ministerial responsibility deals with the governance of politics.

In Great Britain the history of ministerial responsibility shows how royal governance with an elementary parliamentary representation has developed and transformed through parliamentary hegemony into mass politics. Not only do the cabinet, parliament and the monarch have influence over the fate of an individual minister, but a minister can also be forced to resign by his constituency, his party or the media. The monarch is for his acting dependent on the public; he has been criticised constantly in the media. However, without the media his influence would have been minimal. For

the cabinet the same mechanism applies. The fate of ministers is dominated by public opinion. A minister with a bad reputation is hardly convincing for parliament. Moreover, at the next elections he will be anything but a vote magnet. Also members of parliament are wholly dependent on public opinion and the media for their re-election.

Crown, cabinet and Commons are pleasing the constituencies and trying to make remarks and proposals which meet the convenience of the general public. By this new settlement in the balance between the constitutional powers, the constitutional system changed from a parliamentary monarchy into a media-democracy. However, against the significant influence of the public opinion nowadays, the other constitutional powers may rally, such as a sensible role of the monarch, a critical role of the House of Commons and a dynamic role of the cabinet and the prime minister. So, it appears that ministerial responsibility as a principle indeed has been discussed and refined over a very long time, but it, being a division of competencies, nevertheless leaves room for power shifts between the different constitutional powers.

As the relationship between the constitutional powers changes over centuries, so the character of ministerial responsibility is a conditional one. This means that the British constitution contains a perpetual uncertainty. Even a state or constitution is not a static principle as shown by the creation and its process of a European union. The history of ministerial responsibility shows the contingency of the constitutional powers, a parliamentary constitution and a state itself.

[1] For this article the author is indebted for commentary towards prof. dr. H. te Velde (University of Leiden), em. prof. dr. Harry Dickinson (University of Edinburgh) and an anonymous peer reviewer.

[2] Cf. N. Johnson, *In Search of the Constitution: Reflections on State and Society in Britain*, Oxford, Pergamon, 1977, pp. 83-84.

[3] E.g. C. Turpin, *Ministerial Responsibility*, in J. Jowell, D. Oliver (eds.), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1994[3], pp. 109-151, there p. 109.

[4] E.g. N. Johnson, *Reshaping the British Constitution. Essays in Political Interpretation*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2004, pp. 87-88, 226-227; D. Judge, *The Parliamentary State*, London, Sage, 1993, pp. 136-138.

[5] E.g. C. Roberts, *The Growth of Ministerial Responsibility to Parliament in later Stuart England*, in «The Journal of Modern History», n. 3, 1956, pp. 215-233, there p. 216. Roberts starts from ministerial responsibility for criminal acts, but does not relate it to the right to approve the budget and the control authority of parliament.

[6] E.g. Judge, *The Parliamentary State* cit., pp. 138-139.

[7] E.g. A. King, *Modes of Executive-Legislative Relations: Great Britain, France, and West Germany*, in «Legislative Studies Quarterly», n. 1, 1976, pp. 11-36.

[8] S.E. Finer, *The Individual Responsibility of Ministers*, in «Public Administration», n. 34, 1956, pp. 377-396, there p. 377.

[9] Cf. D. Baranger, *Parlementarisme des origines. Essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris, PUF, 1999, pp. 254, 258, 262, 267, 273; A.H. Birch, *Responsibility in British Politics*, in G. Marshall (ed.), *Ministerial Responsibility*, Oxford, Oxford University Press,

1989, pp. 25-29, there pp. 26-27; A.H. Birch, *Representative and Responsible Government. An Essay on the British Constitution*, London, Allen and Unwin, 1964, p. 132.

[10] Roberts, *The Growth of Ministerial Responsibility* cit., pp. 221-226. Impeachments were seldom executed because they were used by the House of Commons as a political weapon. Besides, the House of Lords frustrated any attempts to do so. The principal ministers were usually peers and their fellows in the House of Lords defended them.

[11] Ivi, pp. 227-229.

[12] T. Erskine May, *The Constitutional History of England since the Accession of George the Third (1760-1860)*, London, Longmans, Green, and co., 1861, vol. I, p. 6. Erskine May (1815-1886) worked his way up to Clerk of the House of Commons and wrote an influential book on British parliamentary practice.

[13] J. Austen, *The History of England: from the Reign of Henry the 4th to the Death of Charles the 1st*, Chapel Hill, Algonquin Books of Chapel Hill, 1993, p. VII, see also p. 34.

[14] V. Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 5.

[15] H. Hallam, *The Constitutional History of England from the Accession of Henry VII to the Death of George II*, Paris, Baudry, 1841[5], vol. III, p. 140.

[16] H. Cox, *The Institutions of the English Government*, London, Sweet, 1863, pp. 247-248.

[17] Hallam, *The Constitutional History of England* cit., p. 211.

[18] W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England. In four books*, Oxford, Clarendon, 1775[7], vol. I, pp. 239, 250-252, 271-272.

[19] Erskine May, *The Constitutional History of England* cit., especially pp. 11-16, 31, 39-40, 89; cf. P. Jupp, *The Governing of Britain, 1688-1848. The executive, Parliament and the people*, London, Routledge, 2006, pp. 9, 11-13, 31-32, 110, 120-121, 263.

[20] J.L. de Lolme, *The Constitution of England*, London, Dove, 1822, p. 40; this version is the same as the French original one in 1771.

[21] Ivi, p. 306.

[22] W.R. Anson, *The Law and Custom of the Constitution*, ed. by M.L. Gwyer, Oxford, Clarendon, 1922[5], vol. I, pp. 335-337: the words «La reine s'avisera» were used for the last time by Queen Anne when she exercised the veto in 1708.

[23] E. Wicks, *The Evolution of a Constitution. Eight Key Moments in British Constitutional History*, Oxford, Hart, 2006, pp. 53-59; P. Langford, *Prime Ministers and Parliaments: the Long View, Walpole to Blair*, in «Parliamentary History», n. 3, 2006, pp. 382-394, there p. 386.

[24] M. Peters, *Pitt as a Foil to Bute: the Public Debate over Ministerial Responsibility and the Powers of the Crown*, in K.W. Schweizer (ed.), *Lord Bute: Essays in Re-interpretation*, Leicester, Pinter, 1988, pp. 99-115.

[25] W. Hague, *William Pitt the Younger*, London, Harper Perennial, 2004, p. 152.

[26] The duel was not only about political rivalry, but also about army policy, and mutual trust and sharing information within the cabinet: J. Bew, *Castlereagh: a life*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 257-269.

[27] Cox, *The Institutions of the English Government* cit., pp. 247-258; cf. Id., *The Development of Collective Responsibility in the United Kingdom*, in «Parliamentary History», n. 13, 1994, pp. 32-47. The convention that ministers had to support government policy or resign is dated by Gary Cox in the beginning of the 1830's, without relating it to the Reform Act.

[28] *Second Parliament of George II: Fifth session (1 of 4, begins 1/2/1739)*, in *The History and Proceedings of the House of Commons. Volume 10: 1737-1739* (1742), pp. 339-358, <http://www.british-history.ac.uk/report.aspx?compid=37806; see also W.C. Costin, J. Steven Watson, *The Law and Working of the Constitution: Documents 1660-1914, Vol. I: 1660-1783*, London, A. and C. Black, 1952, pp. 217-218; cf. Birch, *Responsibility in British Politics* cit., p. 27; Birch, *Representative and Responsible Government* cit., p. 133.

[29] J. Brewer, *Party and the Double Cabinet: two Facets of Burke's* Thoughts, in «The Historical Journal», n. 3, 1971, pp. 479-501. Brewer shows magnificently how Burke's pamphlet was misinterpreted by later commentators who claimed that its advocacy of party government was novel and its contemporary influence considerable. Some of these historians even contended that Burke presented here the first argument in Britain for party government and anticipated therefore the constitutional development from statesmanship to party government in the nineteenth century. Brewer however demonstrates that Burke only pleaded for a solidly unified opposition under leadership of Rockingham, and that his plea in this respect was challenged fiercely by the remaining of the opposition and pro-ministerial supporters. The pamphlet was written for a political purpose – with the intention to unify parliamentary opposition – and not philosophical in nature.

[30] Letter of 1 July 1784 in London from Gijsbert Karel to his father (in French), in F. van Hogendorp (ed.), *Brieven en Gedenkschriften van Gijsbert Karel van Hogendorp Part I, 1762-1786*, The Hague, M. Nijhoff, 1866, pp. 373-375, there p. 374. Gijsbert Karel however was critical of the parliamentary system in England. In two private essays (pp. 375-379) he confronted the idealized picture of an independent representative with the practice of ambitious and interests-driven persons and groups, making a good show with eloquence and appearance. Therefore, he rejected a cabinet composed of members of parliament on the basis of their majori-

ty in the House.

[31] H.T. Dickinson, *The British Constitution*, in Id. (ed.), *A Companion to Eighteenth-Century Britain*, Oxford, Blackwell, 2002, pp. 3-18, there pp. 6-7, 12-15.

[32] Cf. J.P. Mackintosh, *The British Cabinet*, London, Stevens & Sons, 1981[3], pp. 119-121.

[33] House of Commons Debates, 8 April 1835, volume 27, pp. 980-985, there p. 985, <http://hansard.millbanksystems.com/commons/1835/apr/08/resignation-of-ministers>; cf. Birch, *Representative and Responsible Government* cit., p. 135.

[34] M.W. McCahill, *The House of Lords in the Age of George III (1760-1811)*, Chichester, Wiley-Blackwell, 2009, pp. 3-4, 6, 387-389; Jupp, *The Governing of Britain* cit., pp. 11-12.

[35] Boroughs with the smallest number of votes – often under supervision of the lord of the manor – lost their MPs to new large towns like Manchester, Birmingham, Sheffield, Leeds, etc. which previously had no MPs. So the number of MPs dependent on gaining open support of electors increased in 1832, and more so by later reform acts in 1867, 1884, 1918, etc.

[36] G.H.L. Le May, *The Victorian Constitution. Conventions, Usages and Contingencies*, London, Duckworth, 1979, p. 21.

[37] In the same period a battle was fought in the Netherlands between liberals and conservatives for power of government, which eventually was decided in favour of the liberals who dominated parliament: D. Slijkerman, *Het geheim van de ministeriële verantwoordelijkheid. De relatie tussen koning, Kamer, kabinet en kiezer, 1848-1905*, Amsterdam, Prometheus, 2011, pp. 155-322.

[38] Birch, *Responsibility in British Politics* cit., p. 28; Birch, *Representative and Responsible Government* cit., p. 135.

[39] J. Harvey, L. Bather, *The British Constitution*, London, Macmillan, 1965, pp. 233-234; cf. P. Norton, *Government Defeats in the House of Commons: Myth and Reality*, in Marshall, *Ministerial Responsibility* cit., pp. 33-45, there pp. 36-39.

[40] W. Bagehot, *The English Constitution, with an Introduction by R.H.S. Crossman*, London, Watt, 1964, p. 111; this book contains the first print of 1867.

[41] Ivi, p. 108.

[42] Ivi, p. 119, see also pp. 105-106, 108, 115-119.

[43] Ivi, pp. 98-120.

[44] Ivi, pp. 61, 64-67, 97; see also R. Crossman's introduction (pp. 15-16).

[45] Cf. *ibidem*. Crossman neglects the influence of Bagehot's social descent on his political philosophy: besides his writing activities, for some years Bagehot was involved in the family bank and then he became financially independent.

[46] L.S. Amery, *Thoughts on the Constitution*, London, Oxford University Press, 1964[2], pp. 13-14, 21-28 argued contra Bagehot that different state powers existed which balanced each other and that the cabinet was not just a committee of parliament; D. Cannadine, *The Context, Performance and Meaning of Ritual: the British Monarchy and the "Invention of Tradition", c. 1820-1977*, in E. Hobsbawm, T. Ranger (eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge, CUP, 1988, pp. 101-164, there p. 107 considers Bagehot's method prescriptive instead of a description; for the constitutional powers of Victoria, see Le May, *The Victorian Constitution* cit., pp. 59-61, 65-75 and H.R.G. Greaves, *The British Constitution*, London, Allen & Unwin, 1965[8], p. 79, and for her considerable influence on appointments, see I. Jennings, *Cabinet Government*, Cambridge, CUP, 1969[3], pp. 62-66.

[47] Harvey, Bather, *The British Constitution* cit., p. 196.

[48] Greaves, *The British Constitution* cit., pp. 170-171.

[49] Le May, *The Victorian Constitution* cit., p. 74.

[50] Slijkerman, *Het geheim van de ministeriële verantwoordelijkheid* cit., pp. 371-373.

[51] Cf. H. te Velde, *The Three Phases of the Constitutional Monarchy; the Dutch Monarchy in a European Context*, in D.J. Elzinga (ed.), *The Dutch Constitutional Monarchy in a Changing Europe*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2007, pp. 109-121, there p. 112. According to Te Velde at the end of the nineteenth century voters were the deciding factor because they had organised themselves in political parties; A. Hawkins, *"Parliamentary Government" and Victorian Political Parties, c. 1830 - c. 1880*, in «The English Historical Review», n. 410, 1989, pp. 638-669, there pp. 640-641, 664-668. Hawkins describes how parties were organized systematically after the second Reform Act of 1867.

[52] W.C. Costin, J. Steven Watson, *The Law and Working of the Constitution: Documents 1660-1914. Volume II, 1784-1914*, London, Black, 1952, p. 428.

[53] A.V. Dicey, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1885, p. 35. See further pp. 345-363, especially pp. 353-356. The 10th edition of 1959 was reprinted in 1964 and 1979; the 8th edition of 1915 was reprinted in 1982.

[54] Anson, *The Law and Custom of the Constitution* cit., pp. 43-44. The wording of the 1922 edition is nearly the same as the original one of 1886. According to Anson, individual responsibility would only be relevant when the general character or policy of the government was not involved (p. 403).

[55] Birch, *Representative and Responsible Government* cit., pp. 73-74.

[56] D. Woodhouse, *Ministers and Parliament. Accountability in Theory and Practice*, Oxford, Clarendon, 1994, p. 15.

[57] P.G. Walker, *The cabinet. Political authority in Britain*, New York, Basic Books, 1970, pp. 32-35. Walker considered the unattributed leak as the mechanism by which

the doctrine of collective responsibility would be reconciled with political reality. I do not see why the unattributed leak should be a (necessary) consequence of collective responsibility; press leaking has always taken place (e.g. see the passage before on Edmund Burke).

58 Finer, *The Individual Responsibility of Ministers* cit., pp. 380-383; M. Flinders, *The Politics of Accountability in the Modern State*, Aldershot, Ashgate, 2005, pp. 2-4; cf. M. Flinders, A. Gamble, C. Hay and M. Kenny (eds.), *The Oxford Handbook of British Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 311-312.

59 Mackintosh, *The British Cabinet* cit., p. 20; J. Jaconelli, *Continuity and Change in Constitutional Conventions*, in M. Qvortrup (ed.), *The British Constitution: Continuity and Change. A Festschrift for Vernon Bogdanor*, Oxford, Hart, 2013, pp. 121-139, there pp. 124-126.

60 Jennings, *Cabinet Government* cit., pp. 195-198; R. Jenkins, *Churchill*, London, Pan Books, 2002, pp. 551-800.

61 I. Jennings, *The British Constitution*, Cambridge, CUP, 1961[4], p. 146.

62 D.L. Ellis, *Collective Ministerial Responsibility and Collective Solidarity*, in Marshall, *Ministerial responsibility* cit., pp. 46-56, there pp. 49-52. Ellis does not seem to be very consistent as he first stresses issues which were fatal to collective responsibility and subsequently argues these ones were the only exception to being it still a valid principle.

63 D. Slijkerman, *De minister-president: concurrent of dienaar van de monarch?*, in «Liberaal Reveil», n. 2, 2013, pp. 82-88, there pp. 86-87.

64 Cf. Cox, *Collective Responsibility* cit., pp. 36-37.

65 A. Silkin, *The "Agreement to Differ" of 1975*, in Marshall, *Ministerial Responsibility* cit., pp. 57-67; Jennings, *Cabinet Government* cit., pp. 279-281; C. Turpin, A. Tomkins, *British Government and the Constitution. Text and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007[6], pp. 380-382.

66 Cf. R. Brazier, *Constitutional Practice. The Foundations of British Government*, Oxford, Oxford University Press, 1999[3], pp. 147-149. Brazier would like governments to be more inclined to stimulate majority decisions and to suspend obligations of collective responsibility, as he thinks it will result in a more visible reality of political life and in an increase of public debate.

67 Finer, *The Individual Responsibility of Ministers* cit., pp. 377-396, there p. 386. See also S.E. Finer, *The Individual Responsibility of Ministers*, in Marshall, *Ministerial Responsibility* cit., pp. 115-126, there pp. 120-125.

68 Ivi, p. 390.

69 See mentioned cases of Chamberlain and Thatcher who nevertheless lost their power; cf. Woodhouse, *Ministers and Parliament* cit., p. 24.

70 Turpin, *Ministerial Responsibility* cit., pp. 118-120.

71 Ivi, pp. 120-127.

72 D. Woodhouse, *Ministerial Responsibility*, in V. Bogdanor (ed.), *The British Constitution in the Twentieth Century*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 281-332, there pp. 310, 316.

73 G. Drewry, *The Executive: Towards Accountable Government and Effective Governance?*, in J. Jowell, D. Oliver (eds.), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2007[6], pp. 185-206, there pp. 199-201; D. Oliver, *Ministerial Accountability: What and Where are the Parameters?*, in D. Butler, V. Bogdanor, R. Summers (eds.), *The Law, Politics, and the Constitution. Essays in Honour of Geoffrey Marshall*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 78-101, there p. 79. This discussion about forms and levels of accountability started in the 1980's.

74 A. King, *The British Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 248, see also pp. 361-362; M. Flinders, *Democratic Drift. Majoritarian Modification and Democratic Anomie in the United Kingdom*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 261-264; Judge, *The Parliamentary State* cit., pp. 146-152, especially pp. 150-151; cf. D. Judge, *Political Institutions in the United Kingdom*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 121-122, 124.

75 Oliver, *Ministerial Accountability* cit., pp. 86-87 and 92; R. Brazier, *Ministers of the Crown*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 264-265; Johnson, *Reshaping the British Constitution* cit., pp. 85-87; <https://www.gov.uk/government/publi cations/ministerial-code> [seen on June 7, 2015].

76 Cf. P. Hennessy, *Cabinet*, Oxford, Wiley-Blackwell, 1986, pp. 105-111; Hennessy does not really seem to be a supporter of Thatcher.

77 Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution* cit., pp. 152-154.

78 H.T. Dickinson, *Modern Constitutional Ideas and Developments and the Challenge Posed to the British Constitution*, in «Euramerica», n. 1, 2008, pp. 31-64, there pp. 31-32, 34, 39-40, 47-48, 52-53; King, *The British Constitution* cit., pp. 112-114, 361-362.

79 R. Brazier, *The Monarchy*, in Bogdanor, *The British Constitution* cit., pp. 69-95, there pp. 71-72; Turpin, Tomkins, *British Government and the Constitution* cit., pp. 356, 366; cf. Baranger, *Parlementarisme des origins* cit., pp. 290, 382, 386.

I *Catechismi costituzionali* del 1820: strumenti di propaganda e di diffusione della Costituzione spagnola nel Regno delle Due Sicilie

MARIACONCETTA BASILE

1. *La concessione della Costituzione spagnola nel Regno delle Due Sicilie*

Con le leggi dell'otto dicembre 1816 e la successiva dell'undici, Ferdinando assumeva il titolo di re delle Due Sicilie e decretava la fusione dei Regni di Napoli e di Sicilia[1]. Prendeva corpo quella che Nino Cortese ha definito la *questione siciliana*, «allorché l'isola [era] chiamata insieme con Napoli a far parte di un unico Stato e perde[va] il diritto o la possibilità di conservare non solo la Costituzione del 1812, sebbene anche i particolari ordinamenti amministrativi, giudiziari, finanziari che sino allora avevano regolato la sua vita»[2]. Dal febbraio 1816 al giugno del 1820 si susseguivano progetti e tentativi di rivoluzione sia a Napoli che in Sicilia[3], anche per il fatto che il re di Spagna suggeriva a Ferdinando I di adottare la costituzione spagnola per accreditare il proprio diritto ad una eventuale successione alla corona madrilena[4].

Secondo Giorgio Spini, i moti del 1820-21 avevano una chiara fisionomia politica e sociale, rappresentavano «l'insurrezione della borghesia provinciale, affiliata alla carboneria ed attraverso questa in contatto con elementi della bassa ufficialità dell'esercito, che … nel suo trionfo trascina[va] con sé l'idea della Costituzione di Spagna, cioè della costituzione democratica, priva di considerazione per i privilegi nobiliari»[5].

Gli echi di Cadice, alimentando i propositi d'insurrezione coltivati dalla Carboneria, riunivano assieme l'aspirazione costituzionale, simbolo degli ideali liberali, e la scelta monarchica e cattolica[6]. Già il primo maggio del 1815 Ferdinando IV, riconosciuto dal Congresso di Vienna sovrano del regno di Napoli e di Sicilia, emanava cinque proclami, nei quali – come faceva notare Pietro Colletta – «stava adombrata» la nuova costituzione da adottare[7]. In questa occasione il sovrano manifestava l'intenzione di adeguare la costituzione siciliana del 1812[8], che, tuttavia, non godeva l'appoggio dei napoletani, i quali non vedevano di buon grado i baroni, i quali «ave-

vano sacrificato la sola apparenza dei dritti e privilegi feudali [...] nel fatto esercitavano nel modo stesso il loro dispotismo [...] insomma formavano [...] una casta privilegiata, per così dire al di sopra della legge»[9].

Il 7 luglio del 1820 veniva concessa la carta costituzionale e il 22 settembre si riuniva a Napoli, nell'ex chiesa del monastero di S. Sebastiano, il primo Parlamento nazionale delle Due Sicilie cui partecipavano solo tre dei ventiquattro deputati siciliani che avrebbero dovuto formare la rappresentanza siciliana[10].

Il sovrano aveva scelto di adottare la costituzione di Cadice per aderire – come si legge nella nota segreta inviata al principe Ruffo, ambasciatore a Vienna – alle richieste avanzate dai carbonari.

La carta spagnola, con la limitazione delle prerogative regie e l'eliminazione della camera alta, favoriva proprio l'egemonia di una certa borghesia di estrazione carbonara, in un contesto in cui i carbonari erano considerati come gli esponenti de «la volontà nazionale in azione»[11]. Non a caso, la rivoluzione napoletana, incominciata i primi di luglio del 1820, al grido di «Dio, Re, costituzione», si era qualificata da subito come *carbonara*, *militare* e *costituzionale*[12].

La carta gaditana, stabilendo un equilibrio tra un re *limitato* e una nazione *sovrana*, esprimeva il proprio volere attraverso un parlamento eletto a suffragio allargato. Fondata su una monarchia moderata, era considerata la più *democratica*, in quanto affermava il principio della sovranità nazionale e la separazione dei poteri, considerati dai napoletani delle vere "conquiste". L'otto luglio venivano così incaricati Melchiorre Delfico e Giulio Rocco di approntare una traduzione dal testo spagnolo, versione tradotta, peraltro già circolante in Sicilia grazie all'edizione del 1813, edita con i tipi del messinese Giovanni del Nobolo[13]. La città di Messina insieme con Catania aveva, infatti, appoggiato il costituzionalismo spagnolo contro Palermo che, invece, rivendicava l'indipendenza della Sicilia e il ritorno alla costituzione del 1812[14]. Non è, quindi, casuale che la prima edizione in lingua italiana della Costituzione di Cadice sia stata pubblicata proprio nella città dello Stretto nel 1813 presso Giovanni del Nobolo[15]. La traduzione e revisione veniva conclusa in sole due settimane e il 24 luglio il principe vicario ne dichiarava la vigenza ufficiale nel Regno delle Due Sicilie[16].

2. *La diffusione dei* Catechismi Costituzionali

Tra il luglio 1820 ed il marzo 1821, a Napoli, venivano pubblicati numerosi opuscoli con l'intento sia di favorire la creazione di una coscienza nazionale sia di informare l'opinione pubblica sui coevi avvenimenti politico-istituzionali, istruendola sui principi del governo rappresentativo[17]. La stampa periodica napoletana pubblicava i resoconti dei dibattiti parlamentari, le eventuali modifiche proposte per adattare la costituzione di Cadice al Regno delle Due Sicilie. In particolare, il giornale «L'Amico della Costituzione» divulgava tutti gli avvenimenti politici che dal 1806 – ovvero dal decennio francese – avevano condotto alla carta spagnola. Come si legge nel *Saggio storico delle diverse Costituzioni politiche del nostro Regno*, pubblicato nel citato giornale, «di fronte alle esigenze dei popoli invocanti la Costituzione, molti sovrani erano stati costretti a dar vita a delle false Costituzioni de' regimi

più o meno rappresentativi»[18], tra cui lo statuto di Baiona concesso da Giuseppe Bonaparte nel 1808 e la costituzione emanata da Gioacchino Murat nel 1815 che, tuttavia, non rispondevano ai *desiderata* napoletani perché mancavano del «principal requisito che è la libera scelta ed il mandato de' cittadini»[19]. In tale contesto generale, attraverso la diffusione dei *Catechismi costituzionali* ci si proponeva come impegno politico prioritario quello di educare la popolazione sugli articoli della carta costituzionale e sui loro diritti e doveri nel tentativo di formare una "coscienza nazionale" e promuovere nelle classi popolari la partecipazione alla vita pubblica[20].

Differentemente dal *Catechismo* di Giovan Battista Nicolosi[21], unico esemplare superstite a noi noto del periodo costituzionale siciliano del 1812, i *Catechismi* di questo periodo, oltre a spiegare ed istruire la popolazione sui precetti della carta costituzionale gaditana, si proponevano – seppure velatamente – il compito di avanzare delle modifiche per "adattarla" alle nuove esigenze del Regno. Il vicario principe Francesco disponeva, infatti, che «la costituzione del Regno delle Due Sicilie sarà la stessa adottata per lo Regno della Spagna nell'anno 1812 e sanzionata da Sua Maestà Cattolica nel marzo di quest'anno: salvo le modificazioni che la rappresentanza nazionale costituzionalmente convocata crederà di proporci per adattarla alle circostanze particolari de' reali domini»[22].

Lo studio sui *Catechismi*, più che mai, ha quindi lo scopo di aprire uno spaccato storico di indubbio valore per lo studio dei tentativi compiuti dagli intellettuali di promuovere l'educazione del popolo attraverso una *pedagogia civile* e di trasmettere le idee ed i progetti del nuovo governo.

Mi sono qui proposta di presentare, analizzandoli, quattro degli esemplari superstiti dei *Catechismi politici* del Regno delle Due Sicilie pubblicati in questo particolare momento costituzionale. Di questi uno è stato dato alle stampe nel 1816, quindi prima della concessione della carta costituzionale spagnola, e un altro quando ancora quella costituzione non era stata tradotta. Risulta, quindi, particolarmente interessante far luce e analizzare due momenti distinti della storia politico-costituzionale del Regno: il momento che ha preceduto la concessione della carta e quello a questo immediatamente successivo.

In tale ottica, la costituzione gaditana diveniva la cifra per analizzare i moti rivoluzionari del 1820, in cui la componente conservatrice e nazionalista, "antinapoletana" per antonomasia, si contrapponeva a quella più "rivoluzionaria", portavoce di istanze carbonaro-massoniche, inneggianti ad un egualitarismo identificato nell'assetto istituzionale monocamerale spagnolo. L'adattamento della carta gaditana alle esigenze del Regno delle Due Sicilie stabiliva una linea di continuità nei rapporti esistenti tra la massoneria spagnola e la carboneria napoletana.

In tale contesto, assume rilievo l'impegno politico posto in essere da taluni intellettuali a favore dell'adozione della costituzione spagnola avente come scopo principale quello di creare una "monarchia massonica-mediterranea", che unendo le tre monarchie costituzionali (il Regno dei Savoia, dei Borbone e San Pietro), almeno nelle intenzioni, avrebbe voluto divenire "costituzione euromediterranea".

3. *Tra trono e altare: due esemplari di Catechismi antecedenti la pubblicazione della carta gaditana*

Nel tentativo di ristabilire l'ordine e di «segregare il popolo dal movimento liberale europeo»[23], il decreto del 8 giugno 1821, considerato – come si legge nel prologo – che «le più gravi ferite alla pubblica morale [erano] state prodotte dalla lettura di libri perniciosi», stabiliva che i libri provenienti dall'estero, ritenuti "criminosi" per la religione o la morale, dovessero essere trattenuti dalla Giunta di scrutinio per la pubblica istruzione e stampa, presieduta dal Principe di Cariati, tramite gli appositi revisori (artt. 1-2). Per i libri pubblicati nel Regno dal 1815 in poi gli stampatori avrebbero dovuto trasmettere alla Giunta le minute autografe (art. 3). Si vietava, quindi, la vendita dei libri «per mezzo de' venditori a mano, e di quei che hanno botteghino nelle pubbliche strade» senza il permesso della Giunta ed il visto della polizia, il quale poteva essere concesso solo con la «malleveria di pubblico conosciuto libraio» (art. 4). Si disponeva, quindi, che tutti i librai e i direttori dei gabinetti di lettura presentassero entro otto giorni un catalogo dei loro volumi «sotto pena di chiudersi le officine di vendita o lettura, confiscando il non rivelato» (art. 5) e per la Giunta il compito di redigere un indice dei libri proibiti sulla base dell'*Index librorum prohibitorum SS. D. N. P. VII* ed il *Dictionnaire critique, litterarie, et bibliographique des principaux livres condamnés au feu supprimés ou censurés* del Peignot (art. 6) e, «se mai avesse notizia di opere in istampa contrarie alla nostra sacrosanta religione, o alla Monarchia, ovvero alla morale dei popoli», di ordinare delle perquisizioni domiciliari presso «i librai o i direttori de' gabinetti… nei magazzini e nella botteghe di essi» (art. 7), pena una reclusione da uno sino a dieci anni e una multa da ducati cinquanta fino a duemila (art. 8). Si riservava, in ultimo, al re il compito di permettere la lettura di opere proibite a chi avesse voluto confutarle (art. 9)[24].

In seguito a tale decreto si proibiva il *Catechismo della Dottrina Cristiana e dei Doveri Sociali*, stampato a Napoli nel 1816 dal Porcelli sotto la protezione dello stesso governo e adottato in tutte le scuole del Regno, perché tra i doveri del cittadino si annoverava anche quello di difendere la patria, non volendosi – come sosteneva Pietro Colletta – a Napoli *cittadini* ma *sudditi*[25]. Non sembra, pertanto, casuale il fatto che per gli anni precedenti alla concessione della carta costituzionale sia stato possibile rinvenire soltanto il *Catechismo de' doveri sociali per uso delle scuole normali ne' domini di S. M. siciliana*, sebbene certamente tale "genere letterario" circolasse nel Regno, come dimostrerebbe il sequestro a Livorno, nel luglio del 1821, di «un gran numero di copie delle diverse costituzioni pubblicate in Napoli», tra cui 457 copie della costituzione napoletana, esemplari delle costituzioni di Norvegia, Polonia, Francia e Stati Uniti e più di 500 catechismi spagnoli[26].

Tale *Catechismo*, donato – come si legge nel frontespizio – alla Biblioteca Nazionale di Palermo nel 1907 dal console inglese Sig. Churchill, veniva pubblicato a Palermo nel 1816 presso Lorenzo Dato e dedicato dal sacerdote Girolamo Guzzo al giovanissimo Pietro Lanza e Branciforti, principe di Trabia, di cui era precettore, con l'auspicio che potesse un giorno «amministrar la giustizia, ed osservare il giusto, e l'onesto», divenendo al contempo «decoro» per la

sua famiglia, «ornamento alla Patria», e «emulazione ai giovanetti»[27].

Il *Catechismo*, di complessive 44 pagine, inizia con una prefazione e un'introduzione, cui seguono sei parti su: I. *De' doveri verso Dio*; II. *De' doveri verso il Re*; III. *De' doveri verso i genitori*; IV. *De' doveri verso de' sacri ministri della religione*; V. *De doveri verso se stesso*; VI. *De doveri verso degli altri simili*. A completare l'opuscolo a stampa si rinvengono le *Massime morali per uso di tutte le classi* e un capitolo *Della giustizia* tratto dall'opera di Emanuele Kant. Colpisce di questo *Catechismo* l'attenzione riposta dal sacerdote Guzzo, direttore delle scuole normali, nei riguardi del Re, di cui la classe baronale siciliana con la costituzione del 1812 aveva voluto limitare le prerogative, riducendolo, quasi, ad «un semplice salariato, un Re di mostra, senza le funzioni e la influenza della sovranità»[28].

Come si evince nell'art. III delle *Basi della Costituzione siciliana* si affidava al sovrano unicamente il potere esecutivo e si disponeva, quindi, che al Parlamento fosse deputato del potere legislativo, senza considerare che «un gabinetto impersonante in sé il potere esecutivo ma senza iniziativa legislativa, come quello ideato dai legislatori del 1812 – il quale non poteva far conoscere al parlamento i bisogni e le necessità dello Stato che per mezzo di soli messaggi reali o puramente ministeriali – non era che una quinta ruota del nuovo carro costituzionale più che utile, ingombrante»[29]. Tutto ciò avveniva anche malgrado la proposta dell'abate Balsamo e dei principi di Belmonte e di Castelnuovo, i quali auspicavano che «l'autorità di far leggi risiede[sse] nelle due camere del parlamento e del re» proprio come in Inghilterra[30].

Ritratto del Re Ferdinando I delle due Sicilie

Nel giugno del 1815 Ferdinando IV consegnava al principe di Castelnuovo il documento delle *trenta linee* (così detto perché articolato in trenta punti), o meglio gli *Articoli fondamentali d'istruzione comunicati da S. M. a' Membri della commissione incaricata delle rettifica della Costituzione col Real Dispaccio del 1 Giugno 1815 per servire di continuazione alla Costituzione politica di questo Regno formata l'anno 1812*[31]. Tale carta, «risultato delle veglie del marchese Tommasi, era consegnata dal Re a William A' Court», il quale, appoggiando le richieste di Ferdinando, la inoltrava al Governo inglese, che, a sua volta, dava anche la sua approvazione[32]. Tale testo apportava delle modifiche significative alla costituzione del 1812[33], ridimensionando il ruolo del Parlamento a vantaggio delle antiche prerogative del so-

vrano. Così l'art. 3 prevedeva che il potere legislativo, prima esclusiva pertinenza del Parlamento, fosse esercitato congiuntamente con il sovrano. Venivano, di conseguenza, meno anche le norme che regolavano l'allontanamento del re dall'isola e che vietavano l'unione della Sicilia con Napoli. La Costituzione del 1812 proibiva, infatti, al re di allontanarsi dal Regno senza il consenso del Parlamento o prolungare «la sua dimora fuori dall'isola al di là del tempo accordatogli». Prescriveva, altresì, che nel caso in cui avesse recuperato la corona napoletana, avrebbe dovuto cedere al suo primogenito il Regno di Sicilia.

L'autore del *Catechismo* descriveva dettagliatamente i doveri dei cittadini nei confronti del sovrano, in quanto «Luogotenente di Dio in terra», ovvero il rispetto, l'ubbidienza ed il sacrificio.

Se il rispetto consisteva nel considerare il Re come «amorevole Padre» e, quindi, «nel concepire una tenera gratitudine e nel venerare la sua Sacra Persona», l'ubbidienza si concretizzava «nell'esatta osservanza delle sue leggi, e de' suoi comandi», «nell'ubbidire, e rispettare i suoi Magistrati», «nel sottomettersi con rassegnazione a tutte le pene stabilite da lui contro le trasgressioni, e de' delitti», e il sacrificio nel «pagare di buon'animo, con prontezza, e senza veruna frode i tributi da lui imposti», nel «soccorrere il Re, e lo Stato in tutt'i bisogni pubblici», nell'«esser nemico de' Nemici suoi, e dello Stato», nell'«esporre a tutt'i pericoli la nostra vita per conservare la sua» e, infine, «nell'esser disposti ad eseguire quanto ci verrà da Lui comandato contro coloro, che tentano diminuire la sua Autorità». In quanto «immagine viva di Dio», il Re aveva diritto di «conservare il retto ordine, o sia la giustizia ne' suoi Regni, e punire coloro che ardiscono di violarla».

In particolare, «chi a voce, o in iscritto divulga massime contrarie alla Reale Autorità, o al giusto possesso de' di lui Stati, oltre all'essere ingiusto, e sacrilego, deve essere tenuto per un Nemico della Nazione, degno della pubblica detestazione, e dell'esterminio»[34].

In maniera non dissimile dal *Catechismo de' doveri sociali per uso delle scuole normali ne' domini di S. M. siciliana*, anche il *Catechismo del cittadino d'istruzione primaria diretto al popolo della Monarchia delle Due Sicilie* era dedicato «alla Maestà di Ferdinando I, augusto monarca costituzionale delle Due Sicilie». L'autore, sin da subito, dichiarava di far valere i diritti di proprietà sull'opera, visto che «le materie che vi si trattano esigono delle precauzioni atte ad assicurare i sentimenti dell'autore da qualunque alterazione, che forse potrebbe aver luogo in una edizione fatta senza sua cura» e elogiava il Governo Monarco-Democratico in quanto godeva della stabilità necessaria alle istituzioni, in cui «il Re [era] come il nucleo dell'edificio Politico, e gran principio animatore di tutte le forze, e di tutt'i poteri»[35].

L'opuscolo, di complessive 60 pagine, si componeva di sole due parti, ovvero: I. *Idee Preliminari, Dritti, ed Attribuzioni*; II. *Doveri*, e veniva pubblicato ancor prima che venisse «alla luce la versione leale, di cui sono stati incaricati dal Governo due Personaggi di riguardo» della Costituzione spagnola, quindi si precisava che gli articoli citati in questo *Catechismo* erano stati trascritti dall'edizione pubblicata a Napoli, con la data di Londra, nel 1820[36]. Questo *Catechismo* riveste, quindi, un'importanza particolare in quanto i principi in esso espressi riflettono il clima politico culturale che cir-

colava nel Regno ancora prima della traduzione della carta spagnola.

Come si legge nell'*Avviso al benevolo lettore*, le prime pagine del Catechismo «erano sotto i torchi, quando comparve alla luce il Catechismo del Regno unito delle due Sicilie» di Luigi Galanti[37]. Tuttavia, scrive l'autore, mentre «l'illustre Scrittore del Catechismo costituzionale ha scritto per i dotti: il mio oggetto è quello d'istruire il Popolo. Perciò m'incoraggiai a proseguire l'incominciato lavoro». Finalità del Catechismo era proprio quello d'impararlo, «ripeterlo alla Gioventù, e d'insinuarlo a' bambini insieme colle massime della Religione»[38] e della *buona Costituzione*, che oltre a garantire la religione, aveva il compito di assicurare l'indipendenza della nazione ed i diritti del singolo, laddove libertà, eguaglianza e democrazia risultavano parole prive di significato ai più. L'autore riteneva necessario soffermarsi su questi temi, nel tentativo di fare dell'istruzione e poi – come vedremo nei successivi due Catechismi – anche della libertà di stampa, uno strumento di eguaglianza.

4. *Tra libertà di culto e di stampa: i Catechismi politici successivi all'edizione della Costituzione gaditana*

Nel 1820, il canonico Lorenzo Panfili pubblicava il *Catechismo politico per la nazione del Regno delle Due Sicilie*, di complessive 64 pagine e articolato in una prefazione *Alla nazione Napoletana* e XI parti, rispettivamente: I. *Della Costituzione*; II. *Della Nazione*; III. *Della legge*; IV. *Del re*; V. *Della proprietà*; VI. *Delle Costituzioni*; VII. *Dei tribunali*; VIII. *Della forza armata*; IX. *Dei diritti di ciascun cittadino, e de' suoi doveri*; X. *Della pubblica prosperità*; XI. *Della prosperità domestica*.

Da quanto emerge nella prefazione, l'autore, ripensando alla «gran macchina costituzionale… innalzata con sì fausti auspicj», affinché «vada sempre più crescendo e si sostenga in mezzo alle più furiose tempeste» e «si vegli attentamente alla salvezza e alla stabilità di quel Corpo politico di cui siam membri», riteneva necessario indottrinare la popolazione sul nuovo governo costituzionale[39].

Partendo da posizioni riformistiche ed illuminate, attraverso la critica dei meccanismi istituzionali della società a lui contemporanea, l'autore giungeva al fondamento sociale dell'uguaglianza e a rinvenire nella proprietà la causa principale delle ingiustizie sociali. Cercava, quindi, di dimostrare come il diritto di proprietà si fondasse sulla forza lavoro, muovendo dalla considerazione che non può esservi giustizia e libertà se non vi sono *buone leggi*, il cui principale scopo era quello di eliminare i privilegi, laddove l'interesse generale doveva prevalere sugli egoismi particolari. «Siccome tutto ciò sarà un'effetto di una buona educazione», esortava ad iscrivere i propri ragazzi «alle scuole che la Nazione tiene aperte per i medesimi»[40].

Era, infatti, proprio dagli ambienti rurali che, per l'autore, bisognava partire per costruire la nuova identità nazionale, sulla base di un'adesione consapevole alla nuova carta costituzionale. Non è, quindi, casuale che il dialogo di questo *Catechismo* si svolgesse proprio tra un contadino ed un parroco di campagna. Traspare qui chiaramente il tentativo di sensibilizzare il mondo contadino circa l'esigenza di mandare i figli a scuola al fine di formare giovanetti istruiti ma anche *buoni cittadini*.

Significativo appare il fatto che, probabilmente nell'ottica di una società laica, in questo *Catechismo* scompaiano i riferimenti alla religione, caratteristica invece comune ai Catechismi spagnoli. Compito principale del *Catechismo* non era, infatti, quello di contribuire alla costruzione di un *buon cristiano*, ma di un *buon cittadino*. Del resto anche l'abate Luigi Galanti nel *Catechismo Costituzionale della monarchia per uso del Regno Unito delle Sicilie*, pubblicato sempre a Napoli nel 1820, in polemica con i dettami della Costituzione spagnola che proibiva il *pubblico* esercizio di ogni altro culto al di fuori di quello cattolico, si soffermava sulla libertà di religione, «questione per noi del tutto oziosa, poiché avendo una sola religione non abbiamo bisogno di proclamare la libertà de' culti, come si è dovuto fare in altri paesi, che avevano seguaci di religioni diverse»[41]. L'aggettivo *pubblico*, affiancato nella Costituzione all'esercizio della religione, era in questo caso per il Galanti «una garanzia contro ogni tentativo di tornare ai tempi nei quali si inquisiva contro le private coscienze», e si autorizzava la professione di altri culti in privato[42]. La libertà di culto per l'abate non promuoveva «la ruina della religione», piuttosto «purifica[va] la religione, perché ne scaccia[va] i suoi veri nemici l'ipocrisia e la superstizione. Col fatto poi si osserva[va], che le varie sette ne' paesi, dove vi è tolleranza, prosperano tutte del pari»[43].

Di contro, la carta gaditana, per rendere effettivo l'esercizio della giustizia e dell'uguaglianza, trovando come collante la religione cattolica, promuoveva un programma d'acculturamento, che coinvolgeva le strutture ecclesiastiche (art. 364-368), cui era lasciato il delicato compito di alfabetizzare, anche politicamente, i fedeli. Come ha sottolineato Marta Lorente per la Spagna, la Chiesa metteva, infatti, a disposizione le sue chiese per la proclamazione, la diffusione e il giuramento della Costituzione, che doveva essere letta e spiegata, mentre una messa o un solenne *Te deum* ne segnavano i passaggi più importanti[44].

L'art. 366 della Carta spagnola espressamente prescriveva: «en todos los pueblos de la monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños á leer, escribir y contar, y el catechismo de la religion católica, que comprenderá tambien una breve exposicion de las obligaciones civiles». Come ha osservato Bartolomé Clavero, i catechismi «debian ser conjuntamente religiosos y constitucionales»[45].

Educare i giovani significava, infatti, plasmarne le coscienze orientandole verso una "fede costituzionale" che iniziava a scuola e proseguiva, nei giorni festivi, in parrocchia. Questo rappresentava, nel contempo, un momento di socializzazione volto a favorire la coesione sociale. Compito primario era quello assegnato ai maestri e ai parroci che venivano impegnati a spiegare oralmente e far imparare mnemonicamente il contenuto dei *Catechismi*, per ammaestrare sui principi costituzionali i più giovani, parte di quel popolo, nella maggioranza analfabeta, al fine di formare una "nuova" coscienza comune. La formazione civile spagnola doveva, quindi, accompagnare quella religiosa, e considerarsi inscindibile da questa.

Tuttavia, nel Regno delle Due Sicilie la scelta cattolica non assumeva il medesimo significato che in Spagna, infatti, già nel 1812, anche se ai parroci era attribuito il compito di «istruire alla Costituzione» i fedeli, tale obbligo era previsto principalmente per i magistrati municipali, le scuole e le Università[46].

Nel 1820 i *Catechismi* non educavano la popolazione ai soli principi della religione cattolica, ma utilizzavano lo schema domanda – risposta proprio dei catechismi religiosi in quanto, con un numero limitato di pagine e in formato facilmente consultabile, pemettevano di sintetizzare in maniera efficace i principi fondamentali della nuova carta costituzionale.

Questo era l'intento anche dei *Dialoghi politici fra due liberali* (che ho equiparato ai Catechismi in quanto caratterizzati sempre dalla stessa forma) che in sole 16 pagine riflettono con un tono aspro il tentativo di far maturare una diversa coscienza politica nel Regno riportando un colloquio *fra Il Prudente ed Il Riscaldato* che ha per oggetto «la riforma di alcuni punti essenziali della nostra legislazione e della costituzione nel nostro regno adottata», in cui si danno anche «lezioni di moderazione necessaria per la felicità de' popoli»[47]. Con quest'opera, frutto non solo di una speculazione teorica ma anche di un'attenta analisi della realtà, i due interlocutori – il *Prudente* ed il *Riscaldato* – intervenivano nella polemica, analizzando in quali mani «trovasi affidato il sacro deposito delle leggi… a chi spetta di guarantire i nostri venerandi diritti»[48].

Il dialogo fra i due liberali si concentrava, dunque, ancora una volta, su una tema abbastanza "acceso" che tante polemiche aveva suscitato, ovvero sulla libertà di stampa. Tale libertà doveva, però, essere opportunamente disciplinata. Si sottolineava, infatti, come la libertà di stampa, senza proporre limitazioni preventive alla facoltà dei cittadini di esprimere le proprie idee, ma solo reprimere eventuali abusi, avesse come scopo principale quello di indottrinare i cittadini sopra i loro diritti e doveri e di reprimere tutti gli oltraggi contro la Costituzione, la religione e la morale pubblica.

Si stabiliva, quindi, un nesso strettissimo tra la libertà individuale e il rispetto dei precetti costituzionali e religiosi, ovvero, secondo Girolamo Addeo, si definivano quattro principi cui fare riferimento, basandosi sull'assunto che

> la libertà di stampa [fosse] incompatibile con misure preventive; i pericoli conseguenti agli abusi di essa [fossero] da preferirsi a quello di bloccare le *parole tra le labbra del cittadino*; i delitti commessi con la stampa non [fossero] diversi da quelli consumati con altri mezzi di comunicazione e come tali [fossero] da punire, e non da prevenire; essi, come delitti d'opinione, dovevano essere salvaguardati da ogni sospetto di prevenzione e di prevaricazione e giudicati, pertanto, da un giury, oltre che imparziale, indipendente da ogni influenza del governo[49].

Contrariamente agli articoli 231 e 571 della stessa costituzione spagnuola che consacravano la libertà politica della stampa «senza bisogno di anteriore revisione, o approvazione, o licenza»[50], una legge del 26 luglio – sottolineava il *Riscaldato* – «ne restringe l'uso, rendendo gli autori o gli stampatori risponsabili di ciò che scrivono o stampano, e creando delle giunte, dette *protettrici*, ma in effetto non sono che *distruggitrici* della libertà di stampa»[51]. In virtù di tale legge, si disponeva, infatti, che la censura repressiva fosse attuata dalla *Giunta provvisoria a tutela della libertà di stampa*, nominata dal Re e composta in ogni provincia da sei membri scelti tra gli accademici più illustri del Regno (art. 10).

Era, quindi, proprio alla Giunta che gli organi di pubblica sicurezza, a seguito di un primo esame dell'opera giudicata "sospetta" o "pericolosa", dovevano rivolgersi. La Giunta, a sua volta, dopo aver intimato all'autore dello scritto di presentare delle "giustificazioni", era tenuta ad esprimere

il suo giudizio ed a dichiarare gli estremi dell'accusa (art. 11). L'autore, entro venti giorni dalla notifica della stessa, aveva facoltà di appellarsi alle Università degli Studi (Napoli, Palermo o Catania) competenti per territorio, che potevano smentire le imputazioni (art. 12).

Non mancavano, tuttavia, le polemiche. La creazione della Giunta Provvisoria attaccava troppo da vicino l'esercizio della libertà di stampa[52], così anche l'abate Giuseppe Rosselli, additando il decreto come anticostituzionale, scriveva una lettera di protesta contro la legge del 26 luglio e ne chiedeva la revoca[53]. Di contro, l'abate Gioacchino Ventura il 26 settembre del 1820 scriveva un opuscolo, dedicato al principe ereditario, in cui negava le tesi sostenute da Rosselli, e respingeva la libertà politica della stampa come diritto di «esporre in faccia al popolo gli attentati commessi alla Costituzione». Il popolo non godeva, infatti, secondo il Ventura, dei mezzi per cambiare le leggi vigenti e «che se mai taluno credesse necessaria una interpretazione, o derogazione, o abrogazione rispetto ad alcuna legge; dovrebbe in questo caso diriggersi non al popolo, ma al corpo legislativo, cui tutta la nazione ha conferito il potere di bilanciare il bene comune col privato» in quanto spettava unicamente al Parlamento e «non a i privati, occuparsi dei mezzi onde serbar illesi i dritti nazionali»[54].

Di fatto, parrebbe potersi affermare che in molti avessero chiesto di essere esonerati dalla nomina tra i componenti della Giunta, se la Giunta stessa, l'otto agosto, disponeva che fossero dichiarate «intollerabili le rinunce a tali funzioni da riguardarsi come dovere civico; [si] reclamava[no] energiche misure perché gli intendenti intimassero prontamente ai membri nominati per le giunte protettrici di prestare giuramento e perché si ponessero a disposizione degli stessi un ufficio con impiegati nel luogo dell'intendenza; perché si stabilissero turni di servizio nelle dogane, nonché norme di regolamento di procedura per la definizione del giudizio d'introduzione o meno, ovvero d'accusabilità»[55].

La Giunta, tuttavia, non ritenendo opportuno modificare il decreto del 26 luglio, il 28 agosto ne integrava addirittura le norme già statuite disponendo che tutte le opere pubblicate dovessero indicare il nome dell'autore o dell'editore con i relativi domicili e l'indicazione della tipografia, estendendo anche ai giornali ed ai periodici le stesse disposizioni che prescrivevano al Ministero dell'Interno e di Grazia e Giustizia di informare della circolazione di scritti illeciti. Si statuivano, inoltre, pene per gli stampatori che avessero disatteso l'ordine di esibire gli scritti anonimi (specie se considerati "criminosi") innanzi agli ufficiali competenti[56].

Se la legge costituzionale decretava l'abolizione della censura, il Codice Penale per il Regno delle Due Sicilie, di contro, prescriveva pene severe per i trasgressori, in particolare per quanti avessero offeso la «religione, la forma del Governo, o il Governo stesso nell'esercizio de' suoi poteri» con una pena che andava dal primo o secondo grado di prigionia sino all'esilio o l'ammenda correzionale (art. 314 e 315). Si disponeva per chi avesse insegnato, senza dolo, dogmi contrari alla religione l'interdizione dall'incarico ricoperto per uno o due anni, e per chi lo avesse fatto con «l'empio fine di distruggere o alterare» la religione, l'espulsione definitiva dal Regno (art. 100); che quanti avessero pubblicato e affisso scritti o disegni non autorizzati dalla

polizia (art. 316) fossero interdetti temporaneamente dai loro uffici (art. 317), comminando una pena dal primo al secondo grado di prigionia e un'ammenda o esilio correzionale (art. 312), in considerazione della gravità dell'offesa, della persona colpita, del luogo e delle conseguenze arrecate (art. 366). Per i libelli famosi, ovvero per tutte quelle opere «pubblicate colle stampe in figure, in immagini, in incisioni, in emblemi, o in iscritto, o anche senza stampa quando sien pubblicate con pubblici affissi», si prescriveva una condanna dal primo al terzo grado di prigionia o di confine, più l'ammenda correzionale (art. 367)[57].

La stampa, sebbene soggetta a pene restrittive per i trasgressori, era libera, ma di questa concessione si faceva spesso un uso improprio. «Questa libertà – concludeva il *Riscaldato* – non dev'essere concessa per distruggere la virtù e trasformarla in vizio sì pericoloso da rovesciar le fondamenta della unione sociale; questa libertà non debbe essere illimitata a segno da estenderla fino ad oltraggiare i propri concittadini e violare il dritto che ha ciascuno di essere stimato e rispettato; questa libertà, in una parola, non dev'essere il fomento de' reati, capace di portare l'odio implacabile, la libidine di vendetta, la mutua diffidenza e la strage dove dee regnare l'amore fratellevole, la soccorrevole amicizia, la carità reciproca»[58].

Partendo dall'assunto che non esiste libertà di stampa senza leggi restrittive per il suo esercizio, *irreparabile* era definito il danno arrecato da un'ingiuria scritta rispetto all'*ingiuria proferita*, di conseguenza *tirannica* sarebbe da considerarsi quella legge se ci preservasse dall'ingiuria scritta e «ci lasciasse esposti impunemente alle prime»[59].

5. *Alcune brevi riflessioni conclusive*

I *Catechismi Costituzionali* del 1820, seppure non numerosi, rappresentano un momento importante della riflessione maturata in quegli anni sulle tematiche relative alla riformulazione dei rapporti fra governanti e governati. Si arrivava all'elaborazione di un sistema educativo che non aveva più come riferimento l'interesse del singolo ma quello generale ed era capace di responsabilizzare la *nazione* al nuovo ruolo che andava ad assumere nelle vicende politiche-istituzionali del Regno.

Come afferma Simonetta Scandellari, «il filo conduttore che accomuna molti dei progetti costituzionali è la ferma convinzione che i rimedi necessari per trasformare il governo da una monarchia assoluta ad una costituzionale passino anche attraverso la partecipazione dei cittadini che dovranno essere indirizzati a questo nuovo compito per mezzo di una adeguata educazione»[60]. Partendo da questo obiettivo si sviluppava l'elaborazione dei *Catechismi* la cui finalità era proprio quella dell'indottrinamento costituzionale della popolazione usando gli strumenti più consueti dell'insegnamento religioso.

In seguito alla promulgazione della carta spagnola nel Regno delle Due Sicilie uno degli obiettivi primari era proprio quello di diffonderne i principi fondamentali, ovvero *in primis* il godimento dei diritti fondamentali e delle libertà politiche. Tali scritti erano, pertanto, di qualche utilità per quanti avevano già chiari orientamenti "costituzionali", ma soprattutto per coloro che andavano "educati", per i quali era utilizzata la forma "elementare" più nota d'insegnamento delle cose "sacre". I *Catechismi* si convertivano così da strumento della dottrina religiosa in uno strumento di

ammaestramento politico, avente lo scopo di far conoscere alla popolazione che proprio allora diveniva protagonista della vita politica i nuovi valori costituzionali. L'educazione politica dei giovani, così come quella degli adulti, costituiva un impegno politico e religioso prioritario cui tendevano le carte costituzionali, una vera e propria attività d'indottrinamento civile, finalizzata alla partecipazione attiva del popolo alle nuove scelte politiche. Formare il popolo e instradarlo alla causa liberale era, infatti, il principale obiettivo dei costituzionalisti.

La divulgazione del messaggio politico non poteva basarsi esclusivamente sulla lettura di opere dottrinali riservati a pochi, ma richiedeva un'altra tipologia di pubblicazione, con uno stile più diretto, più colloquiale rivolto ad un pubblico meno acculturato. Scopo principale dell'educazione costituzionale era quello di contribuire alla formazione di una nuova classe sociale, non più espressione esclusiva del ceto nobiliare. La costituzione gaditana, oltre a limitare le prerogative regie attenendosi al principio della divisione dei poteri, negava, infatti, l'egemonia della classe aristocratica. La costituzione spagnola del 1812 rispetto alla coeva costituzione siciliana, in quanto dotata di un sistema parlamentare monocamerale, era considerata «a sfondo tendenzialmente democratico e quindi estremamente avanzata per i tempi perché garantiva il maggiore potere della borghesia nell'ordinamento»[61]. Non a caso, l'aristocrazia siciliana, «nemica naturale dell'uguaglianza, dolente di perdere la sua superiorità e i suoi privilegii»[62], al testo della carta di Cadice, seppure *adattato* al Regno delle Due Sicilie, avrebbe preferito il ritorno alla carta palermitana, meno lesiva delle prerogative acquisite.

Ed è, quindi, proprio contro la classe aristocratica che gli autori dei *Catechismi* scagliavano una sottile invettiva. Alla feudalità nobiliare che voleva usare la carta costituzionale per affermare il suo dominio di casta, contrapponevano, come strumento d'uguaglianza, l'istruzione, proponendosi il compito di illustrare a tutti sia la carta politica-istituzionale sia i diritti fondamentali del popolo. Nell'analisi di questi *Catechismi* costituzionali del 1820 è possibile ravvisare due momenti distinti. Vediamo, infatti, come i primi due *Catechismi*, editi prima della pubblicazione della costituzione spagnola, si contraddistinguessero proprio per l'attenzione particolare risposta nella figura del sovrano, garante della religione.

Di contro, gli altri due *Catechismi*, in un dialogo aspramente polemico, si facevano portavoce di istanze riformistiche ed illuminate. Rappresentavano una società liberale, in cui si ribadiva l'importanza del lavoro e della proprietà e in cui scomparivano i riferimenti alla religione per lasciare posto a temi quali la libertà di culto e di stampa. In tale ottica, il lungo dibattito sull'istruzione, iniziato nel 1789 con la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, secondo cui soltanto l'istruzione poteva garantire l'uguaglianza, trovava concretezza proprio nei *Catechismi costituzionali* che definivano meglio il lungo e faticoso processo che aveva portato a contrapporre i due ideali di libertà politica e d'indipendenza nazionale[63].

[1] G. Landi, *Istituzioni di diritto pubblico del Regno delle Due Sicilie (1815-1861)*, Milano, Giuffrè, 1977, vol. I, p. 92.

[2] N. Cortese, *La prima rivoluzione separatista siciliana 1820-1821*, Napoli, LSE, 1960, p. VII. Sulla riforma amministrativa dell'11 ottobre 1817, che estendeva in Sicilia il sistema amministrativo francese, si possono vedere in particolare: E. Iachello, *La trasformazione degli apparati periferici dello Stato nel XIX secolo: la riforma amministrativa del 1817*, in F. Benigno, C. Torrisi (a cura di), *Élites e potere in Sicilia dal Medioevo ad oggi*, Roma, Meridiana, 1995, pp. 103-120; Id., *La formazione di un nuovo apparato statale in Sicilia nell'età della Restaurazione*, in C. Torrisi (a cura di), *Città capovalli nell'Ottocento borbonico*, Caltanissetta, Sciascia, 1995, pp. 31-56; Id., *Borbone e stato in Sicilia: la riforma amministrativa del 1817*, in E. Iachello (a cura di), *I Borbone in Sicilia (1734-1860)*, Catania, Maimone, 1998, pp. 47-51.

[3] Sui moti siciliani del 1820 si vedano in particolare: A. Sansone, *La rivoluzione del 1820 in Sicilia*, Palermo, Veni, 1888; G. Bianco, *La rivoluzione siciliana del 1820*, Firenze, Seeber, 1905; R. Romeo, *Il Risorgimento in Sicilia*, Bari, Laterza, 1970, pp. 161 ss.; F. Renda, *Risorgimento e classi popolari in Sicilia (1820-1821)*, Milano, Feltrinelli, 1968; G. Cingari, *Gli ultimi Borboni*, in *Storia della Sicilia*, Napoli, Società Editrice Storia di Napoli del Mezzogiorno Continentale e della Sicilia, 1977, vol. VIII, pp. 11 ss.

[4] N. Cortese, *La prima rivoluzione separatista siciliana 1820-1821*, Napoli, LSE, 1951, p. 16; G. Coniglio, *I Borboni di Napoli*, Milano, Dall'Oglio, 1983, pp. 59-60.

[5] G. Spini, *Mito e realtà della Spagna nelle rivoluzioni italiane del 1820-21*, Roma, Perrella, 1950, p. 27.

[6] In particolare scrive Colombo: «la costituzione spagnola è innanzi tutto una costituzione monarchica: non per nulla, nel suo ispirarsi alla *constitution* francese del 3 settembre 1791 sta, sul piano costituzionale, il legame più diretto dei moti italiani con l'esperienza rivoluzionaria d'oltrealpe. Né va dimenticata, quale giustificazione dell'adozione napoletana di Cadice, la prossimità tra i due rami della stessa dinastia, regnanti rispettivamente in Spagna e nelle Due Sicilie» (P. Colombo, *Costituzione come ideologia. Le rivoluzioni italiane del 1820-21 e la costituzione di Cadice*, in J.M. Portello Valdés, *La Nazione cattolica. Cadice 1812: una costituzione per la Spagna*, a cura di R. Martucci, Roma, Lacaita, 1998, pp. 133-134 e pp. 145-146).

[7] P. Colletta, *Storia del Reame di Napoli*, a cura di N. Cortese, Napoli, LSE, 1957, vol. III, p. 9. Si veda anche: *Collezione delle leggi e Decreti reali del Regno di Napoli*, anno 1815, pp. 1-9.

[8] Tale proclama veniva pubblicato sul *Giornale Costituzionale delle Due Sicilie*, n. 143, giovedì 21 dicembre 1820, p. 576; dal *Censore*, n. 5, venerdì 3 dicembre 1820, pp. 17-18; dall'*Imparziale*, n. 1, venerdì 28 luglio 1820, p. 2 e quindi riportato in appendice agli *Atti relativi all'intervento di S. M. il re delle due Sicilie nel congresso di Leybach*, Napoli 1820, pp. 31-32 ed ancora in G. Pepe, *Relazione alle circostanze relative agli avvenimenti politici e militari in Napoli nel 1820 e nel 1821*, Parigi, Presso i Principali Libraji, 1822, pp. 91-93.

[9] C. Afan de Rivera, *Pensieri sulla Sicilia al di la del Faro*, Napoli, 1820, p. 19.

[10] Matteo Galdi, presidente del Parlamento, affermava: «La fraterna ed intima amicizia che ci unisce all'Isola di Sicilia, la quale forma, meré la nuova Costituzione, un sol Stato con noi, e ci riunisce con più stretti vincoli ancora, si è accresciuta all'arrivo de' suoi deputati che già siedono in Parlamento e ci aiutano ne' i nostri travagli co' loro lumi e con la loro esperienza. Speriamo che giungeranno fra breve anche quelli de' paesi che furono agitati da passeggero spirito di vertigine, e che di questo si estingua financo la più lontana rimembranza» (*Atti del Parlamento delle due Sicilie 1820-1821*, Bologna, Zanichelli, 1926, vol. I, pp. 168-170). Nella stessa seduta del 22 settembre veniva nominato segretario siciliano della prima giunta preparatoria del Parlamento Vincenzo Natale, che avrà un ruolo importante nelle vicende costituzionali successive. Il deputato catanese caldeggerà la proposta di istituire un supremo tribunale di giustizia in Sicilia, battendosi anche per sostenere la Sicilia in merito al numero di rappresentanti da assegnarsi nel Consiglio di Stato e in Parlamento (*Atti del Parlamento*, I, pp. 173-174, adunanza del 6 ottobre 1820, p. 276). Tali sforzi risultavano però vani se, come si legge in una lettera indirizzata dal Natale al padre, con riferimento al decreto del 26 maggio 1821, «per Sicilia vi sarà in Palermo un luogotenente con tre direttori, che formano il suo consiglio, uno dell'interno e dell'ecclesiastico, l'altro delle finanze, ed il terzo di grazia e giustizia. Vi sarà anche in Napoli un ministro di stato referendario per gli affari di Sicilia. Di più una consulta di Stato residente in Palermo composta di 18 membri siccome un'altra Consulta in Napoli di 30… Ma unico Consiglio di Stato che sarà in Napoli non minore di 6 individui, il quale dovrà tutto definire sotto la presidenza del Re, o di S. A. il Duca. Sicché tutto sarà regolato come per lo passato, e la indipendenza domandata e sperata da Palermo è svanita come un sogno» (G. Majorana, *Vincenzo Natale e i suoi tempi*, in «Archivio Storico per la Sicilia Orientale», n. XIV (fasc. unico), p. 103).

[11] P. Hamel, *I problemi dell'isola al Parlamento delle Due Sicilie (1820-21)*, Palermo, Romano, 1988, pp. 5-6. Si veda anche M.S. Corciulo, *Le influenze politico-istituzionali inglesi nel costituzionalismo na-*

poletano degli anni 1820-21, in A. Romano (a cura di), *Alle origini del costituzionalismo europeo*, Messina, Presso l'Academia, 1991, pp. 97 ss.; Id., *La stampa "costituzionale" durante la rivolta napoletana del 1820-21*, in «Analisi storica», n. III, 1985, pp. 216 ss.

[12] Portillo Valdès, *La Nazione cattolica. Cadice 1812* cit., p. 133.

[13] Tra i rappresentati catanesi il più noto fautore della costituzione gaditana era Emmanuele Rossi, deputato nel 1812 e 1814 al Parlamento siciliano, rappresentante di Catania alla Camera dei Comuni nel 1818 e 1819, giudice e procuratore generale della Gran Corte Civile di Catania, nel 1820 deputato al Parlamento di Napoli e Consigliere di Stato. Il Rossi in una lettera al nipote Andrea il 15 luglio del 1820 scriveva: «abbiamo la costituzione spagnola, ultima meta dei desiderj dei buoni… passerà qualche tempo avanti che tutto sarà organizzato. Dovremo essere liberati per sempre da qualsiasi influenza o dipendenza del pessimo Palermo. Stiamo a vedere. I codici resteranno con qualche accessoria modificazione, come resterà in gran parte la legge organica. Ma circa il sistema delle intendenze dovranno esserci moltissime variazioni» (citato da Renda, *Risorgimento e classi popolari in Sicilia* cit., p. 118). Egli contesta apertamente la direzione aristocratica della rivoluzione palermitana, che nascondeva, sotto il pretesto dell'indipendenza, il ripristino dei vecchi privilegi (E. Rossi, *Un siciliano alla Giunta provvisoria di Palermo*, in «Giornale costituzionale del Regno delle Due Sicilie», n. 35, 17 agosto 1820; Id., *Appello ai Siciliani*, Catania 1820 e inoltre in «Giornale costituzionale del Regno delle Due Sicilie», 18 agosto 1820, n. 36; Id., *Agli amici della Patria*, Catania 22 luglio 1820).
Come si legge nel rapporto dell'ufficiale Stefano Cafiero al ministro della guerra, «il popolo si ostinò per la Costituzione spagnola, dicendo pubblicamente che essi avevano sperimentato essere la costituzione inglese a solo vantaggio dei baroni» (*Atti del Parlamento delle Due Sicilie*, vol. I, p. 415), tuttavia «si decise per la costituzione di Spagna non già perché la direzione politica della rivolta fosse in mano alla borghesia, o per una autonoma e consapevole scelta, ma per la naturale propensione di una massa momentaneamente padrona della situazione verso le idee genericamente conosciute come più democratiche» (Romeo, *Il Risorgimento in Sicilia*, cit., p. 151).

[14] G. Giarrizzo, *La Sicilia dal Cinquecento all'Unità d'Italia*, in V. D'Alessandro, G. Giarrizzo, *La Sicilia dal Vespro all'Unità d'Italia*, in *Storia d'Italia*, diretta da G. Galasso, volume 16, Torino, Utet, 1989, p. 680. Il *Manifesto alle popolazioni del Regno* della Giunta di Palermo, documento programmatico della rivoluzione, nell'appello a tutti i siciliani perché si stringessero attorno alla causa dell'indipendenza, riferiva delle polemiche contro le popolazioni della Sicilia orientale con queste parole: «Siciliani questa è la infernale politica del Luogotenente di Messina, degli Intendenti delle Valli, e Sottotenenti dei Distretti, e dei pochi infami ed energumeni che tengono attualmente depresse le virtuose città di Messina e di Catania, e le fanno comparire nostre nemiche. – Lo credereste? Questi uomini indegni, e scellerati bugiardi spacciano, che in Palermo non si vuole la Costituzione di Spagna, che si desidera quella del 1812, che si vuol restituire il Baronaggio, la Feudalità, il tribunale del Patrimonio, e perdino il Santo Ufficio» (Bianco, *La rivoluzione siciliana del 1820* cit., p. 319).

[15] A. Romano, *Cadice come modello costituzionale per l'Europa liberale e antinapoleonica. Nota introduttiva a Costituzione politica della monarchia spagnola*, rist. an. dell'edizione di Messina 1813, con *Introduzione* di A. Romano e *Nota bibliografica* di B. Clavero, Soveria Mannelli, Lacaita, 2000, pp. LXXIII-LXXXV.

[16] *Costituzione politica della monarchia spagnuola tradotta per ordine del governo. Edizione ufficiale*, Napoli, s.e., 1820. Altre traduzioni, ufficiali e non erano le seguenti: *Costituzione politica della monarchia spagnola promulgata in Cadice nel marzo del 1812. Tradotta in italiano, Collazionata e corretta sull'originale spagnuolo*, Londra, s.e., 1820; *Costituzione politica del Regno delle Due Sicilie. Edizione fatta per ordine e sotto la direzione del Parlamento*, Napoli, s.e., 1821; *Costituzione politica del Regno delle Due Sicilie del 1821 sotto Ferdinando I, Con documenti e note di Angelo Lanzellotti*, Napoli, s.e., 1821. Peraltro, si moltiplivacano anche altrove le traduzioni della carta spagnola. Oltre alla traduzione messinese altre traduzioni erano quelle di Milano (*Costituzione politica spagnuola promulgata in Cadice il 19 marzo 1812*, Milano, s.e., 1814) e Roma (*Costituzione politica della monarchia spagnuola promulgata a Cadice nel marzo 1812. Preceduta da tre lettere preliminari--- tradotta in italiano da Gianfranco Masdeu barcellonese storiografo della Spagna nel gennaio 1814*, Roma, s.e., 1814). Masdeu pubblicava, inoltre, un'altra edizione, probabilmente nel 1820 (*Costituzione politica della monarchia spagnuola promulgata in Cadice nel marzo del 1812: preceduta da tre lettere preliminari colle quali gli estensori di essa si diressero alle Corti. Tradotta in italiano da Gianfranco Masdeu*, s.l. e d.). Una moderna edizione, con la redazione gaditana e napoletana poste a fronte, è quella che pubblicata da Romano (*Alle origini del costituzionalismo*, cit., pp. 116 ss.).

[17] M. Basile, *La pubblicistica politica siciliana durante i moti del 1820: alcune riflessioni di un "veterano della libertà"*, in «Le Carte e la Storia», n. 1, 2015, pp. 52-66. Tra i gior-

nali più importanti del periodo, oltre *L'Amico della Costituzione*, vi erano: *L'Imparziale, il Liceo Costituzionale, La Voce del Popolo, L'Indipendente, Gli annali del patriottismo, L'Eco della verità, La Biblioteca Costituzionale, Il Censore, La Voce del Secolo* e *La Minerva Napolitana* (*Guida alla mostra della stampa periodica napoletana dal 1799 al 1860*, Napoli, Biblioteca nazionale di Napoli, 1960). In particolare, *La Minerva Napolitana*, studiata con particolare attenzione da Maria Sofia Corciulo, era considerata «un monumento delle dottrine politiche del tempo» e, quindi diffusa «in tutte le città e ville del Regno» per aver annoverato tra i suoi redattori «gli uomini più colti della Patria nostra», tra cui Carlo Troya, Giuseppe Ferrigni e Raffaele Liberatore (E. Taliento, *Appunti storico bibliografici sulla stampa periodica napoletana durante le rivoluzioni del 1799 e del 1820-21*, Bari, S.T.E.B., 1920, pp. 120 e 116; M.S. Corciulo, *Il Parlamento Napoletano del 1820-21 nel giudizio dei contemporanei: «La Minerva Napolitana»*, in *Assemblee di Stati e Istituzioni rappresentative nella storia del pensiero politico moderno (secoli XV-XX)*, Atti del convegno internazionale (Perugia 16-18 settembre 1982), Materiali di storia: annali della Facoltà di Scienze politiche (7), Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 1984, pp. 473-485).

[18] *L'Amico della Costituzione*, fasc. IV, 13 agosto 1820, p. 4.

[19] *L'Amico della Costituzione*, fasc. V, 20 agosto 1820, p. 4.

[20] Escludendo i lavori sul periodo giacobino, tale genere letterario è stato, per la Sicilia in particolare e per l'Italia in generale, poco studiato, non esistendo lavori specifici, mentre, di contro, risulta analizzato ad esempio dalla storiografia spagnola, che ne ha evidenziato la rilevante importanza ai fini della costruzione di una "coscienza dei diritti". Sui catechismi del periodo giacobino in Italia si veda: L. Guerci, *I catechismi repubblicani in Emilia Romagna*, in C. Capra (a cura di), *Giacobini e pubblica opinione nel Ducato di Piacenza*, Convegno di studio (Piacenza 27 e 28 settembre 1996), Piacenza, TIP. LE. CO., 1998, pp. 31-62. Sui catechismi della Repubblica Napoletana del 1799 si veda: M. Battaglini, *Libertà, Uguaglianza, Religione. Documenti del giacobinismo cattolico*, Roma, Edizioni del Lavoro, 1982; L. Guerci, *Atti, leggi, proclami ed altre carte della Repubblica napoletana, 1798-1799*, Salerno, s.e., 1983; A. Di Leo, *I catechismi repubblicani*, in A. Cestaro, A. Lerra (a cura di), *Il Mezzogiorno e la Basilicata fra l'età giacobina e il decennio francese*, Atti del convegno (Maratea, 8-10 giugno 1990), Venosa, Osanna, 1992, pp. 167-184; L. Guerci, *I catechismi repubblicani a Napoli nel 1799*, in A.M. Rao (a cura di), *Napoli 1799 fra storia e storiografia*, Atti del convegno internazionale (Napoli, 21-24 gennaio 1999), Napoli, Vivarium, 2002, pp. 431-460; R. Capobianco, *La pedagogia dei catechismi laici nella Repubblica napoletana*, Napoli, Liguori, 2007. Nel dibattito europeo, l'importanza della pubblicistica del periodo rivoluzionario napoletano è così nota da far ritenere a Renzo De Felice la nascita dei catechismi fondamentale ai fini della comprensione della "questione repubblicana" (Cfr., *Istruzione pubblica e rivoluzione nel Movimento repubblicano italiano del 1796-1799*, in «Rivista storica italiana», n. IV (LXXIX), 1967, pp. 1144-1163). Laddove *libertà*, *eguaglianza* e *democrazia* risultavano parole prive di significato alla maggior della popolazione, attraverso l'utilizzo dei catechismi, si cercava di fare dell'istruzione popolare uno strumento di propaganda delle idee repubblicane, allo scopo di creare una coscienza comune che conducesse al consenso popolare. Non a caso, il modello più vicino ai catechismi repubblicani stampati a Napoli era quello dei catechismi rivoluzionari francesi, cui ci si rifaceva attraverso numerose traduzioni e riadattamenti. Così, nel 1799 Onofrio Tataranni pubblicava il *Catechismo nazionale pel cittadino*, ripreso poi da Stefano Pistoja nel suo *Catechismo Nazionale pel popolo, per uso dei parochi*, Padre Ludovico Vuoli scriveva il *Catechismo sopra la costituzione civile del clero* e il vescovo Michele Natale il *Catechismo Repubblicano per l'istruzione del popolo e la rovina de' tiranni* e, infine, Francesco Antonio Astore il *Catechismo repubblicano in sei trattenimenti a forma di dialoghi* (*Catechismo repubblicano di Michele Natale Vescovo di Vico Equense*, a cura di G. Acocella e con presentazione di F. Tessitore, Vico Equense, s.e., 1978; *Il clero giacobino: documenti inediti. I catechismi repubblicani Natale, Pistoja, Astore, Tataranni*, Napoli, Procaccini, 1999).

[21] Sui Catechismi politici siciliani mi si consenta di rinviare a M. Basile, *Sui «catechismi costituzionali» dell'avvocato Giovan Battista Nicolosi e dell'abate Luigi Galanti. Alcuni brevi note*, in «Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales Nueva Época», XVI, n. 2, 2013, pp. 261-276. Sul punto si veda anche il lavoro di M.A. Cocchiara, *Catechismi politici nella Sicilia costituente (1812-1848)*, Milano, Giuffrè, 2014.

[22] A. Aquarone, *Premessa alla Costituzione del Regno delle Due Sicilie (1820)*, in A. Aquarone, M. D'Addio, G. Negri (a cura di), *Le costituzioni italiane*, Milano, Edizioni di Comunità, 1958, pp. 463 ss.

[23] N.D. Evola, *Libertà di stampa in Siciliana (1812, 1820, 1848)*, estratto dalla Rassegna «Il Giornalismo», n. 4, 1940 e n. 1-2, 1941, p. 19.

[24] D. Rodia, *La censura nella stampa nel Regno delle Due Sicilie dal 1815 al 1848*, estratto da «Samnium», anno XXX, n. 1-2, gennaio-giugno, 1957, pp. 82 e 84; F. Scaduto, *Stato e Chiesa nelle Due Sicilie, dai Normanni ai giorni nostri (sec. XI-XIX)*, Palermo, Amenta, 1887,

vol. I, pp. 356-358; *Collezione delle leggi e de' decreti reali del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, Stamperia reale, 1821, pp. 550-551.

25 P. Colletta, *Storia del Reame di Napoli dal 1734 al 1825*, Malta, Tonna, 1839, libro X, cap. II, § 6, pp. 914-915.

26 E. Michel, *Una spedizione di opere costituzionali da Napoli a Livorno (1821)*, in «Rassegna Storica del Risorgimento», XIV, 1927, pp. 729.

27 *Catechismo de' doveri sociali per uso delle scuole normali ne' domini di S. M. siciliana, corretto, ed accresciuto di un piccolo saggio di catechismo di diritto dal sac. Girolamo Guzzo direttore delle scuole normali di dipendenza della Real Intendenza della Magione, e soprantendente in quelle del Ponticello*, Palermo, s.e., 1816, pp. 3-4.

28 G. Bianco, *La Sicilia durante l'occupazione inglese (1806-1815)*, con appendice di documenti inediti degli archivi di Londra, Firenze e Palermo, Palermo, Reber, 1902, p. 161.

29 N. Niceforo, *La Sicilia e la costituzione del 1812*, in «Archivio storico siciliano», XLIV, 1922, p. 76.

30 P. Balsamo, *Memorie segrete sulla istoria moderna del Regno di Sicilia*, Palermo, Ed. della Regione siciliana, 1969, p. 105.

31 Gli *Articoli fondamentali d'istruzione comunicati da S. M. a' Membri della commissione incaricata delle rettifica della Costituzione col Real Dispaccio del 1 Giugno 1815 per servire di continuazione alla Costituzione politica di questo Regno formata l'anno 1812* si trovano nella *Raccolta de' bills, e decreti de' Parlamenti di Sicilia 1813, 1814 e 1815 per servire di continuazione alla Costituzione politica di questo Regno formata l'anno 1812*, Palermo 1815, in rist. an. insieme a *Costituzione del Regno di Sicilia*, cit., pp. 118-122.

32 Bianco, *La Sicilia*, cit. p. 269.

33 Per la storiografia sulla costituzione siciliana del 1812 si rinvia alla *Nota bibliografica* che correda la *Prefazione* di A. Romano alla rist. an. della 7ª ed. palermitana della *Costituzione del Regno di Sicilia*, Messina, Presso l'Accademia, 1996, pp. XXV-XXXI. Sull'argomento si vedano anche: *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà dell'800*, Atti del seminario internazionale di studi in memoria di F. Tomás y Valiente (Messina 14-16 novembre 1996), a cura di A. Romano, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 1084; D. Novarese, *Assemblee parlamentari e potere costituente in Sicilia (1812-1848)*, in *"De curia semel in anno facienda". L'esperienza parlamentare siciliana nel contesto europeo*, Atti del Convegno internazionale (Palermo 4-6 febbraio 1999), a cura di A. Romano, Milano, Giuffrè, 2002; E. Pelleriti, *1812-1848. La Sicilia fra due costituzioni*, Milano, Giuffrè, 2000; D. Novarese, *Costituzione codificazione nella Sicilia dell'Ottocento. Il "Progetto di codice penale" del 1813*, Milano, Giuffrè, 2000; A. Romano, *Introduzione a Costituzione di Sicilia stabilita nel Generale Straordinario Parlamento del 1812...*, ristampa an. dell'edizione di Palermo del 1813, Soveria Mannelli, Lacaita, 2000, pp. XIX-LXIII.

34 *Catechismo de' doveri sociali per uso delle scuole normali*, cit., pp. 13-14.

35 *Catechismo del cittadino d'istruzione primaria, diretto al popolo della Monarchia delle Due Sicilie da F. D. L.*, Napoli, Reale tipografia della Guerra, 1820, pp. 4 e 21.

36 Ivi, p. 2.

37 L. Galanti, *Catechismo Costituzionale della monarchia per uso del Regno Unito delle Sicilie*, Napoli, Del Vecchio, 1820. Sul punto mi si consenta di rinviare a Basile, *Sui «catechismi costituzionali» dell'avvocato Giovan Battista Nicolosi e dell'abate Luigi Galanti*, cit., pp. 261-276 e Cocchiara, *Catechismi politici nella Sicilia costituente*, cit. Sul Galanti si veda R. Lalli, *Luigi Galanti al Parlamento napoletano del 1820*, in *Giuseppe Maria Galanti nella cultura del Settecento meridionale*, Atti del convegno (Santa Croce del Sannio, 23-24 aprile), Napoli, Guida, 1984, pp. 241-249.

38 Ivi, pp. 5-23.

39 *Catechismo politico per la nazione del Regno delle Due Sicilie* cit., pp. 5-7.

40 Ivi, p. 60.

41 Galanti, *Catechismo Costituzionale della monarchia per uso del Regno Unito delle Sicilie* cit., p. 21.

42 Lalli, *Luigi Galanti al Parlamento napoletano*, cit., p. 247.

43 Galanti, *Catechismo Costituzionale della monarchia*, cit., p. 21.

44 M. Lorente, *El juramento constitucional*, in «AHDE», LXV, 1995, pp. 619, 623. Cfr. Clavero, *Cádiz como Constitución*, cit., p. 179. Si veda anche: Muñoz Pérez, *Los catechismos políticos*, cit., pp. 191 ss. Era nella stessa chiesa – come si legge all'art. 34 – che venivano eletti i rappresentanti della Nazione.

45 B. Clavero Salvador, *Vocación católica y advocación siciliana de la Constitución española de 1812*, in A. Romano (a cura di), *Alle origini del costituzionalismo europeo*, Messina, Presso l'Accademia, 1991, p. 44.

46 *Costituzione di Sicilia*, cit., *Della libertà*, cit., cap. IX, p. 145; *Articoli fondamentali*, art. I, p. 1.

47 Nel frontespizio, si legge che l'opuscolo «trovansi vendibile nella libreria del Sig. *Raffaele Marotta* largo S. Domenico maggiore n. 13 e 125, e nel deposito delle leggi al vico *Afflitto a Toledo* n. 23, a grana 4 il foglio».

48 *Dialoghi politici fra due liberali, Il Prudente ed Il Riscaldato di D. G. N.*, Napoli, s.e., 1820, p. 7.

49 G. Addeo, *La libertà di stampa nel nonimestre costituzionale a Napoli*, in «Archivio Storico per le Province Napoletane», 1989, p. 359.

50 *Collezioni delle leggi e Decreti reali del Regno di Napoli*, anno 1820, n. 1, pp. 4-6.

51 *Dialoghi politici fra due liberali*, cit., p. 4. Si veda anche: *Manifesto della Giunta provvisoria di governo del Parlamento Nazionale* [1820]. La legge era riportata dal giorna-

le *L'Imparziale*, n. 10, 29 agosto 1820.

52 S. Mazza, *Memoria al Parlamento nazionale*, s.l., [1820], p. 12.

53 G. Rosselli, *A.S.A.R. Il Principe Ereditario, Vicario Generale*, [Napoli], 1820, p. 3.

54 G. Ventura, *Riflessioni Politiche sulla Libertà di Stampa*, Napoli, Cattaneo, 1820, pp. 4 e 11.

55 Addeo, *La libertà di stampa nel nonimestre costituzionale*, cit., p. 363.

56 Ivi, pp. 365-366.

57 F. Canofari, *Commentario sulla Parte Seconda del Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, Napoli, Trani, 1819, vol. I, pp. 23-28; pp. 37-44; pp. 62-66; pp. 187-194; pp. 267-269.

58 *Dialoghi politici fra due liberali*, cit., pp. 13-14.

59 Ivi, p. 15. Di contro Francesco Canofari, commentando questo reato, sosteneva che «la ingiuria scritta e pubblicata colla stampa contiene una gravezza assai maggiore. Vero è che la scrittura manifesta nudamente il fatto; che lo rappresenta senza altra vivezza di quella che le sa dare lo scrittore; che la voce vi aggiunge e lo spirito e l'effetto; e che quindi la voce è assai più espressiva della scrittura. Ma non può riflettersi che la scrittura presenta qualche cosa di più permanente che la parola; che la parola si allontana per poco spazio, e non colpisce che le persone presenti; che la scrittura stampata si estende a persone, a luoghi, a tempi lontani. Non può non riflettersi che è dessa un de' mezzi più perfidi, più rapidi, più fecondi per la diffamazione; e che turba in modo tutto proprio la tranquillità pubblica e la individuale, forzando, a dir così, la vittima alla vendetta e talvolta allo spargimento del sangue» (F. Canofari, *Commentario sulla Parte Seconda del Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, cit., vol. I, p. 191).

60 S. Scandellari, *Educare alla cittadinanza: progetti e proposte nella Spagna di fine Settecento e inizi ottocento*, in A. Romano, F. Vergara Caffarelli (a cura di), *1812 Fra Cadice e Palermo. Nazione, rivoluzione, costituzione, rappresentanza politica, libertà garantite, autonomie*, Atti del convegno (Palermo-Messina 5-10 dicembre 2005), Palermo, Regione Siciliana, 2012, vol. II, p. 739.

61 C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia: 1848-1994*, Roma-Bari, Laterza, 1997, p. 11. Si veda inoltre: Renda, *Risorgimento e classi popolari in Sicilia 1820-21* cit., p. 87; G.S. Pene Vidari, *Costituzioni e codici. Appunti e documenti di Storia del diritto italiano (a.a. 1996-97)*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 39. Per un raffronto sulle due carte costituzionali del 1812 si veda in particolare Clavero Salvador, *Vocación católica y advocación siciliana*, cit., pp. 11-56.

62 Galanti, *Catechismo Costituzionale della monarchia*, cit., p. 20.

63 Ivi, p. 48.

La teoria del potere di Alessandro Paternostro

GIAN PAOLO TRIFONE

1. *Un comune progetto costituzionale*

Nei suoi scritti di diritto costituzionale, Alessandro Paternostro[1] affronta «i due eterni problemi cardinali della scienza politica: conseguimento della libertà per l'individuo, conciliazione della libertà con l'autorità ch'è vincolo necessario dei consorzi umani»[2]. Obiettivo del presente saggio è fare luce sulla figura di un giurista ricordato più spesso per la sua attività in politica che per il suo contributo alla scienza del diritto pubblico[3]. È invece attraverso le categorie giuridiche che Paternostro provvede ad una rielaborazione del costituzionalismo come forma ordinamentale della sovranità popolare e secondo i criteri di una «scienza sociale»[4], laddove la democrazia risulta un particolare stadio del progresso civile: «il progresso nella scienza della politica è segnato dal successivo ridursi delle plebi a popoli consci dei diritti della personalità umana»[5]. La storia restituisce fatti ed il costituzionalismo è manifestazione concreta dell'ordine sociale, di là da ogni presunzione idealistica.

In via di premessa, è opportuna una contestualizzazione. Paternostro si ascrive alla fase della giuspubblicistica italiana di generazione "pre-orlandiana", a voler considerare un certo spartiacque[6], i cui numerosi esponenti – dai nomi che ricorreranno nel prosieguo della trattazione come interlocutori del Nostro, tra i quali Palma, Balbo, Pessina, Casanova, Brusa, Melegari, Pierantoni – si occupano della ricostruzione scientifica del fenomeno istituzionale sulla base di quello politico e sociale, ai sensi di quanto è stato ben definito un «patriottismo costituzionale»[7]. Dopo il crollo delle costituzioni giacobine[8], nel clima liberale delle Carte spagnola del 1812 e francesi del 1814 e del 1830, la scienza giuridica italiana è avvertita dell'esigenza di un nuovo "progetto costituzionale"[9], partendo dal «momento fondativo della comunità politica», elaborando nessi tra le tematiche della nazione, della costituzione,

della sovranità, mettendosi al servizio di una unità civile da realizzare. Per una tale prospettiva, l'impostazione di Romagnosi è esemplare. Nel suo sforzo di dar vita ad un ordine sistematico compiuto – corrispondente ad una monarchia rappresentativa in cui la costituzione si elevi a «tutela contro ogni dispotismo»[10] – rilievo essenziale assume la «ragion pubblica», ovvero «il complesso dei mezzi e della azioni miranti al perseguimento dell'interesse pubblico»[11]; ne consegue la valorizzazione delle forme associative primarie – famiglia, municipio, provincia – corpi intermedi predisposti come tessere del mosaico della complessione sociale secondo, appunto, la sua "costituzione materiale".

Trama, per questa generazione di giuristi, è l'idea di *costituzione* come fondamento identitario di matrice storica e valoriale, prima che documento politico. Per Pellegrino Rossi, il diritto costituzionale è «rivelazione vivente dello sviluppo d'un grande popolo in un determinato periodo della sua esistenza», i cui principi vanno intesi solo alla luce della evoluzione storica[12]. E, da una visuale internazionalista, Mancini adopera il concetto di nazionalità assiomatizzandolo in quello di «popolo», laddove configura i rapporti internazionali tra popoli prima che tra Stati[13].

Tale impostazione "giusnaturalistica" si conferma dopo l'unificazione. Sotto l'impulso della dottrina francese da un lato – e del modello inglese dall'altro[14], lo sviluppo delle istituzioni si vuole legato al fine politico prescritto dalla costituzione. Che, come osservato, è soprattutto "materiale", corrispondendo – secondo Saredo – al "complesso vitale" della società di suo riferimento. Per conseguenza, «la legittimità di una costituzione scritta dipende esclusivamente dalla sua conformità con la costituzione naturale»[15]. Di «prodotto principale dello sviluppo civile di un popolo»[16] parla Palma, mentre Luzzatti pone in evidenza «il carattere e la sostanza dei fatti sociali» che nella costituzione si riflettono[17]. Fino al punto di negare – come fa Pessina – il requisito stesso della perpetuità di una costituzione, data l'inadeguatezza della scrittura a fissare i principi di libertà, di per sé mutevoli in relazione al cambiamento delle situazioni sociali cui il diritto deve raffrontarsi[18]. In breve, la costituzione rileva per il suo significato politico e i suoi studiosi conferiscono primazia al diritto costituzionale rispetto a quello privato. Tra tutti, basti ricordare Filomusi-Guelfi per la sua polemica riportata nella *Enciclopedia giuridica* con i gius-formalisti tedeschi e relativa al criterio metodologico, per cui le dinamiche privatistiche non potrebbero considerarsi adeguate allo schema pubblicistico[19].

In questa congiuntura, lo Stato non si vede ancora assegnata la rilevanza centrale che già stava ricevendo in Germania da parte dell'indirizzo dogmatico, poi sussunto dalla 'scuola' orlandiana[20]; esso si ritiene «meramente funzionale al perfezionamento economico della comunità»[21]. Esplicitamente, Carnazza lo vede quale «mezzo della società»[22]; ovvero della nazione, nella misura in cui è quest'ultima che «preme definire con esattezza, per coglierne le potenzialità legittimanti, mentre lo Stato appare, nella migliore delle ipotesi, la scontata conseguenza del principio nazionale»[23]. E dunque, per il suo ruolo di tutela giuridico-sociale, si è di fronte – in qualche modo ancora fino agli anni ottanta del Secolo – alla forma di Stato cosiddetta «risorgimentale»[24] di cui, a ben vedere, lo stesso Orlando, agli esordi del suo piano di

edificazione nazionale, non oscura il profilo[25]. Certo, il rapporto Stato-costituzione è destinato, di lì a poco, a cambiare alla luce di diverse idealità, pur rimanendo i due termini ancora collegati: «la costituzione non è una forma astratta [...], essa è la forma della vita dello Stato»[26]. Fino al pieno capovolgimento da parte dell'indirizzo formalistico, che vuole abbandonati tutti quegli elementi – etici, filosofici, politici – vizianti l'essenza pura dei principi giuridici. Ma si tratta già di una pagina successiva della storia del diritto pubblico italiano, cui pure si è dedicata attenzione in altre sedi[27].

2. *Il giurista, il politico*

Gli scritti di diritto costituzionale, oggetto di analisi nel presente lavoro, sono compiuti da Paternostro tutti durante la prima fase della sua carriera universitaria, in un breve lasso di tempo, tra il 1875 ed il 1879[28], corrispondente agli anni della crisi della Destra storica e della prima stagione di Depretis[29]. Il temperamento "radicale" emerge già durante gli studi in giurisprudenza, prima del mutamento legislativo favorevole alla sinistra di Depretis – poiché di «rivoluzione parlamentare» non può parlarsi – che lo lascia deluso, per le mancate promesse elettorali di segno democratico[30] e le privatizzazioni in campo industriale, che saldano definitivamente il legame tra la classe politica e le forze economiche[31]. La tesi di laurea, discussa a Napoli e pubblicata a Roma, nel 1875, col titolo *Studio sulla questione sociale*, è rappresentativa delle posizioni del giovane studioso. La «nuova» forma della questione sociale – a suo dire – non è diversa da quella di sempre: «le moltitudini povere ancora contro i nuovi ricchi, in nome del lavoro contro il capitale»[32]. Sistematicamente, il capitalismo arresta il progresso trasformando l'individuo in un «meccanismo», privandolo della possibilità di sviluppare liberamente le proprie facoltà. Fin dalle prime pagine, si chiarisce la posizione dello scrittore favorevole ad un giusto compromesso tra le idee socialiste ed una forma di capitalismo "progressivo". Osservato che «il capitale non volle scendere a patti col lavoro, ed il lavoro negò la legittimità del capitale»[33], lo scontro tra proletariato e capitalismo offrirebbe in alternativa due esiti altrettanto inquietanti: la «tirannide» del socialismo reale da un lato; e la sperequazione sociale dall'altro, a detrimento della nazione tutta, cui mancherebbe il sostengo del suo popolo. Occorre invece salvare il miglior portato del socialismo, «lo spirito di associazione». D'altro canto, ispirandosi all'*arbeiterbilldung-vereine* tedesco, Paternostro intravede nelle associazioni cooperative coi relativi istituti di mutue assicurazioni lo strumento di riscatto dei lavoratori, nella prospettiva per cui, «essendo tanto il lavoro quanto il capitale fattori ugualmente necessari alla produzione, eguali ne debbono essere attuandoli i pericoli e i profitti»[34]. La speranza è per una legge speciale o l'introduzione nel codice civile in materia di società di una nuova sezione per le cooperative[35]. Sono idee che Paternostro non abbandonerà più nel corso della sua attività di giurista e di politico.

In *Della Camera elettiva*, del 1877, il Nostro comincia a porre le basi della sua teoria del potere. Dividendo la trattazione in due parti, separa le tematiche della sovranità e della sua *altera facies*, la rappresentanza politica, da quelle della natura del potere legi-

slativo e del potere costituente, considerato in sé stesso e come limite al primo. Per le già espresse posizioni ideologiche, il suo scritto *Sulla dottrina della rappresentanza proporzionale delle minoranze*, dell'anno successivo, incontra il dissenso dei suoi esaminatori al concorso per una cattedra a Parma. Frattanto, sulla scena politica, l'operazione di consolidamento del potere ministeriale – con le strumentalizzazioni delle prefetture ad opera di Nicotera, le infornate di senatori ed il trasformismo – hanno già dato i loro frutti[36]. Ma è l'imminente riforma elettorale[37] l'oggetto preminente del dibattito politico e dottrinale. Contro l'opinione prevalente, Paternostro si espone a sfavore della rappresentanza delle minoranze, una minaccia per la compattezza del partito governativo, che, realisticamente, lavora più efficacemente se unito. Non le minoranze, dunque, devono porsi ad argine dell'abuso di potere, ma l'opinione pubblica, in un Paese che punti sull'istruzione. Nello stesso anno, il giurista riesce ad ottenere la libera docenza presso l'Ateneo napoletano. *Dello svolgimento del problema politico* è la prolusione al corso di diritto costituzionale in quella Università. Dopo una partenza "classica", in cui gli echi romagnosiani risuonano nella teoria del progresso, nel concetto del diritto di natura, nella genesi della società dai nuclei primari, Paternostro entra nel vivo delle sue argomentazioni: il nesso tra sovranità e libertà e il principio di uguaglianza alla base della democrazia. Tornano i temi della *Questione sociale*, rielaborati in sistema: la libertà degli individui si traduce in affrancamento economico e coscienza culturale; è il presupposto del principio di nazionalità. La conseguenza naturale del progresso politico è la sovranità popolare, a discapito delle forme di governo "miste". Infine, è con il trattato di *Diritto costituzionale teorico, patrio, comparato* che, nel 1879, Paternostro definisce compiutamente la sua teoria. Le tematiche sono già quelle della Prolusione dell'anno precedente, ma più ampiamente articolate. L'opera si divide in quattro parti. La prima, *Dei principii*; la seconda sui *Diritti individuali*; la terza su *Ordinamento ed azione dei pubblici poteri secondo i principii generali delle costituzioni*; la quarta su *Il governo rappresentativo in azione. Diritti politici – diritto parlamentare*. Riguardo alla domanda: «in che consista il diritto pubblico», il costituzionalista cerca di chiarire «fino a che punto sia libera a un popolo la scelta della sua forma di governo e fino a che punto egli possa regolare i proprii destini»[38]. È necessario approfondire.

Paternostro è un personaggio poliedrico: avvocato, giornalista, docente universitario, consigliere diplomatico, infine deputato nella sinistra radicale[39]. Sebbene egli non abbia mai mostrato una dedizione totale alla sua corrente, conservando sempre una certa indipendenza di vedute e definendosi «un irregolare della politica» con le prospettive di un «possibilista»[40]. Si tratta di essere "realisti", sui banchi del Parlamento come sulla cattedra universitaria. Per il giovane giurista, la Sinistra avrebbe dovuto rappresentare «le idee avanzate di un partito sempre costituzionale», da difendere contro «l'astrattezza dell'idealismo nelle discipline giuridiche». Più concretamente, occorre individuare i rapporti tra individui – nel rispetto di due parametri: i "diritti" di garanzia della libertà individuale; e, specularmente, i "doveri" dei singoli di coordinare la libertà propria alla libertà altrui e, dunque, con lo Stato, nella misura in cui questo provveda un sistema di leggi informate al conseguimento

dei fini sociali. Scrivendo a Bertrando Spaventa, Paternostro parte dalla questione dei socialisti italiani, per delegittimare ogni azione politica extra-parlamentare come anticostituzionale: «fuori dei partiti politici è metafisica parlare di minoranze»[41]. È lo Stato liberale che, per farsi democratico, deve risolvere la questione sociale, a partire dalla «istruzione ed educazione nazionale», chiave della libertà per tutti i cittadini; il rischio è il populismo: «bisogna che i nemici del liberalismo non abbiano il pretesto di calunniarlo innanzi alle masse del malessere economico»[42].

Lo Statuto dovrebbe garantire la libertà individuale[43]. Tuttavia, la legislazione di emergenza e la cosiddetta legge di pubblica sicurezza[44] violano apertamente la lettera dell'articolo 26; Paternostro non risparmia critiche severe al sistema giudiziario[45] soffermandosi sulla responsabilità della magistratura[46]. Fino a non escludere, in *extrema ratio*, il diritto di resistenza in capo ai cittadini «di opporsi a quegli esecutori della legge che volessero invece, usandone il nome, violarne i pronunciati»[47].

Ma la rivoluzione è sempre un rischio da evitare. Il giurista propende per quella che egli definisce «evoluzione», attraverso cui pervenire allo «Stato di diritto»: «l'evoluzione in politica è [...] lenta trasformazione degli elementi costitutivi delle diverse forme, sicché attraverso l'evoluzione la forma complessa o si trasforma serbando carattere di unità, o si dissolve per dare luogo ad unità nuova o diversa, secondo che le lente trasformazioni degli elementi suoi costitutivi siano omogenei o no alla natura sua prima»[48].

Idee politiche favorevoli ad un ordinato bipolarismo – contro il trasformismo[49] e le dottrine proporzionalistiche – ampiamente supportate dall'analisi giuridica, come si avrà modo di osservare[50]. Per intanto, basti accennare al principio che le sostiene: in presenza di «due campi nettamente delineati, per cui al potere si succedano partiti forti, atti al governo, che si bilanciano, si frenano, si sorvegliano, creano e conducono l'opposizione reciproca»[51], è fuorviante parlare di minoranze: «gli eletti rappresentano la nazione, non i cittadini; il suffragio universale dà per suo principio a tutti il voto, non la sicurezza della vittoria»[52].

Al suo ritorno dal Giappone, il socialismo «puro» appare a Paternostro come pericolosamente eversivo[53]; non di meno egli dubita dell'«individualismo assoluto». Insomma, la sua condanna è rivolta alle posizioni estreme, che conducono «a due conseguenze, che diverse ed opposte nei mezzi di soluzione, s'incontrano nel risultato»: rendono cioè impossibile la soluzione del «problema sociale»[54]. Da democratico moderato, egli non può ignorare la portata epocale del movimento socialista, pur confutando le idee marxiste e proudhoniane come utopiste[55]. È invece il momento di portare il socialismo ad una fase pratica, non rinnegando la libertà personale e dunque il concetto di proprietà privata: «un alto ideale di individuale possesso per ogni uomo come assoluta condizione della sua libertà e della sua moralità, di quell'individualismo che riconosce un diritto sociale come garenzia medesima della coesistenza del diritto di ciascuno»[56]; ma senza nemmeno escludere una funzione sociale della proprietà dal momento che lo Stato ne ravvisi l'utilità e provveda a regolamentarla[57]: «la democrazia – afferma Paternostro – riconosce la legittimità della questione sociale ed intende risolverla sostituendo così allo Stato-Dio, come allo Stato-passivo, lo

Stato-aiuto, rispettando sempre la base dell'edificio, cioè il diritto individuale»[58]. Secondo tale impostazione – definita «una terza via tra liberismo e dirigismo»[59] –, è invece inaccettabile il collettivismo, che mortifica la libera iniziativa, imponendo criteri artificiali in merito alla qualità e quantità di produzione[60]; d'altro canto, esso provocherebbe un accrescimento della burocrazia, non meno oppressiva rispetto al sistema che si vorrebbe sovvertire; per cui questi «nuovi depositari della gestione sociale» non farebbero che produrre le «nuove classi dell'avvenire dei dirigenti e dei diretti», conseguentemente aggravando la condizione di dipendenza delle classi lavoratrici[61].

A parere del giurista, è proprio il principio che informa la lotta di classe a dover essere superato, perché dà luogo soltanto a «reazioni di tutti gli interessi che si sentono minacciati». Rivolgendosi ai socialisti: tali diffidenze non farebbero che produrre un ritardo «nel movimento legislativo di quella stessa parte delle vostre idee destinate a trionfare». È piuttosto la conciliazione dei gruppi sociali il traguardo cui mirare. In accordo con Cavallotti, Paternostro si esprime a favore di una politica conservatrice per un risanamento della finanza pubblica attraverso un piano liberista e un progetto di decentramento regionale. Un programma di riforme che interessino la materia agraria – in particolare l'attività consortile per le esigenze della coltura estensiva –, quella fiscale e un sovvenzionamento statale alle cooperative per le grandi industrie. Ma sempre cercando di «regolare con piena autonomia tutto quanto nella vita economica e sociale possa essere sottratto alla direzione centrale dello Stato senza rompere la coesione dell'unità politica»[62].

Per provvedere a ciò, c'è bisogno di un «discentramento amministrativo», ovvero una «forte unità e libertà politica intiera collegata ad una generale autonomia amministrativa locale»[63]. La libertà è garantita da norme certe, prerogativa dei sistemi complessi. I governi semplici, a parere del Nostro, sono i più dispotici, poiché favoriscono l'arbitrio da parte degli interessi dominanti. Lo stato federale, alla cui costituzione Paternostro fa riferimento, «è stato nazionale» in virtù del fatto che gli interessi dei suoi cittadini sono «collettivi». A ciò si aggiunge la delimitazione dell'esercizio dei poteri per cui quello centrale e quello locale sono definitamente circoscritti dalla costituzione, a tutela della quale deve vegliare una «suprema legislatura». Il modello di Paternostro è il federalismo statunitense, che è stato ordinato «per atto di volere»: cioè quella stessa costituzione[64] «la quale sappia far valere nelle parti, che si reggono da sé stesse, le leggi del centro, sapendo rendere responsabili di queste non solamente gli Stati, ma gli stessi individui»[65]. Posizioni non proprio in linea con i progetti "regionisti" che – da Rattazzi a Cavour, fino a Farini e Minghetti – cercavano di sviluppare le autonomie comunali evitando accentramento alla francese da un lato; federalismo americano e svizzero dall'altro[66]. Eppure, a ben vedere, neanche Paternostro contesta fino in fondo «il prevalente tratto istitutorio dall'alto [...], in linea con lo Statuto Albertino e con la tradizione riformistica piemontese»[67]. L'Italia, egli afferma, deve mantenere l'unità faticosamente conquistata e, ciò non di meno, aspirare al *self-government*: «la piaga sta ancora in ciò, che mentre la Deputazione provinciale è un corpo doppiamente elettivo, deve essere provveduta da un agente nominato dal Go-

verno e questa tutela governativa sulle Province e sui Comuni toglie ogni vera efficace autorità ai corpi sociali»[68]. Insomma, un profilo decentratore che riguardi provincia e comune come associazioni «naturali»[69], spontaneamente in grado di armonizzarsi col centro. Certo che il tempo delle riforme non è oltremodo procrastinabile, onde ottenere, a dire del giurista, «tutto quanto è possibile di miglioramento e di giustizia e senza sacrificio dell'individualità, e senza tirannide nuova, dai mezzi presenti»[70].

3. *Potere sociale*

Influenzato dalla dottrina sociologica[71], Paternostro parte dall'elemento collettivo per definire meglio quello individuale: «la società è un fatto necessario allo sviluppo umano». In questa prospettiva tutta scientifica, il contratto sociale è una presunzione idealistica: «lasciamo la forma del contratto, lasciamo il lirismo dello stato di natura, reazione degli ingegni che assalgono un cattivo stato di civiltà»[72]. L'uniformità è un "fatto"; non esisterebbero i diritti individuali senza un contesto sociale in cui farli valere. In altre parole, la sussistenza dei diritti dipende da una presa di consapevolezza, nell'ordine di una più ampia regolamentazione collettiva. La coscienza individuale si forma parallelamente alla coscienza sociale, sicché «vi è una concordanza riguardo alla nascita inevitabile del diritto»; sebbene, appuratane l'inevitabilità, le «diversità presso i vari popoli» producono una «asimmetria» quanto al suo progresso. In ogni caso, «il diritto appare come una regola indispensabile per conservare la struttura sociale»[73].

Pur di vedute realiste, Paternostro talvolta indulge agli stessi idealismi cui oppone resistenza. La coscienza individuale si perfeziona attraverso la cultura, secondo un «progressivo liberarsi dai legami contingenti della natura per riconoscere quelli assoluti della ragione». Sembra che il giusnaturalismo torni a fare capolino, non di meno di un certo fideismo nei riguardi della «progressiva conformità alla ragione» da parte del diritto, in modo che esso provveda a quella assimilazione che la natura non era stata in grado di garantire: «l'uomo ha avuto in sé germi di perfezionamento continuo; la società è l'ambiente necessario di questo perfezionamento»[74]. La consapevolezza dei diritti della persona ha trasformato le plebi in popoli liberi. Il progresso del diritto consiste nel sostituire, alla supremazia «primitiva» della forza, «un principio necessario regolatore delle azioni e delle relazioni»[75]. Paternostro spinge i suoi ideali "progressisti" fino alla giustificazione del principio di nazionalità come futuribile «mezzo razionale e possibile alla coesistenza pacifica e amichevole di popoli varii per origine, costumi, caratteri, fede, tradizioni». In una parola, il «cosmopolitismo», figurabile, anch'esso, attraverso la teoria dell'aggregazione: «la coscienza della nazionalità spinge i popoli come la coscienza del diritto spinge gli individui» fino al termine ultimo del progresso delle nazioni, lo «Stato umano», forte della «base comune d'idee, di credenze e d'interessi alle società future»[76].

Più pregnante si rivela la sua teoria dell'autorità, la quale si manifesta attraverso i «reggimenti politici», classificabili tipicamente in monarchia, aristocrazia e democrazia, ciascuno con la relativa degenerazione: tirannia, oligarchia e demagogia.

Quest'ultima, intesa come dittatura della maggioranza, conduce al cesarismo, la forma peggiore di governo assoluto. Riferendosi al caso di Napoleone III, Paternostro rileva il nesso tra il "Cesare" e la volontà del popolo, di cui il primo si fa interprete. In realtà, non della volontà di tutti i cittadini si tratta, quanto dell'appoggio di un gruppo ristretto di grandi interessi, per cui ne risulta l'uso della forza – come strumento di governo – bilanciato dai favoritismi alla classe sostenitrice. Un sistema che, alla lunga, non paga; tanto più che il regime si dissolve alla morte del "Cesare": come sostenuto da Bagehot, non essendo esso perpetrabile, non è un sistema politico solido[77].

A fronte di tali diverse declinazioni dell'autorità, esiste invece un unico «potere», quello «sociale», che rappresenta «l'azione coattiva-collettiva» la cui legittimità ha sempre fondamento «nel diritto di ogni singolo di conseguire i fini della persona umana col mezzo ad essa naturale della società»[78]; o, per converso, dello Stato, il quale, infatti, «sorge, e sia pure nel modo più informe e rudimentale, appena si manifesta una società umana», regolata da un governo: «ecco la genesi dell'autorità». Ma nello Stato si muovono, per l'appunto, individui, ciascuno con caratteri, aspirazioni, tendenze proprie, tutte in varia misura partecipanti «ai fini dello Stato» stesso; per il motivo che «la natura non li comporta disgregati», essi debbono sottostare alla sua autorità, ma «lo Stato deve essere per essi, non essi per lo Stato: ecco la genesi della libertà»[79].

Parafrasando Jules Simon, lo Stato è il luogo della politica, nella misura in cui questa «è il discernimento di ciò che deve essere lasciato alla libertà in virtù del suo diritto, e all'autorità in virtù della sua necessità»[80]. Si tratta, kantianamente, di individuare i limiti della sua azione onde determinare l'insieme delle condizioni «sotto le quali l'arbitrio di ciascuno possa coesistere con l'arbitrio di tutti secondo un principio generale di libertà»[81]. Ma è Humbolt il principale riferimento del Nostro. Pur senza arrivare a considerare il potere politico un «male necessario», Paternostro condivide, dell'illustre tedesco, l'idea per cui gli scopi di una costituzione – nel senso di una determinata configurazione politica e, in tali termini, corrispondente allo Stato come forma ordinamentale – siano quelli di creare un legame tra governanti e governati «che garantisca agli uni il possesso del potere loro confidato e agli altri il godimento delle libertà che rimangono», al fine di rinforzare «l'interesse privato dei cittadini, senza che ne risulti indebolito l'interesse pubblico». Lo Stato, in breve, dovrebbe congiungere l'interesse privato a quello pubblico di modo che «il primo dipenda completamente dall'altro». Si badi, non si tratta di una pretesa acquiescenza del "suddito" nei confronti del pubblico potere, quanto, all'opposto, di affermare il primato della società, intesa come insieme di associazioni spontanee e volontarie, che il potere deve sostenere; anche al punto di limitare «i comodi degli individui in vista dei risultati da conseguire»[82].

Tuttavia, le suggestioni humboltiane si stemperano nella consapevolezza dello «Stato-aiuto». Riprendendo Dupont-White[83], per soddisfare i sempre più pressanti bisogni sociali, l'intervento dello Stato si fa vieppiù necessario, concorrendo a «formare il progresso politico, economico e morale sì col togliere gli ostacoli che ad esso si oppongono, sì col creare le forze che debbono produrlo, e facilitare loro

l'azione»[84]. D'altro canto, aspettarsi ogni assistenza da parte delle istituzioni significa abdicare alla propria autonomia individuale, rimanere inermi «contro le possibili usurpazioni della nostra autorità»: «lo Stato moderno deve essere considerato nello esercizio del potere sociale, come la manifestazione collettiva del diritto di ogni singolo»[85].

Secondo tali coordinate, la forma più consona alla necessità dei tempi moderni è quella del governo rappresentativo[86]. In questi termini, la democrazia, declinabile in «diritti politici, educazione ad esercitarli, libertà, lavoro ed eguaglianza»[87] non è in contrasto con la monarchia, che, anzi, in Europa è stata «la forza precipua dell'elemento popolare», attraverso l'accentramento assolutistico anti-feudale e l'unificazione territoriale. Tenuto conto della evoluzione storica come processo costante di modificazione degli elementi costitutivi di una determinata forma complessa di governo, «oggi» la monarchia costituzionale rappresentativa, in Europa, è compatibile con la sovranità popolare; l'art. 2 dello Statuto, infatti, coniuga governo rappresentativo ed ereditarietà del trono. Se è vero che, all'origine, lo Statuto è stato concesso dal monarca, «i plebisciti relativi alle diverse annessioni intendono costituire la monarchia sulla base del voto popolare». A tal proposito, la legge 17 marzo 1861 sancisce la forma di governo risultante dalla tradizione monarchica e dalla volontà della Nazione[88].

Come lo studioso avrebbe anche sostenuto nella prolusione al corso napoletano di diritto costituzionale del 1878, «il problema della libertà non è altro che il problema della sovranità». E il sovrano «è implicitamente libero». Eppure, il diritto si conforma all'idea della morale e si sostituisce all'idea di forza nella misura in cui rende possibili i rapporti di libertà attraverso reciproche limitazioni. In che relazione sono, dunque, libertà e limitazioni? Lo stabilisce la «scienza politica», che, a parere di Paternostro, «ricerca la ragione ultima di ogni costituzione politica nelle sue origini e nelle sue necessità e determina i fini che deve proporsi ogni sano reggimento politico». La garanzia della libertà è riposta nei suoi stessi limiti, ossia nelle "leggi costituzionali" per cui «l'uomo civile [...] regola sempre meglio la sua attività con una norma che rende possibile l'attività degli altri». L'organizzazione è un elemento inevitabile del consorzio umano, al punto che «non si ritrovi popolo senza una costituzione politica, per quanto imperfetta, come prima esso abbia una qualunque manifestazione storica»[89]. In tale ottica, il diritto è «livellatore» in quanto assicura a tutti i suoi destinatari uniforme tutela delle loro posizioni giuridiche soggettive. Detto altrimenti, è garantendo la libertà attraverso la uguaglianza che il diritto si fa sociale.

Specularmente ai diritti individuali, anche la democrazia, prima ancora che una dottrina politica, è un prodotto della «coscienza». A questo punto bisogna intendersi sul significato del termine secondo Paternostro: «i principii della democrazia non sono altri che i principii della grande scuola liberale di tutt'i paesi, logicamente svolti»[90]; al contrario del dispotismo della maggioranza, essa «non conosce forme sacre [...]; al domma oppone la discussione, il libero esame senza confini di sorta [...]; a tutti i sofismi accettati, siano politici, religiosi od economici, la ragione». È lo stadio più progredito della libertà, tanto più dopo che la Dichiarazione dei diritti del 1789 ne ha inscritto il concetto «nella coscienza dei

popoli civili sotto il duplice aspetto di guarentigia dei diritti della personalità umana, e di partecipazione al governo della cosa pubblica». Ma garanzia e partecipazione implicano il concetto di limitazione: la libertà non è mero arbitrio. E se la democrazia, come pare, è il carattere del momento storico attuale, la Rivoluzione francese non è ancora compiuta: «nella questione sociale la democrazia moderna, prodotto della evoluzione storica, vuole un popolo e non classi, individui liberi e non meccanismi legali»[91]. Al riparo, dunque, dalla strumentalizzazione del concetto in chiave destabilizzante del costituzionalismo liberale.

Contro i giacobinismi e, di conseguenza, gli estremismi socialisti e individualisti – due facce della stessa medaglia –, l'individuo è libero solo all'interno della società ordinata nei suoi gangli "vitali": «la democrazia difende la famiglia, scuola di morale; difende in massima, salve speciali applicazioni, la proprietà come elemento di ricchezza nella nazione e guarentigia di libertà nei cittadini; difende il principio di nazionalità, come applicazione del principio di eguaglianza nelle relazioni fra popolo e popolo»[92].

In considerazione di questo "baluardo", il progresso, si è già detto, è un elemento razionale, cioè un atto di volontà. E, come tale, è il procedimento per cui gli individui raggiungono la consapevolezza dei propri limiti in funzione di una ordinata convivenza: «gli Stati, come persone giuridiche, sono sorti per volontà cosciente della nazione [...]; conseguenza della natura socievole dell'uomo». In questa luce, i diritti della persona sono alla base del principio di nazionalità, da cui, a sua volta, origina lo Stato quale «manifestazione dell'umanità sotto forma di un aggregato indipendente»[93].

4. *Potere sovrano*

La sovranità non può concepirsi a sé stante: «è nello Stato» come «potere sociale in atto» su cui non si ha altro potere e la sua legittimità è riposta «nella necessità di coesione delle società civili». Secondo una definizione del giurista, la «sociabilità umana» è il presupposto essenziale di ogni ordinamento giuridico "formato" a Stato, il cui fine è conseguire i risultati migliori a quella rispondenti. Ne consegue che sono violente e innaturali quelle forme di società che contrastino col fine suddetto.

Quanto al suo carattere, la sovranità non può né essere *suprema potestas*, su base dogmatica, né *suprema voluntas*, su base contrattuale[94]. Paternostro parte dal confutare la dottrina della "patriarchia", ovvero l'analogia del potere monarchico col potere paterno, secondo la quale alle origini della sovranità può intravedersi solo la conquista. Pur assoggettati con la forza, i sudditi devono obbedienza a coloro che li ha sottomessi perché egli assicura loro protezione, attraverso il mantenimento della legge e dell'ordine. Il che, peraltro, riconduce a una sacralizzazione del conquistatore, tale per legittimazione divina – poiché solo Dio decide della sorte di vincitori e vinti[95] – e, pertanto, *legibus solutus*. Si tratta di una delle due facce della stessa medaglia: l'altra è quella utilitaristica – a dire di Paternostro – di Hobbes, che, pur partendo da una giustificazione mondana del potere, afferma allo stesso modo la sua illimitatezza: «la forza unico generatore, unico vincolo delle società civili, che dà all'uomo come naturale lo stato di guerra, che vuole obbedienza cieca dal suddito alla volontà del principe»[96].

Non di meno è fallace la teoria di Rousseau, «il gran romanziere del contrat-

to sociale»[97], nella misura in cui la sovranità popolare che ne risulta avrebbe la base «autoritaria d'un popolo, emanata dal contratto di assentimento alla associazione». Invece, a parere di Paternostro, la sovranità è «manifestazione della volontà generale come espressione collettiva del diritto inviolabile delle singole persone umane». In altre parole, essa è la rappresentazione del *diritto sociale*, ossia il complesso del diritto di tutti i consociati considerati singolarmente[98]. Il dato di fatto è l'esistenza delle società politiche composte da individui, ciascuno dei quali ha la sua personalità; e «nella unione non si trova ragione sufficiente per stabilire la superiorità assoluta d'un uomo sopra un altro». Tutt'altro che in ragione di un egualitarismo artificiale, perché le disuguaglianze naturali sono innegabili, dunque è impossibile valutare le proporzioni di ciascuna diseguaglianza, o meglio «stabilire il valore sociale d'ogni singolo per trarne la somma dei suoi diritti politici». Rimane dunque un solo criterio: «riconoscere la personalità umana, ed oltre il diritto individuale, che le è proprio, riconoscerle il diritto politico»[99]. Altra cosa è stabilire la *capacità* di esercizio di tale diritto politico; tema sul quale Paternostro concorda con Carutti: «la sovranità popolare significa la signoria della pubblica opinione operante per mezzo degli uomini più capaci»[100]. Una posizione – che, in ultima analisi, sconfessa ogni fiducia nella massa – peraltro diffusamente condivisa da tutti coloro i quali considerano la sovranità popolare o nazionale non «il dispotismo della maggioranza ma la inviolabilità dei diritti di tutti di forma che il reggimento rappresentativo non altra Sovranità nazionale riconosce che quella dei diritti della Nazione»[101]. In questo senso, la sovranità popolare non può altro che esprimersi come rappresentativa. Se ne dirà in seguito, affrontando il tema del suffragio.

In quanto «principio vitale motore del potere sociale», la sovranità ha carattere di unicità, ma «si manifesta» in tre momenti diversi: «quando fa la legge, quando la fa eseguire, quando giudica»[102]. Tali tre «funzioni» si dividono all'interno delle costituzioni contro il pericolo del suo eccesso. Ancora, essa è inalienabile, perché fondata sul diritto «costante, norma alle società civili, assolutamente opposto al principio della forza». Se la sovranità è manifestazione collettiva di ciascun diritto individuale dei consociati, è chiaro che non possa essere ceduta, ma, a scanso di fraintendimenti "rousseauviani", può essere rappresentata, perché titolarità di un diritto e suo esercizio sono cose distinte, come si vedrà a suo luogo. Oltremodo, essa non è divisibile; tuttavia, la indivisibilità non esclude la varietà delle sue forme. Ciò rileva in merito all'assetto degli Stati, che non sempre si compongono di parti omogenee, come vale per le confederazioni o le federazioni[103]. Paternostro riafferma il paragone tra lo Stato-nazione e l'individuo come parte del complesso sociale. Nella misura in cui un individuo è legato alla società «per le necessità stesse della natura sua propria», allo stesso modo ogni parte della nazione è legata al tutto; ma, come ogni membro della società mantiene la sua individualità all'interno di essa, così «ciascuna parte della nazione ha diritto che il tutto sia ordinato nei modi più convenienti allo universale». Ad ogni buon conto, va riaffermato che la sovranità «non è mera astrazione», rilevando esclusivamente la sua espressione concreta[104].

5. *Potere costituente*

Tale è – per definizione del giuspubblicista – «quello che determina la costituzione di uno Stato», che si verifica ogni volta che un popolo va incontro a un rivolgimento politico, in conseguenza del quale muta la propria forma di governo: «è il più grande atto di sovranità», dunque lo può esercitare «solo la nazione»[105].

Sul tema, le posizioni dottrinali divergono. A confutarlo decisamente è Palma, convinto assertore della costituzione come processo storico e più ampiamente culturale; per questo giurista, il potere costituente consiste in una distruttiva applicazione del razionalismo antistorico, strumento di cesura piuttosto che di composizione. La costituzione non è un meccanismo, bensì un organismo «vivente, che è perciò suscettibile di accrescimento, di sviluppo, di modificazioni»[106]. Carnazza è nettamente a favore[107]; e anche Prestandrea, non dissimilmente da Paternostro, riconosce il potere costituente «come la stessa Nazione nel momento in cui si afferma la sua personalità politica colla costituzione dell'ordinamento del suo governo»[108]. Tuttavia, al momento di ravvisarne l'«entità», Prestandrea lo considera separatamente dalla società: «il potere costituente deve per regola essere riconosciuto esistente potenzialmente come entità propria; giacché, diversamente, le società si fossilizzerebbero»[109]. Così come Pierantoni, che, per qualificare i poteri «costituiti», non può fare a meno di considerarne uno ad essi superiore, quindi autonomo[110]. Non che Paternostro disconosca il dato storicistico, per ridurre tutto in termini volontaristici. Secondo lui, la ragione è elemento coessenziale allo sviluppo della storia, che, pertanto, non si svolge fatalisticamente; *ragione* e *tempo* sono i due elementi definitori del processo di civilizzazione, o, secondo la formulazione che ne da il giurista, «la dottrina della perfettibilità applicata non più all'uomo singolo, ma all'umanità»[111]. In ogni caso, il potere costituente, come quello sovrano, si manifesta solamente al momento della sua messa in pratica da parte di un soggetto agente, sicché ragionarvi per astrazioni teoriche risulta artificioso.

Senza soffermarsi sulle vicende che hanno interessato i vari Paesi d'Europa, primi tra tutti Inghilterra e Francia[112], culle dei costituzionalismi antichi e moderni, Paternostro si occupa della Costituzione del Regno d'Italia[113]. E si interroga sulla sua legittimazione. Lo Statuto è stato promulgato da Carlo Alberto; ma, come si è accennato, la nazione lo ha accettato nei suoi plebisciti. La Carta, dunque, è valida per volontà popolare; quella stessa per cui i deputati sono i rappresentanti del popolo. Può una legislatura abrogarla? Se gli elettori dessero mandato ai propri rappresentanti di «procedere a un nuovo patto costituzionale», si: «la sovranità nazionale avrebbe dichiarato la sua volontà, quella legislatura avrebbe il potere costituente». Fuori di questo caso, «il Parlamento deve stare nella Costituzione accettata solennemente dal Paese; agire altrimenti sarebbe sorprenderlo»[114].

Il nodo da sciogliere è il seguente: o gli eletti, in forza del mandato, possono cambiare la Costituzione, in ragione del suo impianto flessibile; oppure devono muoversi soltanto all'interno delle sue regole. Peraltro, in assenza di mandato imperativo – *ex* art. 41 dello Statuto –, i deputati possono decidere "in vece" degli elettori; il che li renderebbe liberi di modificare la Costituzione anche al di là del volere della Nazione.

Ci si troverebbe esposti ad una confusione dei poteri legislativo e costituente, malgrado chi sostiene l'inviolabilità della Costituzione da parte del legislativo per la ragione che quest'ultimo non può alterare le facoltà che la prima gli ha attribuito[115]. Per Paternostro, «sarebbe meglio» che gli articoli dello Statuto fossero inviolabili, in accordo con Mamiani che, negli stessi anni, loda la «legge fondamentale» come faro di moralità ed indirizzo politico[116]. Dato però che la costituzione è flessibile, è comunque da evitare che la si modifichi per consultazione diretta del popolo; il referendum è stato necessario al momento di accettare una costituzione già esistente per il fine di consolidare l'unità nazionale, ma, con ogni evidenza, «la votazione diretta sopra un semplice sì od un semplice no a cui si chiami il popolo, [sembra] tale da non guarentire né una completa e sincera manifestazione della volontà nazionale, né la tutela dei legittimi interessi politici ed amministrativi del Paese»[117]. Ottimo esempio di sistema costituzionale "delle regole" pare, a Paternostro, la Costituzione federale degli Stati Uniti, rigida, per le cui modifiche è richiesta una procedura speciale: «il Congresso, sulla domanda dei due terzi delle Legislature dei diversi Stati, convocherà una Convenzione». Quindi, scartata l'alternativa referendaria; e malvisto il sistema di revisione costituzionale secondo una procedura semplice, che attribuirebbe un potere esuberante al Parlamento[118], la soluzione ideale del giuspubblicista media tra le due opzioni suesposte: una assemblea speciale legittimata dal suffragio universale.

Tuttavia, *rebus sic stantibus*, bisogna quanto meno tenere presente la natura dello Statuto, di «guarentigia scritta». Volendo dunque stabilire un principio di legittimità dell'azione del Parlamento, esso «può svolgere, per non dire modificare, lo Statuto, ma quando dimentica che le costituzioni siano precipuamente a guarentigia dei diritti individuali, abusa del suo potere»[119]. Quali, infatti, i caratteri di una buona costituzione? Innanzitutto, che garantisca i diritti fondamentali; l'organizzazione dei poteri pubblici e il relativo loro esercizio, come l'indirizzo dei mezzi del governo, sono funzionali allo scopo essenziale. Ma la costituzione – aggiunge Paternostro – deve essere anche «progressiva», per adattarsi convenientemente ai cambiamenti in seno alla società. Insomma, rigida o flessibile? È un problema da valutare caso per caso, fermo il principio garantista che informa la natura stessa del diritto pubblico: «dove la costituzione è opera della nazione, dove tutte le leggi costitutive vi trovano luogo, il Parlamento non può, non deve uscire dai confini della costituzione; dove invece per necessità è forza al Parlamento dettare delle leggi costitutive, non deve mai perdere di veduta i principi della sovranità popolare e la guarentigia dei diritti individuali»[120].

Nella indeterminatezza di tale criterio, sembra però che resti irrisolto il problema di fondo: *quis custodiet custodes*? Se il Parlamento si fa tiranno, cioè agisce contro il volere del popolo, può questo decidere di delegittimarlo oltre le forme consentite dal cambio della legislatura? Riemerge il motivo della *resistenza*, vale a dire della rivoluzione, *ultima ratio* scongiurabile, ma pur sempre riconosciuta alla base dei grandi mutamenti politici e, conseguentemente, costituzionali. In questo senso, il nostro giurista non si allontana da posizioni come quella secondo cui «l'opinione pubblica è un organo del governo costituzionale», formando un concetto «che ha un

vero carattere giuridico»[121]. D'altra parte, per un'osservazione storica, le costituzioni idealmente perfette sono «pura metafisica», dipendendo esse dal carattere di un popolo e dal suo stadio di evoluzione civile. Non rimane che appellarsi al «principio razionale», evitando di credere che esistano forme ideali di governo applicabili indistintamente a tutti i consorzi umani; e, all'opposto, vedere solo «singoli fatti sociali», trascurando lo «studio fisiologico dell'uomo», valutando evoluzioni non più che parziali. Se «la soggezione crea ribelli», l'unica soluzione possibile è il diritto politico, «strumento di educazione» esteso universalmente. Il popolo deve acquisire gli strumenti culturali perché «tutti partecipino in un modo o nell'altro alla cosa pubblica», onde divenire «il custode naturale» dell'ordine e della stabilità delle istituzioni[122].

6. *Potere delegato*

Per le ragioni suesposte – ossia che «nell'unione [sociale] non si trova ragione sufficiente a stabilire la superiorità assoluta di un uomo su un altro»[123], una volta esclusa la legittimazione della forza –, è stata definita la necessità dell'affermazione dei diritti in capo a tutti i consociati, al fine di non esporre la società al pericolo dell'instabilità[124]. Dunque, posto che «la sovranità risiede nella Nazione [e che] ogni cittadino deve godere dei diritti politici»[125], ne deriva la necessarietà del suffragio universale come base del sistema rappresentativo, stabilito «il governo autonomo della Nazione per mezzo dei suoi rappresentanti ad evitare le difficoltà insuperabili in un grande Stato, i pericoli, gli ostacoli d'ordine specialmente economico, dello esercizio diretto della Sovranità dei cittadini»[126].

Sappiamo che la sovranità agisce attraverso le sue funzioni, ma non vi coincide: ne è il presupposto; per lo stesso principio, è erroneo parlare di "potere elettorale". La «azione» elettorale «delega i poteri ma non è potere essa medesima»[127]. Il suffragio è un *diritto* attraverso cui il *potere* – di legiferare – viene conferito ai rappresentanti. Si può dunque ritenere che la sovranità popolare sia un potere *in fieri*, che trova perfezionamento solo dopo la scelta elettorale, nell'Assemblea parlamentare. Ecco cosa intende Paternostro quando sostiene che la sovranità popolare non può concretamente esistere che «in atto», per il tramite della rappresentanza[128].

Seguendo tale percorso, dopo aver avallato l'universalità del suffragio, il giurista si trova di fronte al problema del riconoscimento della "capacità" elettorale. Una contraddizione solo apparente, se, presupposta l'uguaglianza giuridica, esiste il limite della «coscienza» dell'atto politico, a scongiurare i pericoli della mediocrità del corpo elettorale e, per conseguenza, della dittatura come rischio dell'acclamazione da parte di una massa inconsapevole[129]. Tracciando una distinzione tra il *diritto* ed il suo *esercizio*, Paternostro riconosce che la capacità non è, con le parole di Brusa, un «diritto aristocratico»[130] e, perciò, è potenzialmente alla portata di tutti. Nell'interesse generale, «i singoli dimostrino per esercitare diritti politici la piena coscienza di questo atto»[131].

Che sia il censo a determinare le categorie dell'elettorato attivo e passivo è immorale[132], dato che ciascuno – attraverso la tassazione o con il proprio pegno personale

nel servizio di leva – offre il suo contributo allo Stato e ne ricava il diritto di decisione politica. L'unico criterio discriminante è quello culturale: occorrerebbe almeno l'istruzione elementare obbligatoria per tutti i cittadini[133]. D'altronde, sappiamo che l'esercizio del diritto politico è esso stesso strumento di educazione civica, dal momento che un popolo che decide consapevolmente del suo governo «è il custode naturale dell'ordine e della stabilità delle istituzioni»[134].

Riguardo alla natura del mandato: partendo dal concetto di sovranità nazionale, esso non può che essere una delegazione; ma, secondo il sistema rappresentativo, si esclude che sia imperativo[135]. Paternostro cerca di conciliare i due principi: le Assemblee ricevono il loro potere dalla «sovranità sociale», ma questo potere non è illimitato e deve esercitarsi nei "confini" stabiliti dalla costituzione. Il che apre una "questione morale" in ordine alla «efficacia» del vincolo politico: «il rappresentante sia nelle questioni fondamentali tenuto ad agire nel senso delle opinioni prevalenti nel collegio che lo ha eletto». Egli può agire con assoluta libertà «nelle questioni amministrative, di legislazione che non violino i principii che rappresenta»; ma il voto degli elettori al rappresentante è dato in previsione della osservanza, da parte di questo, del programma della sua coalizione politica. L'eletto che non si muovesse, libero sì, ma tra i «confini» delle sue promesse politiche, tradirebbe i suoi principi fondamentali e la fiducia degli elettori. In tale ottica, si dovrebbe configurare una sorta di rapporto di sorveglianza continua tra delegante e delegato, che, se non tira nuovamente in ballo il controllo dei funzionari à la Rousseau, pure ammette come «i rapporti fra eletto ed elettori è utile che siano continui per mezzo delle visite al collegio e del rendiconto che dopo ogni sessione i rappresentanti dovrebbero fare del loro operato agli elettori». In mancanza di tali rapporti reciproci, che – a dire di Paternostro – forniscono al mandatario responsabilità e ai mandanti coscienza pubblica, «il primo perde il sano criterio dei limiti e dei fini della sua autorità; i secondi cadono nell'indifferentismo politico» che produce corruzione[136].

Poste le premesse teoriche, il giuspubblicista perviene al problema sostanziale: ravvisare il sistema più efficace per la rappresentanza dell'intero corpo elettorale. Com'è noto, l'allargamento del suffragio è stato il primo vessillo della Sinistra sin dagli anni Sessanta, dapprima con i progetti Crispi e Petruccelli, poi con quello Cairoli, tutti incompiuti. Occorre attendere il "sorpasso" del 18 marzo 1876 perché Nicotera presenti la necessità di intervenire sulla legge elettorale col «ridisegnare i canali d'accesso alla partecipazione politica»[137]. Dieci anni dopo, Paternostro è coinvolto in pieno nel dibattito politico nella duplice veste di parlamentare e giurista[138]. Sono i giorni della discussione intorno all'estensione – secondo una prospettiva di suffragio universale «potenziale», di graduale integrazione delle masse nello Stato attraverso il programma di istruzione previsto con la l. Coppino del '77 –, ed allo scrutinio di lista su collegi plurinominali creati *ad hoc*[139].

«Col sistema del suffragio universale, qual è organizzato oggi, si viene al governo di tutto il popolo per una semplice maggioranza»[140]. Paternostro pone subito in luce le obbiezioni che vengono mosse al sistema maggioritario da parte dei sostenitori del plurinominale, tutte orientate attorno

al perno della tutela delle minoranze, che abbiano «parità di mezzi a fare riconoscere le proprie ragioni e i propri intendimenti»[141]. Sul punto, il confronto obbligatorio è con Stuart Mill. Posto che «un uomo è degradato ogni qualvolta altri impadroniscesi di un potere illimitato sul destino di lui»; e che, di conseguenza, «niun ordinamento di suffragio può durevolmente soddisfare, qualora per la sua organizzazione una classe o una persona trovisi assolutamente esclusa, o il privilegio elettorale non sia accessibile a tutti gli adulti che desiderano ottenerlo»[142], Mill considera scongiurabile la prevaricazione del maggior numero sulla minoranza e sui suoi rappresentanti[143]. Ma, per Paternostro, «non devesi confondere il diritto di discussione che appartiene al maggior numero, col diritto di rappresentanza»[144]. In controtendenza rispetto alla dottrina prevalente[145], il Nostro si schiera contro il sistema proporzionale e lo scrutinio di lista per quanto già si è detto, ovvero che gli eletti rappresentano la nazione, non i singoli cittadini[146]; per cui il suffragio universale assicura il diritto al voto, non la vittoria elettorale. Quest'ultima è data dal progresso nella opinione dell'elettorato, per la validità delle proposte dei candidati. In un sistema bipolare, l'alternativa tra maggioranze e minoranze si misura sul consenso elettorale, che restituisce vincitori e vinti, in un processo di alternanza dinamico e non per «artificioso meccanismo di una forma convenzionale»[147]. Così, «il creare per forza di legge una rappresentanza delle minoranze nelle assemblee decidenti è [...] il riconoscere implicitamente nelle minoranze non il solo diritto ad essere rappresentate, ma il diritto a governare nella cosa pubblica, il che non può ammettersi, se non quando siano divenute maggioranze»[148]. Paternostro si riferisce alle maggioranze *reali*, espressione delle idee e dei bisogni «prevalenti» nel Paese. Quest'ultimo ha bisogno di una efficace "opposizione", corrispettivo istituzionale del sunnominato diritto di resistenza, il quale deve tradursi nella dialettica politica, necessaria e vieppiù costruttiva, purché si risolva all'interno del sistema costituzionale. Quanto allo scrutinio di lista, esso sarebbe il nemico peggiore della trasparenza politica, stringendo – tramite il sistema del quoziente – «fra loro i gruppi con nodi più stretti dei partiti» raccolti per fini estranei alla competizione politica nell'interesse della cosa pubblica[149]; è di tali «Stati dentro lo Stato»[150] che il Paese non ha affatto bisogno, dato che essi produrrebbero un governo «fiacco, vacillante, illogico»[151]. La dottrina proporzionalista – è opinione del giurista – «sconosce il carattere deliberativo del voto» ed esclude ogni rappresentanza che «al carattere personale congiunga la sincera manifestazione dell'elemento dominante e dei dati tutti della vita pubblica nei singoli punti del suo territorio». Invece, il sistema uninominale, presupposto un allargamento del collegio, rimarrebbe l'unico a scongiurare la composizione dell'Assemblea per consorterie: «la rappresentanza deve perdere ogni carattere di territorialità ed essere personale, ma in ordine al diritto degli individui, ad affermare sempre più il carattere giuridico del voto come diritto personale»[152].

Il reale pericolo è che le minoranze coalizzate rendano disarmonico il potere legislativo ed esuberante il governativo, tagliando il necessario cordone che deve unirle, onde garantirne efficacemente l'«azione»[153].

7. *Potere «in azione»*

L'espressione è dell'A. e dà il titolo, come detto, all'ultima parte del suo volume di *Diritto costituzionale*[154]. A tal proposito, quando si è stabilito che la sovranità si esercita attraverso le funzioni di governo, va inteso che di vera «manifestazione attiva» deve parlarsi soltanto in riferimento al potere legislativo, secondo due requisiti fondamentali che la legge deve possedere: la certezza – «che ne assicura l'imperio»; e l'obbligatorietà per chiunque di uniformarvisi; persino per il Capo dello Stato, che difatti non può sospenderne l'osservanza o dispensare da essa. Una preminenza assoluta, al punto che «le leggi possono modificare i limiti di competenza dell'esecutivo e del giudiziario», semplici «funzioni del potere sociale». Dunque la Camera elettiva è «la prima ruota della macchina». Nei governi rappresentativi moderni, il Senato si limita a partecipare all'esercizio del potere legislativo, al pari del Re, a cui spetta un ruolo di moderatore che, in altri Stati, è esercitato da un Presidente[155]. Per cui non c'è sostanziale differenza tra repubbliche e monarchie rappresentative quanto al principio della sovranità nazionale. Contrariamente a coloro che affermano l'esistenza di un effettivo potere in capo al Sovrano in base alla prerogativa regia[156], Paternostro nega decisamente che si possa parlar d'altro che di «funzione moderatrice», non oltre «i confini nei quali lo pone la costituzione»; se la carta va interpretata in senso progressivo, l'esigenza dei tempi correnti mette al primo posto la decisione del «parlamento revisivo», come già si è detto. Con ciò, non s'intende affatto disconoscere che «le costituzioni danno allo Stato un Capo perché le diverse funzioni del potere sociale abbiano unità, perché non restino isolate, perché lo Stato abbia un centro d'azione, perché infine possa essere rappresentato tanto nei rapporti interni che negli internazionali da un'istituzione costante, visibile, attiva, completa»[157]. Ma si tratta di una figura "rappresentativa", non "rappresentante", perché non elettiva. L'unica vera rappresentanza è nella Camera che esercita il "solo" potere, quello legislativo[158].

Ha esso dei confini? È la costituzione a determinare la sfera di azione delle funzioni pubbliche e a creare tra loro contrappesi che garantiscano contro i possibili abusi di ciascuna; però, aggiunge Paternostro, «se è possibile l'equilibrio, non è tale che la prevalenza non sia da qualche parte». Delle due l'una: o il *potere sociale* è limitato dallo Statuto, che, dunque, lo regola; oppure è supremo, «complemento dell'intiero sistema di governo», al di sopra persino delle costituzioni. Se, come riconosciuto, la sua autorità non può che risiedere nelle camere elettive, esse «non debbono» rompere gli equilibri costituzionali, purtuttavia «li piegano alla necessità del tempo interpretandone lo spirito». D'altronde, «la costituzione deve rispondere alla forma affermata dalla coscienza nazionale», eccedendo le formule scritte: «dai reggimenti più antichi fino ai moderni si vede il potere sociale presentarsi sotto una triplice forma – il comando della legge – la legge posta in atto – i giudizi dei fatti secondo le leggi». La legge è una, perché una è la sovranità della nazione; sono le funzioni ad essere divise «per rispondere al modo naturale, col quale funziona in tre momenti diversi il potere sociale»[159]. Pertanto, è in base all'elemento razionale corrispondente al principio del progresso che il potere legislativo si autolimita.

In ultima analisi, Paternostro non sembra tener distinti potere costituente e potere legislativo, riconoscendo piuttosto due diversi momenti del secondo. Rielaborando la teoria di Ahrens[160], il nostro giurista sostiene che il legislativo si può manifestare in due forme: per l'appunto, «come potere costituente quanto alle leggi ed alle istituzioni fondamentali e come potere legislativo che formula i principi generali destinati a regolare tutti i rapporti» tra i cittadini e tra la società e le istituzioni[161]. In entrambi i casi – atto costituente e atto legislativo – si intende il potere unico della nazione. Per tali ragioni, il costituente deve contenersi alla funzione – essenziale – di limite e garanzia senza alcuna «demarcazione geometrica». Dunque, la costituzione si pone non tanto al di sopra, quanto "al di fuori" della sovranità, con il compito di orientare l'esercizio delle funzioni «al fine che [il potere sociale] si propone»[162].

La Camera pone in atto il suo "potere", oltre che «col fare le leggi» anche «col curarne l'imperio», cioè mediante il potere di sindacato, di cui la costituzione scritta non esaurisce l'ampiezza della portata. A parere di Paternostro, «è questo supremo potere di azione su tutta la cosa pubblica […], riposto nella facoltà di tutto sindacare, di controllare tutti gli atti del governo, questo potere si vede nell'azione […] ma non se ne determinano tutte le attribuzioni, che l'emanazione circostanziata è impossibile». Di certo riguarda l'approvazione del bilancio, «perché senza di ciò il sistema rappresentativo non avrebbe significato»[163]. Proprio in ossequio al principio del suffragio popolare[164], si tratta di compiti che la Camera deve adempiere unita. Paternostro non condivide le posizioni di chi, come Stuart Mill, riguarda l'utilità delle commissioni esecutive all'interno del Parlamento, per il motivo che «un'assemblea numerosa è altrettanto impari alle materie speciali di legislazione, quanto lo è a quelle di amministrazione». La remora dell'Inglese riguarda pure l'esattezza nella compilazione della legge, per cui sarebbe d'uopo che i provvedimenti non venissero «votati clausola per clausola in un'assemblea composta di elementi diversi»[165]. Paternostro sindaca ogni punto, per lo stesso principio, suesposto, per cui la rappresentanza non dev'essere parcellizzata. Il pericolo evidenziato è che anche le suddette commissioni possano diventare potentati mediatori di interessi relativi, contro quello generale della Nazione.

Per tali motivi, oltre a legiferare unita, la Camera deve farlo da sola. In una costituzione al passo coi tempi, il potere di iniziativa[166] da parte del Re dovrebbe essere soltanto nominale, dacché esercitato per mezzo dei Ministri responsabili che, seppure preposti dal sovrano, escono «dal seno della maggioranza» e, dunque, «svolgono nelle loro proposte di legge il programma di questa maggioranza medesima»[167]. Conseguenziale al diritto di iniziativa è quello di emendamento, di cui alcuni arrivano a negare l'utilità. Il "bersaglio" è ancora Mill, secondo cui il diritto di emendamento, rallentando i lavori del legislatore, sarebbe più di suo danno che di correttivo. Diversamente, per Paternostro, che le Camere si limitino ad approvare o meno le leggi, lasciandone la formazione, come detto, a corpi speciali altamente competenti[168], è «un controsenso a tutto il sistema parlamentare». È certamente utile demandare all'Esecutivo la funzione di redigere regolamenti[169], lasciandogli anche, con l'iniziativa delle leggi, campo aperto a quelle

proposte riconosciute necessarie in materia amministrativa[170]; ciò detto, al contrario di quanto sostenuto da Mill, «un'Assemblea legislativa è sempre, qualunque sia il suo livello, al di sopra di un qualunque consesso ristretto»[171], sia per competenze – dato che non si vede perché coloro che sono ritenuti capaci non debbano essere già presenti nella Camera –, sia per rispetto alla Nazione, che «manda a rappresentarla quelli che reputa più atti all'ufficio di legislatori», contro ogni concetto di «gruppo speciale»[172]. Se la libertà dei cittadini non può che garantirsi attraverso la mediazione parlamentare, Paternostro subisce come un *vulnus* al sistema rappresentativo l'autoritarismo governativo e rimarca i pericoli della sua invadenza[173]. Basti soltanto pensare all'ingerenza nel giudiziario, contro ogni garanzia della sua indipendenza[174].

Sono posizioni che, talvolta, possono apparire di retroguardia, a sostegno di un ideale repubblicano, negli stessi anni, già oggetto di discussione; con buona pace del potere sociale e del suffragio universale[175]. Di lì a poco, l'indirizzo giusformalistico avrebbe fatto della rappresentanza parlamentare un'espressione della "personalità giuridica" dello Stato, titolare ultimo della sovranità scevra dalle sue connotazioni politiche[176], a tutela della conservazione borghese[177]. Ciò non di meno, alcune sue aspirazioni – sebbene inevitabilmente incerte – ad un sistema di *welfare* proto-"liberal-democratico", garantito da un organo giudiziario preposto alla vigilanza delle leggi costituzionali, pongono il giurista oltre certi schematismi del suo tempo. E, in ogni caso, non si può evitare di riconoscergli una costante coerenza tra impegno personale e «principii, pur assoluti, con l'ardore appassionato della parola»[178].

[1] Cfr. D. Galliani, voce *A. Paternostro*, in *Dizionario dei giuristi italiani*, Bologna, Il Mulino, 2013, vol. II, pp. 1521-1522.

[2] A. Paternostro, *Sulla dottrina della rappresentanza proporzionale delle minoranze. Considerazioni*, Roma, Tipografia del Senato, 1878, p. 122.

[3] Eccezion fatta per L. Borsi, che dedica al giurista dense pagine nel corso di una più ampia trattazione (cfr. *Storia Nazione Costituzione. Palma e i 'preorlandiani'*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 375-391).

[4] A. Paternostro, *Dello svolgimento del problema politico*, Napoli, Stab. Tip. Partenopeo, 1878, p. 10.

[5] Ivi, p. 20.

[6] Cfr. anche M. Galizia, *Diritto costituzionale (profili storici)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1964, vol. XII, pp. 962 ss.

[7] Borsi, *Storia* cit., p. 2.

[8] Come noto, le prime cattedre di Diritto costituzionale risalgono al periodo giacobino, a partire da quella di Ferrara, istituita con D. 31 marzo 1797 e affidata al Compagnoni; e, poco dopo, Pavia con Alpruni e Bologna con Algerati. Nel 1799 (D. 21 gennaio), se ne aggiunge una quarta, a Brera, per il Fusinieri (cfr. Galizia, *Diritto costituzionale* cit., p. 962).

[9] Per un prospetto storico, P. Alvazzi Del Frate, *Il costituzionalismo moderno. Appunti e fonti di storia del diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 59 ss.

[10] G.D. Romagnosi, *Della costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa (la scienza delle costituzioni)*, in *Opere scelte*, Roma, a cura della Reale Accademia d'Italia, 1937, vol. II, p. 867. Sull'A., tra tutti, L. Mannori, *Uno Stato per Romagnosi*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 1984. Di recente pubblicazione S. Parini Vincenti, *Un 'vecchio' noi ed un 'nuovo' loro. L'introduzione enciclopedica allo studio del diritto di G.D. Romagnosi*, in «Italian Review of Legal History», n. 8, 2015, pp. 1-16.

[11] G.D. Romagnosi, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Milano, Stamperia Malatesta, 1814.

[12] Cfr. P. Rossi, *Cours de droit consti-*

tutionnel, Paris, Guillaumin, 1866.

[13] Sul punto, G.S. Pene Vidari, *La prolusione di P.S. Mancini all'Università di Torino sulla nazionalità (1851)*, in Id. (a cura di), *Verso l'Unità italiana. Contributi storico-giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 21-34.

[14] Cfr. Alvazzi Del Frate, *Il costituzionalismo* cit., pp. 15-20, 55-58.

[15] G. Saredo, *Principi di Diritto costituzionale*, Parma, Grazioli, 1862, vol. I, p. 21.

[16] L. Palma, *Corso di Diritto costituzionale* (1877), Firenze, Pellas, 1883, p. 58.

[17] L. Luzzatti, *Del metodo nello studio del diritto costituzionale*, Padova, Sacchetto, 1867, p. 9.

[18] E. Pessina, *Manuale del diritto pubblico costituzionale* (1849), Napoli, St. Poligrafico, 1900, pp. 30 ss. Sul giurista, tra gli altri contributi, cfr. F.P. Casavola, *Ritratti italiani. Individualità e civiltà nazionale tra XVIII e XXI secolo*, Napoli, Guida, 2010, pp. 107 ss.

[19] Sul punto, cfr. Galizia, *Diritto costituzionale* cit., p. 966.

[20] Sul tema, tra gli altri, M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979; Id., *La Scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001.

[21] A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 9.

[22] G. Carnazza, *Il diritto costituzionale italiano*, Catania, Giannotta, 1886, p. 10.

[23] P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 3. *La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 211.

[24] Borsi, *Storia* cit., p. 8.

[25] Ho affrontato il problema in G.P. Trifone, *Il diritto al cospetto della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, pp. 18-29 e *passim*.

[26] B. Spaventa, *Principi di etica* (1867), Napoli, Pierro, 1904, p. 139.

[27] Mi permetto di rinviare, oltre a Trifone, *Il diritto* cit., a Id., *Rappresentanza armonica e crisi del mandato politico in Vincenzo Miceli*, in «Giornale di Storia Costituzionale», n. 16, 2008, pp. 129-153; Id., *Il dovere elettorale in uno scritto di Luigi Rossi*, in «Giornale di Storia Costituzionale», n. 17, 2009, pp. 207-218; Id., *La sovranità come "funzione" dello Stato. Una critica di Alfredo Codacci-Pisanelli al dogmatismo volontaristico*, in «Jura gentium», n. 12, 2015, pp. 7-32.

[28] Invero, è del 1883 l'ultimo tra gli scritti di argomento giuspubblicistico, *L'uomo morale e la vita degli Stati* (Palermo, Tipografia dello Statuto) – se si esclude il manoscritto mai edito delle lezioni di filosofia del diritto tenute a Tokyo nel 1889, su cui M. Losano, *Tokyo 1889: il corso di filosofia del diritto del consigliere giuridico Alessandro Paternostro*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», n. 3, 2006, pp. 355 ss.). Si tratta del discorso inaugurale all'Università di Palermo per la riapertura degli studi dell'Anno accademico 1882-1883. Ma è uno scritto minore, in cui il tema, ormai non più nuovo, del progresso – dell'individuo e dello Stato – è affrontato in chiave sociologica e comparativa delle scienze biologiche. Il popolo non è un'astrazione, ma un organismo i cui elementi sono gli individui singoli. Libertà individuale si coniuga con solidarietà collettiva.

[29] Che, come noto, va dal 1876 al 1887, con le "pause" dei governi Cairoli, che non segnano una sostanziale discontinuità (cfr. C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia* (1974), Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 154-195).

[30] Si ricordino i provvedimenti del 1877: la l. 13 maggio sulle ineleggibilità parlamentari, la l. Coppino del 15 luglio sulla pubblica istruzione, la l. 28 febbraio sulla riforma dell'imposta di ricchezza mobile. Tutte partite da progetti di motivo democratico e tradottesi in altrettante scelte di iniquità sociale (cfr. ivi, pp. 172 ss.).

[31] Ivi, pp. 162 ss.

[32] A. Paternostro, *Studio sulla questione sociale*, Roma, Gilberti, 1875, p. 10.

[33] Ivi, p. 12.

[34] Ivi, p. 15.

[35] Cfr. ivi, p. 83.

[36] Cfr. Ghisalberti, *Storia* cit., pp. 169-172, 181-183.

[37] Tradottasi nel T.U. 24 settembre 1882. Ampiamente *ultra*, paragrafo 6.

[38] Paternostro, *Dello svolgimento* cit., p. 7.

[39] A Palermo riceve i primi incarichi e viene eletto deputato nel suo collegio il 23 maggio 1886. Nel 1888, parte per il Giappone e ivi trascorre quattro anni come consigliere giuridico presso il ministero della Casa Imperiale. Fa ritorno in Italia successivamente al passaggio alla presidenza del Consiglio da Crispi a Giolitti, ed entra a far parte di un ristretto gruppo parlamentare definitosi legalitario. In effetti, la lunga missione giapponese, pur densa di soddisfazioni personali e professionali – il Nostro avrebbe altresì avuto un ruolo in importanti faccende diplomatiche e tenuto corsi di diritto costituzionale e di filosofia del diritto –, è dovuta alle divergenze con Crispi, acuitesi nel 1888, in seguito alle critiche mosse da Paternostro al primo ministro in merito alle modificazioni della legge comunale e provinciale e alla legge di pubblica sicurezza (M. Losano, *La traduzione della costituzione Meiji di Alessandro Paternostro, consigliere giuridico in Giappone dal 1888 al 1892*, <http://www.dircost.unito.it/cs/pdf/18890211_giapponeCostituzione2_ita_nota.pdf>, *passim*, pp. 1 ss.).

[40] R. Dimichino (a cura di), *A. Paternostro, L'ideale e l'interesse. Tre discorsi politici*, Palermo, Sellerio, 1995, p. 14. Nel suo primo discorso politico per la candidatura a parlamentare, Paternostro afferma la natura non rivoluzionaria della "sua" sinistra: «la sinistra dinastica crede alla durata dell'al-

leanza della democrazia con la Monarchia e vi ha fede. La sinistra evolutiva non vi crede e non vi ha fede. Le due sinistre dovranno nella nuova demarcazione dei partiti di necessità unirsi, perché la dinastica vuole con l'altra le riforme, l'evolutiva affida all'evoluzione storica la realizzazione dei suoi ideali ultimi» (A. Paternostro, *Discorso agli elettori del I° Collegio di Palermo nella sera del 30 ottobre 1882*, Palermo, Tip. Del Giornale di Palermo, 1882, pp. 6 ss.). Una posizione affermata anche altrove: «cosa deve intendersi per disciplina di partito? Abdicare forse alla propria logica, rinunciare ai propri convincimenti, sconfessare all'uopo i principi seguiti in tutta la vita? […] Ad una disciplina di partito simile, [per la quale] colla prepotenza del numero si opprime la ragione, preferisco l'agitarsi di forze individuali sparse e discordi» (Id., *Della Camera elettiva*, Napoli, St. Tip. Partenopeo, 1877, p. 148).

41 Dimichino, *A. Paternostro* cit., p. 13.

42 A. Paternostro, *Diritto costituzionale teorico, patrio e comparato*, Napoli, Stab. Tip. V. Morano, 1879, pp. 496 e *passim*: «i poveri si numerano a masse, e le masse sono forze, brute, cieche, ma forze. […] Siano illuminate da qualche voce eloquente, e minacciose insorgono» (p. 49).

43 Art. 26. – La libertà individuale è guarentita. Niuno può essere arrestato, o tradotto in giudizio, se non nei casi previsti dalla legge, e nelle forme ch'essa prescrive (*Statuto albertino*, *Fonti*, in Alvazzi del Frate, *Il costituzionalismo* cit., p. 135).

44 «La vecchia storia dell'ordine salvato colle leggi di eccezione in momenti di eccezione, o con una legge di pubblica sicurezza che mantenga l'arbitrio delle polizie, è la storia dei colpi di Stato, delle libertà manomesse, degli innocenti confusi coi rei, del terrore esercitato con polizie corrotte, disoneste, corruttrici» (Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 78).

45 In particolare: gli artt. 194 – 205 c.p., dall'obbedienza gerarchica all'autorità finno alla violazione di domicilio, sono «da un canto troppo miti, tenuto conto della gravità della violazione e degl'interessi che possono essere mossi per perpetrarla; sono d'altra parte insufficienti alla guarentigia», soprattutto l'art. 194: «l'obbedienza cieca è propria di schiavi, non di cittadini, e sotto il funzionario, qualunque siano le sue funzioni civili o militari, vi è il cittadino; al di sopra di tutti vi sono le leggi e il diritto». ma la garanzia del cittadino non si ferma ai casi di possibile abuso; essa si estende «ai casi di uso legittimo della potestà sociale per reprimere in ciascun cittadino l'abuso ch'egli facesse della libertà propria a danno del diritto altrui» (ivi, p. 79).

46 A fronte del principio della divisione dei poteri, è da stabilire «1 – quale potere debba conoscere delle accuse e delle prove, ed ordinare, occorrendo, la privazione della libertà personale; 2 – quali casi facciano legittimo l'arresto; 3 – quali formalità debbano osservarsi». Nell'applicare il diritto e la procedura penale, il potere giudiziario è tenuto a rispettare il dettato dell'art. 71 dello Statuto, ovvero il diritto del cittadino di non essere distolto dai propri giudici naturali. Pertanto, tribunali e commissioni straordinarie sarebbero inammissibili. Gli artt. 70-76 e l'art. 105 fino al 109 delle legge di pubblica sicurezza (Modificazioni alla legge di pubblica sicurezza del 20 marzo 1865, n. 2248, allegato B, e 6 luglio 1871, n. 294) pongono nelle mani di un Pretore e della Autorità di pubblica sicurezza la facoltà di comminare pene come ammonizione e domicilio coatto a categorie di sospetti, non di rei, nonché la sorveglianza speciale a chi ha già scontato la pena. «I mandati di cattura debbono essere eseguiti dagli agenti di polizia giudiziaria esclusivamente, e l'ordine ad essi impartito è illegale se venga da altra autorità che non siano i funzionari dalla legge designati», ex artt. 188 e 182 c.p.p. L'art. 186 sancisce, per il giudice istruttore, il divieto di mandato sulla base di semplici querele e denunce, ma, nella pratica, il principio che richiede indizi sufficienti viene violato di continuo in base a criteri personali del giudice ed altre eccezioni. Eseguito l'arresto, gli articoli 197, modificato ex l. 30 giugno 1876, e 231 c.p.p. non sono sufficientemente garantisti: la Camera di Consiglio comprende il giudice istruttore e relatore; tarda la sua azione di mesi; non garantisce all'imputato un giusto processo. Infine, la legge sulla libertà provvisoria, modificata il 30 giugno 1876, non risponde ai principii liberali. In breve, «molto manca alla legislazione italiana, e con talune leggi espressive di carattere poliziesco e non giuridico troppo è viziata, perché possiamo dire che nel nostro Paese sia tutelata la libertà individuale» (cfr. Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., *passim*, pp. 76-87 e Id., *Note sui giudizi penali*, Napoli, Stab. Tip. Partenopeo, 1876).

47 «Il cittadino che si neghi a pagare una tassa non consentita dalle Camere o dichiarata non imponibile dalla Costituzione, esercita il suo diritto di resistenza. Il cittadino che si oppone anche colla forza al proprio arresto arbitrario, fuori dei casi e delle forme previste dalla legge, è nel suo diritto […]. Non è chi si vede arbitrariamente leso che deve considerarsi in dovere di sottilizzare sulla legalità del titolo esecutivo; è chi procede all'arresto di un cittadino quegli che deve essere in perfetta regola» (ivi, p. 79). Il giurista non è isolato. Tra gli altri sostenitori del diritto di resistenza, Pessina, *Manuale* cit.; D. Carutti, *Dei principi del governo libero*, Torino, Tip. Ferrero e Franco, 1852; L.A. Me-

legari, *Sunti delle lezioni del diritto costituzionale*, Torino, Tip. Laudi, 1859; P. Castiglioni, *Della monarchia parlamentare e dei diritti e doveri del cittadino secondo lo Statuto e le leggi del Piemonte*, Milano, Tip. Guglielmini, 1859; L. Casanova, *Del diritto costituzionale. Lezioni*, Genova, Tip. Lavagnino, 1859-60.

48 Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 518.

49 La sua intransigenza a tal proposito lo porta a militare in un ristretto gruppo guidato da Felice Cavallotti; pur rimanendo sempre fedele all'idea che la battaglia politica andasse combattuta all'interno delle istituzioni, e non contro di esse: «presi posto in quella sinistra storica che rappresentava le idee avanzate di un partito sempre costituzionale, e stetti al mio posto e combattei il trasformismo e, senza stancarvi di citazioni, gli atti parlamentari fanno fede che io non fui né deputato muto, né deputato ciecamente fedele alla disciplina del mio partito, quando il partito non mi pareva conseguente a quelle idee di libertà che erano state il mandato imperativo degli elettori di Palermo» (A. Paternostro, *Discorso politico agli elettori del IV Collegio di Palermo nel Teatro Bellini il 17 maggio 1896*, Palermo, Tip. F.lli Vena, 1896, p. 5).

50 Paternostro si inserisce in un dibattito amplissimo, che vede coinvolti studiosi come R. Bonghi (*I partiti politici nel Parlamento italiano*, in «Nuova Antologia», n. VII, 1868), A. Scialoja (*Della mancanza dei veri partiti politici in Italia e del come potrebbero sorgere*, in «Nuova Antologia», n. XIII, 1870), L. Palma (*I partiti politici in Italia*, in Id., *Questioni costituzionali* cit.). Anche la letteratura sull'argomento è vasta; mi limito a ricordare P. Pombeni, *Partiti e sistemi politici nella storia contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 1985; Borsi, *Stato* cit.; M. Gregorio, *Le dottrine costituzionali del partito politico*, Firenze, Firenze University Press, 2012; D. Palano, *Il potere della moltitudine*, Milano, Vita e Pensiero, 2002.

51 Paternostro, *Discorso* cit., p. 5.

52 Paternostro, *Sulla dottrina* cit., p. 18.

53 Dopo aver fatto da mediatore tra proprietari terrieri e contadini nei giorni della repressione crispina contro i Fasci siciliani, Paternostro, in un acceso dibattito parlamentare, bolla lo stato d'assedio come atto lesivo della libertà costituzionalmente garantita (*Discorso alla Camera dei Deputati, Legisl. XVIII – Sess. I – Discussioni, tornata del 2 marzo 1894*). Rimostranze ribadite nel 1896, all'atto della denuncia di una politica inquinata dalle clientele personali. La corruzione della politica istituzionale reca in sé il rischio delle derive insurrezionali ed anticostituzionali (cfr. Dimichino, *L'ideale* cit., pp. 18 ss.). Per un punto di vista diverso, secondo cui il socialista, «partito dei poveri e delle plebi affamate» piuttosto che di classe, è stato favorevole alla tenuta della monarchia negli anni successivi ad Adua, in quanto che «funzionava come un'ancora di salvezza, lanciando le masse alle conquiste economiche ed evitando tutte le questioni istituzionali», cfr. M. Missiroli, *La monarchia socialista* (1913), Firenze, Le Lettere, 2015, pp. 74 ss. Su una particolare analisi liberale dell'incombente "pericolo" socialista, mi permetto di richiamare G.P. Trifone, *"Colmare il baratro". Il pericolo socialista secondo Emile de Laveleye e Manfredi Siotto Pintor*, in «Giornale di Storia Costituzionale», n. 25, 2013, pp. 352-271.

54 Paternostro, *Sulla dottrina* cit., p. 7.

55 Per la sua critica al socialismo "utopistico", rinvio a A. Paternostro, *Della permanenza dei governi popolari*, Roma, Tip. E Lib Tiberina di F. Setth, 1895.

56 Paternostro, *Discorso agli elettori del IV Collegio*, cit., in Dimichino, *L'ideale* cit., p. 64.

57 «Oggi la proprietà si legittima su fondamenti diversi: il lavoro, utile sociale; la guarentigia del prodotto del lavoro, attività sociale. […]» I termini della questione, a dire del giurista, sono i seguenti: «parte che deve toccare al capitale, parte che deve toccare al lavoro nella distribuzione della ricchezza prodotta». Le masse cooperano alla produzione della ricchezza da cui vengono escluse. In sintesi, compiti dello Stato liberale sono: garantire l'istruzione pubblica; tendere ad eliminare le disuguaglianze, rendendo la proprietà raggiungibile per tutti attraverso il lavoro equamente retribuito, quindi evitare l'accentramento della ricchezza; garanzia per il risparmio, la vecchiaia, la malattia; assistenza all'infanzia e alle donne (cfr. Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., *passim*, pp. 49-53). Lo studioso accoglie più favorevolmente il «socialismo possibilista» di Benoit Malon (sul punto, G. Cerrito, *Radicali e socialisti in Sicilia (1860-1882)*, Messina, D'Anna, 1958). Sugli aspetti del socialismo giuridico, tra gli altri, cfr. C. Ghisalberti, *La codificazione del diritto in Italia*, Roma-Bari, Laterza, 1985, pp. 149 ss.

58 Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 23.

59 Borsi, *Stato* cit., p. 379.

60 Cfr. Losano, *Tokyo 1889* cit., p. 353.

61 «A rispondere dunque se la proprietà debba essere individuale o collettiva, sarebbe da porre, secondo a me pare, la possibilità della coesistenza intrecciata dei due sistemi, nonché la distinzione delle diverse forme della proprietà privata. E per vero, se la legittimità della proprietà frutto del proprio lavoro è incontestabile; se l'accumulazione sicura e guarentita dei capitali torna a vantaggio della società, la cui esistenza è legata alla produzione; si potrà applicare eguale criterio ad ogni ordine di proprietà? […] E la questione sociale non potrà condurci forse ad un sistema per cui le diverse proprietà, istrumento

di produzione nuova, non vengano accentrate nelle stesse mani? Oggi il problema sociale è riposto nel non negare il diritto alla proprietà, ma nell'aprire per tutti la via alla proprietà» (Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 132).

62 Sul progetto di riforme, più ampiamente Paternostro, *Discorso agli elettori del IV Collegio* cit., p. 70.

63 «Il principio regolatore è quello dell'autonomia locale, perché il piccolo centro prepara l'amministratore per centri maggiori e perché amministrando ciascuno la cosa propria, si sviluppa il sentimento della responsabilità, il che è guarentigia di libertà, perché coloro che amministrano sono sotto le influenze del di fuori» (Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 239).

64 Sul "modello" costituzionale nord-americano, tra gli altri, cfr. M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 74 ss.; Id., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 53 ss.

65 Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 58.

66 Sul punto, A. Caracciolo, *Stato e società civile problemi di unificazione italiana*, Torino, Einaudi, 1960; C. Pavone, *Amministrazione centrale e amministrazione periferica da Rattazzi a Ricasoli (1859-1866)*, Milano, Giuffrè, 1964; E. Ragionieri, *Politica e amministrazione nella storia dell'Italia unita*, Roma, Editori Riuniti, 1979.

67 C. Malandrino, *Democrazia e federalismo nell'Italia unita*, Torino, Claudiana, 2012, p. 53. Sul punto, anche F. Felis, *Italia unita o disunita? Interrogativi sul federalismo*, Roma, Armando, 2013, pp. 9 ss.

68 Paternostro, *Diritto Costituzionale* cit., p. 238.

69 *Ibidem*.

70 Paternostro, *Discorso* cit., p. 70.

71 In particolare H. Spencer, *Principes de sociologie*, tr. par E. Cazelles (et J. Gerschel), Paris, Germer Bailliere, 1880; E. Littrè, *Application de la philosophie positive au gouvernement des sociétés et en particulier a la crise actuelle*, Paris, Librairie Philosophique de Ladrange, 1850; F. de Coulanges, *La Cité antique: étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*, Paris, Hachette, 1866.

72 Paternostro, *Dello svolgimento* cit., p. 37.

73 Cito il carteggio inedito del Corso di filosofia del diritto che Paternostro scrisse durante il soggiorno giapponese, quale riportato da Losano, *Tokyo 1889* cit., pp. 356 ss.

74 Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 8.

75 Ivi, p. 13.

76 Paternostro, *Dello svolgimento* cit., p. 35 e Id., *Diritto costituzionale*, cit., pp. 30-31.

77 Paternostro si riferisce a W. Bagehot, *The English Constitution*, London, Chapman & Hall, 1867, Lect. XIII (cfr. *Diritto costituzionale* cit., pp. 164-167).

78 Ivi, p. 23.

79 Paternostro, *Dello svolgimento* cit., p. 36.

80 J. Simon, *La liberté politique*, Paris, Hachette, 1871, Cap. V, *Conclusion*, cfr. Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 41.

81 Il richiamo è a E. Kant, *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato (1792) 1851*, cit., in *Ibidem*.

82 Cfr. W. Humbolt, *Saggio sui limiti di attività dello Stato*, a cura di G.B. Bianchi, Milano, Garzanti, 1947, pp. 90 ss.

83 Cfr. *L'individue et l'État*, Paris, Librairie de Guillaumin et C.le, Editeurs, 1865.

84 Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 43.

85 Ivi, p. 45.

86 Per una teoria del governo rappresentativo puro, «fondato sul principio, che tutti i diritti e tutti i poteri appartengono sempre al corpo intero della nazione», cfr. anche D. Soria, *Corso di Diritto pubblico parlamentare*, Torino, Tip. Pavesio e Soria, 1851, vol. I, p. 24.

87 Paternostro, *Della Camera* cit., p. 9.

88 «La l. 17 marzo 1861, con cui al Re di Piemonte fu dato il titolo di Re d'Italia, e la legge dello stesso anno per la intitolazione degli atti completano il concetto di una forma di governo che è il risultato della tradizione monarchica e della volontà popolare ragionevolmente indicata colla seconda parte della formola: per volontà della Nazione» (Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 173). Sul punto, anche E. Pessina: «la Costituzione non è una largizione del potere reale, né un contratto fra principe e popolo, ma una convenzione che gli individui tutti di una associazione politica conchiudono tra loro, sia per espresso modo sia per tacito, sulle norme che deve seguire la sovranità» (*Manuale* cit., p. 196).

89 Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 7.

90 Ivi, p. 21.

91 Ivi, p. 22.

92 *Ibidem*.

93 Ivi, p. 33.

94 Cfr. Paternostro, *Della Camera* cit., pp. 12 ss.

95 Il riferimento di Paternostro è a Robert Filmer, autore del *Patriarcha, or the natural power Kings*, pubblicata postuma nel 1680. La teoria di Filmer diviene il più efficace strumento della propaganda Tory per la restaurazione dell'assolutismo monarchico contro le pretese da parte dei Whigs negli anni '70 del secolo XVII (sul tema, L. D'Avack, *Costituzione e rivoluzione, La controversia sulla sovranità legale nell'Inghilterra del '600*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 304 ss.).

96 Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 25.

97 Ma soprattutto «il maggior filosofo del più assoluto dispotismo democratico». La frase è di L. Palma (*Il diritto costituzionale negli ultimi cent'anni*, in Id., *Questioni costituzionali, volume complementare del Corso di diritto constituzionale di Luigi Palma*, Firenze, Pellas, 1885, p. 15), ma l'"antirousseauvianesimo" è un

atteggiamento diffusissimo nella cultura giuridica liberale (la letteratura è vastissima; tra tutti, almeno P. Costa, *Lo Stato immaginario: metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986).

98 Altri, come P. Castiglioni, riconoscono il potere sociale quale definito da una costituzione «approvata dalla maggioranza dei cittadini» (*Della monarchia*, cit., vol. I, p. 49). Per Paternostro, il potere sociale precede il momento costituente (cfr. *ultra*).

99 Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 27.

100 Carutti, *Dei principii* cit., p. 147.

101 Pessina, *Manuale* cit., p. 124.

102 Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 28. L.A. Melegari riconosce l'insieme dei tre poteri politici in un unico potere, quello legislativo «in cui risiede, ferma nella sua unità la sovranità dello Stato» (*Sunti* cit., pp. 237 ss.). Per una posizione nettamente divergente, rigettante la classica tripartizione come astratta e riconoscente due poteri «reali» in capo al Re e in capo alle Camere, C. Balbo, *Della monarchia rappresentativa in Italia, Saggi politici di Cesare Balbo, Della politica nella presente civiltà, abbozzi, del medesimo Autore*, Firenze, Le Monnier, 1857, pp. 214 ss.

103 «La separazione di una parte dello Stato, la sua costituzione a Stato indipendente, la sua unione ad altro Stato, trattandosi di Stati composti di nazionalità diverse, non trova ostacolo nel carattere di indivisibilità dello Stato sovrano, perché questo carattere, tutela della sovranità legittima di un popolo, non può mutarsi in arme di oppressione quando un popolo voglia staccarsi da un corpo dove egli non è sovrano, ma soggetto a sovranità non legittima. Ciò avviene nelle rivendicazioni di nazionalità, perché il principio di nazionalità rappresenta per gli Stati quella autonomia giuridica, che il principio di libertà individuale rappresenta per ciascun uomo» (Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 28).

104 Cfr. ivi, pp. 31 e 173.

105 Ivi, p. 32.

106 L. Palma, *Questioni di diritto costituzionale*, Firenze, Pellas, 1885, p. 13. Sull'A., K. Lavagna, *Le trasformazioni istituzionali nell'Italia liberale: il contributo di Luigi Palma*, Roma, Aracne, 2010.

107 Carnazza, *Il diritto costituzionale* cit., pp. 105.115.

108 E. Prestandrea, *Del potere costituente e se lo Statuto italiano possa riformarsi ed in qual modo*, Catania, Tip. Rizzo, 1881, p. 5.

109 *Ibidem*.

110 «Ciò ch'è costituito suppone un atto costituente, come un orologio ricorda il suo artefice» (A. Pierantoni, *Trattato di Diritto costituzionale*, Napoli, Marghieri, 1873, p. 224).

111 Paternostro, *Dello svolgimento* cit., p. 19.

112 Basti soltanto un accenno: «in Inghilterra il parlamento ha svolto con atti successivi la costituzione fondandosi sui propri diritti di rappresentanza. In Francia, ora i Re, ora le Assemblee hanno esercitato di fatto il potere costituente; tuttavia il principio che vi prevale è che il potere costituente passi i confini del potere legislativo» (Ivi, p. 32. Più ampiamente *ultra*).

113 Senz'altro non è il solo. Tra i molti esponenti della letteratura di commento allo Statuto, P. Castagna, *Comentario allo Statuto italiano*, Firenze, G. Barbera, 1865; A. Vismara, *Statuto fondamentale commentato e spiegato al popolo italiano con alcuni confronti colle Carte e Costituzioni straniere*, Milano, Stab. Tip. F. Manini, 1865; F. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, 3 voll., Torino, Ute, 1909.

114 Paternostro, *Dello svolgimento* cit., p. 33.

115 «Ovunque esiste costituzione scritta, il corpo dei rappresentanti non ha e non può avere altre facoltà legittime se non quelle che sono dalla stessa costituite e determinate» (Casanova, *Del diritto* cit., vol. I, p. 153).

116 «Anfora tersa e innocente che piglia il liquore che gli si mette» (T. Mamiani, *Il potere costituente e le condizioni attuali in Italia*, in «Nuova Antologia», Seconda serie, fasc. XIII, 1 luglio 1879, pp. 3-45).

117 Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 35. Anche in questo caso si rileva la divergenza con Prestandrea, per cui miglior sistema è l'approvazione delle modificazioni costituzionali dal voto popolare diretto: il popolo, «quale componente la nazione è l'organo stesso del potere costituente (*Del potere* cit., p. 87).

118 «Il Parlamento ha, secondo i casi, provveduto, senza tener conto delle circostanze indicate dallo Statuto», a partire dall'art. 1 e, a seguire, dagli artt. 28, 76, 82. La necessità del caso concreto ha di fatto lasciato che le Camere si sovrapponessero alla costituzione. «Sarebbe stato meglio – afferma Paternostro – riordinare lo Statuto, ma non è stato possibile, per le circostanze politiche del Paese, convocare una Costituente. Sicché il Parlamento ha dovuto fare e farà leggi costituzionali. Non è il migliore sistema» (Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 33).

119 Il che, tra l'altro, varrebbe non diversamente per un'assemblea costituente: «la sovranità le è solo delegata, e si porrà fuori dal diritto ogni qual volta la sua azione non sia di guarentigia ai diritti individuali» (Ivi, p. 37).

120 Ivi, p. 38. Sembra che Paternostro non accenni esplicitamente alla necessità di una legge di revisione costituzionale. Diversamente, Prestandrea e Palma (cfr. Borsi, *Stato* cit., p. 383).

121 L. Minguzzi, *La teoria della opinione pubblica nello Stato costituzionale*, Bologna, Zanichelli, 1887, p. 137.

122 «L'esercizio del diritto politico è strumento di educazione perché il cerchio delle idee si allarga,

perché il meccanismo delle leggi nella discussione dei pareri viene compreso; perché la esclusione del diritto costituendo una rara eccezione la fa sembrare una diminuzione di capo, una inferiorità sociale, da cui ciascun uomo vorrà uscire. È strumento di progresso, perché richiede la capacità intellettuale e l'onestà, perché affermando sempre il concetto di diritto, spinga innanzi la società per vie piane con minor pericolo di sbalzi e reazioni» (Paternostro, *Della Camera* cit., p. 29).

[123] Ivi, p. 15.

[124] Sul punto, J.S. Mill: «il favore conceduto all'educazione, giusto in sé stesso, raccomandasi inoltre validamente perché garentisce i ceti educati dalla calamità d'una legislazione di casta emanata da coloro che di educazione sono sforniti» (*Il governo rappresentativo*, trad. it. di F.P. Fenili, Torino, Tip. Riv. Comuni Italiani, 1865, p. 171).

[125] Paternostro, *Della Camera* cit., p. 26.

[126] Paternostro, *Dello svolgimento* cit., p. 44.

[127] Paternostro, *Della Camera* cit., p. 103. In piena concordia con A. Pierantoni, per cui «la elezione è l'esercizio della sovranità nazionale. Non è un potere; ma la condizione di molti poteri» (Id., *Trattato* cit., p. 271).

[128] Altro problema è quello della remunerabilità della funzione rappresentativa, non approvata da Paternostro, dal momento che il deputato non fa che esercitare un suo diritto: «se l'esercizio del mandato legislativo non è che esercizio del diritto di sovranità, come non convenire che alla sua natura ripugni la retribuzione? […] Procuratore o deputato libero è sempre una persona singola che siede a dettare la legge quasi fosse la persona collettiva. Esercita l'atto supremo di sovranità e questo esercizio non può essere logicamente pagato» (Paternostro, *Della Camera* cit., p. 55).

[129] Cfr. Paternostro, *Sulla dottrina* cit., p. 12.

[130] Brusa, *Introduzione* a Casanova, *Del diritto costituzionale* cit., p. XXXIII.

[131] Paternostro, *Della Camera* cit., p. 27. Brusa – vicino a Paternostro per inclinazioni repubblicane e polemico sulla teoria della rappresentanza dei capaci come «diritto aristocratico» – è d'accordo sulla distinzione tra diritto ed esercizio: «la capacità è una condizione all'esercizio dei diritti, qualunque siano, non certo del diritto stesso […]. La capacità all'esercizio di un diritto non può non essere una condizione di fatto, mutevole» (*Note* a Op. ult. cit., vol. I, pp. 35-36).

[132] Non così Minghetti, per cui «il censo non rappresenta solo la proprietà, ma il lavoro e il risparmio», diventando strumento promozionale per le classi proletarie (Atti parlamentari. Camera dei Deputati. Leg. XIV, sess. 1880-81. Discussioni, tornata del 5 maggio 1881, p. 5348).

[133] Si tratta, notoriamente, dei due criteri di capacità all'attenzione del dibattito parlamentare del 1876 (sul punto, tra gli altri M.S. Piretti, *Le elezioni politiche in Italia dal 1848 ad oggi*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 54 ss.).

[134] In merito ad altre forme di suffragio, «alcuni ammisero il suffragio universale e crearono poi una nuova forma di limite. Così si ha l'elezione a doppio grado. Ma se questa è utile per nominare elettori che debbono rimettere un mandato speciale a persone perfettamente idonee ad esercitarlo, riesce un congegno inutile, una mistificazione nell'ordinamento del suffragio. Così si sostiene la teoria della pluralità dei voti a seconda della capacità […]. Pure non rispondeva al concetto moderno della pluralità dei voti, perché era basata sul censo, e dippiù l'unione delle prime classi poteva di fatto eliminare il voto delle altre. Il concetto moderno della pluralità dei voti è basato sul valore sociale di ogni singolo individuo. Ma non per questo sembrava meno utopistica la speranza che si possa giungere a determinare il valore sociale di ogni individuo. Rispondo dunque affermativamente intorno al voto universale» (Paternostro, *Della Camera* cit., p. 29).

[135] Ex art. 41 St. – I Deputati rappresentano la Nazione in generale, e non le sole province in cui furono eletti. Nessun mandato imperativo può loro darsi dagli Elettori.

[136] Paternostro, *Della Camera* cit., *passim*, pp. 46-48.

[137] Il progetto Nicotera viene alla luce il 22 novembre 1877 (Piretti, *Le elezioni* cit., p. 60).

[138] Dai banchi della Destra, i timori per il sistema plurinominale sono relativi ai nuovi rapporti inverabili tra elettori ed eletti: «da un lato infatti la nuova figura di deputato che si profila all'orizzonte avrebbe più le sembianze di un procuratore di clientele e d'interessi privati, che quella del rappresentante della nazione che si va decantando, dall'altra il rapporto tra elettore e partito verrebbe costretto all'interno delle fredde maglie della *regularity*». Ben diversamente, da parte della Sinistra «l'elettorato attivi viene percepito come un diritto naturale che va riconosciuto all'uomo in quanto cittadino e il parametro che definisce la cittadinanza è innanzitutto il senso dello Stato come appartenenza a una comunità, che si acquista attraverso il processo di nazionalizzazione a cui la scuola pubblica deve ottemperare» (Ivi, pp. 68 ss.).

[139] I cardini del progetto Depretis, presentato alla Camera il 17 marzo 1879 (Cfr. Ivi, pp. 61 ss.).

[140] Paternostro, *Sulla dottrina* cit., p. 11.

[141] Ivi, p. 12.

[142] Sebbene passando attraverso «il saper leggere e scrivere e […] conoscere le prime regole di aritmetica»: «l'universale insegnamento debbe procedere il suffragio universale» (Mill, *Il governo* cit., p. 162).

[143] «Senza di ciò anziché aversi uguaglianza, si ha nel governo disuguaglianza e privilegio: una parte del popolo governa il resto: a una porzione di cittadini si rifiuta la parte d'influenza che a loro spetta per diritto nella rappresentanza, e ciò contro ogni sociale giustizia, e sovrattutto contro il principio della democrazia che proclama l'uguaglianza sua radice e fondamento» (Ivi, p. 129).

[144] Paternostro, *Sulla dottrina* cit., p. 12.

[145] Tra tutti Palma, che intende arginare la forza numerica dell'«incolta moltitudine» attraverso la prerogativa regia, la rappresentanza proporzionale, il senato moderatore, il giudiziario indipendente (cfr. Palma, *La democrazia in Europa*, in Id., *Questioni costituzionali* cit., pp. 123-153). Di orientamento analogo anche F. Genala, *Metodo per applicare la rappresentanza proporzionale in Italia. Emendamenti al progetto di legge elettorale*, Firenze, Tip. Dell'Arte della Stampa, 1879; R. Mirabelli, *Il suffragio a popolo e la rappresentanza giusta*, Napoli, De Angelis, 1881; A. Morelli, *Di un nuovo progetto di rappresentanza proporzionale*, Firenze, Tip. Della Gazzetta d'Italia, 1879; Id., *La rappresentanza proporzionale dinanzi alla giunta per la legge elettorale*, Firenze, G.B. Randi, 1881; F. Racioppi, *Sulla rappresentanza proporzionale. Studio*, Roma, Tip. Botta, 1883.

[146] «I rappresentanti tutelano gli interessi nazionali, tutelano anche gli interessi locali, ma non gli interessi dei singoli cittadini […]. Ne discende che i singoli delle minoranze sono rappresentati nella rappresentanza collettiva, in ordine all'interesse che hanno per la nazione […]. Una rappresentanza singola data per forza di legge altro non sarebbe che disconoscerne l'utilità di affidare alle maggioranze l'indirizzo della cosa pubblica» (Paternostro, *Sulla dottrina* cit., p. 21).

[147] *Ibidem*.

[148] Ivi, p. 22.

[149] «I danni dello scrutinio di lista implicano tutt'i danni delle liste che i comitati presentano agli elettori tutte d'un pezzo, la bandiera copre la merce, un bel nome a capo lista fa passare gli altri meno degni, che vi compaiono per ragioni non sempre oneste, nomi che l'elettore vota per non fare screzio» (Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 308).

[150] Paternostro, *Sulla dottrina* cit., p. 113.

[151] Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., *passim*, pp. 292-303.

[152] Paternostro, *Sulla dottrina* cit., p. 114. «In Italia proporrei da un canto il suffragio universale; dall'altro darei un deputato non per ogni cinquantamila abitanti, ma per ogni settantamila. Così allargato il collegio, non sarebbe più in piena balìa d'uno o più individui come un feudo, e si eviterebbe il pericolo senza cadere in sistemi che possano falsare l'elezione. [Quanto a ridurre il numero dei rappresentanti]: ridurre in giuste proporzioni il numero dei deputati si può, purché si serbi questa misura, e 372 deputati ben scelti sarebbero più autorevoli e utili che 508 eletti come oggi» (Id., *Diritto costituzionale* cit., p. 309).

[153] Paternostro, *Della Camera* cit., p. 73.

[154] Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 203.

[155] Di idee consimili A. Pierantoni, secondo cui il Senato «partecipa con differente misura all'azione degli altri poteri dello Stato, e perciò non può costituirne uno autonomo»; parimenti «il Capo della Nazione è il centro dei tre poteri, è il rappresentante dello Stato, non già un potere proprio» (*Trattato* cit., pp. 265 e 267).

[156] Casanova parla di «prerogative maiestatiche» – a parte le altre previste dalla costituzione: lo scioglimento della Camera – come atti fuori dalla responsabilità ministeriale (*Del Diritto costituzionale* cit., pp. 49 ss.). Posizione confutata da Paternostro per una ragione di "convenienza": «il Capo dello Stato non ha bisogno di consultare il Paese; questo ha parlato per mezzo dei suoi rappresentanti. La Camera agendo non oltre i poteri che ha della delegazione agisce legittimamente». Dunque, se il Re scioglie il Parlamento di propria iniziativa, si pone al di fuori dei limiti dell'"ordine costituzionale" (Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 191).

[157] Ivi, p. 105.

[158] Come inquadrare la prerogativa di veto assoluto che, pure, la costituzione riconosce la sovrano? Paternostro critica questo privilegio perché perlomeno anacronistico. Basti considerare le funzioni di veto sospensivo che la Costituzione degli Stati Uniti riconosce al proprio Presidente. Non è con il veto assoluto che questo, sciogliendo le Camere ed indicendo nuove elezioni, rimette il potere alla deliberazione popolare. Al contrario, il veto sospensivo, restituendo la legge all'osservazione dei Deputati, rispetta la democrazia rappresentativa. In breve, «il voto del Capo dello Stato assoluto e non sospensivo è un attentato alla sovranità nazionale legittimamente espressa dai suoi rappresentanti, e sul terreno costituzionale, nei paesi sinceramente liberali, il rifiuto assoluto di sanzionare la legge non è concesso al Capo dello Stato» (Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 377).

[159] Paternostro, *Della Camera* cit., *passim*, pp. 73-76.

[160] Cfr. A. De Giorgi (a cura di), *Esame del diritto filosofico ossia del sistema e delle dottrine del Pof. H. Ahrens*, Padova, A. Sicca, 1853, Capo III, § IV, pp. 343 ss.

[161] Paternostro, *Della Camera* cit., p. 87.

[162] Ivi, p. 99. E ancora: «il potere sociale è uno e per divisione dei poteri non s'ha da intendere altro che un frazionamento nell'eser-

cizio delle funzioni […], frazionamento istituito a garenzia che un solo ordine di persone non abusi accentrando nelle proprie mani tutta l'autorità» (Id., *Diritto costituzionale* cit., p. 176).

163 Paternostro, *Diritto costituzionale*, cit., *passim*, pp. 381-385.

164 «Dalla origine che ha la Camera nella sovranità nazionale» (Ivi, p. 381).

165 Mill, *Il governo rappresentativo* cit., pp. 95-96.

166 «Ossia del diritto di proporre un progetto di legge alla discussione delle Camere, diritto che generalmente spetta ad entrambe le Camere e perciò a ciascun membro di esse, come al Re» (Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 376).

167 Quanto alla fiducia in un ministero, dovrebbe essere nei poteri della camera il ritirarla: «innanzi a questo fatto, quando non trattasi di controversia costituzionale, il Capo dello Stato non ha bisogno di consultare il Paese. Questo ha parlato per mezzo dei suoi Rappresentanti». Consentire, quindi, al Re questo «incondizionato scioglimento», equivale, a parere del giurista, ad una «usurpazione». Altro pericolo è la possibilità, data al Capo dello Stato, di proroga della legislatura: «i ministri possono prender tempo per governare malgrado la Camera cui fossero invisi; possono ottenere la sospensione dei lavori legislativi; possono, secondo le convenienze loro, stabilire la durata delle sessioni», contrariamente all'esigenza per cui la data delle convocazioni dovrebbe essere stabilita e la durata delle sessioni determinata. Paternostro è stentoreo: la maggior parte delle costituzioni vigenti registrano il veto assoluto ma, a parer suo, non sono democratiche. Al contrario della costituzione americana, che, nella sez. IV, art. 2, dispone il veto sospensivo e la firma obbligatoria del Presidente dopo la secondo approvazione a maggioranza di due terzi. Colà, il principio di costituzionalità delle legge è tutelato dal sistema giudiziario, «fino le controversie fra i diversi Paese dell'Unione sono giudicate dalla Suprema Corte Federale». In definitiva, «le costituzioni debbono avere i mezzi di guarentigia contro l'eccesso di potere da qualunque parte venga. Ma la teoria dei limiti non deve essere esagerata tanto da paralizzare l'azione di funzioni legittime e necessarie. E specialmente per quanto si tratta della rappresentanza che deve per diritto di origine controllare nello Stato ogni autorità» (Paternostro, *Della Camera* cit., *passim*, pp. 107-113). Su posizioni non dissimili quanto al rapporto tra deputati e ministri, P. Peverelli, che ravvede una stretta influenza tra il governo e la Camera, indipendentemente dal diritto che il Sovrano ha di nomina e dimissione dei ministri stessi (*Comenti intorno allo Statuto del Regno di Sardegna*, Torino, Tip. Castellazzo e Degaudenzi, 1849, p. 133).

168 Mill, *Il governo* cit., *passim*, Cap V.

169 «Le Camere che facciano anche i regolamenti per l'esecuzione delle leggi entrano in tutti i particolari dell'amministrazione; è lavoro speciale, minuto, che richiede tempo e cognizione piena della pratica amministrativa. [Inoltre] il modificate un regolamento non altera, quando non si violi la legge, le ragioni dell'opera legislativa; è in pratica che l'amministratore studia gli effetti di un regolamento e vede quali modificazioni richieda a raggiungere i fini della legge; rimandare lo studio dei regolamenti alle Camere è togliere tempo e cure ai più gravi lavori legislativi» (Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 378).

170 «Per difendere queste leggi innanzi il Parlamento nel modo più efficace, non manca il mezzo»: il sistema italiano prevede la nomina, da parte del Re, di un «Commissario per sostenere innanzi al Parlamento una determinata legge» (*Ibidem*).

171 «Gli uomini tecnici, pratici, speciali, propongono, difendono nelle Camere i progetti di legge; una grande Assemblea di persone per lo più illuminate delibera» (Ivi, p. 379).

172 Ivi, p. 380.

173 «Solo che si ponga mente a tutta l'attività che il governo spiega sopra ogni singola manifestazione della vita del Paese a cui è preposto, […] chiaro apparirà essere sua speciale funzione non solo il fare eseguire la legge, ma altresì il governare». E, di là dalla distinzione che viene fatta tra esecutivo e amministrativo, «come governare senza amministrare?». Si presenta la questione sulla responsabilità ministeriale che, secondo lo studioso, è del tutto aperta: «fino a che tutte le questioni di responsabilità non siano poste e risolute la materia del Potere esecutivo sarà incerta come carattere e come limiti» (Ivi, pp. 220 e 231).

174 «La nostra legge sull'ordinamento giudiziario fa completa questa ingerenza coll'art. 129: "il Pubblico Ministero è il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria ed è posto sotto la direzione del Ministero della giustizia". Sono poche parole, ma bastano a gettare la confusione nelle idee, il disordine nel nostro sistema costituzionale» (Paternostro, *Della Camera* cit., pp. 94-95).

175 Se ne sarebbe riparlato nel 1913, ma la vera riforma ha luogo solo dopo il Primo conflitto mondiale (sul tema, G.P. Trifone, *Un confronto sulla Proporzionale: Francesco Ruffini e Gaspare Ambrosini*, in «Iura and Legal Systems», I, 2014, <http://www.unisa.it/uploads/12847/opinioni_7_-_trifone_per_stampa.pdf>).

176 Temi nuovi che, invero, si propongono già nel 1875, con l'opera di G. Trono, 'orlandiano' prima ancora di Orlando nel definire oggetto del diritto costituzionale la determinazione della «forma organica dello Stato» e la sovranità «un diritto della persona

dello Stato» (Id., *Elementi di diritto costituzionale*, Napoli, Vallardi, 1875, *passim*, pp. 23-30). Nonché F. Filomusi Guelfi, sulla scorta di Gerber: «lo Stato è la costituzione, l'ordinamento, la forma giuridica di un popolo: è l'elevazione dello stesso a Persona» (Id., *Enciclopedia giuridica*, III ed. 1885, p. 221).

177 Sul giusformalismo ed il suo Caposcuola, Vittorio Emanuele Orlando, la bibliografia è vastissima. Mi limito a citare A. Volpicelli, *Vittorio Emanuele Orlando*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», n. 1, 1927-28; G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1980; A. Mazzacane, *I giuristi e la crisi dello stato liberale in Italia fra otto e novecento*, Napoli, Jovene, 1986; L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999; M. Fioravanti, *La vicenda intellettuale del giovane Orlando (1881-1897)*, Firenze, Eurografica, 1979; Id., *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando*, in Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, vol. I; A. Schiavone, *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990.

178 E. Lombardo Pellegrino, *Alessandro Paternostro, della dottrina costituzionale. Prolusione al corso di diritto costituzionale nella R. Università di Palermo*, Roma, s.t., 1899, p. 25.

Ventuno proposte di lettura

A CURA DI ANTONELLA BETTONI, SIMONE CALZOLAIO, RONALD CAR, NINFA CONTIGIANI, LUIGI LACCHÈ, GIUSEPPE MECCA, MONICA STRONATI

A

Clifford ANDO (ed.)
Citizenship and Empire in Europe 200-1900. The Antonine Constitution after 1800 years

Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2016, pp. 261
ISBN 9783515111874, Euro 52

Nel 212 d.C. l'imperatore Marco Aurelio Antonino, della dinastia dei Severi, meglio conosciuto come Caracalla (per il tipo di mantello che indossava, alla gallica), concedeva la cittadinanza romana ai sudditi liberi dell'Impero. La sua celebre *Constitutio Antoniniana*, o editto di Caracalla (a noi noto essenzialmente attraverso il Papyrus Giessen 40), è una delle fonti antiche più note e commentate.

Il volume curato dallo studioso americano Clifford Ando (di cui si segnala la bella introduzione) è il risultato di un progetto scientifico complesso e fecondo. Da un lato si cerca di offrire letture aggiornate e spunti critici sul testo della Costituzione, sulle ragioni della sua concessione, sui suoi obiettivi immediati, sul significato di cittadinanza, sovranità e territori nell'esperienza romana coeva e dei secoli immediatamente successivi. La retorica e le applicazioni dell'Editto di Caracalla fanno vedere le politiche di estensione della cittadinanza e pongono il problema di come e perché esso abbia assunto ben presto l'immagine universalizzante, cosmopolita, destinata a durare sino ai giorni nostri, dopo duemila anni di storia. Che cosa significò in concreto l'Editto per i tanti popoli e società che formavano il mosaico imperiale romano? Paradossalmente, le fonti antiche poco hanno parlato della costituzione antoniniana e per lo più vedendone, dietro la retorica iniziale, un fine poco "ideale" come l'estensione del carico fiscale a tutti i nuovi cittadini romani. Tuttavia, è indubbia la valenza politica e "costituzionale" del provvedimento che pur estendendo la *civitas* (forse il concetto più importante, insieme a quello di *imperium*, del mondo romano) non faceva certo venir meno differenze soggettive e legami diversi tra i popoli.

Ma il valore dell'iniziativa editoriale sta anche, e forse soprattutto, nella volontà di leggere la realtà e il mito dell'editto di Caracalla nell'arco di due millenni. Su questo secondo piano, la storia si intreccia con la teoria

(per es. Jean Bodin) e con le esperienze imperiali: quella napoleonica e del suo concetto di cittadinanza, quella coloniale portoghese; o ancora con la Costituzione di Cadice del 1812. Mostrando che il rapporto tra cittadinanza e impero è più che mai bisognoso di una messa a punto critica e incardinata nella dimensione dello sviluppo storico.

L.L.

B

Francesco Benigno
La mala setta. Alle origini di mafia e camorra, 1859-1878

Torino, Einaudi, 2015, pp. 403
ISBN 9788806224417, Euro 35

Un libro complesso, capace di intrecciare diversi registri e livelli di lettura, innovativo sotto il profilo metodologico. Benigno mette a frutto la sua vasta competenza già sperimentata in molte analisi delle forme di costruzione dei gruppi sociali. Questa volta il "tumulto", la "rivolta" restano modalità di azione, ma protagonista del libro è proprio la figura della "mala setta". L'A. legge i fenomeni nel loro "farsi" e nella loro "confusione", attraverso una ricostruzione dei contesti davvero approfondita e illuminante. Il sottotitolo editoriale del volume è sovrabbondante rispetto agli obiettivi. Certamente la camorra e la mafia sono fenomeni centrali ma non assorbono il vero *focus* del libro, ovvero lo studio del processo di formazione nazional-statuale dell'Italia, dalla fine degli anni '50 all'avvento della Sinistra, visto attraverso il problema dell'ordine pubblico inteso come sistema di governo di un ordine politico *in fieri*. Non a caso il libro inizia con i fatti di Parma dell'ottobre 1859 che inaugurano, discendendo l'Italia, strategie destinate a ripetersi in quegli anni, pur con varianti e differenze di contesto.

Partendo dal paradigma delle classi pericolose – protagonista di tanta letteratura, giornalismo e "sociologia" del primo Ottocento, specie francese – Benigno prende in esame camorra e mafia evitando, molto opportunamente, di far retroagire sul terreno scivoloso delle "origini" stereotipi e forme della criminalità organizzata del secondo Novecento (da Cosa Nostra a Gomorra…). Partendo dallo spazio poietico del carcere e del domicilio coatto – che rinsalda vincoli e stili di vita criminale – camorra e mafia sono innanzitutto i camorristi e i mafiosi che vivono dentro il "sistema" dell'ordine pubblico. Non sono un mondo a parte: le loro identità criminali si intrecciano con strategie di controllo politico e sociale, sotto la regia dell'"alta polizia" e di una più o meno accorta manipolazione. Possono essere così il bersaglio della repressione ma anche massa di manovra per denunciare e reprimere complotti filoborbonici o repubblicani. "Fare ordine con il disordine" è una strategia ricorrente che gioca un ruolo fondamentale – anche se non manifestamente dichiarabile nel Pantheon risorgimentale – nella stabilizzazione del regime politico e nella sua complessa evoluzione.

Fatti, discorsi, rappresentazioni, pratiche linguistiche si intrecciano e danno vita ad una ricerca destinata a offrire molti spunti di riflessioni e ad aprire ulteriori indagini.

L.L.

Luigi Blanco (a cura di)
Ai confini dell'Unità d'Italia. Territorio, amministrazione, opinione pubblica

Trento, Fondazione museo storico del trentino, 2015, pp. 607
ISBN 9788871972053, Euro 25

L'ampio volume raccoglie gli atti dell'omonimo convegno che si è svolto a Trento nel 2011 in occasione dei festeggiamenti del 150° anniversario dell'Unità d'Italia e s'inserisce in quel filone storiografico che ha prestato sempre maggior attenzione verso la spazialità e il territorio. Sono raccolti i saggi di Luca Mannori, Anna Gianna Manca, Francesco Bonini, Blythe Alice Raviola, Simona Mori, Gabriella Santoncini, Renata De Lorenzo, Roberto Martucci, Michele Gottardi, Paola Magnarelli, Marco Cuaz,

Elio Tavilla, Elena Tonezzer, Jean-Yves Frétigné, Gabriele Clemens, Stefan Malfèr.

Nell'introduzione Luigi Blanco chiarisce che «porsi "ai confini dell'Unità d'Italia" significa, del resto, già di per sé sottolineare esplicitamente la varietà, le differenze costitutive del nostro Paese, la complessità della storia pre- e post-unitaria». Alcune principali questioni sono il ruolo e l'importanza assegnata ai confini degli antichi Stati della Penisola, l'eredità delle tradizioni amministrative e legislative degli Stati preunitari, la connotazione fisico-geografica e giuridico-politica del nuovo confine nazionale (confini esterni), i progetti connessi con la forma di stato e l'organizzazione politico-amministrativa dei territori locali dopo l'Unità (confini interni). Nell'ultima parte l'unificazione italiana è letta attraverso il riflesso dell'opinione pubblica europea (francese, tedesca e austriaca).

Il testo, con ricerche accurate ed approfondite, rilegge in mondo aggiornato il lungo e tormentato processo dell'unificazione italiana muovendo dalle esperienze locali o di periferia.

G.M.

Mauro Bussani (a cura di)
Il diritto italiano in Europa (1861-2014). Scienza, giurisprudenza, legislazione
Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 2014

Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pp. 754
ISSN 20399871, Euro 125

L'Annuario 2014 di diritto comparato e di studi legislativi è per gran parte, come indicato dal titolo, un corposo approfondimento sui caratteri propri del diritto italiano visto, innanzitutto, nel rapporto con gli "altri". Negli ultimi anni questo tema ha riconquistato particolare vigore dinanzi ai nuovi scenari della globalizzazione del diritto e al definitivo affacciarsi sulla scena mondiale di nuovi paesi alla ricerca di sistemi e di riforme adeguati alla loro evoluzione economica, politica e sociale. Il "diritto italiano" è in questa sede analizzato come "modello giuridico" considerato nella sua proiezione internazionale, europea in particolare. Una 'provocazione' ha mosso l'ampia indagine: l'Italia è stato essenzialmente (dal XIX secolo in poi) un paese "imitatore", o, invece, ha saputo comunicare e far circolare aspetti rilevanti della legislazione, della scienza e della giurisprudenza? Il curatore Mauro Bassani ha raccolto ben trentadue contributi di studiosi italiani che hanno messo alla prova una comune griglia di analisi incentrata sui temi della circolazione dei modelli giuridici, sull'uso della dimensione storica e dell'attualità, dei mezzi attraverso cui si è realizzato il processo di comunicazione. Ne emerge un quadro complesso, mobile, articolato. "Del resto – è la chiosa del curatore – la nostra tradizione post-unitaria – a differenza delle altre grandi sub-tradizioni occidentali – non ha mai nascosto il proprio meticciato. A seconda dei tempi lo ha subito, interrogato o proclamato, ma ne ha sempre tradotto le ispirazioni (anche quelle più audaci, o meno consolidate) in moneta corrente per i propri domestici scambi di idee".

L.L.

C

Silvia Cecchi, Giovanna Di Rosa, Tomaso Emilio Epidendio
Partire dalla pena. Il tramonto del carcere
Prefazione di Luciano Eusebi

Macerata, Liberilibri, 2015, pp. 294
ISBN 9788898094240, Euro 17

Il sistema sanzionatorio penale, visto dal punto di vista dei magistrati, è l'oggetto di questo interessante libro rivolto anzitutto ad un legislatore che volesse riflettere su un ordinamento penale troppo schiacciato sulla pena regina: il carcere, la medicina per curare tutti i mali. Ma la lettura è consigliata anche ai "non addetti ai lavori". L'affermazione secondo cui il diritto penale dovrebbe essere l'*ultima ratio* non è la prospettiva dalla qua-

le si muove: Cecchi la ritiene fondata solo nella fase cautelare. Ciò che manca è, per il magistrato, una vera cultura della sanzione penale alternativa (al carcere) accompagnata ad una articolazione sempre più personalizzata delle sanzioni. Se non altro perché le carceri italiane versano in pessime condizioni come amaramente ha sancito la Corte europea dei diritti dell'Uomo con la sentenza Torreggiani. Una pronuncia che ha avuto il merito di portare il tema all'attenzione nazionale, scrive la Di Rosa, che analizza il quadro generale dell'ordinamento e le ultime novità anche in chiave comparativa. La discrezionalità della magistratura di sorveglianza è un punto di forza se esercitata ricorrendo a professionalità integrate. Tuttavia, oggi essa è avvertita come un fattore di debolezza, anzi si potrebbe arrivare a perdere l'aspetto positivo della discrezionalità giudiziaria. Le misure alternative – e tra queste la più importante: l'affidamento in prova al servizio sociale – sono utili se pensate dentro un contesto di responsabilizzazione. Non meno importante è il metodo scientifico per il riscontro statistico che misuri l'effettiva ricaduta delle misure alternative. Permane, comunque, un limite culturale e concettuale verso un moderno, complesso, ruolo del diritto punitivo. Il saggio di Epidendio smantella l'idea stessa della pena alternativa, se presuppone un modello che fa della pena carceraria la regola. La vera sfida è adottare un sistema plurale della pena che si misuri sul tipo di illecito e sull'individuo. Fondamentale diventa, allora, la determinazione della pena e con essa il principio della proporzione intesa come forma di bilanciamento.

M.S.

Stefano Cognetti
Legge amministrazione giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità

Torino, Giappichelli, 2014, pp. 207
ISBN 9788834858509, Euro 19

Il volume raccoglie alcune lezioni di diritto amministrativo avanzato, riprendendo e sviluppando precedenti scritti dell'autore pubblicati tra il 1987 e il 2014.

Inizialmente è trattata la controversa nascita del diritto amministrativo, prendendo in considerazione il passaggio dall'antico regime ai modelli ottocenteschi. Se sino alla fine dell'Ottocento l'amministrazione era immune dal controllo della legge e di giudici terzi, nel corso del Novecento sono state emanate sempre più leggi che vincolano in modo crescente l'agire del potere amministrativo.

In seguito l'analisi si concentra sulla tutela giuridica dei diritti e degli interessi nelle diverse esperienze storiche e sul sindacato di legittimità sostanziale, che in Italia deve molto all'elaborazione sistematica della discrezionalità da parte di Massimo Severo Giannini. Tra i momenti salienti vengono trattati la nascita della giustizia amministrativa, che in Italia ha un carattere misto presentando delle peculiarità rispetto allo scenario europeo, e le novità introdotte nell'ordinamento dalla decisione Vestarini-Cresi del 1892 che dà una nuova configurazione al vizio di eccesso di potere.

Per concludere è presa in esame la fase attuale del potere amministrativo caratterizzata da una crescente privatizzazione che tende a superare il modello tradizionale di amministrazione autoritaria e discrezionale. Con questo libro, l'A. traccia la parabola evolutiva del diritto amministrativo, cogliendo l'importanza di leggere una disciplina giuridica nel contesto e nella dimensione storica.

G.M.

Cathryn Costello
The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law

Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 400
ISBN 9780199644742, £ 60

L'opera offre un'esaustiva e critica ricostruzione del quadro normativo sull'immigrazione e il diritto d'asilo nell'area dell'Unione europea. Date le complessità e le sovrapposizioni che caratterizzano la materia, l'analisi non

si limita alla sola esposizione della legislazione dell'UE, delle decisioni della Corte di Giustizia (CGUE) e della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Per riannodare il tessuto di interazioni tra questi enti, l'autrice lo inquadra entro una cornice teorica più ampia. Riprendendo il noto appello di Amartya Sen a "non incarcerare la protezione dei diritti umani entro un quadro giuridico", Costello estende l'obiettivo dell'indagine al raffronto tra – da un lato – i limiti giurisdizionali e pratici della normativa sui diritti umani e – dall'altro lato – le promesse dell'etica dei diritti umani. Tale approccio si collega al più ampio dibattito sulla natura dell'Unione europea, di cui l'unica certezza pare essere quella espressa dalla Corte Costituzionale Federale tedesca, ossia che non si tratti di uno Stato bensì di un "nuovo tipo di ordine legale". Attualmente il futuro del progetto europeo sembra conteso tra due prospettive: quella intergovernativa, per cui il processo di integrazione europea non si sostituisce agli Stati membri, ma anzi, grazie all'impalcatura comune, aumenta la loro capacità di esercitare i diritti sovrani; e quella che vuole assegnare all'UE il ruolo di Stato dotato di un diritto proprio volto a controllare le frontiere e a decidere l'ammissione o l'espulsione degli immigrati. Vi è però anche chi (come A. Von Bogdandy e S. Besson) propone di riorientare l'evoluzione dell'UE verso un nuovo tipo di "organizzazione post-nazionale di diritti umani". Con tale vocazione etica al centro del proprio sistema, l'UE sarebbe in grado di sviluppare una legislazione tesa a proteggere i diritti umani degli immigrati, superando le contraddizioni insite negli atti del diritto internazionale, ossia l'opposizione tra l'universalismo dei diritti umani e il particolarismo dei diritti sovrani degli Stati. Proposte simili potrebbero indubbiamente far gridare ad una sorta di 'euronarcisismo'; tuttavia, a favore di tali sviluppi, l'autrice sottolinea il potenziale creativo della CEDU e della CGUE, quali generatori di diritti degli immigrati e dei richiedenti asilo.

R.C.

D

Ernesto De Cristofaro (a cura di)
Il domicilio coatto.
Ordine pubblico e politiche di sicurezza in Italia dall'Unità alla Repubblica

Roma, Bonanno, 2015, pp. 285
ISBN 9788863180695, Euro 25

Il volume a cura di Ernesto De Cristoforo raccoglie i contributi di una unità di ricerca (Prin) dedicata alla definizione della classe criminale. Il domicilio coatto è guardato da numerosi punti di vista: si pensi all'ambito antropologico (L. Benadusi), all'ordinamento liberale e alla società, alla dottrina penalistica (F. Colao, E. De Cristofaro), alla politica penale (P. Troncone, G. Astuto), al rapporto con la magistratura (E.G. Faraci), all'uso fattone dall'esecutivo, al giudizio dei socialisti (C. Poesio), all'opinione pubblica italiana e straniera (G. Sciuto, M.S. Testuzza, F. Tarozzi). L'istituto – introdotto nel 1863 – è stato, in effetti, "un garante implacabile di un doppio binario di legalità penale" su cui ha funzionato l'amministrazione della giustizia del Regno d'Italia appena nato e che diventò elemento significativo anche di quella provvisorietà – che da carattere che rispondeva ad esigenze emergenziali si fece spesso stabilità costituendo un 'tratto permanente' del sistema. Non a caso il domicilio coatto si insabbia nel 1926 per risorgere subito sotto le spoglie del confino di polizia diventando un caso esemplare della stagione del penale autoritario.

Certo, con il domicilio coatto l'Italia appena fatta mantenne l'ordine pubblico, ma come le parole di Lombroso ricordate dal curatore coglievano puntualmente, la realtà descriveva come "terribile" piuttosto "l'effetto della cattiva distribuzione della proprie-

tà" (p. 11) e quindi la necessità di leggi sociali che rispondessero alla questione sociale, invece di portare avanti la dura repressione militaresca attuata contro il brigantaggio.

Tuttavia, la linea fu di "una costante declinazione del principio di sicurezza interna in senso preventivo" (p. 24) e non dovrebbe quindi sorprendere l'uso massiccio del domicilio coatto per i vagabondi e gli oziosi descritto da Benadusi, che arriva a tramutarsi in deportazione in Eritrea con il "caso" della colonia di coatti di Assab evidenziato da Lenci.

Esempi di una elasticità dell'istituto che dette voce ad un ricco dibattito che concentrava su un singolo aspetto la problematicità di un'intera risposta penale agli squilibri della plurale realtà italiana che si faceva faticosamente Stato.

N.C.

Carlo Desideri
Regioni politiche e territori. Per una storia del regionalismo italiano

Milano, Giuffrè, 2016, pp. 119
ISBN 9788814204579, Euro 13

Il volume affronta e ripercorre le ragioni storiche che hanno indotto a pensare, prima, e ad ideare ed attuare, poi, il regionalismo italiano, ponendo l'accento sulle modalità seguite per determinare il territorio delle Regioni.

Nella prima parte del lavoro l'Autore ricorda che il regionalismo italiano post-unitario è stato pensato come uno strumento utile alla costruzione di un'identità nazionale ancora non ben definita e pertanto necessariamente plurale. Si tratta di tesi sostenute da intellettuali di spessore (fra cui l'Autore ricorda Cattaneo, Jacini, Colajanni e, poi, Sturzo, Salvemini, Zuccarini e Crocioni), ma rimaste sostanzialmente minoritarie fino alla fine della seconda guerra mondiale. Diverso l'approccio in sede costituente, ove il prevalere della tesi democristiana del pluralismo istituzionale e del regionalismo intendeva dare voce all'Italia plurale di cui parla l'Autore. Nonostante il testo costituzionale, le Regioni ordinarie non vennero istituite che negli anni settanta e non senza le contraddizioni poste in luce nel saggio. Il problema regionale, connesso con la questione nazionale, si pone in termini nuovi agli inizi degli anni novanta del secolo scorso, con il crollo del sistema dei partiti e con la crisi economico-finanziaria dello Stato. Si inizia a discutere apertamente di "riforma federale" e si arriva, in realtà, alle due riforme costituzionali del 1999 e del 2001. Acutamente l'Autore parla di un effettivo antiregionalismo del primo decennio del nuovo secolo: per paradossale che possa apparire, alle cd. Riforme federaliste ha fatto quasi immediatamente eco una forte rivincita dei poteri unitari dello Stato esercitati senza indugio dai Governi in carica (e dalle maggioranze parlamentari alternatesi in quegli anni).

Il *fil rouge* del testo, tuttavia, consiste nel ripercorrere le tappe del regionalismo italiano a partire dal problema del territorio delle Regioni. La seconda parte del saggio, infatti, si pone espressamente il quesito in ordine all'influenza della determinazione del territorio regionale sull'identità regionale e lascia intendere – in connessione con la prima parte – che le identità regionali così come delineate in sede costituente hanno avuto un effetto sulla costruzione dell'identità nazionale. Di particolare interesse la sottolineatura sulla costituzionalizzazione delle regioni storiche – da molti criticata – che viene ritenuta aver superato il test del tempo (p. 111). Ciò non significa, tuttavia, che le identità regionali siano restate sempre eguali a se stesse, ma piuttosto che "le modifiche territoriali nel mondo attuale non sono forse più così necessarie e importanti come un tempo poteva pensarsi" (p. 119).

Non si può non osservare che questa analisi giunge in un momento propizio al ripensamento dell'assetto regionale: la crisi economica e la crisi delle finanze pubbliche, da un lato, e la riforma costituzionale (cd. «Renzi-Boschi») approvata dal Parlamento, dall'altro,

hanno rispettivamente come conseguenza o come obiettivo un profondo riassetto delle Regioni italiane.

Il saggio di Carlo Desideri espressamente afferma di non proporre soluzioni e proposte rispetto alle prospettive del regionalismo italiano. Proprio per questa ragione rappresenta un approfondimento necessario a poter osservare questi fenomeni con uno sguardo consapevole e critico.

S.C.

Thomas Duve, Heikki Pihlajamäki (eds.)
New Horizons in Spanish Colonial Law. Contribution to transnational Early Modern Legal History

Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2015, pp. 259
ISBN 9783944773025, Euro 13,72

Il volume, pubblicato nella collana ad accesso libero 'Global perspectives on Legal history' dell'Istituto Max Planck di Francoforte sul Meno, raccoglie i risultati di un gruppo di lavoro che si è riunito a Berlino nel 2012. I contributi riflettono sulla categoria del diritto coloniale spagnolo (*Derecho indiano*), espressione apparsa per la prima volta nel 1916 nel volume *Introducción al estudio del derecho Indiano* dello storico argentino Ricardo Leneve e tradizionalmente impiegata dalla storiografia giuridica per riferirsi alle norme applicate nel periodo moderno nei territori d'oltremare della Corona spagnola. Numerosi sono gli interrogativi e i temi trattati, primo tra tutti la nozione di *Derecho indiano*. Sullo sfondo c'è la sfida posta nel 1997 da Víctor Tau Anzoátegui che invitava a riflettere e ripensare metodologicamente lo studio del diritto coloniale spagnolo tenendo conto di prospettive che abbandonino una visione troppo spesso legalistica e statalistica. Lo scopo è affrontare alcune nuove sfide che attendono la disciplina con la speranza di contribuire ad integrare lo studio del *Derecho Indiano*.

Questo lavoro, quindi, aggiorna la visione dei singoli temi e apre realmente nuovi orizzonti, ponendosi come punto di riferimento per la ricerca.

G.M.

F

Lindsay Farmer
Making the modern criminal law. Criminalization and civil order

Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 340
ISBN 9780199568642, £ 65

Il volume descrive lo sviluppo in età moderna del diritto penale in Inghilterra e di riflesso di tutti quei sistemi di diritto penale che hanno come base il diritto inglese, ponendo al centro dell'indagine il processo di criminalizzazione primaria, quel processo cioè che porta ad identificare un certo comportamento come criminoso. La scelta di criminalizzare alcune condotte si fonda su ragioni politiche, sociali, economiche, culturali e dipende per buona parte dalla relazione che si instaura fra diritto penale e ordine civile. Farmer decide di porre come data di avvio della sua analisi la fine del diciottesimo secolo in quanto il diritto penale a cui intende far riferimento è un corpo normativo con un ambito definito di applicazione, organizzato secondo una struttura concettuale unica, destinato a svolgere una funzione sociale particolare e prodotto da organi legislativi moderni (p. 5).

L'opera è suddivisa in quattro parti. Nella prima parte, sono analizzate le principali teorie sulla criminalizzazione le quali, secondo l'A., non danno il giusto rilievo alla complessa funzione sociale svolta dalla criminalizzazione stessa. Nella seconda parte, si esamina la complessa relazione tra diritto penale e ordine civile e si affrontano i temi dell'emersione del diritto penale, della giurisdizione, della codificazione e della responsabilità considerati questi ultimi temi chiave nel processo di istituzionalizzazione del diritto penale. Nella terza parte, il fuoco è spostato dal diritto

penale nel suo insieme alle norme penali regolanti alcuni ambiti particolari e, specificamente, la proprietà, la persona e le relazioni sessuali. Nella quarta parte Farmer trae alcune conclusioni concernenti le conseguenze derivanti da un certo modo di intendere la criminalizzazione.

L'A. affronta il tema della criminalizzazione storicamente chiedendosi come e perché alcune condotte in determinate epoche sono state criminalizzate individuando il ruolo e la funzione svolte dal diritto penale.

A.B.

Giovanni Focardi, Cecilia Nubola (a cura di)
Nei tribunali. Pratiche e protagonisti della giustizia di transizione nell'Italia repubblicana

Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 395
ISBN 9788815260093, Euro 32

Frutto di due convegni del 2013 e 2014 svoltisi a Trento presso l'Istituto italo-germanico della Fondazione Bruno Kessler, il volume contiene undici saggi e offre un contributo significativo e aggiornato allo studio di quella drammatica fase della storia italiana che inizia nel 1943, con la caduta del fascismo, con la successiva formazione della Repubblica Sociale Italiana e con l'esplodere del conflitto bellico lungo la Penisola. La giustizia di transizione è divenuta negli ultimi decenni un campo di studi e una categoria euristica particolarmente attrattiva e complessa, ma con non pochi elementi di ambiguità. Uno dei meriti del volume è proprio quello di riportare la questione, appunto, "Nei tribunali", valorizzando il momento della giustizia praticata, dello spazio giudiziario, dei contesti sociali e politici. La posta in gioco era davvero grande: cercare di far uscire la società italiana da un regime totalitario, ormai sconfitto dalla guerra, per approdare ad un regime democratico tutto da costruire. L'inefficace processo amministrativo di epurazione, un sistema di leggi speciali, i processi contro i fascisti repubblicani ma poi anche contro i partigiani, un complesso di provvedimenti di clemenza, formarono il tessuto normativo e istituzionale della giustizia di transizione "all'italiana" che assunse, inevitabilmente, la forma della giustizia politica. Le nuove autorità *in statu nascendi*, in anni difficilissimi, dovettero "rendere giustizia" assegnando le responsabilità ai collaborazionisti saloini e filo-nazisti ma, al tempo stesso, ricostruire, attraverso il ricorso a forme di clemenza di massa, un tessuto civile per fondare le nuove istituzioni democratiche.

La giustizia di transizione, legale, doveva "tenere a freno" le ragioni della vendetta, del linciaggio, della violenza contro la violenza, ma non fu semplice avere la meglio sulle forme di giustizia "popolare" e "sommaria". Il succedersi e l'intreccio delle forme di giurisdizione e di giustizia (Alta corte di giustizia, Corte d'assise straordinarie, sezioni speciali dell'Assise, tribunali militari) mostrano la complessità del quadro storico. Il volume indaga molto opportunamente il ruolo dei protagonisti "tecnici": gli avvocati (uomini e donne), i magistrati, "arbitri di una giustizia politica"; alcuni processi "celebri" (Pisenti, Graziani) ma anche vicende poco note (il ruolo delle collaborazioniste). Infine, il volume fa vedere che si è trattato di una giustizia di "lunga durata", fatta di "armadi della vergogna", di connivenze, di mancati risarcimenti. Insomma, una vicenda con la quale il nostro paese ha avuto difficoltà a fare i conti.

L.L.

G

Saverio Gentile
Gli ultimi fuochi dei napoleonidi. Il progetto di revisione della codificazione francese a Napoli (1814)

Napoli, Jovene, 2015, pp. 352
ISBN 9788824323710, Euro 32

La monografia di Gentile si apprezza anzitutto per la ricca appendice documentaria ine-

dita, di grande interesse, che restituisce la giusta attenzione al laboratorio giuridico, politico ed istituzionale del Regno di Napoli tra il Decennio francese e la Restaurazione borbonica. L'ultima Commissione francese di magistrati e giureconsulti voluta da Gioacchino Murat – chiamato a Napoli per rimpiazzare Giuseppe Bonaparte in odore di corona di Spagna – si insedia nel maggio del 1814 per modificare la legislazione in un tentativo di posticipata nazionalizzazione della codificazione napoleonica. Presiede il Gran Giudice, Francesco Ricciardi, che con sollecitudine invita tutti i Tribunali ad esprimere osservazioni ai fini di utili modifiche da apportare alla Legislazione. Le Osservazioni dei Tribunali, documentate in appendice, insistono su istituti chiave. Anzitutto il diritto di famiglia, sul quale i Tribunali fanno osservazioni in una prospettiva ulteriormente conservatrice. Un altro istituto, forse la questione del diritto processuale civile borbonico, è l'espropriazione forzata che si risolverà attraverso un dialogo Napoli-Parigi.

Ma è l'idea in sé di Codice che genera un nuovo corso, rinnovando il nodo costituzionale del rapporto giudice-legge, e apre a nuove sfide per la scienza giuridica. L'A. coglie quella fase di transizione nella quale convivono le nuove istanze con radicate pratiche come testimoniano alcune Circolari, riportate in appendice, nelle quali si rassicurano i giudici e allo stesso tempo si indicano le precise procedure alle quali sono vincolati. Ulteriore ragione di interesse della ricostruzione operata dall'A. sta nella considerazione che alcune delle proposte formulate, prima dal Gran Giudice Ricciardi nel 1808, e poi dalle commissioni del 1814, costituiscono un "modello", sebbene non espresso per ragioni di opportunità politica, delle maggiori innovazioni del codice del 1819.

M.S.

Gary Gerstle
Liberty and coercion. The paradox of American government from the founding to the present

Princeton, Princeton University Press, 2015, pp. 452
ISBN 9780691162942, $ 35

Il volume è un affresco della storia costituzionale americana dal suo sorgere ad oggi. L'autore sceglie per la ricostruzione un punto di vista particolare e di grandissima attualità: l'ambigua e problematica relazione fra la federazione e gli stati. La problematicità e ambiguità di tale relazione sono attribuite al paradosso fondativo dello Stato americano. La Costituzione infatti limita il potere dello stato federale, attribuisce agli individui diritti che il Presidente, il Congresso e la Corte Suprema non possono abrogare e dà agli stati ampi poteri fra i quali anche quelli di limitare quegli stessi diritti degli individui garantiti dallo stato federale. Il pendolo perenne fra libertà garantita dallo stato federale e coercizione realizzata dagli stati attraversa tutta la storia americana. Lo stato federale opera secondo i principi del liberalismo classico, mentre gli stati operano secondo il principio del "police power". Come questi due principi così distanti fra loro abbiano potuto convivere e come lo stato federale sia riuscito gradualmente ad erodere i poteri degli stati diventando il Leviatano che è oggi, sono alcuni degli interrogativi che percorrono il libro ed ai quali l'autore intende rispondere.

Al fine di trovare risposte, l'autore abbandona il sentiero, solitamente battuto dagli storici, di narrare la storia costituzionale americana attraverso i grandi movimenti di riforma guidati da uomini illuminati e ritiene invece che tale storia vada ricostruita attraverso le strategie, attuate dal 1780 ad oggi, per espandere legalmente i poteri dello stato federale oltre i suoi limiti costituzionalmente imposti. Ciò è stato possibile grazie all'abilità di improvvisazione di membri del Congresso, di giudici, giuristi e amministratori. Tali strategie si ispirarono principalmente ai principi di esenzione, surrogazione e privatizzazione. Tuttavia l'espansione dei poteri dello sta-

to federale centrale a discapito degli stati senza una conseguente modifica della Costituzione lo ha reso estremamente vulnerabile. Ecco allora nel secondo dopoguerra la creazione di un nuovo strumento per l'ampliamento dei suoi poteri: la sicurezza nazionale.

Il volume, come lo stesso autore modestamente afferma (p. 10), è un volume di sintesi reso possibile grazie al lavoro di quanti lo hanno preceduto, tuttavia le nuove prospettive interpretative che apre sullo stato federale, ma specialmente sugli stati, generalmente ignorati dagli studiosi ma che larga parte hanno avuto nella storia costituzionale americana, lo rendono di sicuro interesse non solo per quanti si occupano della storia costituzionale americana, ma anche per gli storici del diritto costituzionale in genere e per i costituzionalisti.

A.B.

H

Devika Hovell
The power of process. The value of due process in Security Council sanctions decision-making

Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 193
ISBN 9780198717676, £ 70

Il volume si occupa del tema del giusto processo relativamente alle sanzioni imposte dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU. Alla fine degli anni '90, il Consiglio di Sicurezza ha modificato la sua strategia sanzionatoria, passando da un sistema di sanzioni contro gli Stati, che colpiscono in modo indiscriminato tutti i suoi cittadini, ad un sistema di sanzioni 'mirate' (smart o targeted sanctions) dirette contro particolari persone fisiche o giuridiche, contro alcune tipologie di merci, o contro determinate regioni di un paese. Sembra così compiersi un passaggio epocale nella storia dell'ONU che da organismo rappresentante una comunità di Stati sembrerebbe diventare organismo di una comunità umana universale. Le risoluzioni che hanno prodotto tale mutamento sono la n. 1267 del 15 ottobre 1999 e la n. 1373 del 28 settembre 2001. La prima istituisce il Comitato delle sanzioni con il compito di inserire in una lista apposita persone ed enti sospettati di appartenere ad organizzazioni terroristiche, non prevede però la possibilità di contraddittorio e non consente agli iscritti di presentare difese. La seconda non prescrive agli Stati, che adottano misure in ottemperanza alle sanzioni imposte, di rispettare il diritto internazionale umanitario e i diritti umani fondamentali.

L'autrice intende individuare un quadro di norme procedurali per il Consiglio di Sicurezza: nella prima parte del volume attraverso la storia delle sanzioni mirate esamina il metodo formalista basato sulle fonti e i miti e le concezioni errate che sono da esso derivate; nella seconda parte espone i fondamenti per una metodologia, diretta allo sviluppo di un giusto processo per la comminazione di sanzioni mirate da parte del Consiglio di Sicurezza, basata su valori (p. 4), gli unici in grado di costituire una base legittimante le sanzioni stesse. Il cuore della tesi che l'autrice qui sviluppa è che l'essenza del giusto processo non sia fornire accesso a un tribunale, quanto piuttosto accesso al dialogo (p. 5).

Nella terza parte l'autrice individua tre modelli di giusto processo basati su valori: il modello strumentalista che attribuisce importanza all'accuratezza delle decisioni giudiziali (p. 85); il modello dignitario che enfatizza la dignità e l'autonomia dell'individuo (p. 113); il modello di interesse pubblico che considera il giusto processo come un meccanismo che valorizza la responsabilità pubblica nel prendere decisioni (p. 139). Argomenta poi che una procedura giudiziaria internazionalizzata sarebbe strumentale per lo sviluppo del primo modello, una procedura giudiziaria pluralista per la promozione del secondo modello, mentre una procedura internazionale non

decisoria per l'affermazione del terzo modello.

Tali modelli sono basati su diverse teorie di diritto e di ordinamento giuridico e dimostrano l'esistenza di interazioni fra giusto processo e diverse concezioni di comunità, diritto e valori

La scelta di uno dei modelli procedurali non è dunque soltanto una scelta importante per dare legittimità alle sanzioni del Consiglio di Sicurezza. Essa è rilevante per la riforma dell'intero ordinamento giuridico internazionale.

Il volume è senz'altro interessante per gli internazionalisti e per quanti si occupano di costituzionalismo globale e di sistemi processuali internazionali.

A.B.

Martin Huemer
Il problema dell'autorità politica. Un esame del diritto di obbligare e del dovere di obbedire

Macerata, Liberilibri, 2015, pp. 552
ISBN 9788898094233, Euro 22

Centrale, oltre che concettualmente, e non a caso, è in questo libro il capitolo 7 su "Che cosa succede in assenza di autorità?". Centrale perché tutto il testo non fa altro che rispondere a questo quesito fondatore della filosofia politica. Tutta la costruzione teorica occidentale dello Stato gira infatti intorno al presupposto essenziale e troppo spesso non meditato abbastanza – sembra volerci dire l'autore – dell'accettazione del principio di autorità e di coercizione in funzione di un bene comune superiore all'interesse individuale. Bene comune, peraltro, neppure troppo univocamente definito e condiviso. Una catena indimostrata di presupposti "errati" non esita l'autore. Egli nel definirsi un "estremista ragionevole" propone un cammino esplicitamente diretto non solo agli addetti ai lavori seguendo le tracce dei giudizi etici di senso comune. La parte precedente il capitolo centrale infatti dà conto delle teorie filosofiche con cui abbiamo basato l'esistenza dello Stato (con il capitolo 6 dedicato "alle prove psicologiche e storiche sui nostri atteggiamenti verso l'autorità", mentre la seconda parte è quella *costruens*, in cui si propone una struttura sociale alternativa a quella basata sul principio di autorità, affrontando i problemi concreti di un tale cambiamento e di come quest'ultimo possa verificarsi.

Scartando metodologicamente la filosofia morale (solo una delle varie che si sono definite nei secoli) come sufficiente piedistallo su cui erigere la filosofia politica perché sempre "controversa" (pp. 59 ss.).

"Ciò di cui sono convinto è che i giudizi etici ovvi e indiscussi – sia specifici che generali – tendono ad essere affidabili. Prenderò per buono il fatto che abbiamo una conoscenza morale, e che i nostri giudizi etici più certi, più ampliamente condivisi sono istanze di tale conoscenza" (p. 61). Il punto di partenza del libro che scarta tutte le teorie morali generali sembra già mettere piuttosto in chiaro le convinzioni anarchiche e libertarie dell'autore, che però, a nostro parere, rischia già da questa impostazione metodologica di non sfuggire l'aporia strutturale del discorso anarchico che finisce, indubitabilmente in una aggregazione maggioritaria di individui forse non del tutto distante dalla 'classica' maggioranza…

Certo, come sostiene ad un certo punto l'autore "Non è ammissibile usare la forza contro un'altra persona solo per impedire che quella persona influenzi la cultura della società in modi indesiderati" (p. 239) ma come si fa senza almeno 'minacciare' la forza a difendere ciò che con la forza potrebbe essere offeso? Che sia cultura, persona, diritto…

L'autore infatti sembra consentire, almeno a condizione che non esistano soluzioni migliori, a che lo Stato proibisca alcune azioni quando si tratta di difendere i diritti individuali ed in particolare la vita, ragionamento che sembra reggere anche nel momento in cui si indaga il caso del sostegno ai poveri, che se lo sono ad un costo non troppo alto per sé, 'debbono' essere aiutati, anche dallo stato con il welfare (p. 246). Ma chi decide quando il costo non

è troppo alto per me, se posso incontrare un obbligo? E non stiamo ricadendo nella categoria dell'obbligo morale?

N.C.

K

Hans Kelsen
Che cos'è la giustizia? Lezioni americane
A cura di Paolo Di Lucia e Lorenzo Passerini Glazel

Macerata, Quodlibet, 2015, pp. 240
ISBN 9788874627257, Euro 18

Come tutti sanno Kelsen è l'autore della *Reine Rechtslehre*, del 1934, un'opera fondamentale per la riflessione giusfilosofica, nella quale illustra la teoria che sarà oggetto di studio e sviluppo per tutta la vita. La persecuzione nazista lo costrinse a lasciare l'Europa. Dal 1940, negli Stati Uniti, Kelsen arricchì la sua teoria pura del diritto grazie al confronto con la *sociological jurisprudence* americana e la filosofia giuridica latino-americana. Allo stesso tempo sviluppò le idee sull'etica e sulla sociologia dell'idea di giustizia, facendo uno "strappo" alla purezza del metodo che postula la separazione delle ricerche sulla struttura formale del diritto positivo.

I curatori di questo volume propongono e commentano una raccolta di testi che testimoniano il percorso "americano" di Kelsen: le due lezioni del 1949 intitolate dai curatori "Elementi di teoria pura del diritto", nelle quali sono rintracciabili novità sulla teoria pura del diritto. In particolare Kelsen introduce nuovi paradigmi concettuali rispetto al 1934. La *farewell lecture* del 1952: "Che cos'è la giustizia?, che dà anche il titolo al volume, nella quale Kelsen delinea la filosofia relativistica della giustizia come felicità sociale. Kelsen sostiene che la domanda "Che cos'è la giustizia?" compete alla filosofia e non alla scienza. L'etica è una scienza sociale normativa che tuttavia descrive ordinamenti morali e la sociologia dell'idea di giustizia è una scienza sociale casuale, dunque entrambe rimangono distinte dalla teoria pura del diritto ma con essa sono in relazione. Nella lezione tenuta nel 1962 presso la School of Law dell'Università di Berkeley si delineano i rapporti tra politica, etica, diritto e religione. Sebbene Kelsen constati che alcuni sistemi morali e politici abbiano origine in credenze religiose, delle quali si debbono occupare l'etica e la scienza della politica, esclude che la scienza possa essere ricondotta sotto il dominio della teologia e della religione.

M.S.

O

Nuccio Ordine
Tre corone per un re. L'impresa di Enrico III e i suoi misteri
Prefazione di Marc Fumaroli

Milano, Bompiani, 2015, pp. 552
ISBN 9788845277092, Euro 17

Dopo l'edizione francese del 2011, esce in italiano – in parte riscritta e parecchio ampliata – questa brillante e originale ricerca di Nuccio Ordine che sa mettere l'erudizione al servizio dell'intelligenza e di una rara capacità di analisi. È un viaggio intellettuale frutto di molti anni di frequentazioni con alcune delle più importanti figure del mondo culturale europeo del '500 (da Machiavelli a Bruno, da de Ronsard a Blaise de Vigenère, da Philip Sidney a John Gordon…) studiando emblemi ed imprese alla ricerca dei "misteri" legati alle tre corone dell'impresa di Enrico III, l'ultimo re Valois, sotto il motto *Manet ultima coelo*. Una è la corona di Francia, l'altra quella di Polonia. Ma la terza che cosa rappresenta? Nuccio Ordine ci fa entrare nelle stanze più misteriose del potere in uno dei periodi più drammatici della storia della monarchia francese nell'età delle guerre di religione. Prima dell'avvento dell'età della ragione e del mondo *more geometrico*, il potere regale è ancora avvinto

ai simboli, alle figure mitologiche dell'antico, ai sistemi di pensiero alchemici e magici. L'impresa di Enrico III diventa allora come un codice segreto di cui occorra ricostruire i protocolli più reconditi. Tra Francia e Inghilterra si muovono artisti e letterati, diplomatici e pensatori, maestri di balletto e scenografi di corte. Sembrano mondi lontani eppure Ordine riesce a cogliere allusioni, rapporti, radici antropologiche.

L'A. non ci dà, per fortuna, una risposta univoca. Ci sottopone ipotesi, letture, interpretazioni. Ognuna ha un senso e un valore. Di sicuro, dopo la lettura del libro sappiamo molto di più sul potere e sul cosmo nell'immaginario cinquecentesco di quanto non fosse prima. E non mi sembra poco.

L.L.

Liav Orgad
The Cultural Defense of Nations. A Liberal Theory of Majority Rights

Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 273
ISBN 9780199668687, £ 50

Il repentino incremento nell'afflusso di immigrati nei paesi dell'Ovest globale rappresenta una delle maggiori sfide per gli Stati nazionali liberal-democratici nel XXI secolo. L'autore riassume il problema identificandolo come parte del processo di *nation building*: per giudicare se 'loro' (gli immigrati) sono compatibili con 'noi' (i cittadini degli Stati nazionali), dobbiamo sapere chi siamo 'noi'. Il concetto di cittadinanza acquisisce però significati diversi nei vari paesi di immigrazione e muta nel tempo, poiché diverso e mutevole è il peso riconosciuto ai principali fattori identitari: quello etno-nazionale (o etno-religioso), quello etno-culturale e quello civico-politico. Il problema si aggrava ulteriormente se si pone nell'ottica di relazioni tra maggioranze e minoranze culturali. In democrazia la maggioranza decide e quindi lo Stato non è culturalmente neutrale, poiché la maggioranza impone la propria cultura, le proprie narrazioni storiche e religiose di carattere fondativo e quindi anche le proprie concezioni sul giusto ordine politico-istituzionale. L'immigrazione di massa sta rendendo sempre più precario il potere decisionale delle tradizionali maggioranze e queste tendono a difendere la loro identità, secondo l'autore, con metodi indiretti, o meglio, insinceri. Prive di concetti espliciti e di appositi mezzi giuridici, le maggioranze si difendono ridefinendo i criteri legali di immigrazione e di naturalizzazione con giustificazioni che invocano la protezione degli 'interessi dello Stato' o delle 'prevalenti' o 'comuni norme di convivenza sociale'. In luogo di tali espedienti, l'autore propone una teoria normativa di difesa dei diritti culturali delle maggioranze, che corrisponda ai criteri di legalità e di legittimità consoni alle società liberali. Le risposte avanzate dall'autore rientrano indubbiamente nel solco dell'ortodossia del liberalismo odierno, poiché assumono come principi di base la filosofia politica di John Rawls e Joseph Raz. I 'doveri naturali' di Rawls impongono agli immigrati di accettare quegli elementi della cultura maggioritaria che costituiscono le 'precondizioni per la libertà'. Le maggioranze hanno invece il diritto di difendersi da quegli elementi della cultura minoritaria che si oppongono a ciò che Raz definisce 'un sistema legale fondato sulla autonomia individuale'. Una risposta, dunque, che non convincerà chi non condivide pienamente il modo in cui l'ortodossia liberale interpreta la libertà e l'autonomia individuale, e che lascia aperta la questione dei criteri per distinguere i conflitti culturali da quelli politico-sociali.

R.C.

P

John James Park
Los dogmas de la Constitución
Con uno *Estudio preliminar* de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, traducción y epílogo de Ignacio Fernández Sarasola

Madrid, Editorial Tecnos, 2015, pp. 229
ISBN 9788430967100, Euro 15

Joaquín Varela Suanzes-Carpegna e Ignacio Fernández Sarasola ripropongono, nella serie dei "Clásicos del pensamiento", l'edizione spagnola di uno dei testi ottocenteschi più importanti per leggere e comprendere l'evoluzione e la natura della costituzione inglese prima di Bagehot e Dicey.

Giurista di valore, con una formazione tedesca, professore di diritto al *King's College* di Londra, autore di opere rilevanti nel campo della *Jurisprudence*, John James Park (che morì a soli 38 anni) deve oggi la sua fama soprattutto a *The dogmas of the Constitution*. Eppure, questa traduzione spagnola è la prima e, a nostra conoscenza, unica traduzione in lingua straniera dell'opera di Park. Gli ampi e approfonditi saggi dei curatori ne fanno, in assoluto, il più importante contributo monografico alla conoscenza di Park e del suo scritto costituzionalistico.

Muovendo dalla legge di riforma del 1832, Park, né *whig*, né *tory*, vuole offrire al lettore – nel momento in cui si sta per modificare la costituzione britannica – gli strumenti per comprenderne la dimensione *reale*. Sulla scia della sociologia di Auguste Comte, il giurista inglese afferma con forza la necessità di studiare la costituzione con vero metodo scientifico, mostrando gli aspetti reali, materiali, e denunciando la rappresentazione della costituzione "formale" basata su luoghi comuni, idee preconcette, mitologie. Insomma, ciò che appariva come un insieme di "dogmi", di assiomi, altro non era se non una tradizione meramente tralatizia, ormai superata dalla realtà dei fatti. Park contribuisce a definire la scienza della politica come scienza osservativa. Pur essendo un giurista di formazione, Park studiava la sua costituzione dal punto di vista storico-reale, seguendo gli "insegnamenti" di sir James Mackintosh e di sir William Betham. La costituzione *reale*, frutto di ragione e caso, storia e tradizione, non era un "testo" fisso ma un regime storico di cambiamenti che mostrava il superamento o la metamorfosi delle teorie del "governo misto" e dell'equilibrio costituzionale, a vantaggio di un nuovo sistema di governo incentrato sulla dimensione parlamentare dell'indirizzo politico.

L.L.

R

Massimo Rubechi
Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive

Torino, Giappichelli, 2016, pp. 208
ISBN 9788892103184

L'oggetto del saggio monografico di Massimo Rubechi è definito con semplicità e schiettezza sin dal titolo, pur concernendo una tematica che affonda le sue radici all'origine del costituzionalismo e dell'idea stessa di democrazia.

Obiettivo del volume è analizzare la configurazione del diritto di voto nell'ordinamento giuridico italiano e di indagarne la natura giuridica, i confini, le prospettive, nel contesto europeo e sovranazionale.

Ci si sofferma, inizialmente, a descrivere l'evoluzione del diritto di voto nella evoluzione del pensiero filosofico-giuridico. L'Autore opportunamente sottolinea il distinto rilievo dell'istituto nello Stato liberale e, poi, nello Stato costituzionale pluralista e democratico: l'osservazione muove dal sottolineare la diversa configurazione del diritto di voto nel passaggio dal suffragio limitato e censitario al suffragio universale (cap. I).

Con l'avvento dello stato costituzionale pluralista, nell'ordinamento costituzionale italiano il legame fra diritto di voto e suffragio universale diviene la chiave di volta della lettura progressiva del principio democratico, sancito sin dall'art. 1, Cost. Sul piano giuridico-costituzionale diviene decisivo identificare la relazione fra popolo e principio democratico, attraverso l'esercizio del diritto di voto: diviene decisivo pertanto identificare i caratteri ed il perimetro del "corpo elettorale". Forse uno

dei meriti principali del libro è di sviluppare tale analisi in modo così serrato da non poter evitare di osservare le nuove frontiere della delimitazione del "corpo elettorale", in particolare sotto il profilo della crisi della relazione biunivoca fra cittadinanza e diritto di voto. Espressamente l'Autore pone il tema del diritto di voto al di là della cittadinanza e lo declina sotto il profilo della cittadinanza europea e del ruolo degli stranieri residenti nella comunità politica (cap. II).

Così delineata l'evoluzione ed il perimetro soggettivo del diritto di voto è possibile procedere ad inquadrare l'istituto nella sua dimensione dinamica, nel contesto cioè delle votazioni: il diritto di voto può essere compreso solo se viene collocato all'interno del circuito rappresentativo che caratterizza il nostro ordinamento giuridico (p. 87). In tale quadro si sviluppa una descrizione puntuale delle garanzie (segretezza, libertà) e delle caratteristiche (personalità, eguaglianza) costituzionali del diritto di voto disciplinato dall'art. 48 Cost. e dalla legislazione elettorale, tenendo in specifica considerazione i profili connessi con l'utilizzo delle nuove tecnologie nelle campagne elettorali e nell'espressione del voto. Il punto decisivo del Volume si sviluppa nell'ultimo par. del cap. III, ove l'Autore descrive il nesso sussistente fra il diritto di voto (garanzie e caratteri) ed i sistemi elettorali, individuando l'istituto del diritto di voto (e la sua disciplina, anche sotto il profilo del sistema elettorale prescelto dalle forze politiche) come l'elemento di congiunzione fra circuito rappresentativo e circuito democratico: è qui che si gioca la qualità e l'evoluzione di un sistema costituzionale democratico e pluralista (cap. III).

Il testo, infine, si apre ad osservare e contestualizzare il diritto di voto nello spazio giuridico europeo, individuando i principi elaborati a partire dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo dalla Corte di Strasburgo. Di particolare interesse l'analisi dei Codici di buona condotta della Commissione di Venezia, che in qualche modo codificano i principi comuni agli ordinamenti liberal-democratici in materia di diritto di voto e di elezioni. Il volume si conclude con l'analisi della giurisprudenza in materia della Corte di giustizia dell'Unione europea e con la prospettiva di un diritto di voto legato alla cittadinanza europea ed inclusivo degli stranieri residenti (cap. IV).

S.C.

Autori / *Authors*

Andrea Marchili, svolge attività di ricerca presso il Dipartimento di Scienze politiche, Sapienza, Università di Roma, Piazzale Aldo Moro 5, Roma, andrea.marchili@uniroma1.it

Marco Fioravanti, Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", Dipartimento di Giurisprudenza, Via B. Alimena 5, 00173 Roma, marco.fioravanti@uniroma2.it

Paola Rudan, Assegnista di ricerca, Dipartimento di Storia Culture Civiltà, Università di Bologna, Piazza San Giovanni in Monte 2, 40126 Bologna, paola.rudan@unibo.it

Giuseppe Mecca, Post-Doc in Storia del diritto, Universität Passau, Innstr. 39, 94032 Passau, Germania, giuseppe.mecca@unimc.it

Licia Califano, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Urbino "Carlo Bo", Componente del Collegio del Garante per la protezione dei dati personali, piazza di Monte Citorio n. 121, 00186 Roma, licia.califano@uniurb.it, l.califano@gpdp.it

Giulio M. Salerno, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento di Economia e diritto, Università di Macerata, Piazza San Vincenzo Maria Strambi, 1, 62100 Macerata, salerno@unimc.it

Pierre Serrand, Professeur à l'université d'Orléans, Centre de Recherche Juridique Pothier - EA1212, UFR Collegium Droit, Economie, Géstion, Rue de Blois, BP 26739, 45067 Orléans cedex 2, pierre.serrand@univ-orleans.fr

Massimo Rubechi, Ricercatore di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Urbino "Carlo Bo", Via Matteotti 1, 61029 Urbino, massimo.rubechi@uniurb.it

Matteo Timiani, Dottore di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università di Bologna, Funzionario presso il Garante per la protezione dei dati personali, piazza di Monte Citorio n. 121, 00186 Roma, m.timiani@gpdp.it

Valentina Fiorillo, Dottore di ricerca in Teoria dello stato e istituzioni politiche comparate presso Sapienza, Università degli Studi di Roma, Funzionario presso il Garante per la protezione dei dati personali, piazza di Monte Citorio n. 121, 00186 Roma, v.fiorillo@gpdp.it

Giovanni Di Cosimo, Professore ordinario di diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Piaggia dell'Università 2, Università di Macerata, 62100 Macerata, giovanni.dicosimo@unimc.it

Francesco De Leonardis, Professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Piaggia dell'Università 2, Università di Macerata, 62100 Macerata, f.deleonardis@unimc.it

Simone Calzolaio, Ricercatore in diritto costituzionale, Dipartimento di Scienze politiche, della comunicazione e delle relazioni internazionali, Università di Macerata, Via Don Minzoni 22/A, 62100 Macerata, simone.calzolaio@unimc.it

Valentina Pagnanelli, Docente di diritto dell'informazione e della comunicazione, Accademia delle belle arti di Macerata, Avvocato del foro di Macerata, via Due fonti n. 96, 62100 Macerata, v.pagnanelli@gmail.com

Diederick Slijkerman, Researcher, University of Leiden, The Netherlands, PhD, LLM, Valentijn 48, 3972 XK, Driebergen, The Netherlands, slijkerman@casema.nl

Mariaconcetta Basile, ab. in Storia delle dottrine politiche, Via Grattoni 46, 98122 Messina, mcbasile@unime.it

Gian Paolo Trifone, Ricercatore, Professore incaricato di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Salerno, via Giovanni Paolo II 132, 84084, Fisciano (SA), gtrifone@unisa.it

Abstracts

Andrea Marchili, *Rousseau e l'ideale della trasparenza. Nascita di un mito moderno / Rousseau and the Ideal of Transparency. The Birth of a modern Myth*

Quella di trasparenza è una nozione chiave per comprendere il passaggio dalla società di *ancien régime* alla società borghese. Se, da una parte, essa si riferisce a un soggetto slegato da vincoli tradizionali, dall'altra, è già un criterio valutativo degli effetti patologici della *civilisation*. È in questo duplice senso che, con Rousseau, appare per la prima volta nel *theatrum philosophicum* moderno. Nel pensiero del Ginevrino questa nozione svolge dapprima una funzione polemica, smascherando il nesso ideologico fra illuminismo e *civilisation*: lì dove l'autopercezione dell'illuminismo glorifica la propria opera di rischiaramento, Rousseau vede l'opacità di rapporti alienanti. A partire da questo elemento critico, Rousseau costruisce tutto un sistema normativo che si rivolge sia alla fondazione dei princìpi morali, come nel *Discours sur l'inégalité*, sia alla fondazione di una comunità democratica, come nel *Contrat social*. Questo saggio intende, pertanto, ricostruire il modo in cui Rousseau articola le proprie ragioni intorno alla nozione di trasparenza. La tesi che vi si intende sostenere è che se è vero che l'idea "scoperta" da Rousseau è tipicamente moderna, essa svolge tuttavia una funzione eminentemente critica proprio nei confronti della modernità. Ciò significa che non può essere immediatamente assimilata alla "società trasparente" che secondo alcuni interpreti contemporanei caratterizzerebbe in modo totalitario la nostra società.

Transparency is a key concept in understanding the shift from an *ancient régime* society to a bourgeois society. Although it refers to a subject which is unbound to traditional constraints, transparency is also a measure of assessing the pathological effects of *civilisation*. It is with Rousseau that this double meaning unfolds in the modern *theatrum philosophicum.* In Rousseau's thought, transparency performs an argumentative function, unveiling the ideological link between Enlightenment and *civilisation*: where the Enlightenment's self-perception praises its own act of enlightening, Rousseau sees the opacity of alienating relationships. Rousseau moves from this argumentative element to build a regulatory framework that refers to both the foundation of moral principles, as in the *Discours sur l'inégalité*, and the foundation of a democratic community, as in

the *Contrat social*. Hence, this paper intends to investigate Rousseau's argument in reference to the concept of transparency. The thesis underlying this work is that if it is true that the idea that Rousseau "discovers" is typically modern, however this idea is eminently critical of modernity. This means that it cannot be immediately related to the "transparent society" that, according to some contemporary thinkers, would characterise our society in a totalitarian way.

Parole chiave / Keywords: Illuminismo; Ideologia; Teoria sociale; Diritto naturale; Democrazia / Enlightenment; Ideology; Social Theory; Natural Right; Democracy.

Marco Fioravanti, *Per un lessico giuridico della trasparenza. Pubblicità e segretezza in Francia tra* Ancien régime *e Rivoluzione / Toward a legal lexicon of transparency. Publicity and Secrecy in France between the* Ancien régime *and the Revolution*

In questo saggio si vuole cercare di definire il concetto di trasparenza – inteso principalmente come pubblicità dei processi decisionali e antonimo di segretezza – e la sua evoluzione semantica nella Francia a cavaliere tra *Ancien régime* e Rivoluzione. La politica assolutistica era basata sui dogmi assoluti della religione, sui segreti custoditi dai sovrani – gli *arcani imperii* – e dalle corporazioni (gli *interna corporis*), in particolare da quella dei magistrati, custode degli *arcana juris*. Questa struttura giuridica e ideologica viene messa sotto accusa dall'Illuminismo che, nelle sue varianti intellettuali, si fece interprete della critica verso la segretezza del potere, l'arbitrio e la *iurisdictio* dei giudici e delle loro funzioni esercitate in maniera "occulta". L'opinione pubblica e la libertà d'espressione pertanto furono elevate a potenze da esercitare contro il dispotismo, anche in campo giudiziario con la richiesta di emarginare la segretezza del processo. Tuttavia solo con la Rivoluzione francese la trasparenza – nella formazione della legge, nella visibilità della cosa pubblica, nell'amministrazione della giustizia e nel controllo del potere da parte dei cittadini – avrebbe assunto un valore costituzionale.

In this essay I define the concept of transparency – primarily intended as publicity of decision-making and antonym of secrecy – and its semantic evolution in France between the *Ancien régime* and the Revolution. The absolutist policy was based on the dogmas of religion, on the secrets kept by the sovereign and by corporations, and on the power of the judges. This legal and ideological structure is criticized by the Enlightenment which, in its various intellectual forms, denounced the secrecy of the power, the arbitrariness of judges and their functions carried out covertly. Public opinion and freedom of expression were, therefore, conceived as powers to exercise against despotism, even in the legal field with the request to marginalize the secrecy of the process. However, only with the French Revolution, transparency – in the law making process, in the visibility of public affairs, in the administration of justice and in the control of power by the citizens – achieved a constitutional value.

Parole chiave / Keywords: Opinione pubblica; Trasparenza; Segretezza; Sorveglianza; Denuncia / Public opinion; Transparency; Secrecy; Surveillance; Denunciation.

Paola Rudan, *Jeremy Bentham, la trasparenza e la disciplina sociale della costituzione / Jeremy Bentham, transparency and the social discipline of the constitution*

Mentre comunemente la storiografia considera la rilevanza costituzionale della trasparenza in relazione al declino della tradizione assolutistica degli *arcana imperii* e all'affermazione del governo

rappresentativo, il saggio prende in esame la funzione amministrativa attribuita alla trasparenza tra il XVIII e il XIX secolo. Sotto questa luce, la riflessione di Jeremy Bentham acquisisce una particolare rilevanza. La trasparenza è per lui, in primo luogo, l'effetto dell'architettura panottica, cui viene riconosciuta una precisa capacità disciplinare. In secondo luogo, la trasparenza può essere realizzata attraverso un vasto piano contabile fondato su un principio sinottico. In quanto presume e produce trasparenza, l'attività di management dovrebbe diventare la base di una disciplina sociale della costituzione, dando espressione e organizzazione ai valori costituzionali della società.

While historiography often underlined the constitutional role of transparency in relation to the decline of the absolutist tradition of *arcana imperii* and to the emergence of representative government, the essay takes into account the administrative function that has been attributed to transparency between the 18th and the 19th century. In this perspective, Jeremy Bentham's reflection reveals its importance. According to Bentham, transparency is first of all the effect of the panoptical architecture, with its specific disciplinary capacity. Secondly, transparency can be realized through a vast project of book-keeping based on a synoptic principle. Insofar as it presumes and produces transparency, management should become the starting point of a social discipline of the constitution, thus expressing and organizing the constitutional values of society.

Parole chiave / **Keywords**: Trasparenza; Bentham; Management; Società; Costituzione / Transparency; Bentham; Management; Society; Constitution.

Giuseppe Mecca, *Per un "governo trasparente". Principio della pubblicità e consenso pubblico nell'esperienza del Piemonte Subalpino / For an "open government". The principle of publicity and public consensus in the experience of Piedmont-Savoy*

Questo saggio si propone di mettere in connessione la trasparenza con la forma di governo costituzionale nel Piemonte Subalpino. Lo sviluppo ottocentesco di sistemi parlamentari impone di ridefinire la partecipazione del pubblico alla vita delle istituzioni. Un governo rappresentativo fonda la propria legittimazione sul consenso dei cittadini, mantenendo viva e costante la comunicazione tra il pubblico e gli eletti. Tra i principî regolatori delle assemblee rappresentative è individuato il principio della pubblicità da intendersi come sedute pubbliche, libere discussioni ed informazione. L'analisi si concentra sui due momenti centrali del procedimento legislativo: le discussioni e le deliberazioni. Speciale attenzione è dedicata alla prassi delle sedute segrete del Parlamento e all'alternanza tra voto segreto e palese.In effetti, la pubblicità è l'atmosfera entro cui devono operare e vivere tutti i poteri dello Stato ed è lo strumento per sottoporre i governanti al controllo della coscienza nazionale.

This study aims at connecting openness with the type of constitutional government ruling in Piedmont-Savoy. The nineteenth-century development of parliamentary systems requires the redefinition of the public participation in the life of the institutions. A representative government bases its legitimacy on the consensus of citizens, keeping the communication between public and representatives alive and constant. Among the regulatory principles of the representative assemblies, the rule of publicity was identified as consisting in public meetings, open discussions and information. The analysis focuses on two central moments of the legislative process: debates and deliberations. Special attention is devoted to the practice of secret meetings of the Parliament and to the alternation between secret and open ballots. Indeed, openness is the atmosphere within which all the powers of the State must work and live and it is the instrument by which the rulers are subjected to the control of national opinion.

Parole chiave / **Keywords**: Governo rappresentativo; Assemblea rappresentativa; Parlamentarismo; Piemonte Subalpino; Statuto Albertino; Pubblicità; Voto segreto o palese / Representative government; Representative assembly; Parliamentarism; Piedmont-Savoy; Albertine Statute; Parliamentary publicity; Secret or open ballots.

Licia Califano, *Trasparenza e privacy nell'evoluzione dell'ordinamento costituzionale / Transparency and privacy in the evolution of the constitutional system*

L'articolo parte da un approfondimento del significato, del contesto costituzionale e del quadro normativo dei concetti di trasparenza e di privacy (in particolare, nella sua accezione di diritto alla protezione dei dati personali), con una metodologia incentrata sull'evoluzione storica di questi due interessi costituzionali: in particolare, l'approdo per ciascuno di essi sarà l'analisi, rispettivamente, del d.lgs. 33/2013 e del d.lgs. 196/2003. Una volta messi a fuoco i termini del principio della trasparenza e del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, l'articolo si soffermerà sulla loro difficile convivenza, rilevando che questa è possibile solamente effettuando un bilanciamento tra valori in grado di contemperare gli obblighi di pubblicazione online di informazioni d i interesse pubblico (da parte delle pubbliche amministrazioni) con l'esigenza di non rivelare dati di carattere personale (al fine di non invadere la sfera di riservatezza e ledere la dignità degli individui interessati). Nel fare ciò, verrà proposta l'interpretazione data dal Garante per la protezione dei dati personali tramite le Linee guida del 2014, che forniscono una lettura improntata alla ricerca del miglior punto di equilibrio possibile tra trasparenza e privacy; ma si darà altresì conto degli aspetti, contenuti nel d.lgs. 33/2013, che tuttora presentano forti criticità sul piano della protezione dei dati personali. Infine, l'articolo farà cenno alla riforma della trasparenza, ancora in fase embrionale, come avviata dalla recente legge delega n. 124/2015.

The article starts with an in-depth analysis of the meaning, the constitutional context and the rules about transparency and privacy (as right to data protection): through their historical evolution, they will be analyzed especially considering the decree n. 33/2013 (about transparency) and the decree n. 196/2003 (about data protection). After that, the article will linger on their difficult cohabitation, evaluating that this could be possible only balancing them in a suitable way: this means that the obligations to disclose public interest information on the websites of the administrations don't have to lead to disclose personal data, because individuals' privacy sphere should not be invaded and personal dignity should not be betrayed. In doing this, the article will focus on the Guidelines approved by the Data protection Authority in 2014, which expose the best possible point of balance between transparency and privacy; at the same time, the article will analyze the remaining criticalities which affect personal data protection. Finally, there will be some brief remarks on the reform of transparency, still at an early stage, promoted by the act n. 124/2015.

Parole chiave / **Keywords**: Trasparenza; Privacy; Diffusione di dati personali; Bilanciamento; Garante per la protezione dei dati personali / Transparency; Privacy; Personal data disclosure; Balance; Data protection Authority.

Giulio Salerno, *Verso un'amministrazione trasparente: principi costituzionali e regole legislative / Towards transparent administration: constitutional principles and legislative rules*

L'articolo offre un'analisi del principio di trasparenza nelle pubbliche amministrazioni, inteso come piena conoscibilità dell'organizzazione amministrativa, nei principi costituzionali e nella disciplina legislativa. Circa la Costituzione, il principio di trasparenza, sebbene non espressamente previsto dalla Costituzione, può essere considerato come un principio di rilevanza costituzionale. Si analizzano poi le discipline legislative che, al fine di assicurare maggiore conoscibilità dell'azione amministrativa, hanno incentivato l'uso delle tecnologie digitali con apposite norme. In particolare, sono descritte due specifiche applicazioni legislative del principio di trasparenza: il diritto di accesso ai documenti amministrativi e la disciplina anticorruzione che ha previsto un articolato impiego dello strumento digitale per realizzare la cosiddetta "amministrazione trasparente", e ha introdotto, in questo quadro, il nuovo diritto di accesso civico. In conclusione, si ritiene che il processo di concretizzazione legislativa del principio di trasparenza nelle pubbliche amministrazioni necessita di correzioni e di perfezionamenti. A tal fine possono essere collegate alcune delle novità normative che deriveranno dai futuri decreti legislativi che saranno adottati in applicazione della legge n. 124/2015 di riforma della pubblica amministrazione.

The article gives an analysis of the principle of administrative transparency, understood as full ability to know the organization and the activity of public administration, in the constitutional principles and in the legislative rules. As far as the Constitution is concerned, although administrative transparency is not expressly provided for by the Constitution, it can be considered as a principle of constitutional significance. As far as the legislative rules are concerned, the use of digital technologies has been encouraged in order to ensure greater knowledgeability of the organization and the activity of public administration. In particular, two specific applications are described: the "right of access" to administrative documents and the "anti-corruption legislation" which provided an articulated use of the digital instruments to achieve the so-called "transparent government", and introduced a new "civic right of access". In conclusion, the process of legislative realization of the administrative transparency needs improvements and corrections. For this purpose, some of the regulatory changes deriving from future legislative decrees (issued in application of the recent reform of the public administration, L. 124/2015) will be useful.

Parole chiave / Keywords: Amministrazione pubblica; Trasparenza; Conoscibilità degli atti amministrativi; Tecnologie digitali, Diritto di accesso; Normativa anticorruzione / Public administration; Transparency; Knowledgeability of the administrative acts; Digital instruments; Right to access; Anti-corruption legislation.

Pierre Serrand, *La transparence administrative et le code des relations entre le public et l'administration / Administrative transparency and the code on the relationship between the public and the administration*

Désormais régie par le nouveau code des relations entre le public et l'administration, la transparence administrative n'a cessé, en France, de se renforcer. Elle s'est d'abord appliquée aux documents administratifs. Elle s'est ensuite imposée aux services de l'administration et aux décisions des autorités administratives. Ce renforcement de la transparence illustre le rééquilibrage d'un droit administratif qui se déplace progressivement de l'administration vers l'administré.

Administrative transparency in France is now regulated by the new code on the relationships between the public and the administration and its field of application is steadying. In the past it was applicable to administrative documents. Then it has been imposed to all public services and to all decisions of administrative authorities. This shows the progressive rebalancing of administrative law which progressively goes from the administration to the administered people.

Mots-clés / Keywords: Droit administratif; Transparence administrative; Document administratif; Autorités administratives; Administration publique / Administrative law; Administrative transparency; Administrative documents; Administrative authorities; Public powers.

Massimo Rubechi, *Il finanziamento pubblico ai partiti e la sua trasparenza: profili storico-evolutivi / The public funding of political parties and its transparency: history and evolution*

Il contributo intende offrire una ricostruzione della disciplina in materia di finanziamento dei partiti politici nella storia repubblicana, leggendo tale evoluzione in controluce rispetto alle istanze di trasparenza. La trasparenza, infatti, è andata affermandosi come il principale strumento attraverso cui prevenire anche nelle forme organizzative riconducibili alla rappresentanza politica (partiti politici) i fenomeni corruttivi e, in generale, assicurare un controllo sulle risorse pubbliche. In questo contesto, il contributo evidenzia come la trasparenza sia stata realizzata, sin dal primo intervento del legislatore, principalmente attraverso la pubblicità dei rendiconti dei partiti politici (in presenza di finanziamenti pubblici soprattutto) e la tracciabilità dei finanziamenti da parte dei privati. Passando per l'evoluzione normativa degli anni novanta – incentrata soprattutto sui rimborsi elettorali – e non mancando di evidenziare la frammentarietà e disorganicità della disciplina sul tema, l'Autore arriva ad analizzare le più recenti riforme a cavallo tra XVI e XVII legislatura. Queste ultime sono state le prime ad istituire un nesso fra le regole di democraticità interna nella struttura dei partiti politici e il regime di finanziamento pubblico.

The article offers an historical account of the funding of political parties in the history of the Italian Republic, with a special focus on transparency issues. Indeed, transparency became the main tool to prevent corruption and to guarantee auditing of public resources in the political representation field (political parties). The article highlights how transparency have been realized, since the first legislator's interventions, mainly through the publicity of political parties financial accounts (especially in case of public funding) as well as the traceability of private funding. Analyzing the '90s legislative evolution – mainly focused on the refunds for election campaigns – and pointing out the fragmentary nature of the normative framework, the Author examines the most recent reforms in XVI and XVII Parliamentary terms. Those law reforms have been the first to set up a connection between public funding and the rules of democracy inside each political party's structure and organization.

Parole chiave / Keywords: Trasparenza; Finanziamento pubblico; Partito politico; Metodo democratico; Rimborso elettorale / Transparency; Public funding; Political party; Democratic method; Refunds for election campaign.

Matteo Timiani, *La trasparenza di cosa? L'evoluzione dell'ambito oggettivo / The evolution of the matter of public transparency*

L'articolo intende analizzare quanto attualmente previsto dal d.lgs. 33/2013 (cd. decreto trasparenza) in materia di trasparenza delle informazioni di pubblico interesse, anche alla luce dell'evoluzione subita dal principio di trasparenza nell'ordinamento italiano. Nello specifico, l'analisi verterà sugli aspetti oggettivi della trasparenza, e in particolare su: le finalità cui sono preordinati gli strumenti forniti dal legislatore per garantire la trasparenza; i diritti che il legislatore ha positivizzato; l'oggetto effettivo di questa rinnovata forma di pubblicità. Nel fare ciò, l'articolo metterà in luce anche le criticità che il dato legislativo pone e terrà conto altresì degli orientamenti assunti dalle principali istituzioni pubbliche operanti sul tema, cioè l'Autorità nazionale anticorruzione e il Garante per la protezione dei dati personali. Infine, verrà fornita una prima lettura della disposizione contenuta nella l. 124/2015, che, nel delegare il Governo a innovare sul tema, intende introdurre nell'ordinamento italiano forme di accesso proprie dell'angloamericano *Freedom of information act* (cd. Foia).

The article analyzes the legislative decree n. 33/2013 (called Transparency Act) that concerns the disclosure of public information, considering the evolution of the principle of transparency in the Italian set of rules as well. The essay explores specifically the objective aspects of this theme, such as: the purposes of this kind of disclosure; the individuals' rights introduced; the real matter of publicity. So as to do this, the article illustrates the drawbacks set by the rules and considers the positioning of the main Italian designated public institutions, i.e. the Anticorruption Authority and the Data Protection Authority. Finally, the essay focuses on the rule ratified by the statute law n. 124/2015 which allows the Government to introduce access ways typical of the Anglo-American Freedom Of Information Act.

Parole chiave / Keywords: Trasparenza; Accessibilità totale; Finalità di controllo sociale; Diritto alla conoscibilità; Ambito oggettivo / Transparency, Total disclosure, Purpose of social control, Right to know, Access.

Valentina Fiorillo, *La trasparenza di "chi"? L'evoluzione dell'ambito soggettivo / The evolution of subjective field of public transparency*

Il contributo si propone di ricostruire l'evoluzione e le caratteristiche dell'ambito soggettivo del D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, ovverosia dell'individuazione delle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici e di diritto privato destinatari degli obblighi di trasparenza (art. 11 del decreto trasparenza). L'A. evidenzia come tale ambito soggettivo presenti molteplici problematicità con riguardo alla sua categorizzazione e sistematizzazione, considerato che il legislatore delegato lo definisce tramite una serie di rinvii ad altre fonti normative e che le definizioni di "pubblica amministrazione", "ente pubblico" e "società partecipata" sono di per sé articolate, complesse e non sempre univoche, a seconda di quale criterio si stabilisca per individuarle. Il contributo, anche alla luce delle modifiche legislative intercorse o in corso di attuazione (legge delega n. 124/2015) e dei provvedimenti interpretativi delle amministrazioni competenti, propone, dunque, una classificazione delle categorie di soggetti destinatari di tali obblighi.

The article describes the evolution and the main characteristics of the so called "subjective field" of the legislative decree n. 33/2013 (Transparency Act), singling out the different categories of public administrations and public and private bodies who are subjected to transparency obligations. The

Author points out the difficult task to classify among a variety of public institutions, especially if one considers that the Transparency Act refers to other statute laws in order to define them. Moreover the definitions of "Public administration", "public institution" and "public company" are often ambiguous. Yet the article proposes a classification, also based on the most recent statutory reforms (Law n. 124/2015) and the measures adopted by the administrations.

Parole chiave / Keywords: Trasparenza; Pubblica amministrazione; Società partecipata; Ambito soggettivo; Pubblicazione obbligatoria / Transparency; Public administration; Public company; Subjective field; Mandatory publication.

Giovanni Di Cosimo, *Sul ricorso alle linee guida da parte del Garante per la privacy / About the use of Guidelines by the Italian Data Protection Authority*

L'intento dell'articolo è di porre in evidenza le criticità che hanno accompagnato l'adozione, da parte del Garante per la privacy, delle Linee guida sulla trasparenza nei siti web della Pubblica Amministrazione. Tali Linee guida infatti sono state adottate in forza di una disposizione del Codice della privacy che affida al Garante il compito di curare la conoscenza tra il pubblico della disciplina in materia di data protection. Al contempo però il D.lgs. n. 196/2003 non prevede che l'Autorità possa adottare provvedimenti come le Linee guida. Dunque il contributo si interroga sul fondamento normativo di tale strumento e sulla legittimità dell'esercizio da parte delle Autorità indipendenti di un siffatto potere regolamentare, in mancanza di attribuzione esplicita dei poteri necessari.

L'articolo contiene una riflessione sul principio di legalità inteso nella sua "accezione forte", che ammette l'esercizio di poteri solo quando essi siano espressamente previsti da una fonte legislativa primaria, e nella "accezione debole" per cui il potere regolamentare delle Autorità indipendenti sarebbe da considerarsi legittimo, se finalizzato al perseguimento di fini indicati dalla legge, anche in assenza di fondamento normativo esplicito. Tale riflessione è accompagnata da un'analisi della prassi delle Autorità indipendenti. Le Linee guida del maggio 2014 costituiscono un esempio delle incertezze relative alla classificazione e alla legittimazione di taluni atti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti, essendo passibili di essere interpretate come atti sostanzialmente normativi ovvero, all'opposto, come *soft law*.

The aim of the article is to highlight the problems that have accompanied the adoption, by the Italian Data Protection Authority, of the Guidelines on transparency in the websites of the Public Administration. These Guidelines have in fact been adopted under a provision of the Data Protection Code which entrusts the Authority with the task of keeping the public understanding the rules on data protection. At the same time, however, the legislative decree no. 196/2003 does not provide for the Authority to take measures such as the Guidelines. Therefore the paper questions the legal basis of this instrument and the legitimacy of such a power, in the absence of an explicit attribution of the necessary powers.

The article contains a reflection on the rule of law, understood in its "strong sense" that admits the exercise of powers only when they are expressly required by a primary source of legislation, and in the "weak sense" according to which the regulatory power of the Independent Authorities would be considered legitimate, if it is aimed at achieving the purpose laid down by law, even in the absence of explicit legal basis. Such reflection is accompanied by an analysis of the practices of Independent Authorities. The Guidelines of May 2014 are an example of the uncertainties relating to the classification and to the legitimacy of certain acts of the Independent Administrative Authorities, being liable to be interpreted as essentially normative acts or, conversely, as soft law.

Parole chiave / Keywords: Trasparenza; Linee guida; Autorità indipendenti; Principio di legalità; Soft law / Transparency; Guidelines; Independent Authorities; Rule of law; Soft law.

Francesco De Leonardis, *Tra obblighi di trasparenza e diritto alla riservatezza: verso una trasparenza di tipo "funzionale"/ Among transparency obligations and the right to privacy: towards a functional transparency*

Secondo alcune letture il sistema italiano, con l'entrata in vigore della legge del 2013, si sarebbe evoluto dal modello dell'accessibilità parziale con legittimazione soggettiva al modello dell'accessibilità parziale con legittimazione oggettiva. Obiettivo del contributo è confermare che tale conclusione ad oggi non può essere condivisa e che, se indubbiamente la trasparenza amministrativa si è ampliata con il decreto Lgs. n. 33/2013 e si amplierà ancora con l'attuazione della cd. legge Madia, non si può dire che si sia già operato il transito al modello di accessibilità alle informazioni di tipo oggettivo, che non prevede una legittimazione soggettiva per poter chiedere l'accesso ai documenti amministrativi. Al "contenimento" della trasparenza e al "salvataggio" dell'interesse soggettivo come presupposto per l'accesso ha contribuito l'art. 24 comma 2 lett. d) della legge n. 241/90 che fa salva l'esigenza di tutelare la "riservatezza di terzi, persone, gruppi e imprese" ma soprattutto la costante azione dal Garante della Privacy e in particolare le linee Guida da questo approvate nel maggio del 2014.

According to some readings, the Italian system, with the entry into force of the Act of 2013, would have evolved from a partial accessibility model with a subjective legitimacy to a partial accessibility model with objective legitimacy. Aim of this contribution is to confirm that this conclusion today cannot be shared and that, though undoubtedly administrative transparency has expanded with the legislative decree no. 33/2013 and it will expand to include the implementation of the so called Madia law, one cannot say that the Italian system has already operated the transition to the accessibility model to information of an objective type, which does not provide for a subjective legitimacy to ask for access to administrative documents. The art. 24 paragraph 2 letter d) of Law No. 241/90, which is without prejudice to the need of protecting the "privacy of third parties, persons, groups and businesses", together with the Guidelines approved by the Data Protection in May 2014 have helped the "containment" of transparency and the "rescue" of the subjective interest as a prerequisite for access.

Parole chiave / Keywords: Legittimazione oggettiva; Accesso; Legge n. 241/90; Linee guida / Subjective Legitimacy; Obiective Legitimacy; Access Law n. 241/90; Guidelines.

Simone Calzolaio, Digital (and privacy) by default. *L'identità costituzionale della amministrazione digitale / Digital (and privacy) by default. Constitutional identity of e-government*

Il lavoro intende indagare il processo di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche italiane. Il «settore pubblico» ha un peso decisivo nella vita della società europea e nel *digital single market*. Per questo, il processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione investe l'ordinamento giuridico italiano ed europeo, il sistema di tutela dei diritti fondamentali ed i rapporti fra cittadini e poteri pubblici. In questa prospettiva l'indagine analizza le norme sulla trasparenza amministra-

tiva sul web, il Codice dell'amministrazione digitale e l'agenda digitale italiana, al fine di delineare l'influenza effettiva esercitata sulla digitalizzazione pubblica. L'insieme di questi atti normativi determina i principi della digitalizzazione pubblica in Italia, che si distinguono in tre categorie: i principi riguardanti le politiche della digitalizzazione nella fase di transizione verso l'amministrazione digitale; i principi di organizzazione e funzionamento della infrastruttura "amministrazione digitale"; i principi dell'organizzazione pubblica conseguenti all'avvento del digitale. Dall'analisi svolta si profila, in prima battuta, una peculiare identità costituzionale dell'amministrazione digitale italiana, in cui il conflitto fra principio della trasparenza amministrativa e diritto alla privacy si rivela una mera apparenza. Infatti, la società dell'informazione e la digitalizzazione superano e riassumono i termini di questo conflitto: da un lato, le norme sulla privacy non sono più adeguate a proteggere i dati personali al tempo del *big data analytics*; dall'altro lato, e per la stessa ragione, la trasparenza amministrativa attuata in assenza di adeguate forme di protezione e sicurezza dei dati costituisce un problema primario per gli interessi nazionali e per la sovranità dello Stato, prima ancora che per i diritti individuali dei singoli.

Proprio per affrontare queste dinamiche epocali prima la Corte di Giustizia europea ed ora il nuovo «pacchetto protezione dati» sviluppano un percorso volto a svelare la natura della sfida che la digitalizzazione massiva pone agli ordinamenti giuridici contemporanei. Saremo pronti a raccoglierla, in Italia?

The aim of the article is to investigate the process of digitalization of the Italian government. The 'public sector' has a decisive influence in the life of European society and the digital single market. For this reason, the process of digitalization of public administration concerns the Italian and European legal system, the system of protection of fundamental rights and the relationship between citizens and public authorities. In this perspective, the study analyzes the rules on administrative transparency on the web, the Digital Administration Code and the Italian Digital Agenda, in order to outline the actual influence on the public digitalization. This set of regulations determines the principles of public digitalization in Italy, which are divided into three categories: the principles relating to the digitalization policies in the transition to digital administration; the principles of organization and operation of the "digital administration" infrastructure; the principles of the public organization resulting from the advent of digital era. From the analysis, a particular constitutional identity of the Italian digital administration is, in the first instance, looming, where the conflict between the principle of administrative transparency and privacy rights proves to be a mere appearance. In fact, the information society and the digitalization exceed and summarize the terms of this conflict: on the one hand, privacy policies are no longer adequate to protect personal data in the time of big data analytics; on the other hand, and for the same reason, administrative transparency implemented in the absence of data adequate protection and security is a primary issue more for the national interests and sovereignty of the State, rather than for the individual rights.

To face these epochal dynamics, the European Court of Justice and now the new "data protection set of rules" develop a process that will reveal the nature of the challenge that the massive digitalization poses to contemporary legal systems. Will we be ready to pick it up, in Italy?

Parole chiave / Keywords: Amministrazione pubblica; Trasparenza; Tecnologie digitali; Protezione e sicurezza dei dati personali; Interoperabilità e interconnessione / Public administration, Transparency; Digital instruments; Data protection; Interoperability and interconnection.

Valentina Pagnanelli, *Accesso, accessibilità, Open Data. Il modello italiano di Open Data pubblico nel contesto europeo / Access, accessibility, Open Data. The Italian model of Public Open Data in the European context*

Obiettivo dello scritto è l'analisi delle politiche di Open Data europee e nazionali, alla luce delle principali evoluzioni normative. Nello svolgimento verranno evidenziate le peculiarità del modello italiano, che emergono soprattutto in relazione alle finalità sottese alla disciplina nazionale sulla Trasparenza amministrativa. Per svelare i caratteri dell'Open Data italiano si svilupperà una comparazione con il modello di Open Data del Regno Unito. Si darà poi conto del percorso iniziato con il diritto di accesso "tradizionale", proseguito con l'introduzione dell'istituto dell'accesso civico, e giunto oggi alla proclamazione di un diritto di accesso generalizzato. Chiuderà l'articolo una riflessione sul contesto normativo europeo e nazionale, alla luce della recentissima approvazione del cd. Pacchetto Protezione Dati.

The aim of this paper is the analysis of the European and national Open Data policies, in the light of the major changes in legislation. The article will highlight the peculiarities of the Italian model, peculiarities that occur in particular in relation to the purposes underlying the national rules on administrative transparency. In order to reveal the features of the Italian model, a comparison will be carried out with the Open Data model of the UK. Afterwards we shall consider the evolution that began with the right to access, continued with the introduction of the institute of civic access and comes today to the proclamation of a general right of access. This article will end with a reflection on the European and national legal framework in the light of the recent approval of the new Data Protection set of rules.

Parole chiave / Keywords: Trasparenza; Accesso; Accessibilità; Open Data; Agenda digitale / Transparency; Access; Accessibility; Open Data; Digital Agenda.

Diederick Slijkerman, *Ministerial Responsibility as a Safety Valve for the Constitutional Powers in Great Britain from the Seventeenth Century Onwards / Responsabilità ministeriale come valvola di sicurezza per i poteri costituzionali in Gran Bretagna dal Diciassettesimo secolo in poi*

In this article, it is argued that ministerial responsibility has functioned as a safety valve for the constitutional powers in Great Britain from the seventeenth century until now. Great Britain is famous for its early establishment of parliament, which began in the Middle Ages. Parliament managed to obtain some rights with respect to the king and country. The primary right was to approve the subsidies. Most other European people looked in amazement at this rebellious institution, because it restricted the royal power and claimed constitutional power of its own. From its beginning parliament functioned as a counterbalance to the might of the king. It is precisely this relationship that I would like to investigate by means of the term ministerial responsibility. The main thesis of the article that a final definition of ministerial responsibility is actually impossible because it marks a relationship and not so much a rule. The conventions about ministerial responsibility have always been interpretations and are as such not permanent, but changeable.

In questo articolo, si argomenta che la responsabilità ministeriale ha funzionato come una valvola di sicurezza per i poteri costituzionali in Gran Bretagna dal Diciassettesimo secolo in poi. La

Gran Bretagna è famosa per la sua precoce istituzione del parlamento, che iniziò a funzionare nel Medioevo. Il Parlamento riuscì ad ottenere alcuni diritti nei confronti del re e del paese. Il diritto principale consisteva nell'approvare i finanziamenti. La maggior parte degli altri popoli europei guardavano stupiti a questa istituzione ribelle, in quanto limitava il potere regio e reclamava poteri costituzionali per se stessa. Dal suo nascere, il parlamento funzionava come contrappeso al potere del re. È precisamente questa relazione che io desidererei indagare attraverso il termine responsabilità ministeriale. La tesi centrale dell'articolo è che una definizione finale di responsabilità ministeriale sia in realtà impossibile poiché attiene a una relazione più che a una norma. Le convenzioni riguardanti la responsabilità ministeriale sono sempre state interpretazioni e come tali non sono permanenti, ma modificabili.

Keywords / Parole chiave: Ministerial responsibility; Constitutional powers; Monarchy; Parliament; Cabinet; Prime minister; Public opinion; Conventions, checks and balances / Responsabilità ministeriale; Poteri costituzionali; Monarchia; Parlamento; Gabinetto; Primo ministro; Opinione pubblica; Convenzioni, controlli e bilanciamenti.

Mariaconcetta Basile, *I* Catechismi costituzionali *del 1820: strumenti di propaganda e di diffusione della Costituzione spagnola nel Regno delle Due Sicilie / Constitutional Catechisms of 1820: tools of propaganda and circulation of the Spanish Constitution in the Kingdom of Two Sicilies*

L'analisi di quattro esemplari superstiti dei catechismi costituzionali del Regno delle Due Sicilie pubblicati nel 1820 rappresenta un momento importante della riflessione maturata in quegli anni sulle tematiche relative alla riformulazione dei rapporti fra governanti e governati e sulla creazione del consenso al regime costituzionale.

In particolare, è possibile, ravvisare due momenti distinti: quello che ha preceduto la concessione della carta costituzionale gaditana e quello, invece, a questo immediatamente successivo. Vediamo, infatti, come i primi due *Catechismi*, editi poco prima della pubblicazione della costituzione spagnola, si contraddistinguessero proprio per l'attenzione particolare riposta nella figura del sovrano, garante della religione. Di contro, gli altri due *Catechismi*, in un dialogo aspramente polemico, si facevano portavoce d'istanze riformistiche ed illuminate. Rappresentavano una società liberale, in cui si ribadiva l'importanza del lavoro e della proprietà e in cui scomparivano i riferimenti alla religione per lasciare posto a temi quali la libertà di culto e di stampa.

Ciò sembra utile allo scopo di far luce su uno spaccato storico d'indubbio valore per lo studio dei tentativi compiuti dagli intellettuali del tempo che, oltre che spiegare ed istruire la popolazione sui precetti della carta costituzionale gaditana, si proponevano il compito di avanzare delle modifiche per "adattarla" alle nuove esigenze del Regno.

The analysis of four surviving examples of Constitutional Catechisms of the Kingdom of the Two Sicilies printed in 1820 is an important moment of consideration matured in those years on issues related to the reformulation of the relationship between rulers and ruled and the establishment of consensus to the constitutional regime.

In particular, it is possible, to recognize two distinct phases: one preceding the granting of the Constitution of Cadiz and the other, instead, immediately following it. We can see, in fact, how the first two catechisms, printed shortly before the publication of the Spanish Constitution, are distinguished for the attention paid to the figure of the sovereign, guarantor of religion. On the contrary, the other

two catechisms, in a sharply polemical dialogue, were also the voice of reformist and enlightened tendencies. They represented a liberal society, which emphasized the importance of work and of property and where the references to religion disappeared to give way to issues such as freedom of worship and of the press.

This seems appropriate in order to throw light on a historical subject of great value for the study of the attempts made by the intellectuals of the time, that, besides explaining and educating the population about the precepts of the Constitution of Cadiz, had in view the task of making changes to "adapt" it to the new demands of the Kingdom.

Parole chiave / Keywords: Catechismi costituzionali; Moti rivoluzionari 1820; Regno di Sicilia; Costituzione gaditana; Opinione pubblica / Constitutional catechisms; Revolution of 1820; Kingdom of Sicily; Constitution of Cadiz; Public opinion.

Gian Paolo Trifone, *La teoria del potere di Alessandro Paternostro / The theory of power of Alessandro Paternostro*

Scopo del saggio è analizzare la teoria del potere elaborata da A. Paternostro. Nei suoi scritti di diritto costituzionale, il giurista, animato dalle sue idee politiche di una sinistra non estrema, formula la teoria del "potere sociale", nell'affermazione di un sistema democratico garantito da precisi diritti e doveri costituzionalmente sanciti. La costituzione, prima che scritta, consiste in un bagaglio di principi culturalmente rilevanti. Nell'osservazione del modello statunitense, il giurista auspica una corte suprema garante dei suddetti principi. La libertà dei cittadini risiede nel consapevole esercizio della loro sovranità; essa dovrebbe essere sostenuta da uno Stato partecipe e da un sistema giudiziario indipendente da ogni altro potere diverso da quello della legittimazione popolare, fissato nella Carta.

Objective of the essay is to analyse the theory of power drawn from A. Paternostro. In his writings on constitutional law, the jurist, animated by his ideas in politics, develops the theory of "social power", affirming a democratic system guaranteed by clear rights and duties constitutionally enshrined. The constitution, rather than a written document, consists of a wealth of culturally relevant principles. Observing the US model, the jurist calls for a Supreme Court guarantor of those principles. The freedom of the citizens resides in the conscious exercise of their sovereignty; it should be sympathetic with public institutions and supported by a judiciary independent from any other power than that of popular legitimacy, set out in the constitutional Charter.

Parole chiave / Keywords: Stato; Sovranità; Potere; Costituzione; Democrazia / State; Sovereignty; Power; Constitution; Democracy.

Nel prossimo numero / In the next issue

n. 32 – II semestre / 2nd semester 2016

Ripensare il costituzionalismo nell'epoca globale / *Rethinking constitutionalism in the global era*

a cura di /edited by Luigi Lacchè, Luca Scuccimarra

Contributi di /articles by: Giuseppe Allegri, Gaetano Azzariti, Giuseppe Bronzini, Bui Ngoc, Ronald Car, Riccardo Cavallo, Alberto Febbrajo, Luigi Lacchè, Cesare Pinelli, Tommaso Nicola Poli, Maurizio Ricciardi, Pierangelo Schiera, Luca Scuccimarra, Gunther Teubner.

Library of the Journal of Constitutional History / Biblioteca del Giornale di Storia costituzionale

Series directed by / Collana diretta da: Luigi Lacchè, Roberto Martucci, Luca Scuccimarra

L'evidenza dei diritti. La déclaration des droits *di Sieyès e la critica di Bentham*, con testi originali a fronte, a cura di / edited by Giovanni Ruocco, 2009

Lucien Jaume, *Che cos'è lo spirito europeo?*, 2010

Maurizio Ricciardi, *La società come ordine. Storia e teoria politica dei concetti sociali*, 2010

Simona Gregori, *L'enfance de la Science du Gouvernement. Filosofia, politica e istituzioni nel pensiero dell'abbé de Saint-Pierre*, 2010

Ronald Car, *"Un nuovo Vangelo per i tedeschi". Dittatura del Cancelliere e Stato popolare nel dibattito costituzionale tedesco del secondo Ottocento*, 2011

Il 'giureconsulto della politica'. Angelo Majorana e l'indirizzo sociologico del Diritto pubblico, a cura di / edited by Giacomo Pace Gravina, 2011

Michele Basso, *Max Weber. Economia e politica fra tradizione e modernità*, 2013

Luca Cobbe, *Il governo dell'opinione. Politica e costituzione in David Hume*, 2014

Andrea Marchili, *Genealogia della comunità. Amor di sé e legame sociale in Rousseau*, 2014

Paolo Colombo, *Emmanuel Sieyes: le idee, le istituzioni*, con in appendice l'opera di Antoine Boulay de la Meurthe, *Théorie constitutionnelle de Sieyès. Constitution de l'an VIII*, 1836, 2015

Forthcoming / In preparazione:

Costituzione e governo. Scritti e interventi politici di P.-L. Roederer, con testi di L. Lacchè, R. Martucci, L. Scuccimarra

Trasfigurazioni costituzionali nelle quattro lezioni di J.J. Park: The Dogmas of the Constitution (1832); traduzione ed edizione critica a cura di U. Bruschi e D. Rossi, con saggi introduttivi di M. Bertolissi e D. Rossi

Demands and informations / Per richieste ed informazioni:
eum edizioni università di macerata
Via Carducci, snc - 62100 Macerata
T (39) 07332586081 - F (39) 07332586086
info.ceum@unimc.it - http://eum.unimc.it

Indicazioni redazionali per gli autori

1. La redazione accetta articoli nelle principali lingue di comunicazione scientifica.
2. Gli articoli vanno elaborati in formato digitale (file .doc o .rtf), contenendone la lunghezza entro le 60.000 battute (spazi inclusi). Possono essere recapitati all'indirizzo di posta elettronica giornalecostituzionale@unimc.it oppure registrati su supporto elettronico (Cd-Rom) e inviati per posta ordinaria all'indirizzo della Redazione: Giornale di Storia costituzionale, Dipartimento di diritto pubblico e teoria del governo, Università degli Studi di Macerata, piazza Strambi, 1 – 62100 Macerata, Italia.
3. Ogni articolo deve essere corredato da:
   - titolo, eventuale sottotitolo, nome e cognome dell'autore, titolo accademico, denominazione e indirizzo dell'ente, recapito di posta elettronica;
   - un abstract (non più di 2.500 battute) e da 5 parole-chiave, redatti sia nella lingua del contributo che in lingua inglese.
4. L'eventuale materiale iconografico va consegnato in file separati, nominati in modo da indicarne la sequenza. Le immagini (formato .tiff o .jpeg) dovranno avere una risoluzione di almeno 300 dpi e una larghezza alla base di almeno 70mm; grafici e tabelle dovranno essere consegnati nel formato originale di elaborazione, con una larghezza non superiore ai 133mm. In un apposito file di testo vanno invece riportate le didascalie relative a ciascuna immagine, tabella o grafico.

NORME EDITORIALI

Titoli. Evitare l'uso del maiuscolo o del maiuscoletto. I titoli dei contributi e degli abstracts vanno riportati anche in inglese. I titoli di paragrafi e sottoparagrafi debbono essere numerati, con numerazione progressiva in cifre arabe. Il punto finale non va messo in nessun caso.

Redazione del testo. La formattazione del testo deve essere minima. Si richiede soltanto che siano riconoscibili gli elementi che compongono il contributo: il titolo, i titoli dei paragrafi e dei sottoparagrafi, il corpo del testo, le citazioni, le note e la collocazione degli eventuali materiali di corredo (immagini, grafici e tabelle). Vanno evitate tutte le istruzioni/impostazioni'superflue' ai fini della comprensione dei contenuti, che pure rendono meno agevole il trattamento del file. Da evitare la formattazione automatica, la giustificazione, l'uso degli elenchi numerati (o puntati) da programma, l'utilizzo del trattino e del tasto invio per la sillabazione. Evitare anche la sillabazione automatica; è sufficiente allineare il testo a sinistra. Usare il ritorno a capo (tasto invio) solo per chiudere il paragrafo. Rispettare la funzione e la gerarchia delle virgolette; limitare l'uso dei corsivi e, se possibile, evitare quello dei grassetti e dei sottolineati.
Si scelga font comuni (arial, times, verdana) e si segnali – in una nota per la redazione – l'eventuale utilizzo di caratteri speciali. Per ulteriori indicazioni si veda di seguito.

Citazioni. Le citazioni lunghe (superiori a 3-4 righe) vanno staccate dal testo (precedute e seguite da uno spazio), senza essere racchiuse da virgolette, composte in corpo minore e sempre in tondo.
Le citazioni brevi vanno incorporate nel testo e poste fra virgolette basse (o caporali) « »; eventuali citazioni interne alla citazione vanno poste fra virgolette doppie alte " ", sempre in tondo.

Note. Le note al testo sono destinate essenzialmente a mero rinvio bibliografico e a fini esplicativi. Si raccomanda di contenere al massimo il numero delle note. In ogni caso, le battute relative alle note (spazi inclusi) non devono superare il terzo delle battute complessive del testo (nel caso di un testo standard di 60.000, spazi inclusi, le note non dovranno superare le 20.000 battute).
Il rimando alle note, all'interno del testo, va elaborato automaticamente e va collocato prima della punteggiatura (salvo i casi dei punti esclamativo, interrogativo e di sospensione). Anche se si tratta di note di chiusura (e non a piè di pagina), i riferimenti nel testo non vanno in nessun caso creati assegnando l'apice a un numero posto manualmente, ma solo utilizzando l'apposita funzione del programma di video scrittura (che automaticamente genera il numero e colloca il testo di nota; in Word, dal menù Inserisci > riferimento). Il punto chiude sempre il testo delle note.

Indicazioni bibliografiche. I dati bibliografici di un'opera citata vanno in nota.
Nella prima citazione debbono essere completi dei seguenti elementi, nell'ordine indicato.

– se si tratta di un'**opera compiuta**: iniziale puntata del nome e cognome dell'autore (con solo le iniziali in maiuscolo e mai in maiuscoletto); titolo in corsivo; luogo; editore; anno (in apice, l'eventuale segnalazione del numero dell'edizione citata). Tutti questi elementi saranno separati l'uno dall'altro mediante virgole. Sempre mediante la virgola, vanno se-

parati i nomi degli autori in un'opera a più mani. Nel caso in cui l'autore abbia un nome doppio, le iniziali vanno indicate senza lo spazio separatore. L'a cura di va riportato (tra parentesi tonde) nella lingua di edizione del testo, subito dopo il nome del curatore e con la virgola solo dopo la parentesi di chiusura. Se viene indicata una parte della pubblicazione, va aggiunta la pagina (o le pagine) di riferimento. Qualora si tratti di un'opera in più volumi, l'indicazione del volume (preceduta da 'vol.') va anteposta ai numeri di pagina. Esempi:

F. Jahn, *Deutsches Volksthum*, Lübeck, Niemann & Co, 1810.
L. Pegoraro, A. Rinella, *Le fonti del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2000.
R.D. Edwards, *The Best of Bagehot*, London, Hamish Hamilton, 1993, p. 150.
A. King (edited by), *The British Prime Minister*, London, Macmillan, 1985², pp. 195-220.
AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599-1615.

– se si tratta di un'**opera tradotta**: iniziale puntata del nome e cognome dell'autore; titolo originale dell'opera in corsivo; anno di pubblicazione tra parentesi tonde, seguito dal 'punto e virgola'; l'abbreviazione che introduce il titolo della traduzione 'tr. it.' (o 'tr. fr.', 'tr. es.' etc.); titolo della traduzione in corsivo; luogo; editore; anno. Esempi:

W. Benjamin, *Über den Begriff der Geschichte* (1940); tr. it. *Sul concetto di storia*, Torino, Einaudi, 1997.
J.S. Mill, *Considerations on Representative Government* (1861); tr. it. *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Roma, Editori Riuniti, 1999.

– se si tratta di un **contributo che compare in un volume miscellaneo**: iniziale puntata del nome e cognome dell'autore del contributo; titolo del contributo in corsivo; nome (puntato) e cognome del curatore/autore del volume, preceduto da 'in' ed eventualmente seguito da (a cura di); titolo del volume in corsivo; luogo; editore; anno; paginazione del contributo. Esempi:

G. Miglio, *Mosca e la scienza politica*, in E.A. Albertoni (a cura di), *Governo e governabilità nel sistema politico e giuridico di Gaetano Mosca*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 15-17.
O. Hood Phillips, *Conventions in the British Constitution*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599 s.

– se si tratta di un **contributo che compare in una pubblicazione periodica**: nome dell'autore e titolo dell'articolo (riportati come in tutti gli altri casi); testata del periodico tra virgolette caporali preceduta da 'in'; (ove presenti) indicazione dell'annata (in numeri romani) e numero del fascicolo preceduto da 'n.' (e non da n°, N., num. etc.); anno di pubblicazione; numero pagina/e. Nel caso di citazione da un quotidiano, dopo il titolo della testata si metta la data per esteso. Nel caso si faccia riferimento ad articoli pubblicati in riviste online, si dovrà fornire l'indirizzo esatto del testo (o, in alternativa, della pagina principale del sito che lo rende disponibile) e la data di consultazione. Esempi:

G. Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico secondo la dottrina dei partiti di Stahl*, in «Rivista storica italiana», CXV, n. 2, 2003.
A. Ferrara, M. Rosati, *Repubblicanesimo e liberalismo a confronto. Introduzione*, in «Filosofia e Questioni Pubbliche», n. 1, 2000, pp. 7 ss.
S. Vassallo, *Brown e le elezioni. Il dietrofront ci insegna qualcosa*, in «Il Corriere della Sera», 9 ottobre 2007, p. 42.
G. Doria, *House of Lords: un nuovo passo sulla via della riforma incompiuta*, in «federalismi.it», n. 4, 2007, <http://federalismi.it>, settembre 2010.

I dati bibliografici dovranno essere completi solo per il primo rimando; per i successivi si procederà indicando solo il cognome dell'autore/curatore; il titolo (o una parte) in corsivo e seguito dall'abbreviazione 'cit.' o 'tr. cit.' (nel caso di opere tradotte); l'indicativo delle pagine. Di seguito gli esempi per le diverse tipologie di:

Jahn, *Deutsches Volksthum* cit., pp. 45, 36.
Pegoraro, Rinella, *Le fonti del diritto* cit., p. 200.
King, *The British Prime Minister* cit., p. 195.
Benjamin, *Über den Begriff* tr. cit., pp. 15-20, 23.
Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico* cit., p. 19.
Ferrara, Rosati, *Repubblicanesimo* cit., pp. 11 ss.
Doria, *House of Lords* cit.

Nel caso si rimandi alla stessa opera e alla stessa pagina (o pagine) citate nella nota precedente si può usare '*Ibidem*' (in corsivo), senza ripetere nessuno degli altri dati; se invece si rimanda alla stessa opera citata nella nota precedente, ma a un diverso numero di pagina, si usi 'Ivi', seguito dal numero di pagina.

ULTERIORI INDICAZIONI PER LA REDAZIONE DEL TESTO

Rimandi interni al volume. Non debbono mai riferirsi a numeri di pagina; si può invece rimandare a sezioni di testo, interi contributi e paragrafi o immagini (opportunamente numerati).

Paginazione. Nei riferimenti bibliografici, il richiamo al numero o ai numeri di pagina deve essere sempre preceduto (rispettivamente) da p. o pp. e riportato per intero; quindi, ad es., pp. 125-129 e non pp. 125-9. Qualora non si tratti di pagine consecutive, i numeri vanno separati dalle virgole: per es. pp. 125, 128, 315. Per indicare anche la pagina seguente o le pagine seguenti si utilizzi rispettivamente s. o ss. (quindi senza 'e' precedente) e non sgg., seg. o formule analoghe.

Date. Riportando le date, l'autore può adottare il criterio che ritiene più adeguato, purché rispetti rigorosamente l'uniformità interna all'articolo. Nel caso vengano utilizzate forme abbreviate, il segno per l'elisione è l'apostrofo e non la virgoletta alta di apertura (per es. '48 e non ′48).

Sigle e acronimi. Le sigle devono sempre comparire senza punti tra le lettere e, la prima volta in cui sono citate, vanno fatte seguite dalla dicitura per esteso e dall'eventuale traduzione tra parentesi. Non occorre l'esplicitazione delle sigle di uso comune (come USA, NATO, ONU, UE, etc.).

Punti di sospensione o elisione. Sono sempre 3, quindi non si rendono digitando tre volte il punto sulla tastiera ma inserendo l'apposito simbolo. Quando indicano sospensione – come ogni segno di punteggiatura – vanno staccati dalla parola che segue e attaccati alla parola che li precede (ad esempio … *non mi ricordo più*…). Non richiedono il punto finale.
Quando indicano elisione, quindi un taglio o una lacuna nel testo, il simbolo viene incluso tra parentesi quadre, in questo modo […].

Trattini. Il trattino medio viene usato, seguito e preceduto da spazio, per aprire e chiudere gli incisi. Quando il trattino di chiusura dell'inciso coincide con la chiusura della frase, si omette e si inserisce solo il punto fermo. Ad es. … *testo – inciso che chiude anche la frase.*
Il trattino breve si usa solo per i termini compositi formati da parole intere (ad es. centro-sinistra) e per unire due quantità numeriche (ad es. pp. 125-148); sempre senza spazi prima e dopo.

Virgolette. Le virgolette basse « » (caporali) si usano per indicare il discorso diretto, le citazioni brevi e, nei riferimenti bibliografici, per i titoli delle pubblicazioni periodiche. Le virgolette alte " ", invece, per le parole di uso comune a cui si vuole dare particolare enfasi (o assunte prescindendo dal loro significato abituale). Inoltre, nelle citazioni di titoli di quotidiani, periodici, riviste oppure di capitoli e sezioni di paragrafi di un libro (ad es. … come indicato nel paragrafo "La Germania assassinata" della *Storia dell'età moderna*…). Infine, quando è necessario fare uso delle virgolette all'interno di un discorso già tra caporali. La gerarchia è la seguente: «… "… '…' …" …». I segni di punteggiatura (salvo il punto esclamativo o interrogativo quando fanno parte della citazione) vanno sempre posposti alla chiusura delle virgolette.

Rimandi al web. Quando si fa riferimento a contenuti online, bisogna sempre indicare in maniera completa l'indirizzo (compreso il protocollo http:// o ftp:// etc.; possibilmente senza spezzarlo) e racchiuderlo tra i segni minore e maggiore; va indicata sempre anche la data di consultazione o di verifica (dell'indirizzo). Altro dato indispensabile è il titolo (o nome) del sito/pagina o una breve descrizione dei contenuti che si troveranno all'indirizzo riportato. Quindi, ad esempio, un riferimento corretto può essere così formulato: Sezione novità delle Edizioni Università di Macerata, <http://eum.unimc.it/novita>, giugno 2010.

SERVIZI DI REVISIONE DI PAPERS SCRITTI IN LINGUA INGLESE OFFERTI DALLA ENAGO

La Enago offre servizi di revisione linguistica e stilistica di papers di ricerca scritti in inglese al fine della loro pubblicazione in periodici. La Enago ha revisori esperti nei settori disciplinari (qualificati con PhD e Master) aventi una media di 19 anni di esperienza nella revisione.
Oltre che la revisione linguistica dell'inglese, la Enago offre supporto agli autori per tutti le fasi del processo di pubblicazione, inclusi: la revisione di papers respinti dalle redazioni per ragioni di editing; la selezione dei periodici nei quali pubblicare; l'inserimento di immagini; la riduzione del numero dei caratteri; la redazione di lettere di corredo. Enago è una società certificata ISO 9001:2008 ed è molto attenta alla qualità del lavoro consegnato agli autori.
Siti web e servizi offerti localmente da Enago sono elencati sotto. Ciascun sito web ha opzioni di pagamento localizzate e possibilità di fatturare su richiesta.

Per ricercatori di tutto il mondo: Enago Global, <http://www.enago.com>.
Per ricercatori giapponesi: Enago Japan, <http://www.enago.jp>.
Per ricercatori cinesi: Enago China, <http://www.enago.cn>.
Per ricercatori taiwanesi: Enago Taiwan, <http://www.enago.tw>.
Per ricercatori coreani: Enago Korea, <http://www.enago.co.kr>.
Per ricercatori tedeschi: Enago Germany, <http://www.enago.de>.
Per ricercatori turchi: Enago Turkey, <http://www.enago.com.tr>.
Per ricercatori portoghesi: Enago Brazil, <http://www.enago.com.br>.

Allo scopo di supportare e facilitare il successo del processo di pubblicazione di saggi scientifici e accademici di ricerca, i ricercatori possono anche usufruire degli eccellenti servizi di traduzione offerti dal nostro marchio — Ulatus, <http://www.ulatus.com>.

Codice etico

DOVERI DEI DIRETTORI E DEI REDATTORI

I principi etici su cui si basano i doveri dei Direttori e dei Redattori del *Giornale di Storia costituzionale* si ispirano a COPE (Committee on Publication Ethics), *Best Practice Guidelines for Journal Editors*: http://publicationethics.org/files/u2/Best_Practice.pdf.

I Direttori e Redattori del *Giornale* decidono quali articoli pubblicare fra quelli sottoposti alla redazione.
Nella scelta sono guidati dalle politiche stabilite dal Comitato Internazionale del *Giornale* e sono tenuti al rispetto delle norme vigenti.
Essi tendono fattivamente al miglioramento della qualità scientifica del *Giornale*.

Direttori e Redattori valutano i manoscritti sulla base del loro contenuto intellettuale senza tener conto di razza, sesso, orientamento sessuale, fede religiosa, origine etnica, cittadinanza, o orientamento politico dell'autore.

I Direttori e i membri della redazione non devono rivelare alcuna informazione concernente un manoscritto sottoposto alla redazione a nessun'altra persona diversa dall'autore, dal referee, dal referee potenziale, dai consiglieri di redazione, dall'editore.

Il materiale non pubblicato contenuto in un manoscritto non deve essere usato nella ricerca di uno dei Direttori o Redattori senza l'espresso consenso scritto dell'autore.

DOVERI DEI REFEREES

I principi etici su cui si basano i doveri dei Referees del *Giornale di Storia costituzionale* si ispirano a http://www.njcmindia.org/home/about/22.

Il referaggio dei pari assiste i Direttori e i Redattori nel compiere le scelte redazionali e attraverso la comunicazione redazionale con gli autori può anche aiutare gli autori a migliorare l'articolo.

Ogni referee scelto che si senta inadeguato a esaminare la ricerca riportata in un manoscritto o che sappia che gli sarà impossibile esaminarlo prontamente deve comunicarlo ai Direttori del *Giornale* e esentare se stesso dal processo di esame.

Ogni manoscritto ricevuto e da sottoporre a valutazione deve essere trattato come documento confidenziale. Esso non deve essere mostrato o discusso con altri eccetto quelli autorizzati dai Direttori e Redattori.

L'esame del manoscritto deve essere condotto in maniera obiettiva. Critiche personali concernenti l'autore sono inappropriate. I referees devono esprimere i loro pareri chiaramente con argomenti a loro supporto.

I referees devono individuare lavori rilevanti pubblicati che non sono stati menzionati dall'autore. Affermare che osservazioni, deduzioni, o tesi siano state precedentemente già sostenute deve essere accompagnato dalla citazione pertinente. I referees devono anche portare all'attenzione dei Direttori e Redattori ogni somiglianza sostanziale o sovrapponibilità tra il manoscritto sotto esame e ogni altro paper pubblicato di cui essi abbiano conoscenza personale.

Informazioni privilegiate o idee ottenute attraverso il referaggio devono essere considerate confidenziali e non usate a vantaggio personale. I referees non dovrebbero accettare di esaminare manoscritti che possano far nascere conflitti di interesse risultanti da relazioni o rapporti competitivi o collaborativi o di altra natura con gli autori, le società o le istituzioni connesse con il paper.

DOVERI DEGLI AUTORI

I principi etici su cui si basano i doveri degli Autori del *Giornale di Storia costituzionale* si ispirano a http://www.elsevier.com/framework_products/promis_misc/ethicalguidelinesforauthors.pdf.

Gli autori di manoscritti che riferiscono i risultati di ricerche originali devono dare un resoconto accurato del metodo seguito e dei risultati ottenuti e devono discuterne obiettivamente il significato e valore. I dati sottostanti la ricerca devono essere riferiti accuratamente nell'articolo. Questo deve contenere sufficienti riferimenti tali da permettere ad altri di ripercorrere la ricerca eseguita. Affermazioni fraudolente o scientemente inaccurate costituiscono comportamento non etico e sono inaccettabili.

Gli autori devono assicurare di aver scritto lavori interamente originali, e se gli autori hanno usato il lavoro e/o le parole di altri ciò deve essere citato in modo appropriato.

Di norma, gli autori non pubblicano manoscritti che presentano la stessa ricerca in più di un periodico o pubblicazione primaria.

Deve sempre essere dato riconoscimento appropriato del lavoro degli altri. Gli autori devono citare le pubblicazioni che hanno influito nel determinare la natura del lavoro da essi svolto.

La paternità di un manoscritto deve essere limitata a coloro che hanno dato un contributo significativo alla concezione, pianificazione, esecuzione o interpretazione dello studio riportato. Tutti coloro che hanno dato un contributo significativo dovrebbero essere elencati come co-autori. Nel caso in cui ci siano altri che hanno partecipato in alcuni aspetti sostanziali del progetto di ricerca, essi dovrebbero essere menzionati o elencati come contributori.
L'autore con cui è in contatto il *Giornale* dovrebbe assicurarsi che tutti i co-autori siano inclusi nell'articolo, e che tutti i co-autori abbiano visto ed approvato la versione finale del contributo e siano d'accordo a sottoporlo al *Giornale* per la sua pubblicazione.

Quando un autore scopre un errore significativo o una inesattezza nel proprio articolo pubblicato, ha l'obbligo di notificarlo prontamente ai Direttori, Redattori o Editori del *Giornale* e di cooperare con i Direttori per ritrattare o correggere l'errore.

BOARD OF EDITORS OF THE GIORNALE DI STORIA COSTITUZIONALE / JOURNAL OF CONSTITUTIONAL HISTORY

STYLE SHEET FOR THE AUTHORS

1. The editorial staff accepts articles in the main European languages.
2. The articles must have an electronic format (a '.doc' file or a '.rtf' file) and should not exceed 60,000 characters (including spaces). They can be sent to the following email address giornalestoriacostituzionale@unimc.it or copied onto a CD or a DVD and sent to the postal address of the Board of Editors: Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History, Dipartimento di diritto pubblico e teoria del governo, Università degli Studi di Macerata, piazza Strambi, 1 – 62100 Macerata, Italy.
3. Every article must include:
   - title, eventual subtitle, name and surname of the author, her / his academic title, name and address of the institution to which she / he belongs, email address;
   - abstract (no longer than 2,500 characters) and 5 keywords, written both in the language of the article and in English.
4. The eventual iconographic material should be sent in separate files named in such a way as to indicate their sequence. Images ('.tiff' or '.jpeg' format) should have a definition of, at least, 300 dpi and a width at their base of, at least, 70 mm; graphs and tables should be sent in their original format with a width no larger than 133 mm. The captions relating to every image, table or graph have to be inserted in a separate text file.

EDITORIAL RULES

Titles. The use of capital letters or small capital letters is to be avoided. The titles of articles and abstracts are to be written in English as well. Subheadings and sub-subheadings must be numbered with progressive Arabic numerals. Please avoid to put a full stop at the end.

Manuscript preparation. The manuscript must have basic stylistic features. The editors only require the recognisability of the elements of which the contribution is made up: the title, the subheadings and sub-subheadings, the body of the text, the quotations, the endnotes and the position of the eventual explicative material (images, graphs, tables). All the layout that is not necessary for the comprehension of the content must be avoided, in that it makes less easy file processing. Automatic text formatting, justifying lines, using numbered (or bullet) lists provided by a programme, using the hyphen or striking the enter key in order to divide words into syllables must be avoided. Automatic division into syllables must be avoided as well; it is sufficient to justify the left margin. Use the enter key only in order to end a section. Respect the function and the hierarchy of inverted commas (" ") and quotation marks (« »); limit the use of italics and, if possible, avoid the use of bold type or underlined parts.
Choose common fonts (Arial, Times, Verdana) and indicate – in a note for the editorial board – the eventual use of special type. For further instructions see below.

Quotations. Lengthy quotations (more than 3 or 4 lines) must be separated from the body of the text (preceded and followed by a blank line), should not be in inverted commas or quotation marks, should be written with types of a smaller size and never in italics.
Short quotations should be incorporated in the text body and put in quotation marks « »; eventual quotations which are within a quotation must be put in inverted commas " ", and never in italics.

Endnotes. Endnotes are essentially destined to mere bibliographical reference and to explicative purposes. We recommend limiting the number of endnotes. In any case, the number of characters (including spaces) of the endnotes should not exceed a third of the total number of characters of the text (therefore in a standard text of 60,000 characters, including spaces, endnotes should not exceed 20,000 characters, including spaces).
Note numbers in the text should be automatically created, should precede a punctuation mark (except in the cases of exclamation and question marks and of suspension points) and be superscripted without parentheses.
Even if it is a question of endnotes (and not footnotes), note numbers in the text should never be created superscripting numbers manually, but always using the specific automatic function of the writing programme (for example in Word for Windows 2003 in the menu Insert > Reference). A full stop always ends the text in the notes.

Bibliographical references. Bibliographical information of a quoted work belongs in the notes.
In the first quotation of the work, complete data must be indicated, that is the below-mentioned elements following the order here established.

– if it is a **monograph**: initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the author (with only the initial in capital letters and never in small capital letters); title in italic type; place of publication; publishers; year

of publication (eventual indication of the quoted edition superscripted). All these elements must be separated from one another by a comma. A comma must also separate the name of the authors, if a work has been written by more than one person. In the case in which the author has a double name, the initials should not be separated by a space. 'Edited by' must be written between parentheses in the language in which the quoted text is written, immediately after the name of the editor and the comma must be inserted only after the last parenthesis. If only a part of the work is quoted, the relative page (or pages) must be added. If it is a work of more than one volume, the indication of the number of the volume (preceded by 'vol.') must be given and it should be placed before the numbers of the pages. Examples:
F. Jahn, *Deutsches Volksthum*, Lübeck, Niemann & Co, 1810.
L. Pegoraro, A. Rinella, *Le fonti del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2000.
R.D. Edwards, *The Best of Bagehot*, London, Hamish Hamilton, 1993, p. 150.
A. King (edited by), *The British Prime Minister*, London, Macmillan, 1985², pp. 195-220.
AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599-1615.

– if it is a **translated work**: initial of the name (in capital letter) followed by a full stop and surname of the author (with only the initial in capital letter and never in small capital letters); original title of the work in italic type; year of publication between parentheses, followed by a semicolon; the following abbreviations: It. tr. or Fr. tr. or Sp. tr. etc. (which precede and introduce the title of the translation); title of the translation in italic type; place of publication; publishers; year of publication. Examples:
W. Benjamin, *Über den Begriff der Geschichte* (1940); It. tr. *Sul concetto di storia*, Torino, Einaudi, 1997.
J.S. Mill, *Considerations on Representative Government* (1861); It. tr. *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Roma, Editori Riuniti, 1999.

– if it is an **article published in a miscellaneous work**: initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the author of the article (with only the initial in capital letters and never in small capital letters); title of the article in italic type; initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the editor / author of the volume (with only the initial in capital letters and never in small capital letters) preceded by 'in' and eventually followed by ('edited by'); title of the volume in italic type; place of publication; publishers; year of publication; pages of the articles. Examples:
G. Miglio, *Mosca e la scienza politica*, in E.A. Albertoni (a cura di), *Governo e governabilità nel sistema politico e giuridico di Gaetano Mosca*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 15-17.
O. Hood Phillips, *Conventions in the British Constitution*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599 s.

– if it is an **article which appeared in a periodical**: initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the author of the article (with only the initial in capital letters and never in small capital letters); title of the article in italic type; name of the periodical in quotation marks (« ») preceded by 'in'; number of the volume of the periodical (if present) written in Roman numerals; number of the issue preceded by 'n.' (not by n°., N., num. etc.); year of publication; page number(s). In the case of quotation from a newspaper, after the name of the newspaper indicate the complete date. In the case of reference to articles published in online periodicals, the exact 'http' address of the text must be given, or alternatively, of the main page of the website which publishes it. Examples:
G. Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico secondo la dottrina dei partiti di Stahl*, in «Rivista storica italiana», CXV, n. 2, 2003.
A. Ferrara, M. Rosati, *Repubblicanesimo e liberalismo a confronto. Introduzione*, in «Filosofia e Questioni Pubbliche», n. 1, 2000, pp. 7 ss.
S. Vassallo, *Brown e le elezioni. Il dietrofront ci insegna qualcosa*, in «Il Corriere della Sera», 9 ottobre 2007, p. 42.
G. Doria, *House of Lords: un nuovo passo sulla via della riforma incompiuta*, in «federalismi.it», n. 4, 2007, <http://federalismi.it>, settembre 2010.

Bibliographical data must be complete only for the first quotation; the following quotations are shortened, indicating only the surname of the author / editor; the title (or part of it) in italic type followed by the abbreviation 'cit.' or 'cit. tr.' (in the case of translated works); the number of pages. Here we give some examples for the different typologies of works:
Jahn, *Deutsches Volksthum* cit., pp. 45, 36.
Pegoraro, Rinella, *Le fonti del diritto* cit., p. 200.
King, *The British Prime Minister* cit., p. 195.
Benjamin, *Über den Begriff* cit. tr., pp. 15-20, 23.
Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico* cit., p. 19.
Ferrara, Rosati, *Repubblicanesimo* cit., pp. 11 and following pages.
Doria, *House of Lords* cit.

In the case of reference to the same work and the same page (or pages) quoted in the preceding endnote '*Ibidem*' (in italic type) can be used, without repeating any of the other data; if instead reference is made to the same work quoted in the preceding endnote, but to a different page, 'Ivi' can be used followed by the page number.

FURTHER INSTRUCTION FOR THE PREPARATION OF THE MANUSCRIPT

References within the issue. They should never refer to page numbers; instead sections of the text, full articles and paragraphs or images (opportunely numbered) can be referred to.

Pages. In bibliographical references, referring to the number or the numbers of the pages must always be preceded by (respectively) 'p.' or 'pp.' and reported entirely; therefore, for example, 'pp. 125-129' and not 'pp. 125-9'. In the case in which it is a question of non consecutive pages, numbers must be separated by commas: for example: 'pp. 125, 128, 315.' in order to indicate the following page or pages, as well please use 'f.' or 'ff.' respectively (hence without the preceding 'and').

Dates. Reporting dates, the author can adopt the criterion which he believes to be the most adequate, as long as he rigorously respects the internal uniformity of the article. In the case where abbreviated forms are used, please use the preceding apostrophe and not the single inverted comma (for examples '48 and not '48).

Abbreviations and acronyms. Abbreviations must always be without the dot between the letters and, the first time they are quoted, they must be followed by the full name and by the eventual translation in brackets. It is not necessary to explain common use abbreviations (like USA, NATO, ONU, UE, etc.).

Suspension points. Are always three in number, therefore they should not be inserted in the text writing three full stops, rather inserting its symbol. When they indicate suspension – as every punctuation mark – they should be separated by a space from the following word and attached to the word that precedes them (for example: … *I do not remember any more*…). They do not require the final full stop.
When they indicate elision, therefore a cut or a gap in the text, the symbol must be included in square brackets, like this […].

Dashes and hyphens. The dash is used, followed or preceded by a space, in order to open and close an incidental sentence. When the dash that closes the incidental sentence coincides with the closing of the whole sentence, it is omitted and only a full stop is inserted. Eg.: …*text – incidental sentence that closes also the whole sentence*. The hyphen is used only for compound words formed by entire words (eg.: tree-house) and in order to unite two numerical quantities (eg.: pp. 125-148); always without spaces before and after.

Quotation marks and inverted commas. Quotation marks « » are used in order to indicate direct speech, short quotations, and, in bibliographical references, for the titles of the periodicals. The inverted commas " ", instead are used for words of common use to which the author would like to give a particular emphasis (or which are used regardless of their habitual meaning). Moreover, in the quotation of titles of newspapers, periodicals, magazines or chapters or sections of paragraphs of a book (eg.: … as indicated in the paragraph "La Germania assassinata" of the *Storia dell'età moderna*…). Finally, when it is necessary to use inverted commas within a sentence which is already in quotation marks. The hierarchy is the following: «… "… '…' …" …». Punctuation marks (except the exclamation or the question mark when they are part of the quotation) should always be placed after the closing quotation marks or inverted commas.

Web reference. When referring to online contents, the complete address (including the protocol 'http://' or 'ftp://' etc. possibly without breaking it) must be indicated and must be included between the signs < >; the date of consultation or verification of the address should always be indicated. Another essential element is the title (or name) of the website / page or a brief description of the contents that could be found at the quoted address. Therefore, for example, a correct reference can be formulated as follows: Sezione novità delle Edizioni Università di Macerata, <http://eum.unimc.it/novità>, June 2010.

ENAGO ENGLISH EDITING SERVICES

Enago offers English language polishing services for scientific research papers for journal publication. Enago has subject expert editors (PhDs and Masters) with an average 19 years of editing experience.
Other than English editing, they offer all levels of publication support to authors, including revised rejected editing, journal selection, artwork editing, word count reduction and cover letter editing. An ISO 9001:2008 certified company, Enago is very careful about the quality delivered to authors.
Exclusive regional websites and services of Enago are listed below. Each of the websites has localized payment options and invoices available on demand.

For Global researchers: Enago Global, <http://www.enago.com>.
For Japanese researchers: Enago Japan, <http://www.enago.jp>.
For Chinese researchers: Enago China, <http://www.enago.cn>.
For Taiwanese researchers: Enago Taiwan, <http://www.enago.tw>.
For Korean researchers: Enago Korea, <http://www.enago.co.kr>.
For German researchers: Enago Germany, <http://www.enago.de>.
For Turkish researchers: Enago Turkey, <http://www.enago.com.tr>.
For Portuguese researchers: Enago Brazil, <http://www.enago.com.br>.

To aid and facilitate the process of successful publications of scientific and academic research papers, you can also benefit from our distinguished translation services offered by our co-brand — Ulatus, <http://www.ulatus.com>.

PUBLICATION ETHICS AND PUBLICATION MALPRACTICE STATEMENT

DUTIES OF EDITORS

Our ethic statements concerning the duties of the editors of the *Journal of Constitutional History* are based on COPE (Committee on Publication Ethics), *Best Practice Guidelines for Journal Editors*: http://publicationethics.org/files/u2/Best_Practice.pdf.

The editors of the *Journal* are responsible for deciding which of the articles submitted to the *Journal* should be published. They are guided by the policies of the *Journal*'s International Board and constrained by the laws in force.
They actively work to improve the quality of their *Journal*.

The editors evaluate manuscripts for their intellectual content without regard to race, gender, sexual orientation, religious belief, ethnic origin, citizenship, or political orientation of the authors.

The editors and any editorial staff must not disclose any information about a submitted manuscript to anyone other than the corresponding author, reviewers, potential reviewers, other editorial advisers, and the publisher.

Unpublished materials disclosed in a submitted manuscript must not be used in an editor's own research without the express written consent of the author.

DUTIES OF REVIEWERS

Our ethic statements concerning the duties of reviewers are based on http://www.njcmindia.org/home/about/22.

Peer review assists the editor in making editorial decisions and through the editorial communications with the author may also assist the author in improving the paper.

Any selected referee who feels unqualified to review the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process.

Any manuscripts received for review must be treated as confidential documents. They must not be shown to or discussed with others except as authorized by the editor.

Reviews should be conducted objectively. Personal criticism of the author is inappropriate. Referees should express their views clearly with supporting arguments.

Reviewers should identify relevant published work that has not been cited by the authors. Any statement that an observation, derivation, or argument had been previously reported should be accompanied by the relevant citation. A reviewer should also call to the editor's attention any substantial similarity or overlap between the manuscript under consideration and any other published paper of which they have personal knowledge.

Privileged information or ideas obtained through peer review must be kept confidential and not used for personal advantage. Reviewers should not consider manuscripts which can give birth to conflicts of interest resulting from competitive, collaborative, or other relationships or connections with any of the authors, companies, or institutions connected to the papers.

DUTIES OF AUTHORS

Our ethic statements concerning the duties of authors are based on http://www.elsevier.com/framework_products/promis_misc/ethicalguidelinesforauthors.pdf.

Authors of reports of original research should present an accurate account of the work performed as well as an objective discussion of its significance. Underlying data should be represented accurately in the article. This should contain

sufficient detail and references to permit others to replicate the work. Fraudulent or knowingly inaccurate statements constitute unethical behaviour and are unacceptable.

The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of others that this has been appropriately cited or quoted.

Usually, authors should not publish manuscripts presenting the same research in more than one *journal* or primary publication.

Proper acknowledgment of the work of others must always be given. Authors should cite publications that have been influential in determining the nature of the reported work.

Authorship should be limited to those who have made a significant contribution to the conception, design, execution, or interpretation of the reported study. All those who have made significant contributions should be listed as co-authors. Where there are others who have participated in certain substantive aspects of the research project, they should be acknowledged or listed as contributors.
The corresponding author should ensure that all co-authors are included on the article, and that all co-authors have seen and approved the final version of the article and have agreed to its submission to the *Journal* for its publication.

When an author discovers a significant error or inaccuracy in his/her own published work, it is the author's obligation to promptly notify the *Journal* editor or publisher and cooperate with the editor to retract or correct the paper.

Finito di stampare nel mese di luglio 2016
presso Global Print (Gorgonzola - MI)