



Fernanda Faini

**IL VOLTO
DELL'AMMINISTRAZIONE
DIGITALE NEL QUADRO DELLA
RINNOVATA FISIONOMIA DEI
DIRITTI IN RETE**

Estratto



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

FERNANDA FAINI

IL VOLTO DELL'AMMINISTRAZIONE DIGITALE NEL QUADRO DELLA RINNOVATA FISIONOMIA DEI DIRITTI IN RETE

SOMMARIO: 1. Il volto dell'amministrazione digitale. — 2. Il ruolo della cittadinanza digitale e la fisionomia dei diritti in rete. — 3. Il connubio tra digitalizzazione, trasparenza e apertura. — 4. L'evoluzione dal *digital first* verso il *digital only*. — 5. L'integrazione tra digitalizzazione e *data protection*. — 6. Criticità presenti e scenari futuri.

1. IL VOLTO DELL'AMMINISTRAZIONE DIGITALE.

La tecnologia evolve costantemente e provoca mutamenti significativi nella società.

La rete, nei passaggi da strumento statico a spazio dinamico fino all'ubiquità e pervasività del web 3.0 e 4.0, capaci di realizzare inedite interazioni tra uomini e macchine, assume i confini del più grande spazio pubblico di condivisione, sviluppo e aggregazione di informazioni, relazioni e servizi.

In modo parallelo all'evoluzione della tecnologia, la società stessa viene pervasa da un approccio "a rete" in grado di creare sinergie inedite non solo tra i dati, ma anche tra soggetti diversi. La rinnovata fisionomia della società contemporanea determina una conseguente modifica nelle relazioni e la genesi di nuovi modelli di governo: muta il volto dell'amministrazione pubblica.

Il profondo sviluppo della società tecnologica è, dunque, all'origine dell'evoluzione dell'amministrazione pubblica nel senso della digitalizzazione, necessaria per rispondere efficacemente alle esigenze espresse dalla collettività ¹.

* Il presente lavoro è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato a un componente del Comitato Scientifico dei Referenti della Rivista secondo le prassi correnti nella comunità dei giuristi.

¹ Secondo R. CARPENTIERI, *L'Agenda*

digitale italiana (commento al d.l. 18 ottobre 2012, n. 179), in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, pp. 225-233 l'innovazione digitale « non è più solo una priorità, ma un pre-requisito per lo sviluppo del Paese e del relativo sistema produttivo » (p. 225).

Quando si parla di amministrazione digitale ci si riferisce, infatti, all'adozione estesa e integrata delle tecnologie informatiche nello svolgimento delle funzioni e nell'erogazione dei servizi delle amministrazioni pubbliche². Il concetto stesso di amministrazione digitale fa riferimento evidentemente all'innovazione in senso ampio come evoluzione dell'amministrazione pubblica attivata dalle tecnologie informatiche, che, lungi dall'esaurirsi in queste, si esplica in un conseguente cambiamento di logiche dell'*agere* pubblico. Non significa una semplice automazione, ma implica un profondo ripensamento di relazioni, attività e processi, in cui le tecnologie informatiche non costituiscono il fine ultimo, ma rappresentano lo strumento idoneo a raggiungere gli obiettivi che caratterizzano l'azione pubblica³.

L'amministrazione digitale, infatti, ottiene il suo scopo quando contribuisce a raggiungere le finalità dell'azione pubblica: efficacia ed efficienza, migliore qualità dei servizi, maggiore soddisfazione degli utenti, semplificazione e riduzione dei tempi, partecipazione dei cittadini. Del resto, la *ratio* profonda della regolazione in materia di amministrazione digitale si situa proprio nel suo porsi quale strumento per garantire il buon andamento della pubblica amministrazione, ricavando preziosa, anche se indiretta, fonte costituzionale nell'art. 97, comma 1, Cost.

Pertanto la *mission* delle istituzioni consiste nell'effettivo riconoscimento dei diritti dei cittadini e nella realizzazione del benessere della collettività: a tali fini le amministrazioni, nello svolgimento delle funzioni e nell'erogazione dei servizi, devono essere capaci di comprendere le esigenze della collettività, interagire con le modalità relazionali più idonee e realizzare la soddisfazione

² Sulla pubblica amministrazione digitale cfr., *inter alia*, F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all'e-government. Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino, 2005; G. CASSANO, C. GIURDANELLA (a cura di), *Il codice della Pubblica Amministrazione digitale. Commentario al D.lgs. n. 82 del 7 marzo 2005*, Milano, 2005; E. BELISARIO, *La nuova Pubblica Amministrazione Digitale. Guida al Codice dell'Amministrazione Digitale dopo la Legge n. 69/2009*, Santarcangelo di Romagna, 2009; E. ZUANELLI, *Amministrazione digitale e innovazione tecnologica: analisi, riflessioni, proposte*, Roma, 2013; M. IASELLI (a cura di), *La nuova Pubblica Amministrazione. I principi dell'agenda digitale*, Roma, 2014; F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in questa Rivista, 2015, pp. 227-273; F. COSTANTINO, *L'uso della telematica nella pubblica amministrazione*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p.

246 ss.; M.L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro amm.*, 2016, p. 2535 ss.; F. TROJANI, *Il nuovo Codice dell'amministrazione digitale dopo il d.lgs. 179/2016 e il Regolamento eIDAS*, Rimini, 2017; M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *La pubblica amministrazione nella società digitale*, Napoli, 2017; G. PESCE, *Digital first. Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive*, Napoli, 2018; E. GUARNACCIA, M. MANCARELLA, *Il Codice dell'amministrazione digitale 2018. Alla luce del d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, in vigore dal 27 gennaio 2018*, Roma, 2018. Sia consentito, altresì, il rinvio a F. FAINI, *L'amministrazione digitale e aperta*, in F. FAINI, S. PIETROPAOLI, *Scienza giuridica e tecnologie informatiche*, Torino, 2017, pp. 149-194.

³ Al riguardo G. PESCE, *op. cit.*, p. 12 e ss. parla della digitalizzazione come di una vera e propria rivoluzione dell'amministrazione pubblica.

degli utenti ⁴: nel perseguire tali obiettivi, le amministrazioni sono chiamate a governare lo sviluppo digitale ⁵.

Il volto digitale dell'amministrazione pubblica è capace di generare una relazione di fiducia con la collettività e la configurazione di un rapporto maggiormente collaborativo con la cittadinanza, a sua volta "digitale" ⁶.

2. IL RUOLO DELLA CITTADINANZA DIGITALE E LA FISIONOMIA DEI DIRITTI IN RETE.

Già da queste brevi considerazioni emerge la centralità del soddisfacimento dei diritti dei cittadini nell'azione contemporanea dell'amministrazione pubblica.

Del resto, l'evoluzione normativa recente del Codice dell'amministrazione digitale (di seguito anche CAD), d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, significativamente preferisce parlare, piuttosto che di "amministrazione digitale", di "cittadinanza digitale". La legge 7 agosto 2015, n. 124, infatti, sceglie per l'art. 1 la rubrica « *Carta della cittadinanza digitale* », che, a seguito delle modifiche del d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, diventa la rubrica anche della sezione II del capo I del d.lgs. 82/2005, dedicata proprio ai diritti dei cittadini ⁷.

La locuzione "cittadinanza digitale" vuole richiamare l'evoluzione che interessa il concetto stesso di cittadinanza, che nella realtà digitale non è ancorata in modo rassicurante a un territorio e ai suoi confini, ma è una configurazione dinamica come lo sviluppo delle tecnologie e, allo stesso tempo, è indivisibile nei diritti che vuole definire ⁸. Si tratta, a ben vedere, più di una nuova dimensione della nostra vita, che si salda fino ad essere indistinguibile dalla cittadinanza "analogica". Di conseguenza, seppur sia difficile definirla, nel suo nucleo concettuale profondo la cittadinanza digitale identifica la configurazione stessa dei

⁴ Cfr. E. D'ORLANDO, *Profili costituzionali dell'amministrazione digitale*, in questa Rivista, 2011, p. 213 e ss..

⁵ Secondo S. CALZOLAIO, *Digital (and privacy) by default. L'identità costituzionale della amministrazione digitale*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2016, p. 186 la digitalizzazione delle attività e dei servizi pubblici è decisiva « 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 ».

⁶ Cfr. B. CAROTTI, *La riforma della pubblica amministrazione - L'amministrazione digitale e la trasparenza amministra-*

tiva (commento alla legge 7 agosto 2015, n. 124), in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, pp. 625-629.

⁷ Prima della riforma recata dal d.lgs. 217/2017 la rubrica era « *Diritti dei cittadini e delle imprese* ».

⁸ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 384 ss., secondo cui l'idea di cittadinanza digitale « è per sua natura dinamica, accompagna la persona nel suo essere nel mondo e, di conseguenza, integra la sua dotazione di diritti tutte le volte che questo suo ampliamento viene sollecitato dall'incessante mutamento prodotto dall'innovazione scientifica e tecnologica, e soprattutto dalle dinamiche sociali che così si determinano » (p. 385).

diritti dei cittadini nei confronti delle istituzioni, resa possibile dalle nuove tecnologie ⁹.

Osservate da questa prospettiva, le disposizioni di rango primario in materia di amministrazione digitale trovano copertura costituzionale non solo nel citato art. 97 C., ma anche nelle norme relative ai diritti dei cittadini e quindi nei principi fondamentali e nei canoni interpretativi contenuti in particolare negli artt. 2 e 3 C. e in un insieme di ulteriori norme e relative libertà.

L'interpretazione dell'innovazione quale leva per il soddisfacimento e il rafforzamento dei diritti, insieme alla constatazione che l'amministrazione trova la sua *mission* nel servizio alla collettività, non solo rafforzano il fondamento costituzionale su cui far leva, ma rendono interessante esaminare in che modo le norme recenti, chiamate a mutare il volto delle amministrazioni, perseguano questo fine ultimo costituito dalla tutela dei diritti che compongono la cittadinanza digitale e quanto ci riescano davvero.

Da un punto di vista normativo, il Codice dell'amministrazione digitale, il d.lgs. 82/2005, oggetto da ultimo delle significative riforme recate dal d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179 e dal cosiddetto decreto "correttivo", il d.lgs. 217/2017 ¹⁰, è l'atto normativo che si occupa di disciplinare i diritti digitali di cittadini e imprese nei confronti delle pubbliche amministrazioni, in particolare nelle prime disposizioni (art. 3 e ss.), a conferma della centralità che deve essere riservata agli utenti dell'azione pubblica ¹¹.

La cittadinanza digitale si basa sul diritto all'uso delle tecnologie nei rapporti tra cittadini e soggetti pubblici, espressamente disposto dall'art. 3 del d.lgs. 82/2005, oggetto di profonda modifica da parte del d.lgs. 179/2016 e del d.lgs. 217/2017, che lo hanno fortificato e ne hanno ampliato la portata ¹². Tale diritto presuppone necessariamente anche il diritto di accesso a Internet e viene

⁹ Cfr. P. MARSOCCI, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, in *Rivista AIC*, 2015, p. 12.

¹⁰ Per un'analisi in merito al d.lgs. 179/2016 e al d.lgs. 217/2017 cfr., rispettivamente, B. CAROTTI, *L'amministrazione digitale. Le sfide culturali e politiche del nuovo Codice* (commento al d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179), in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, pp. 7-18 e Id., *Il correttivo al Codice dell'amministrazione digitale: una meta-riforma* (commento alla d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217), in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, pp. 131-141.

¹¹ T.E. FROSINI, *Liberté, Egalité, Internet*, Napoli, 2015, p. 61: il d.lgs. 82/2005 « individua una sorta di statuto del cittadino digitale (sia per le persone fisiche che

giuridiche) », basato « sul diritto di pretendere dai pubblici uffici l'interazione in modalità digitale, al quale corrisponde l'obbligo dell'amministrazione di adeguarsi sotto il profilo tecnico e organizzativo per soddisfare la pretesa dell'utente ».

¹² Art. 3, comma 1, d.lgs. 82/2005: « Chiunque ha il diritto di usare, in modo accessibile ed efficace, le soluzioni e gli strumenti di cui al presente Codice nei rapporti con i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2 [ossia i soggetti cui si applica il Codice], anche ai fini dell'esercizio dei diritti di accesso e della partecipazione al procedimento amministrativo, fermi restando i diritti delle minoranze linguistiche riconosciute ». La norma è ampia, riguarda ogni fase del rapporto tra istituzioni e collettività e valorizza la dimensione sociale di accesso e partecipazione. La disposizione, di conte-

ulteriormente declinato sotto l'aspetto culturale nell'art. 8 del d.lgs. 82/2005 (*Alfabetizzazione informatica dei cittadini*): la norma evidenzia la necessità di competenze e cultura digitale per poter utilizzare l'accesso messo tecnicamente a disposizione e coglierne le opportunità e i rischi¹³.

Gli artt. 3 e 8 del CAD “vivono” e diventano effettivi se letti con i relativi obblighi posti a carico delle amministrazioni: rileva l'art. 2, comma 1, d.lgs. 82/2005, che impegna le istituzioni ad assicurare la possibilità di fruire e utilizzare le tecnologie informatiche¹⁴; sotto tale profilo, più ampiamente, le istituzioni sono tenute a realizzare le soluzioni necessarie per mezzo di azioni positive, specifiche e concrete, mirate a creare le condizioni per l'esercizio dei diritti nel ciberspazio e il pieno sviluppo della persona¹⁵.

Il diritto all'uso delle tecnologie si pone come norma “madre” e disciplina il diritto fondamentale in capo ai privati, affiancato nel CAD da una serie di diritti “derivati” legati al procedimento¹⁶ o relativi specificamente alle comunicazioni¹⁷.

La cittadinanza “digitale” trova vita, altresì, in alcuni diritti che hanno la loro matrice nel modello di *open government*¹⁸, mostrando il connubio tra digitalizzazione e apertura, oggetto di

nuto precettivo e immediatamente applicabile, in caso di violazione è munita della relativa tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo (art. 3, comma 1-ter, d.lgs. 82/2005).

¹³ Lo Stato e i soggetti cui si applica il Codice sono tenuti a promuovere « iniziative volte a favorire la diffusione della cultura digitale tra i cittadini con particolare riguardo ai minori e alle categorie a rischio di esclusione, anche al fine di favorire lo sviluppo di competenze di informatica giuridica e l'utilizzo dei servizi digitali delle pubbliche amministrazioni con azioni specifiche e concrete, avvalendosi di un insieme di mezzi diversi fra i quali il servizio radio-televisivo » (art. 8, d.lgs. 82/2005). Anche questa norma ha subito modifiche da parte del d.lgs. 179/2016, tese ad ampliare e a fortificare il disposto normativo.

¹⁴ « Lo Stato, le Regioni e le autonomie locali assicurano la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione e la fruibilità dell'informazione in modalità digitale e si organizzano ed agiscono a tale fine utilizzando con le modalità più appropriate e nel modo più adeguato al soddisfacimento degli interessi degli utenti le tecnologie dell'informazione e della comunicazione » (art. 2, comma 1, d.lgs. 82/2005).

¹⁵ G. PESCE, *op. cit.*, p. 100 ss.: « Declinato in termini organizzativi, l'esercizio

dell'attività digitale prevista dal CAD produrrà in capo allo Stato obblighi non trascurabili di dotazione dei cittadini delle soluzioni e degli strumenti previsti dal codice, senza i quali il diritto di uso non potrebbe nemmeno essere concepibile in astratto » (pp. 102-103).

¹⁶ Il diritto all'identità digitale (art. 3-bis, d.lgs. 82/2005) e il diritto all'effettuazione dei pagamenti online (art. 5, d.lgs. 82/2005).

¹⁷ Il diritto al domicilio digitale (artt. 3-bis e 6, d.lgs. 82/2005), il diritto delle imprese alle comunicazioni telematiche con le istituzioni (art. 5-bis, d.lgs. 82/2005) e la previsione di pubblici elenchi contenenti gli indirizzi telematici, quali l'indice nazionale dei domicili digitali delle imprese e dei professionisti (INI-PEC) (art. 6-bis, d.lgs. 82/2005), l'indice dei domicili digitali delle pubbliche amministrazioni e dei gestori di pubblici servizi (IPA) (art. 6-ter, d.lgs. 82/2005) e l'indice nazionale dei domicili digitali delle persone fisiche e degli altri enti di diritto privato, non tenuti all'iscrizione in albi professionali o nel registro delle imprese (art. 6-quater, d.lgs. 82/2005).

¹⁸ Secondo il modello di *open government* le amministrazioni devono essere capaci di essere trasparenti a tutti i livelli e di rendere le proprie attività aperte e disponibili per favorire azioni maggiormente efficaci, rispondere alle istanze della società e

successiva analisi, e in particolare nei principi di trasparenza, partecipazione e collaborazione: è il caso del diritto ai servizi online e alla loro qualità (*customer satisfaction*)¹⁹ e del diritto alla partecipazione democratica elettronica (*e-democracy*)²⁰, che fa riferimento all'utilizzo delle tecnologie informatiche nel processo democratico, al fine di garantire e favorire la partecipazione alla sfera pubblica, il coinvolgimento nei processi decisionali e il controllo, nella logica del governo aperto.

Seppur centrale, nell'analisi dell'evoluzione dell'amministrazione digitale e della correlata fisionomia dei diritti che compongono la cittadinanza digitale, il d.lgs. 82/2005 non è l'unico punto di riferimento, dal momento che la disciplina è strettamente connessa alla normativa sulla trasparenza, contenuta, in particolare, nel d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, come modificato dalla profonda riforma del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97.

La connessione tra le due direttrici di riforma della pubblica amministrazione, costituite dalla digitalizzazione e dalla trasparenza, deriva dalla centralità assunta dai dati, che a sua volta esige la protezione dei dati stessi e la correlata tutela assicurata dal regolamento (UE) 2016/679 e dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, come modificato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101.

Pertanto, se il Codice dell'amministrazione digitale si pone come la fonte normativa principale che ospita la cittadinanza digitale e i diritti che fondano il rapporto fra istituzioni e cittadini, i diritti digitali afferenti maggiormente alla "persona" trovano allocazione in provvedimenti normativi diversi. L'attenzione rivolta alla "cittadinanza digitale" da parte del d.lgs. 82/2005, basata saldamente sulla centralità del cittadino, deve declinarsi infatti anche in una forte attenzione alla persona e alle sue libertà, che le normative collegate sono deputate a proteggere, in particolare il diritto alla conoscenza, che dà fondamento alle significative modifiche recate dal d.lgs. 97/2016 al d.lgs. 33/2013, e il diritto alla protezione dei dati, che esce rafforzato dalla tutela del regolamento europeo 2016/679 e dalle conseguenti modifiche del d.lgs. 196/2003 da parte del d.lgs. 101/2018.

E allora il volto dell'amministrazione pubblica muta parallelamente all'evoluzione dei diritti dei cittadini, che è tenuta a realizzare, e al concretizzarsi di quella cittadinanza digitale, che

garantire il controllo pubblico del proprio operato mediante le nuove tecnologie.

¹⁹ Art. 7, d.lgs. 82/2005, che, a seguito delle modifiche del d.lgs. 217/2017, prevede la significativa rubrica « *Diritto a servizi on-line semplici e integrati* ».

²⁰ Art. 9, d.lgs. 82/2005: i soggetti cui si applicano le disposizioni del Codice « *favoriscono ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore*

partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili e migliorare la qualità dei propri atti, anche attraverso l'utilizzo, ove previsto e nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente, di forme di consultazione preventiva per via telematica sugli schemi di atto da adottare ».

deve essere capace di soddisfare, cittadinanza che esige di usare le tecnologie nel rapporto con le amministrazioni (art. 3, d.lgs. 82/2005), reclama un effettivo e ampio diritto a conoscere, che diventa anche diritto a riutilizzare informazioni e dati (artt. 3 e 7 d.lgs. 33/2013) e, allo stesso tempo, richiede il rispetto dei propri dati personali da parte della stessa amministrazione “responsabilizzata” dalla normativa di riferimento (regolamento europeo 2016/679 e d.lgs. 196/2003, come modificato dal d.lgs. 101/2018).

Pertanto nel quadro normativo vigente l'amministrazione pubblica muta nella rinnovata fisionomia dei diritti digitali di riferimento: diritto all'uso delle tecnologie, diritto a conoscere, diritto alla protezione dei dati personali.

Sotto la spinta evolutiva della società di riferimento, alla luce delle relative riforme e in considerazione dell'emersione delle anime costituite da digitalizzazione, trasparenza e *data protection*, negli ultimi anni il volto dell'amministrazione pubblica matura sotto alcune significative linee direttrici che saranno oggetto di analisi nel presente contributo.

3. IL CONNUBIO TRA DIGITALIZZAZIONE, TRASPARENZA E APERTURA.

In primo luogo, nell'evoluzione normativa italiana, l'amministrazione matura lungo la strada di una maggiore apertura verso la collettività, cui sono conferiti strumenti di accesso più ampi ed incisivi capaci di dare vita ad una vera e propria *freedom of information* e di consentire non solo la conoscenza, ma il riutilizzo stesso del patrimonio informativo pubblico grazie agli *open data* ²¹.

I principi di digitalizzazione, trasparenza e apertura si pongono come cardini del nuovo modello di governo che emerge dalla recente evoluzione normativa italiana ²².

In particolare l'ultima profonda riforma che ha interessato il CAD, realizzata con la legge delega 124/2015, attuata dal relativo d.lgs. 179/2016 e dal d.lgs. “correttivo” 217/2017, ha previsto tra i criteri ispiratori, accanto ai principi *digital by default* e *digital first*, oggetto di successiva analisi, proprio la « *realizzazione di un'amministrazione digitale e aperta* » ²³, che ha declinato nel rafforzamento dei principi di trasparenza, partecipazione e col-

²¹ Sono tali i dati resi disponibili con le caratteristiche tecniche e legali necessarie per essere liberamente utilizzati, riutilizzati e ridistribuiti da chiunque, in qualsiasi momento e ovunque (in tal senso l'*International Open Data Charter*). Nell'ordinamento giuridico italiano i dati di tipo aperto sono definiti nell'art. 1, comma 1, lett. l-ter, d.lgs. 82/2005.

²² Secondo F. CARDARELLI, *op. cit.*, p.

227 ss. un « *nucleo normativo su cui poggia l'amministrazione digitale si è articolato sulla declinazione positiva ed applicativa del principio di trasparenza* ». Al riguardo cfr. L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale* Napoli, 2014.

²³ Art. 1, comma 1, lett. n), legge 124/2015.

laborazione; la riforma espressamente pone come propria finalità principale garantire a cittadini e imprese « *il diritto di accedere a tutti i dati, i documenti e i servizi di loro interesse in modalità digitale* »²⁴. Del resto il connubio tra trasparenza e digitalizzazione è *in nuce* al concetto stesso di *disclosure*, dal momento che gli strumenti digitali ed in particolare il web, con le sue caratteristiche intrinseche di ubiquità e immediatezza nella diffusione, favoriscono ontologicamente la trasparenza.

In coerenza con i principi ispiratori, il collegamento tra le due anime emerge particolarmente nell'ultima riforma recata dalla cosiddetta legge Madia (legge 124/2015), che contiene al suo interno sia la delega alle modifiche e integrazioni del CAD (art. 1), attuata con il d.lgs. 179/2016 e il d.lgs. 217/2017, sia la delega alla riforma del d.lgs. 33/2013 (art. 7), attuata con il d.lgs. 97/2016, cosiddetto *Freedom of Information Act* italiano, la cui novità più significativa riguarda proprio l'ampiezza del diritto a conoscere.

La *disclosure* assurge a fattore fondamentale nella riforma delle istituzioni per il suo essere strumentale alla conoscenza e, altresì, per riuscire a creare maggiore simmetria fra governanti e governati, permettendo controllo e partecipazione “dal basso” e contrastando possibili squilibri. Di conseguenza, l'amministrazione, che nel suo operare deve essere digitale, è tenuta a porsi, altresì, in modo ontologicamente trasparente. Sotto tale profilo, nell'evoluzione normativa esaminata il principio di trasparenza e la disciplina che ne è espressione si stagliano come elementi significativi dei processi di digitalizzazione e apertura della pubblica amministrazione²⁵.

La trasparenza assume volti diversi nella vigente normativa di riferimento.

La “trasparenza proattiva” (*proactive disclosure*), che si realizza con la pubblicazione di documenti, informazioni e dati da parte delle istituzioni, è accompagnata dalla “trasparenza reattiva” (*reactive disclosure*), che, invece, si ottiene in risposta alle istanze di conoscenza avanzate dalla collettività di riferimento²⁶. Sotto tale profilo la riforma recata dal d.lgs. 97/2016 è profonda e muta il concetto stesso di trasparenza: oggi si parla di « *accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, pro-*

²⁴ Art. 1, comma 1, legge 124/2015.

²⁵ Secondo S. CALZOLAIO, *op. cit.*, p. 187 ss. la trasparenza amministrativa sul web rappresenta « *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* » (p. 188); i fini della normativa sulla

trasparenza non sono esplicitamente tesi alla digitalizzazione pubblica, ma la trasparenza può realizzarsi solo attraverso un uso massivo del web.

²⁶ In tal senso il Consiglio di Stato nel parere sullo schema di quello che è diventato il d.lgs. 97/2016, reso nell'adunanza di sezione 18 febbraio 2016 (n. 515 del 24 febbraio 2016).

muovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche »²⁷.

Nell'evoluzione del principio e degli strumenti di trasparenza, il d.lgs. 97/2016 non impatta sulla legge 241/1990 e sul diritto di accesso documentale ivi previsto, che pertanto rimane strumento vigente²⁸, ma incide sul diritto di accesso civico disciplinato nel d.lgs. 33/2013. Accanto al già previsto diritto di accesso civico “semplice”²⁹, la riforma prevede il diritto di accesso civico “generalizzato”, che permette a chiunque, senza bisogno di alcuna legittimazione soggettiva e senza motivazione, di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalla pubblica amministrazione ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti, pubblici e privati, espressamente previsti³⁰.

In tal modo si concretizza il passaggio a quella logica orizzontale che deve caratterizzare il rapporto tra pubblici poteri e cittadini nel modello di *open government*³¹, rispetto alle resistenti im-

²⁷ Art. 1, comma 1, d.lgs. 33/2013, come modificato dal d.lgs. 97/2016.

²⁸ L'art. 5, comma 11, d.lgs. 33/2013, come modificato dal d.lgs. 97/2016, esplicitamente afferma che restano ferme le diverse forme di accesso degli interessati previste dal capo V della legge 241/1990. Il diritto di accesso documentale o procedimentale, disciplinato dalla legge 241/1990, prevede un diritto a conoscere condizionato, dal momento che sono necessari alcuni requisiti per il suo esercizio: la legittimazione soggettiva, ossia un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso (art. 22, comma 1, legge 241/1990) e la motivazione (art. 25, comma 2, legge 241/1990).

²⁹ L'accesso civico “semplice” è previsto nell'art. 5, comma 1, d.lgs. 33/2013: « *L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione* ». Pertanto, più che una vera e propria forma di accesso, tale strumento consiste in un rimedio nelle mani dei privati in caso di inadempimento dell'amministrazione ai previsti obblighi di pubblicazione.

³⁰ Secondo P. FALLETTA, *Il freedom of information act italiano e i rischi della tra-*

sparenza digitale, in *federalismi.it*, 2016, p. 4 ss. si attua un rovesciamento di logica rispetto alla legge 241/1990, imponendo il versante attivo della trasparenza rispetto a quello passivo della legge sul procedimento. La convivenza dei diversi strumenti di accesso (documentale, civico semplice e civico generalizzato) nell'ordinamento giuridico è dovuta alle differenze in relazione ai presupposti soggettivi, all'ambito oggettivo e ai limiti funzionali; in tal senso, *inter alia*, Consiglio di Stato, Sez. V, 20 marzo 2019, n. 1817; TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 22 novembre 2018, n. 347; TAR Lazio, Roma, Sez. I-quater, 31 gennaio 2018, n. 1126. Sull'evoluzione della trasparenza e degli strumenti che la caratterizzano cfr. di recente, *inter alia*, A. AMODIO, *Dall'accesso documentale all'accesso civico generalizzato: i nuovi paradigmi della trasparenza dell'azione amministrativa*, in *GiustAmm.it*, 2018, p. 21; C. TOMMASI, *Le prospettive del nuovo diritto di accesso civico generalizzato*, in *federalismi.it*, 2018, pp. 1-19; F. MARINIELLO, *Trasparenza amministrativa e nuovo accesso civico dopo il d.lgs. 97/2016*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2017, pp. 244-266.

³¹ Cfr. S. VACCARI, *Il difficile bilanciamento tra favor per la trasparenza e (necessaria) tutela della riservatezza nel d.lgs. 33/2013*, in *Il diritto dell'economia*, 2015, p. 154 e ss..

stazioni ancora verticali recate dalle modalità di accesso documentale e dagli obblighi di pubblicazione³².

L'ordinamento italiano si allinea così agli altri Paesi che tutelano il *right to know* prevedendo una disciplina del diritto a conoscere, condizione giuridica indispensabile per un effettivo *open government*³³. La riforma recata dalla legge delega 124/2015 e dal relativo d.lgs. 97/2016, infatti, rafforza il principio di trasparenza e riconosce esplicitamente la « *libertà di accesso* », che viene « *garantita, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti, tramite l'accesso civico e tramite la pubblicazione di documenti, informazioni e dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni e le modalità per la loro realizzazione* »³⁴.

Rispetto alla configurazione originaria del d.lgs. 33/2013 si passa da una trasparenza intesa come obbligo di pubblicazione a un'accezione come libertà di accesso³⁵.

In tal modo, grazie al d.lgs. 97/2016, assume consistenza la significativa rubrica dell'art. 3 del d.lgs. 33/2013, « *diritto alla conoscibilità* », che prima della riforma rischiava di essere eccedente rispetto a quanto effettivamente garantito dalle disposizioni. Il diritto di accesso civico cosiddetto generalizzato, infatti, non è sottoposto a condizioni come quello documentale di cui alla legge 241/1990 ed è stato accolto come il riconoscimento di un autentico *right to know*; l'esercizio del diritto, infatti, non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione sog-

³² Secondo S. LA PISCOPIA, *Italian Freedom of Information Act: approcci interpretativi e dottrinari*, in *Periodico di Diritto e Procedura Penale Militare*, 2016, p. 2 ss. la riforma configura « *la trasformazione epocale del limitato diritto all'informazione amministrativa, da una generale strumentalità uti cives, ad un diritto uti singuli per la protezione di un bene fondamentale o della vita: quello all'informazione trasparente del singolo, chiunque egli sia* ».

³³ Cfr. M. SAVINO, *Il Foia italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo – il commento (commento a d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, p. 593 e ss..

³⁴ Art. 2, comma 1, d.lgs. 33/2013, come modificato dal d.lgs. 97/2016. Anche la legge delega pone esplicitamente tale principio direttivo, che consiste nel « *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 » (art. 7, comma 1, lett. h), legge 124/2015). Cfr. D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, p. 1019 ss., secondo la quale la libertà di accesso è garantita in prima battuta dall'accesso civico, che viene citato per primo, autonomo diritto e strumento principe della disciplina, e, in subordine, dalla pubblicazione.

³⁵ Secondo S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 2017, p. 65 ss. nell'attuale ordinamento il principio di trasparenza è valorizzato nella sua funzione democratica, come strumento di controllo diffuso sull'attività dei pubblici poteri.

gettiva del richiedente, non richiede motivazione e non prevede il limite del controllo generalizzato ³⁶.

In merito alla natura dell'accesso civico generalizzato, la più recente giurisprudenza amministrativa lo collega saldamente ai principi di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa e di partecipazione dei cittadini, ossia agli articoli 1 e 2 della Costituzione, nonché all'art. 97 e al principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, Cost.; tale ricostruzione conferma il collegamento con il modello di *open government*, più volte evidenziato. Il nuovo accesso civico viene ricostruito come strumento di coinvolgimento dei cittadini nella cura della "cosa pubblica", oltreché mezzo per contrastare la corruzione e per garantire l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione, che si affianca, senza sovrapporsi, alle altre forme di accesso esistenti ³⁷. Al riguardo, il Consiglio di Stato ha avuto modo di evidenziare che l'accesso civico generalizzato, in considerazione delle caratteristiche che lo connotano, si configura come diritto soggettivo in senso proprio, a differenza dell'accesso documentale ricostruito dalla giurisprudenza prevalente come interesse legittimo ³⁸.

L'evoluzione del principio di trasparenza emerge anche nel fatto che il procedimento di accesso civico deve concludersi con provvedimento espresso e motivato nel termine di 30 giorni e non è ammesso il silenzio diniego; il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso devono essere motivati con riferimento ai casi e ai limiti stabiliti ³⁹; grava, di conseguenza, sull'amministrazione dover provare l'esistenza di motivazioni che impediscono di soddisfare l'istanza ⁴⁰.

A seguito della riforma il bene "conoscenza" viene protetto in

³⁶ Art. 5, comma 3, d.lgs. 33/2013, come modificato dal d.lgs. 97/2016. Parla di passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (*from need to right to know*) il Consiglio di Stato nel parere sullo schema di quello che è diventato il d.lgs. 97/2016, reso nell'adunanza di sezione 18 febbraio 2016 (n. 515 del 24 febbraio 2016).

³⁷ In tal senso Consiglio di Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546; TAR Campania, Sez. VI, 22 maggio 2019, n. 2486.

³⁸ Così il citato Consiglio di Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546. Al riguardo TAR Lazio, Roma, Sez. III-bis, 28 marzo 2018, n. 3453 sottolinea la significativa estensione dei confini della trasparenza operata dal d.lgs. 97/2016, per cui il diritto all'informazione resta temperato solo dalla necessità di garantire la tutela di determinati interessi pubblici e privati, che diventano l'eccezione alla regola. In merito il TAR Lazio evidenzia che « le disposizioni sulla trasparenza di cui al d.lgs. n. 33/2013 sono

state espressamente qualificate come 'livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche', garantito, quindi, sull'intero territorio nazionale, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., con conseguente vincolo di inderogabilità in pejus ».

³⁹ Art. 5, comma 6, d.lgs. 33/2013, come modificato dal d.lgs. 97/2016.

⁴⁰ Si configura, quindi, un ribaltamento dell'onere di motivazione rispetto al diritto di accesso documentale ai sensi della legge 241/1990, dove invece è il cittadino che deve motivare la propria richiesta di accesso. Secondo il Consiglio di Stato, nel citato parere 515/2016, « il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (*from need to right to know*, nella definizione inglese F.O.I.A) rappresenta per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine, cara a Filippo Tu-

modo autonomo e il diritto di accesso è tutelato nel nostro ordinamento alla stregua di un vero e proprio diritto fondamentale⁴¹.

Il principio di trasparenza si è evoluto anche a seguito dello sviluppo della società di riferimento e dei suoi paradigmi sotto la spinta delle nuove tecnologie: *disclosure* e *openness* si sono integrate a definire un nuovo modello di *open government*.

Di conseguenza, nel quadro normativo vigente la trasparenza si collega, altresì, in modo significativo con l'apertura: non è sufficiente una conoscenza "passiva" delle informazioni, dei dati e dei documenti resi disponibili, seppur maggiormente ampia e incisiva, come analizzato, ma si configura il bisogno di una trasparenza "attiva", realizzata con il riutilizzo dei dati messi a disposizione, grazie agli *open data*.

Il collegamento fra trasparenza e apertura si coglie nell'art. 3 del d.lgs. 33/2013, da ultimo modificato dal d.lgs. 97/2016: tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di accesso civico, compresi quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa, sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, di utilizzarli e riutilizzarli ai sensi dell'art. 7; la disposizione, significativamente rubricata « *dati aperti e riutilizzo* », pone non solo il diritto a conoscere, ma anche il diritto all'apertura e al riutilizzo di documenti, informazioni e dati⁴².

Il volto dell'amministrazione, pertanto, non è solo "digitale", ma anche "aperto", a voler intendere la necessaria trasparenza che deve connotarlo e che prende vita in una sinergia di strumenti diversi di trasparenza proattiva e reattiva, finalizzati a garantire

rati, della Pubblica Amministrazione trasparente come una 'casa di vetro' ».

⁴¹ La circolare n. 2/2017 del Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione, recante « *Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA)* » è esplicita sotto tale profilo: « il diritto di accesso generalizzato garantisce il bene 'conoscenza' in via autonoma, a prescindere dalla titolarità di un interesse qualificato e differenziato. A differenza del diritto di accesso civico 'semplice', che riguarda esclusivamente le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria (art. 5, c. 1, d.lgs. n. 33/2013), il solo limite al diritto di conoscere è rappresentato dagli interessi pubblici e privati espressamente indicati dall'articolo 5-bis. Conseguentemente è inammissibile il rifiuto fondato su altre ragioni ». Cfr. M. SAVINO, *op. cit.*, p. 593 e ss. e G. LENTINI, *Il segreto e la trasparenza: dall'amministrazione chiusa all'amministrazione aperta. Le tappe dell'evolu-*

zione dei rapporti tra i pubblici poteri ed i cittadini, in *Amministrativ@mente*, 2017, p. 36: « È innegabile che ormai c'è stato un capovolgimento di fronte: la trasparenza è la regola ed il segreto è l'eccezione. Ma è un'eccezione destinata a persistere, a salvaguardia di alcuni valori fondanti e fondamentali per lo stesso Stato ».

⁴² Cfr. G. D'URGOLO, *Trasparenza e prevenzione della corruzione nella P.A.: la recente introduzione del Freedom Act of Information (FOIA) nell'ordinamento italiano*, in *GiustAmm.it*, 2017, p. 1 e ss. e B. PONTI, *Il regime dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria: i tempi, le modalità ed i limiti della diffusione; l'accesso civico; il diritto di riutilizzo* (artt. 4, 5, 7-9, 52 commi 2 e 3, 53), in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 112 e ss..

un autentico diritto a conoscere e idonei anche a consentire il riutilizzo, per rendere dinamica la conoscenza stessa e contribuire a un nuovo rapporto tra governanti e governati.

4. L'EVOLUZIONE DAL *DIGITAL FIRST* VERSO IL *DIGITAL ONLY*.

Accanto a questo mutamento che lega digitalizzazione, trasparenza e apertura, nell'evoluzione normativa la digitalizzazione si “radicalizza” e, oltre ai criteri ispiratori *digital by default* e *digital first*, evolve verso il principio di esclusività digitale, che si può definire *digital only*, ossia la previsione di un vero e proprio *switch off* dall'analogico al digitale ⁴³.

La riforma che ha interessato il CAD, realizzata con la legge delega 124/2015, attuata dal relativo d.lgs. 179/2016 e dal d.lgs. 217/2017, ha previsto tra i criteri ispiratori i principi *digital by default* e *digital first*.

In specifico l'art. 1, comma 1, lett. b), legge 124/2015 prevede la ridefinizione e la semplificazione dei 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) »*. Nella prima parte di tale disposizione può essere letto il principio *digital by default*, ossia la modalità digitale per impostazione predefinita, e nella seconda il principio *digital first*, fondato sulla preferenza per la modalità digitale più che sull'esclusività della stessa ⁴⁴.

I principi *digital first* e *digital by default* si pongono come criteri ispiratori del processo di digitalizzazione e si distinguono dal principio di esclusività digitale (ossia un vero e proprio *switch off* verso l'esclusivo utilizzo di modalità digitali), da considerare come ipotesi eccezionale che necessita di un'esplicita previsione normativa: è il caso dell'art. 5-bis del d.lgs. 82/2005 che prevede comunicazioni esclusivamente digitali tra amministrazioni e imprese ⁴⁵.

Nonostante la delega sia mossa dai principi *digital first* e *digital*

⁴³ Sulle riforme dell'amministrazione pubblica in chiave di digitalizzazione e sul modo di concepire i servizi alla luce del principio *digital first* cfr. G. PESCE, *op. cit.*.

⁴⁴ Cfr. G. PESCE, *op. cit.*, p. 52 e ss..

⁴⁵ Cfr. S. CALZOLAIO, *op. cit.*, p. 194 ss., E. CARLONI, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, p. 153 ss. e C. LEONE, *Il principio “digital first”: obblighi e diritti in capo all'amministrazione e a tutela del cittadino. Note a margine dell'art. 1*

della legge 124 del 2015, in *GiustAmm.it*, 2016, p. 1 ss. Diversamente secondo G. PESCE, *op. cit.*, p. 52 e ss. è connotato al principio *digital by default* il criterio generale di esclusività digitale, secondo cui l'organizzazione delle funzioni e l'erogazione dei servizi devono essere progettate e svolte per consentire, entro un dato termine, il passaggio verso la forma digitale in via esclusiva; raggiunta l'esclusività digitale, cesserebbe di vigere l'opposto principio della “multicanalità”, che attribuisce all'utente la scelta sul canale

by default si scorge un'interessante evoluzione operata dal d.lgs. 217/2017, che ha riformato il d.lgs. 82/2005.

Il d.lgs. 217/2017, "correttivo" del precedente d.lgs. 179/2016, ricorre in aspetti strategici e cruciali al principio di esclusività digitale e al relativo meccanismo di *switch off*, la cui previsione viene rimessa a norme secondarie, in specifico a decreti del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione: è il caso della previsione di comunicazioni esclusivamente digitali tra i soggetti ai quali si applica il CAD e i cittadini (art. 3-bis, comma 3-bis, d.lgs. 82/2005) e dell'utilizzo esclusivo da parte dei soggetti ai quali si applica il CAD delle identità digitali (afferenti al Sistema Pubblico per la gestione delle Identità Digitali di cittadini e imprese - SPID) ai fini dell'identificazione degli utenti dei propri servizi online (art. 64, comma 3-bis, d.lgs. 82/2005)⁴⁶.

Nel momento dell'identificazione informatica per accedere ai servizi online e nella disciplina del domicilio digitale e delle relative comunicazioni telematiche con i cittadini, aspetti essenziali del rapporto che lega amministrazioni pubbliche e collettività, la riforma pare ritenere "insufficiente" il principio guida del *digital first* e si spinge verso il principio di esclusività digitale, si indirizza verso un *digital only*, un vero *switch off*, che affida a norme secondarie deputate a prevederne modalità e tempi.

Il volto dell'amministrazione digitale *by default*, che lascia sopravvivere una fisionomia analogica se necessaria, evolve così verso una fisionomia esclusivamente digitale nel rapporto tra amministrazioni e cittadini digitali.

Tale riforma, recata in un decreto legislativo che nelle intenzioni doveva essere un "correttivo", da intradare di conseguenza nei principi della legge delega, pare superarne lo spirito e traghettare l'amministrazione in modo più deciso verso la digitalizzazione. In modo intuitivo le ragioni si annidano nella necessità di garantire effettività alle norme e agli strumenti previsti, volendo assicurare concretezza a quel diritto all'identità digitale e al domicilio digitale, di cui all'art. 3-bis del d.lgs. 82/2005.

Il dovere delle amministrazioni di rendere effettivo il diritto si estremizza provocando un'esclusività del mezzo e facendo diven-

da utilizzare nei rapporti con la pubblica amministrazione. L'Autore evidenzia che l'esclusività digitale, laddove non temperata dal principio *digital first*, « avrebbe imposto una transizione cruenta al digitale: con relative implicazioni di legalità costituzionale sotto il duplice profilo della corrispondenza a norma di legge (principio di legalità) e del rispetto del principio di uguaglianza » (p. 54).

⁴⁶ « Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, è stabilita la data a decorrere dalla quale i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, utilizzano esclusivamente le identità digitali ai fini dell'identificazione degli utenti dei propri servizi on-line » (art. 64, comma 3-bis, d.lgs. 82/2005).

tare il diritto un dovere anche per i cittadini, con i connessi problemi che la norma non omette di considerare.

Lo spettro consiste, infatti, nel *digital divide*⁴⁷, declinazione moderna della disuguaglianza, il cui superamento è necessario per affermare i diritti previsti. Di tale problematica è espressamente consapevole l'art. 3-bis del d.lgs. 82/2005, che, nel suo secondo comma, affida a un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro delegato per la semplificazione e la pubblica amministrazione (sentiti l'Agenzia per l'Italia Digitale e il Garante per la protezione dei dati personali e acquisito il parere della Conferenza unificata) non solo la determinazione della data a decorrere dalla quale le comunicazioni tra amministrazioni e coloro che non hanno provveduto a eleggere un domicilio digitale devono avvenire esclusivamente in forma elettronica, ma altresì l'individuazione delle modalità con le quali è messo a disposizione un domicilio digitale e delle « *altre modalità con le quali, per superare il divario digitale, i documenti possono essere consegnati a coloro che non sono in grado di accedere direttamente a un domicilio digitale* ».

L'obiettivo di rendere “vivi” e diffusi strumenti cruciali dell'amministrazione digitale, quali SPID e il domicilio digitale, rischia di scontrarsi con una realtà analogica ancora in parte da “digitalizzare”, *condicio sine qua non* perché questi strumenti siano utilizzati.

Naturalmente per valutare questa tensione verso l'esclusività sarà interessante vederne le modalità concrete di attuazione. Al momento però si può constatare che l'amministrazione digitale mostra una tendenza a radicalizzarsi.

5. L'INTEGRAZIONE TRA DIGITALIZZAZIONE E DATA PROTECTION.

Il mutamento del volto dell'amministrazione digitale non è soltanto nella trasparenza collegata all'apertura e nella tendenza all'esclusività, ma anche in un cambiamento profondo che riguarda “come” l'amministrazione digitale debba essere realizzata.

Le disposizioni europee e nazionali in materia di protezione dei dati personali conducono, infatti, a una digitalizzazione che cambia “pelle” e che già *by design* e *by default* deve essere rispettosa della protezione dei dati personali, tutelando in modo preventivo tale diritto fondamentale della persona, rafforzando l'*accounta-*

⁴⁷ Il *digital divide* configura il divario tra chi accede, fruisce e utilizza le tecnologie informatiche e chi ne è escluso, in modo parziale o totale. Sono diverse le motiva-

zioni di esclusione: geografiche e infrastrutturali (aree remote e rurali, assenza delle infrastrutture), culturali, anagrafiche, economiche, inerenti a disabilità.

bility e chiarendo obblighi e responsabilità dei titolari del trattamento, ossia le amministrazioni stesse.

Il regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016⁴⁸ e il d.lgs. 101/2018, che ha adeguato alla regolazione europea il d.lgs. 196/2003, delineano un approccio sistematico, un atteggiamento proattivo e una ponderazione *ex ante* dell'impatto e dei rischi sulla *data protection*, grazie al principio di responsabilizzazione (il titolare del trattamento è competente del rispetto dei principi previsti e deve essere in grado di provarlo)⁴⁹, al rilievo conferito alla sicurezza⁵⁰ e a una serie di principi caratterizzanti la disciplina quali *data protection by design* e *by default*⁵¹, accompagnati dal c.d. *Data Protection Impact Assessment*⁵².

I principi *data protection by design* e *by default* realizzano un concetto di protezione dei dati personali all'interno della stessa tecnologia, una *privacy* per impostazione predefinita: il diritto si serve della tecnologia per assicurare il suo rispetto e garantire la tutela della dignità e dello sviluppo della persona⁵³.

L'approccio preventivo, trasparente e proattivo, che responsabilizza il titolare del trattamento, emerge anche da altri strumenti

⁴⁸ Si tratta del regolamento relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, che abroga la direttiva 95/46/CE (cosiddetto regolamento generale sulla protezione dei dati) e si applica dal 25 maggio 2018.

⁴⁹ Art. 5, paragrafo 2, e art. 24, reg. (UE) 2016/679.

⁵⁰ Art. 32, reg. (UE) 2016/679.

⁵¹ Il principio *privacy by design*, di cui all'art. 25, paragrafo 1 del regolamento (UE) 2016/679, prevede che, tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso, il titolare debba mettere in atto « *misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione* », definita nell'art. 4, paragrafo 1, n. 5) del regolamento (UE) 2016/679, « *volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del regolamento e tutelare i diritti degli interessati* ». Il principio *privacy by default* è significativamente posto nel secondo paragrafo dell'art. 25 del regolamento (UE) 2016/679: il titolare deve mettere in atto « *misure tecniche e organiz-*

zative adeguate per garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento. Tale obbligo vale per la quantità dei dati personali raccolti, la portata del trattamento, il periodo di conservazione e l'accessibilità. In particolare, dette misure garantiscono che, per impostazione predefinita, non siano resi accessibili dati personali a un numero indefinito di persone fisiche senza l'intervento della persona fisica ».

⁵² Il c.d. *Data Protection Impact Assessment* (DPIA) è previsto nell'art. 35 del regolamento (UE) 2016/679: quando un tipo di trattamento, allorché prevede in particolare l'uso di nuove tecnologie, considerati la natura, l'oggetto, il contesto e le finalità del trattamento, può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento effettua, prima di procedere al trattamento, una valutazione dell'impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali; una singola valutazione può esaminare un insieme di trattamenti simili che presentano rischi elevati analoghi.

⁵³ C. FOCARELLI, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, Bologna, 2015, p. 63, parla della tecnologia che « *aggiusta* » se stessa, « *antidoto* » sistemico ai rischi della raccolta e dell'utilizzo di dati personali di massa, di solito più efficace di qualsiasi rimedio giuridico, ma avverte, altresì, sui limiti e sui rischi della sostituzione del diritto con la tecnica.

innovativi, quali la consultazione preventiva (art. 36)⁵⁴, il *data breach* (artt. 33-34)⁵⁵ e la figura del *Data Protection Officer* (art. 37)⁵⁶.

Di conseguenza la tendenza a una digitalizzazione non solo *by default*, ma quasi esclusiva in certi suoi gangli e a una trasparenza ampia e profonda deve allo stesso tempo mantenere al centro la persona, proteggendola nei suoi dati in modo preventivo, per impostazione predefinita: l'amministrazione pubblica deve essere *by default* e *by design* non solo digitale, trasparente e aperta, ma anche idonea a proteggere la persona e i suoi dati.

Questo significa una poderosa opera di analisi e valutazione dei sistemi informativi, delle infrastrutture, degli strumenti e dei servizi nei quali prende forma l'amministrazione digitale per renderla *compliant* alle previsioni europee e nazionali in materia di *data protection*, con le difficoltà dovute al complesso bilanciamento tra i sottesi diritti, il diritto a conoscere e il diritto a proteggere i propri dati, che ontologicamente rischiano di scontrarsi, dal momento che il primo si nutre di disponibilità e il secondo fa inevitabilmente leva sul controllo.

Le riforme europee e nazionali di riferimento in materia di protezione dei dati personali disegnano la *data protection* come profilo complementare, o meglio integrato, nella digitalizzazione e nell'apertura, aspetto necessario al fine di garantire i diritti dei cittadini e la persona digitale, scopo, come visto, della stessa normativa sull'amministrazione digitale.

6. CRITICITÀ PRESENTI E SCENARI FUTURI.

L'evoluzione impressa dalle ultime riforme al volto dell'amministrazione digitale avviene secondo le tre direttrici indicate, ossia collegandosi a trasparenza e apertura, direzionandosi verso l'esclusività digitale e potenziandosi nel rispetto da garantire alla *data protection*.

⁵⁴ Il titolare, prima di procedere al trattamento, consulta l'autorità di controllo qualora la valutazione d'impatto indichi che il trattamento presenterebbe un rischio elevato in assenza di misure adottate per attenuare il rischio.

⁵⁵ Il titolare ha l'obbligo di notificare eventuali violazioni dei dati personali all'autorità nazionale nei tempi e nelle modalità previste dall'art. 33. Quando la violazione dei dati personali è suscettibile di presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento comunica la violazione all'interessato senza ingiustificato ritardo, ai sensi dell'art. 34. Sono previsti casi in cui la

comunicazione non è richiesta: sostanzialmente il titolare può evitare di informare gli interessati se dimostra di aver utilizzato adeguate misure di sicurezza tecniche e organizzative, se ha adottato misure atte a scongiurare il sopraggiungere di un rischio elevato o se informarli può comportare sforzi sproporzionati; in tale ultima ipotesi è richiesta una comunicazione pubblica o misure simili.

⁵⁶ La nomina è prevista con la funzione di garantire una corretta gestione dei dati in una serie di casi, uno dei quali è proprio il trattamento effettuato da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico, eccetto le autorità giurisdizionali quando esercitano le loro funzioni giurisdizionali.

Tale evoluzione si motiva con l'esigenza di tutelare diritti e libertà dei cittadini digitali, complessa sfida dell'amministrazione pubblica contemporanea.

Evidentemente non mancano le criticità per ognuno dei profili indicati.

Il principio di trasparenza, al di là delle previsioni normative, per potersi compiutamente realizzare, senza rimanere tecnica finalizzata al diritto a conoscere, ma incapace concretamente di raggiungerlo, necessita di alcuni presupposti, primo fra tutti il rispetto del principio costituzionale di uguaglianza sostanziale⁵⁷: ciò richiama la problematica del *digital divide* che può tradursi in una potenziale discriminazione nel *right to know*. Ma nemmeno questo è sufficiente, dal momento che la trasparenza, per incarnare pienamente il principio previsto dalla normativa, deve garantire anche qualità alle informazioni pubblicate, *condicio sine qua non* e presupposto stesso della *disclosure*; il controllo diffuso proprio del modello di *open government* non può che fondarsi su dati certi e attuali⁵⁸. È consapevole di questo aspetto il legislatore, che nell'art. 6 del d.lgs. 33/2013 e, altresì più ampiamente, nell'art. 53 del d.lgs. 82/2005 impone alle amministrazioni di garantire la qualità delle informazioni riportate nei siti istituzionali nel rispetto degli obblighi di pubblicazione previsti.

Non mancano poi criticità maggiormente legate allo stesso impianto normativo di riferimento: seppur sia prevista una responsabilità a carico di coloro che non rispettino le disposizioni dell'art. 5-*bis* del d.lgs. 33/2013, non sono previste sanzioni per i casi di illegittimo diniego di accesso, contrariamente a quanto previsto nella legge delega⁵⁹, le esclusioni sono, secondo parte

⁵⁷ Secondo G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, p. 875 ss. « la trasparenza è una tecnica che serve a garantire il diritto di essere informati: i due concetti stanno, tra loro, in un rapporto di mezzo a fine ».

⁵⁸ Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *federalismi.it*, 2013, p. 8. G. ZICCARDI, *Internet, controllo e libertà. Trasparenza, sorveglianza e segreto nell'era tecnologica*, Milano, 2015, p. 21 si chiede: « La trasparenza è veramente il miglior disinfettante per il settore pubblico e per la democrazia in genere, o i problemi che pone in concreto, soprattutto se viene interpretata come trasparenza radicale e senza controllo, potreb-

bero rivelarsi maggiori dei possibili vantaggi? ».

⁵⁹ L'art. 7, comma 1, lett. h), legge 124/2015 dispone, tra i principi e i criteri della delega, la « previsione di sanzioni a carico delle amministrazioni che non ottemperano alle disposizioni normative in materia di accesso [...] », ma la disposizione è rimasta inattuata. L'art. 46 del d.lgs. 33/2013 prevede una responsabilità a carico di coloro che violano le disposizioni dell'accesso civico generalizzato: « [...] il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso civico, al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 5-bis, costituiscono elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione e sono comunque valutati ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e

della dottrina, ampie e indeterminate⁶⁰, l'applicazione della disciplina rischia di essere particolarmente onerosa per le amministrazioni⁶¹ e manca un'autorità indipendente cui sia attribuita la guida del processo di applicazione⁶². Questi profili possono costituire possibili *vulnus* nell'effettività del diritto a conoscere, minando così i passi avanti compiuti.

Anche per quanto riguarda i principi *digital first* e *digital by default* e ancor più se si parla di esclusività digitale il problema principale sta proprio nel garantirne l'effettività, ossia nello scongiurare che le amministrazioni interpretino queste norme (come accade da sempre con quelle sull'amministrazione digitale) come dichiarazioni di intenti prive di reali sanzioni.

Sotto tale profilo, in direzione di garantire effettività ai diritti dei cittadini possono essere interpretate le figure deputate a "traghetare" le istituzioni italiane verso il modello di amministrazione digitale, previste sia a livello di singola amministrazione, quale il responsabile per la transizione digitale⁶³, sia a livello nazionale, come il difensore civico per il digitale⁶⁴, l'Agenzia per

del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili». Ai sensi dell'art. 43, comma 4, d.lgs. 33/2013, « i dirigenti responsabili dell'amministrazione e il responsabile per la trasparenza controllano e assicurano la regolare attuazione dell'accesso civico » sulla base di quanto stabilito dal decreto.

⁶⁰ Cfr., *inter alia*, E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Diritto amministrativo*, 2016, p. 579 e ss.; C. CUDIA, *Appunti su trasparenza amministrativa e diritto alla conoscibilità*, in *GiustAmm.it*, 2016, p. 1 e ss.; D.U. GALETTA, *op. cit.*, p. 1019 e ss.. Lo stesso Consiglio di Stato, nel parere n. 515 del 24 febbraio 2016, reso sullo schema di decreto legislativo, aveva sottolineato che le eccezioni numerose, ampie e non sempre puntuali lasciano eccessiva discrezionalità alle amministrazioni nell'attuazione della normativa, con il rischio di inficiare la concreta efficacia della disciplina. *Contra* M. SAVINO, *op. cit.*, p. 593 e ss. e A. MARCHETTI, *Le nuove disposizioni in tema di pubblicità e trasparenza amministrativa dopo la riforma "Madia": anche l'Italia ha adottato il proprio Foia? Una comparazione con il modello statunitense*, in *federalismi.it*, 2017, p. 22 e ss., che reputa le cause di esclusione conformi agli altri ordinamenti e capaci di garantire un bilanciamento mobile tra interessi contrapposti.

⁶¹ D.U. GALETTA, *op. cit.*, p. 1019 e ss. segnala la gratuità quasi assoluta dell'ac-

cesso, a fronte dei costi che gravano sull'amministrazione, inficiando l'effettività delle disposizioni. Anche P. FALLETTA, *op. cit.*, p. 6 e ss. sottolinea i problemi di aggravio di tempo e costi. Secondo A. PORPORATO, *Il "nuovo" accesso civico "generalizzato" introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento*, in *federalismi.it*, 2017, p. 20 la clausola di invarianza finanziaria può far sorgere difficoltà nell'attuazione della riforma.

⁶² In tal senso cfr. A. PORPORATO, *op. cit.*, p. 27 e M. SAVINO, *op. cit.*, p. 593 e ss.: « sarebbe stato preferibile come accade in altri sistemi FOIA assegnare la guida unitaria del processo di applicazione a un'apposita autorità indipendente, attribuendole il compito di decisore di ultima istanza sui ricorsi amministrativi ».

⁶³ Al responsabile di tale ufficio, dotato di adeguate competenze tecnologiche, manageriali e di informatica giuridica, è affidata « la transizione alla modalità operativa digitale e i conseguenti processi di riorganizzazione finalizzati alla realizzazione di un'amministrazione digitale e aperta, di servizi facilmente utilizzabili e di qualità, attraverso una maggiore efficienza ed economicità » (art. 17, commi 1, 1-ter e 1-sexies, d.lgs. 82/2005).

⁶⁴ Art. 17, comma 1-*quater*, d.lgs. 82/2005. Il difensore civico per il digitale, istituito presso l'Agenzia per l'Italia Digitale, è un soggetto in possesso di adeguati requisiti di terzietà, autonomia e imparzialità, a cui

l'Italia Digitale (AgID) ⁶⁵ e il Commissario straordinario per l'attuazione dell'Agenda digitale ⁶⁶. Ma anche sotto tale profilo è necessario che le figure interne siano in grado di svolgere il loro complesso compito nelle rispettive amministrazioni e che le istituzioni nazionali siano dotate delle risorse e della forza per poter davvero orientare le diverse amministrazioni verso una digitalizzazione effettiva.

Anche sotto il profilo della *data protection* non mancano i problemi: gli strumenti del regolamento europeo 2016/679, per quanto consapevoli e mirati a perseguire un rafforzamento della tutela dei dati personali, non risultano sufficienti, perché, anche se riescono ad arricchire il quadro con strumenti proattivi e preventivi al rischio, non mutano radicalmente la logica sottesa, che, pur nel mutato contesto tecnologico, resta basata sulla minimizzazione dei dati, sulla limitazione della finalità, sull'informativa e sul consenso del singolo, che rischiano di ridursi a meri adempimenti ⁶⁷. L'informativa, in particolare, lungi dall'essere interpretata come un formalismo, dovrebbe diventare in realtà un'operazione reale di trasparenza, occasione per l'amministrazione di far conoscere in modo profondo il trattamento dei dati posto in essere e per il cittadino di acquisire conoscenza e consapevolezza, senza ridursi ad un passaggio burocratico che divide l'utente dal servizio cui vuole accedere e che, di conseguenza, viene ignorato fornendo una rapida e inconsapevole accettazione ⁶⁸.

Tale aspetto evidenzia che nel caso della *data protection*, così come per i diritti digitali e per i diritti di accesso, è necessaria un'opera estesa e profonda di informazione e formazione, interna ed esterna alle amministrazioni pubbliche; le riforme normative possono “vivere” concretamente soltanto grazie a una solida

chiunque può presentare segnalazioni relative a presunte violazioni del CAD e di ogni altra norma in materia di digitalizzazione ed innovazione della pubblica amministrazione da parte dei soggetti cui tali norme si applicano. Il difensore civico, se ritiene fondata la segnalazione, invita il soggetto responsabile della violazione a porvi rimedio tempestivamente e comunque non oltre trenta giorni e segnala le inadempienze all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari di ciascuna amministrazione.

⁶⁵ AgID è preposta alla realizzazione degli obiettivi dell'Agenda digitale italiana e alla promozione dell'innovazione digitale nel Paese con funzioni di programmazione, coordinamento e monitoraggio, vigilanza e controllo, oltre allo svolgimento di compiti di natura tecnica (artt. 14, comma 2, e 14-bis, d.lgs. 82/2005).

⁶⁶ Il Commissario, la cui nomina è stata prevista con la riforma del d.lgs. 179/2016, svolge un ruolo di coordinamento, allo scopo di designare il “sistema operativo” del Paese. Al Commissario è assegnata una struttura di supporto (Team per la trasformazione digitale) e sono attribuiti poteri di impulso e di coordinamento nei confronti dei soggetti pubblici, ivi inclusa l'AgID, nonché il potere sostitutivo in caso di inadempienze (art. 63, d.lgs. 179/2016).

⁶⁷ M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2017, p. 601 e ss..

⁶⁸ G. D'ACQUISTO, M. NALDI, *Big data e privacy by design. Anonimizzazione, pseudonimizzazione, sicurezza*, Torino, 2017, p. 31 e ss..

consapevolezza digitale radicata nella società di riferimento e nei suoi protagonisti (amministrazioni pubbliche, imprese, cittadini), idonea a superare i divari e gli squilibri, a rendere effettivi i diritti previsti dalle norme e ad avvicinare istituzioni e cittadini.

Inoltre, lo stesso approccio preventivo e tecnico alla *data protection*, che emerge dal regolamento, rischia di scricchiolare nell'efficacia laddove si basa anche sull'anonimizzazione, che espone sempre al rischio di re-identificazione, facilitata dall'era dei *big data*.

Infine, anche sotto il profilo della protezione dei dati personali, sono necessarie sanzioni effettive al fine di garantire un reale rispetto di quanto previsto, per evitare possa ridursi a un mero adempimento formale, come tale chiaramente incapace di raggiungere gli scopi di tutela che si pone il quadro normativo in materia di *data protection*.

Le criticità, che riguardano i tre profili esaminati e che rischiano di frenare questa evoluzione del volto dell'amministrazione digitale, possono essere superate solo con un approccio sostanziale (e non formale), realmente attento alla sicurezza e alla conformazione dei sistemi tecnologici, basato su una valutazione di impatto preventiva ai rischi, atta a confinare le repressioni prevalentemente *ex post*.

Tale approccio per realizzarsi ha bisogno di un'opera ampia, pervasiva e profonda di cultura digitale non solo per la collettività, al fine di garantirne la consapevolezza e quindi anche la libertà, ma altresì all'interno delle amministrazioni, al fine di far comprendere che la sinergia tra digitalizzazione, trasparenza, apertura e protezione dei dati personali è necessaria per un'amministrazione che voglia raggiungere con successo l'obiettivo del "buon andamento" a vantaggio della collettività, reale beneficiaria di tutta la normativa di riferimento.

Con espressione volutamente forte, l'amministrazione pubblica del futuro o è *digital, open e data protection compliant* o non è.

Abstract

The contribution intends to examine the evolution that has affected the physiognomy of the digital administration in the latest regulatory reforms and to reflect on the tools introduced for this purpose, highlighting strengths and weaknesses. Under the evolutionary thrust of the digital society and in the light of the emergence of principles constituted by digitalisation, transparency and data protection, in recent years the face of public administration matures under three guidelines, which will be the object of analysis. Firstly, the administration is characterized by a greater openness towards the community, to which more extensive and effective instruments are conferred, such as the different

access tools and the possibility of reusing open data. Secondly, digitalisation becomes “radicalized” and, in addition to the digital by default and digital first inspiring criteria, introduces the principle of digital only with greater weight in key aspects of public activity. Thirdly, the legal framework on data protection leads to a digitalisation that changes “skin” and that becomes adequate by design and by default for data protection, protecting the person in a preventive way, strengthening accountability and clarifying the duties and responsibilities of administrations.