

Trasparenza sospesa e accesso negato nell'epoca della pandemia da coronavirus

di Vincenzo Mitra

SOMMARIO: 1. Trasparenza amministrativa e diritto di accesso al tempo della pandemia. – 2. La sospensione dei termini di conclusione di tutti i procedimenti nel primo *lockdown* del 2020. Quali conseguenze? – 3. L'accesso agli atti del Comitato tecnico-scientifico inizialmente negato alla Fondazione Einaudi. – 4. La mancanza di una tutela effettiva del diritto all'informazione urgente nella vicenda del Codacons. – 5. Il report di *Transparency International* e le priorità per una revisione organica del diritto di accesso.

1. *Trasparenza amministrativa e diritto di accesso al tempo della pandemia*

Da due anni, ormai, la legislazione emergenziale incide notevolmente sulle vite e sui diritti fondamentali delle persone. Per far fronte alla pandemia molti Stati, Regioni e Città hanno dichiarato lo stato di emergenza e hanno invocato poteri straordinari, al fine di prevenire la diffusione del coronavirus, accelerando e semplificando il processo decisionale e l'assegnazione delle risorse.

L'emergenza sanitaria ha indotto le istituzioni dei vari Stati colpiti ad adottare misure eccezionali al fine di tutelare il diritto alla salute della collettività. Tuttavia, se da un lato appare normale e comprensibile che in un periodo emergenziale i pubblici poteri agiscano al di fuori delle regole ordinarie, dall'altro lato bisogna considerare che la concentrazione del potere nelle mani di chi governa non dovrebbe, in nessun caso, portarne all'abuso. In altri termini, è essenziale che i poteri straordinari conferiti per far fronte all'emergenza siano esercitati solo per gli scopi specifici per i quali sono stati assegnati e nel rispetto di quei limiti che rappresentano il fondamento del nostro ordinamento giuridico. La celerità d'azione che la pandemia impone alle istituzioni non può in alcun modo incidere sulla portata dei principi cardine del costituzionalismo democratico¹.

La crisi mondiale in corso ha avuto un impatto dirompente sulle democrazie liberali, mettendo sotto stress, non solo i sistemi sanitari nazionali, ma anche le categorie costituzionali ordinarie, incidendo notevolmente sulla forma di gover-

¹ La gestione di un'emergenza – come appunto quella sanitaria in corso – pone il problema della compatibilità delle misure eccezionali poste in essere a tutela della collettività con i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione, con la forma di governo parlamentare basata sulla separazione dei poteri e con il sistema costituzionale delle autonomie. Sul tema si possono consultare: G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unità per la Costituzione* (www.unicost.eu), 10 aprile 2020; G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 384 ss.; A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, 117-121.

no e sull'assetto dei diritti costituzionalmente garantiti². In questo periodo turbolento, il dibattito pubblico si è infatti incentrato sulla legittimità delle restrizioni alle libertà fondamentali dinanzi all'emergenza e sul grado di democraticità dei processi deliberativi³.

L'emergenza sanitaria legata al Covid-19, in secondo luogo, ha messo in luce la debolezza della capacità conoscitiva del nostro sistema amministrativo. Una debolezza che ha prodotto, in questo periodo, difficoltà di programmazione e di pianificazione degli interventi pubblici di natura straordinaria imposti dalla crisi, segnatamente degli interventi finalizzati a limitare la diffusione del virus, divenendo una delle principali cause che ha aggravato la situazione emergenziale. Emerge dunque un problema di natura conoscitiva nella gestione della pandemia⁴.

La crisi conoscitiva che in generale ha colpito il nostro sistema amministrativo è dovuta alle conseguenze che la pandemia ha causato sul diritto di accedere ai documenti detenuti dalle amministrazioni pubbliche e quindi sulla trasparenza amministrativa.

L'emergenza sanitaria ha reso tutti più consapevoli dell'importanza della

² In proposito nel dibattito pubblico è stata richiamata la teoria di Carl Schmitt sullo stato di eccezione. Secondo il giurista tedesco lo stato di eccezione è una condizione di sospensione del diritto, dell'intero ordine giuridico ed è strettamente connesso alla sovranità; sovrano è infatti chi decide sullo stato di eccezione: «egli decide tanto sul fatto se sussista il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo. Egli sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene a esso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la Costituzione *in toto* possa essere sospesa» (C. SCHMITT, *Teologia politica*, in *Le categorie del "politico"*, a cura di G. MIGLIO, P. SCHIERA, Bologna, 1972, 33-35). Tale concetto non va confuso con lo stato di emergenza: «all'emergenza si ricorre per rientrare quanto più presto è possibile nella normalità», mentre all'eccezione si ricorre «per infrangere la regola e imporre un nuovo ordine. Si impone anch'essa in momenti perturbati ma, a differenza dell'emergenza, non mira alla stabilità del vecchio ordine» (G. ZAGREBELSKY, *Non è l'emergenza che mina la democrazia. Il pericolo è l'eccezione*, in *La Repubblica*, 29 luglio 2020). Come sottolineato da G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, cit., 385, l'emergenza è conservativa, mentre l'eccezione è rinnovativa: ed è nella prima ipotesi che oggi ci troviamo. In senso analogo, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 139.

³ I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, 99. Non a caso la Risoluzione del Parlamento europeo sull'impatto delle misure connesse all'emergenza sanitaria sulla democrazia, sullo stato di diritto e sui diritti fondamentali, del 13 novembre 2020, afferma che «anche in uno stato di emergenza pubblica, i principi fondamentali dello Stato di diritto, della democrazia e del rispetto dei diritti fondamentali devono prevalere e tutte le misure di emergenza, le deroghe e le limitazioni sono soggette a tre condizioni generali, ovvero la necessità, la proporzionalità in senso stretto e la temporaneità».

⁴ M. FALCONE, *La crisi del COVID-19 come crisi conoscitiva del sistema amministrativo italiano*, in *ridiam.it*, 28 aprile 2020, 1; E. CARLONI, *La trasparenza come risposta all'emergenza*, in <https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitaadocumentazione/Pubblicazioni/RapportiStudi>, 2020, 1.

conoscenza da parte della società civile dei dati e delle informazioni⁵ sul contagio e sulle sue conseguenze, specie laddove essi servano per prendere decisioni fondamentali per la vita dei singoli individui: dalla strategia di contenimento dell'emergenza, alla scelta delle attività e dei servizi da chiudere o riaprire. Disporre di informazioni tempestive e puntuali è cruciale. Così come centrale diventa la loro accessibilità per tutti i cittadini, in modo da garantire un dibattito pubblico chiaro, basato su dati reali e non sulle percezioni individuali: perché vi sia un dibattito pubblico effettivamente consapevole occorre che tutti gli individui dispongano di informazioni corrette e approfondite, sulla base delle quali è poi possibile effettuare quel controllo sull'operato delle istituzioni che in un ordinamento democratico deve necessariamente essere svolto, soprattutto in una fase emergenziale che comporta il venir meno di diritti e libertà costituzionalmente garantiti⁶.

In questo contesto emerge il ruolo fondamentale del diritto di accesso, nella forma dell'accesso generalizzato introdotto nel 2016, come mezzo di conoscenza generale riconosciuto al *quisque de populo*. La riforma del 2016 ha segnato un deciso cambio di passo nella modalità di gestione della cosa pubblica, consacrando il principio di trasparenza nella sua più ampia espressione della libertà di informazione e del diritto di conoscere⁷. L'istituto consente infatti a chiunque di

⁵ Come chiarito dall'ANAC nelle Linee guida in materia di accesso civico (Determinazione n. 1309 del 28 dicembre 2016), i dati esprimono un concetto informativo più ampio rispetto ai documenti, in quanto si riferiscono al dato conoscitivo come tale, indipendentemente dal supporto fisico sui cui è incorporato e a prescindere dai vincoli derivanti dalle sue modalità di organizzazione e conservazione. Per informazioni invece si intendono le rielaborazioni di dati detenuti dalle amministrazioni.

⁶ F. RICCIULLI, *Il FOIA alla prova della pandemia: gestione dell'emergenza e insegnamenti per il futuro*, in <https://www.e-lex.it/it/il-foia-alla-prova-della-pandemia-gestione-dellemergenza-e-insegnamenti-per-il-futuro/>, 29 ottobre 2020. Il dibattito pubblico è sovente richiamato come strumento di democrazia partecipativa. Più in particolare è visto come «una specie di terreno di incontro e confronto» tra la democrazia rappresentativa (indiretta) e la democrazia partecipativa o deliberativa (diretta); così G. DI GASPARE, *Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Amministrazione in cammino*, 30 settembre 2017, 1 ss. Sul punto si rinvia altresì a U. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, 1 ss. Il dibattito pubblico, se effettivo, riguarda non solo la partecipazione procedimentale, ma più in generale concerne il tema della democrazia amministrativa, cioè la questione della codecisione di scelte amministrative e della riduzione delle distanze tra governanti e governati. Sul tema, G. COLAVITTI, *Il "dibattito pubblico" e la partecipazione degli interessi nella prospettiva costituzionale del giusto procedimento*, in *Amministrazione in cammino*, 9 aprile 2020, 8. Sul concetto di democrazia amministrativa: F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *federalismi.it*, n. 8/2013, 1 ss.; e soprattutto G. ARENA, *Trasparenza amministrativa e democrazia*, in *Gli istituti della democrazia amministrativa*, a cura di G. BERTI, G.C. DE MARTIN, Milano, 1996, 13 ss.

⁷ L'evoluzione della disciplina sull'istituto dell'accesso è stata lunga e complessa. Nel nostro ordinamento l'attività amministrativa è stata a lungo improntata al principio della segretezza: la regola era infatti quella della riservatezza e del segreto d'ufficio imposto ai dipendenti pubblici dal

richiedere alle amministrazioni pubbliche tutti i dati e i documenti già esistenti – salvo i casi eccezionali di segreto sanciti *ex lege* – senza dover dimostrare l'esistenza di un interesse attuale e concreto né motivare la relativa istanza⁸.

L'evoluzione legislativa in materia di accesso⁹ ha inteso realizzare il principio

lontano D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3. La legge 7 agosto 1990, n. 241, per la prima volta afferma in termini generali il diritto dei privati coinvolti in un dato procedimento di partecipare ad esso e di accedere ai documenti amministrativi che li riguardano, salvo i casi eccezionali di segreto ivi previsti (art. 24), al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale (art. 22). Si consacra in tal modo il principio di pubblicità dell'azione amministrativa (art. 1), poi affiancato dopo la legge 11 febbraio 2005, n. 15, dal principio di trasparenza. Nel 2013, in attuazione della legge delega 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge anticorruzione), viene emanato il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, che introduce stringenti obblighi di pubblicazione – aventi ad oggetto una serie di documenti, informazioni e dati concernenti l'organizzazione e l'attività della P.A. – e al fine di renderli effettivi introduce il diritto di accesso civico, vale a dire il diritto di chiunque di richiedere documenti, informazioni e dati, laddove sia stata omessa la loro pubblicazione (art. 5, d.lgs. n. 33/2013). L'ultima tappa è rappresentata dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, che, recependo con notevole ritardo la normativa FOIA (*Freedom of Information act*) statunitense – emanata per la prima volta nel lontano 1966 – introduce l'accesso generalizzato. La lunga evoluzione legislativa in materia di accesso risponde all'esigenza di implementare e potenziare la trasparenza dell'azione amministrativa. Per un'analisi dell'argomento, nell'ampio panorama dottrinale, si possono consultare: E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2005, 573 ss.; F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in *Studi in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012, 1 ss.; A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Diritto amministrativo*, n. 4/2013, 749 ss.; A. CONTIERI, *Trasparenza e accesso civico*, in *Atti del Convegno internazionale, Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano e ordinamento brasiliano*, a cura di M. IMMORDINO, N. GULLO, C. CELONE, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2014, 563 ss.; 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*, n. 5/2016, 1019 ss.; M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2016, 593 ss.; G. GARDINI, *La nuova trasparenza amministrativa, un bilancio a due anni dal "FOIA Italia"*, in *federalismi.it*, n. 19/2018, 2 ss.; S. VACCARI, M. RENNA, *Dalla "vecchia" trasparenza amministrativa al c.d. open government*, in *Giustamm, rivista di diritto amministrativo*, n. 1/2019, 1 ss.; A. MOLITERNI, *La via italiana al "FOIA": bilancio e prospettive*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1/2019, 23 ss.; F. MANGANARO, *Pubblicità e accesso per la trasparenza amministrativa*, in *Temi e questioni di diritto amministrativo*, a cura di L. GIANI, M. IMMORDINO, F. MANGANARO, Napoli, 2019, 95 ss.

⁸ Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis (art. 5, co. 2, d.lgs. n. 33/2013, introdotto nel 2016).

⁹ Merita quantomeno un cenno la recente entrata in vigore, il primo dicembre 2020, della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti. Si tratta del primo strumento giuridico internazionale vincolante che riconosce il diritto generale di accedere ai documenti pubblici. Per un'analisi dell'argomento si rimanda a L. DROGHINI, *Principi e garanzie del diritto di accesso:*

di trasparenza, quale effettiva visibilità e comprensibilità dell'azione e dell'organizzazione amministrativa, e riflette la polisemia che tale principio ha assunto nel tempo¹⁰. Così configurata, la trasparenza può realizzare un controllo diffuso di legittimità dell'azione amministrativa, rafforzando il carattere democratico dell'intero ordinamento: essa si pone come strumento di ostacolo a fenomeni di corruzione e più in generale di *maladministration*¹¹, fa crescere l'affidabilità delle istituzioni e la fiducia dei cittadini nei loro confronti, soddisfa ancora l'esigenza dei privati di una piena comprensione delle scelte pubbliche e di una partecipazione consapevole alle stesse¹².

In definitiva, l'introduzione del diritto di accesso generalizzato, rappresenta un'autentica rivoluzione copernicana per la nostra P.A., a lungo dominata dalla cultura del segreto, che però richiederà del tempo perché sia riconosciuta diffusamente e attuata pienamente nel nostro ordinamento¹³.

riflessioni a margine della entrata in vigore della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti, in *federalismi.it*, n. 11/2021, 221 ss.

¹⁰ Sulla polisemia del principio di trasparenza: G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in *La trasparenza amministrativa*, a cura di F. MERLONI, Milano, 2008, 3 ss.; A. SIMONATI, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Diritto amministrativo*, n. 2/2018, 311 ss.

¹¹ Sulla scia di alcune convenzioni internazionali, su tutte la Convenzione di Merida (Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata a Merida dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dall'Italia il 9 dicembre 2003 e ratificata con la legge 3 agosto 2009, n. 116), emerge l'idea che la corruzione vada prevenuta attraverso misure relative all'azione amministrativa, non solo sanzionata *a posteriori* come reato. Sul punto, F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33/2013*, in *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, a cura di B. PONTI, Rimini, 2013, 17-18; F. MANGANARO, *Trasparenza e obblighi di pubblicazione*, in *Atti del Convegno internazionale, Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano e ordinamento brasiliano*, cit., 553 ss.

¹² La trasparenza è oggi intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche (art. 1, co. 1, d.lgs. n. 33/2013, come novellato dal d.lgs. n. 97/2016). La trasparenza amministrativa, oltre ad essere un principio generale dell'ordinamento giuridico, italiano e comunitario, è altresì ritenuta uno dei principali strumenti di attuazione del diritto alla buona amministrazione, che si trova scolpito nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il nesso tra trasparenza e diritto alla buona amministrazione è stato poi recepito a livello nazionale (art. 1, co. 2, d.lgs. n. 33/2013). Sul diritto alla buona amministrazione si vedano C. CELONE, *Il diritto alla buona amministrazione tra ordinamento europeo ed italiano*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3/2016, 669 ss., e D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 3/2005, 819 ss.

¹³ La trasparenza amministrativa impone infatti scelte precise a livello organizzativo e funzionale, ma ancor prima a carattere culturale, che presuppongo, tra l'altro, la comprensibilità di tali scelte, la predisposizione di forme di partecipazione a monte delle stesse, la chiarezza, la qualità

Il diritto di informarsi e di essere informati è alla base della formazione dell'opinione pubblica e di ogni sistema democratico: se si vuole effettivamente garantire la partecipazione pubblica del cittadino, non si può prescindere dalla conoscenza e dalla libertà di accedere alle informazioni pubbliche¹⁴.

La conoscenza delle informazioni pubbliche consente insomma la partecipazione attiva e consapevole del popolo alle scelte politiche e amministrative, e favorisce il processo di responsabilizzazione (*accountability*) della classe politica e dirigente del Paese¹⁵.

Nonostante una disciplina così innovativa, che si pone il fine primario di rendere la P.A. una vera e propria “casa di vetro”¹⁶, persiste ancora una resistenza culturale, ancor prima che giuridica, alla definitiva affermazione della trasparenza quale regola generale e fisiologica dell'azione dei pubblici poteri, con il risultato che la suddetta “casa” talvolta si ritrova coi “vetri oscurati”¹⁷.

Le vicende in tempo di coronavirus che ci si appresta ad analizzare dimostrano, in effetti, come sia riscontrabile un *deficit* di trasparenza nella gestione della pandemia, che non può che influire negativamente sulla fiducia dei cittadini nelle istituzioni: emerge infatti come la trasparenza, più volte richiamata nei discorsi ufficiali, faticosi ad affermarsi¹⁸.

e la semplicità dell'informazione, la certezza dei tempi, nonché l'effettivo esercizio delle funzioni amministrative e l'abbandono delle varie forme di silenzio (M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, in *Nuove Autonomie*, n. 1/2015, 65 ss).

¹⁴ In un sistema democratico le dinamiche della formazione dell'opinione pubblica rivestono un ruolo fondamentale nella legittimazione delle istituzioni e delle regole della comunità. Si comprende allora perché occorre che l'opinione pubblica si formi in modo libero e plurale, ma soprattutto in seguito all'acquisizione di un sapere e di una competenza sull'oggetto della decisione da prendere. «I principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione (...) esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale»; così Corte costituzionale 31 marzo 1993, n. 112, e Corte costituzionale 15 maggio 2002, n. 155. Per un'analisi dell'argomento si rimanda a A. PAPA, “*Democrazia della comunicazione*” e *formazione dell'opinione pubblica*, in *federalismi.it*, n. 1/2017, 1 ss. Sulla formazione dell'opinione pubblica e sul nesso tra quest'ultima e democrazia si può anche consultare G. SARTORI, *Opinione pubblica*, in *Enciclopedia del Novecento*, 1979, ove si sottolinea come il «nesso costitutivo tra pubblica opinione e democrazia è di solare evidenza: la prima è il fondamento sostantivo e operativo della seconda».

¹⁵ A. CORRADO, *Trasparenza, diritto all'informazione e tutela dei dati personali ai tempi del Covid-19*, in *Diritto e Covid-19*, a cura di G.A. CHIESI, M. SANTISE, Torino, 2020, 510.

¹⁶ Si fa qui riferimento alla celebre espressione usata all'inizio del secolo scorso da Filippo Turati, capo dei socialisti italiani, che così affermò: «dove un superiore pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro» (F. TURATI, *Atti del Parlamento italiano, Camera dei deputati*, sess. 1904-1908, 17 giugno 1908, 22962).

¹⁷ A. BERTI, *I vetri appannati di “casa italia”: il caso dell'accesso civico generalizzato ai verbali del comitato tecnico-scientifico per l'emergenza covid-19*, in *dirittoaccesso.it*, 18 agosto 2020, 1.

¹⁸ G. DELLA CANANEA, *Nella pandemia l'Italia soffre di un deficit di trasparenza*, in <https://www.lavoce.info/archives/71929/nella-pandemia-litalia-soffre-di-un-deficit-di-trasparenza/>, 26 gennaio 2021.

L'importanza di una maggiore trasparenza in questo periodo è dimostrata dal fatto che la società civile, pur comprendendo l'eccezionalità e anche l'imprevedibilità della situazione, chiede un resoconto di come vengano spese le risorse pubbliche e sulla base di quali presupposti siano prese decisioni che hanno un così forte impatto sulla vita delle persone¹⁹. E non si provi a obiettare che, nel corso di una pandemia, vi è la necessità di adeguate difese nei confronti dell'emergenza sanitaria, anche al prezzo di restrizioni delle libertà: nulla, infatti, giustifica che le restrizioni siano definite con modalità opache.

Tutti i cittadini, a cui il Governo, le Regioni e i Comuni hanno chiesto e continuano a chiedere pesanti sacrifici per contrastare la diffusione del coronavirus, hanno il diritto di sapere le precise ragioni scientifiche ed epidemiologiche che giustificano i provvedimenti che hanno portato alla chiusura di certe attività e zone d'Italia; e che hanno viceversa supportato la scelta di lasciarne aperte altre²⁰.

Alla luce dell'importanza che il principio di trasparenza ha raggiunto nel nostro ordinamento, si può ritenere che esso sia uno dei termini chiave per interpretare ed affrontare l'attuale situazione di emergenza: la crisi pandemica è infatti, in misura non secondaria, una crisi frutto dell'opacità e la trasparenza contiene molte delle risposte necessarie a gestirla. Proprio la scarsa trasparenza si ritiene abbia contribuito a favorire la diffusione del virus nella prima ondata e a rendere meno agevole il suo contenimento a livello internazionale. Si è pertanto segnalata da più parti l'esigenza di disporre di dati completi, aggiornati, raffrontabili, o comunque di tutti i dati disponibili con il massimo livello di dettaglio. La totale trasparenza e pubblicità dei dati, sia statali che regionali, sulla pandemia avrebbe sicuramente aiutato a comprendere meglio il fenomeno coronavirus e a sviluppare le migliori strategie per affrontarlo, approfittando delle competenze diffuse nella società, consentendo altresì a ciascun individuo di valutare al meglio i potenziali rischi, con conseguenti effetti positivi sul contenimento della diffusione del virus su larga scala²¹.

La trasparenza, del resto, è un principio fondamentale, coesistente alla stessa democrazia²²: sin dal '700 la libera conoscibilità del potere pubblico è ritenuta uno dei criteri per distinguere lo Stato costituzionale dallo Stato assoluto²³.

¹⁹ F. RICCIULLI, *Il FOIA alla prova della pandemia: gestione dell'emergenza e insegnamenti per il futuro*, cit.

²⁰ F. ANGHÉLÉ, *Lockdown, abbiamo diritto di sapere tutti i motivi: miglioriamo il Foia*, in <https://www.agendadigitale.eu/cittadinanza-digitale/accesso-alle-Informationi-pandemia-e-trasparenza-e-ora-di-migliorare-il-foia/>, 10 novembre 2020.

²¹ E. CARLONI, *La trasparenza come risposta all'emergenza*, cit., 2.

²² In questo senso, Consiglio di Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10: «Il principio di trasparenza, che si esprime anche nella conoscibilità dei documenti amministrativi, rappresenta il fondamento della democrazia amministrativa in uno Stato di diritto».

²³ Bobbio afferma che il potere invisibile rappresenta un fattore di vera e propria degenerazione della democrazia, definita espressamente come il "governo del potere pubblico in pubblico" (N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995, 86).

Si comprende allora perché la trasparenza è invocata nel dibattito pubblico proprio nei momenti in cui il potere si manifesta maggiormente e le scelte pubbliche – destinate a produrre effetti così incisivi sui diritti individuali e spesso non reversibili – sono adottate con modalità accelerate e talvolta in assenza di controlli, in deroga alle procedure ordinarie²⁴. La trasparenza si pone come garanzia per i cittadini, come condizione di legittimazione di un potere emergenziale altrimenti potenzialmente non controllabile, in quanto portato inevitabilmente a muoversi in tempi più rapidi di quelli ordinari e al di fuori delle normali regole.

La gestione dell'emergenza necessita dunque di un *surplus* di trasparenza, al fine di riequilibrare il potere, evitando che la necessaria flessibilità e celerità divengano occasione di arbitrio o corruzione o cattiva amministrazione. Salvo limitate e circoscritte eccezioni, si impone pertanto una completa messa a disposizione di tutti gli atti di gestione emergenziale e dei documenti che supportano l'assunzione delle diverse decisioni: ciò innanzitutto per consentire di valutare la proporzionalità e l'adeguatezza di scelte che incidono in modo così inusuale – sia per le forme, che per la sostanza – sui diritti di ciascuno²⁵.

In conclusione, anche in tema di accesso alle informazioni e più in generale

²⁴ Come rimarcato da Obama nel suo memorandum sull'*open government* (B. OBAMA, *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies*, in <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/transparency-and-open-government>, 21 gennaio 2009), c'è un legame stretto tra trasparenza e legittimazione del potere, che è bene espresso dal concetto difficilmente traducibile di *accountability*: il dovere di chi esercita poteri pubblici di "dare conto" della sua azione è tanto più pressante quanto più il potere si concentra e quanto più il potere si manifesta. Come nel periodo vigente. Sul punto, E. CARLONI, *La trasparenza come risposta all'emergenza*, cit., 2-3. In passato il problema dell'*accountability* si è posto con riferimento alle autorità amministrative indipendenti, istituite come soggetti indipendenti dal potere governativo e sganciati dal circuito democratico tradizionale. Tali autorità si caratterizzano per un'ampia partecipazione procedimentale, che garantisce un contraddittorio ritenuto ben più avanzato rispetto a quello previsto dalla legge n. 241/1990. La democrazia procedimentale tipica delle *authorities* si pone come loro fonte di legittimazione e di responsabilità politica. Per un'analisi dell'argomento si rinvia a C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012, 207-220, e più di recente F. ZAMMARTINO, *Le autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in *Dirittifondamentali*, n. 1/2020, 952 ss. Il tema dell'*accountability* riguarda in generale l'esercizio dei poteri pubblici ed è strettamente connesso alla trasparenza amministrativa. Le democrazie liberali, basate sul *right to know*, rappresentano un modello che persegue essenzialmente tre scopi: consentire un controllo diffuso sull'operato del Governo e delle sue amministrazioni anche al fine di prevenzione della corruzione (*accountability*); assicurare una più consapevole partecipazione del cittadino alle decisioni pubbliche (*participation*); rafforzare la legittimazione delle amministrazioni pubbliche, chiamate ad operare al servizio della collettività (*legitimacy*). In questa prospettiva, l'accesso generalizzato diventa istituto funzionale al corretto funzionamento delle democrazie liberali. Sul punto, M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8-9/2013, 796; S. MILAZZO, *Trasparenza nella Pubblica Amministrazione e accesso civico: analisi degli elementi di innovazione e di criticità della disciplina del FOIA italiano, di cui al D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2016, 9; F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, cit., 5.

²⁵ E. CARLONI, *La trasparenza come risposta all'emergenza*, cit., 3.

di trasparenza, la pandemia rappresenta probabilmente uno spartiacque: per l'attenzione nazionale rivolta quotidianamente ai dati relativi alla diffusione del contagio e ai decessi, da parte di media e cittadini; ma anche perché è ormai divenuto chiaro a tutti che la disponibilità di tali informazioni, la loro libera circolazione, è una condizione essenziale per rendere concreta la possibilità di valutare e verificare le politiche adottate e, ove necessario, correggerle in tempo.

Proprio da questo presupposto partono molte delle più significative istanze di accesso generalizzato rivolte alle istituzioni durante l'emergenza, riguardanti dati e informazioni sulla pandemia.

2. *La sospensione dei termini di conclusione di tutti i procedimenti nel primo lockdown del 2020. Quali conseguenze?*

La crisi conoscitiva che ha colpito il nostro sistema durante la crisi pandemica è stata causata innanzitutto dalla sospensione, per alcuni mesi nel primo *lockdown* del 2020, del diritto di accedere ai dati e alle informazioni pubbliche.

Il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18²⁶, ha infatti disposto la sospensione dei termini con riferimento a tutti i procedimenti amministrativi²⁷: il provvedimento risultava motivato dalle difficoltà di assicurare il regolare svolgimento dell'attività amministrativa all'inizio dell'emergenza sanitaria, a causa soprattutto dell'impossibilità per la maggior parte dei funzionari pubblici improvvisatisi *smart workers* di accedere agli archivi cartacei dei loro uffici di riferimento e pertanto di fornire risposte nei tempi congrui alle richieste di accesso²⁸.

Per il medesimo periodo sono stati inoltre prorogati o differiti i termini di formazione della volontà conclusiva dell'amministrazione nelle forme del silenzio significativo (silenzio-rifiuto, silenzio-assenso) previste dall'ordinamento.

Evidente è la duplice *ratio* della sospensione disposta dalla normativa in esame: evitare eccessive semplificazioni procedurali, conferendo al trascorrere del tempo una valenza significativa ed evitare altresì che le amministrazioni pubbliche subissero conseguenze negative dovute alle difficoltà nella gestione dell'emergenza sanitaria. Sembra in sostanza che il legislatore, per il periodo di

²⁶ C.d. decreto Cura Italia, convertito con legge 24 aprile 2020, n. 27.

²⁷ In particolare, l'art. 103 della normativa in esame ha disposto che «ai fini del computo dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data, non si tiene conto del periodo compreso tra la medesima data e quella del 15 aprile 2020 (poi prorogata al 15 maggio 2020 dal decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, recante «Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali», convertito con legge 5 giugno 2020, n. 40)».

²⁸ F. ANGHELÉ, *Lockdown, abbiamo diritto di sapere tutti i motivi: miglioriamo il Foia*, cit.

emergenza, si sia preoccupato di tutelare maggiormente gli interessi della P.A. a non essere intaccata dallo scorrere del tempo, non curandosi dei diritti e degli interessi legittimi dei cittadini, incluso il diritto alla trasparenza²⁹.

La normativa in esame ha comunque previsto dei correttivi al fine di bilanciare gli interessi in gioco, palesando la necessità di valutare la presenza di ragioni di urgenza e di garantire una durata ragionevole al procedimento amministrativo. Le amministrazioni pubbliche devono infatti adottare ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti, anche sulla base di motivate istanze degli interessati (art. 103, co. 1, d.l. n. 18/2020).

Si tratta tuttavia di un correttivo generico e rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione, certamente non idoneo ad attribuire automaticamente una "corsia preferenziale" alle istanze concernenti l'emergenza sanitaria.

Come già detto, data la portata generale della norma, tra i procedimenti interessati dalla sospensione sono rientrati anche quelli in materia di accesso, in tutte e tre le sue forme: "tradizionale" (artt. 22 ss., legge n. 241/1990), civico (art. 5, co. 1, d.lgs. n. 33/2013) e generalizzato (art. 5, co. 2, d.lgs. n. 33/2013)³⁰.

La normativa emergenziale ha suscitato sin da subito diverse perplessità poiché riguardava tutte le amministrazioni, statali, regionali e locali, incluse quelle non direttamente coinvolte dall'emergenza sanitaria.

Se la sospensione dei termini procedurali può apparire per un verso ragionevole (si è, infatti, preso atto della possibilità di un rallentamento dell'attività amministrativa a fronte della radicale modifica delle condizioni di lavoro della macchina pubblica, che ha adottato il c.d. "smart working"), per altro verso sarebbe stato opportuno sottrarre all'applicabilità di tale regime le istanze di ostensione aventi ad oggetto i dati sulla pandemia³¹.

²⁹ I. PAZIANI, *Trasparenza sospesa per Covid-19: il diritto di accesso agli atti nelle disposizioni emergenziali e le sue conseguenze*, in <https://www.mediappalti.it/trasparenza-sospesa-per-covid-19-il-diritto-di-accesso-agli-atti-nelle-disposizioni-emergenziali-e-le-sue-conseguenze/>, 10 giugno 2020.

³⁰ Alla luce della lunga evoluzione normativa, nel sistema vigente convivono tre diverse forme di accesso, ognuna caratterizzata da propri presupposti, limiti e finalità. Il legislatore ha utilizzato per tutte lo stesso *nomen iuris*, generando incertezza in merito alla loro applicazione. Sulla difficile convivenza di plurime forme di accesso: G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *federalismi.it*, n. 1/2017, 2 ss.; F. LOMBARDI, *Spunti di riflessione sulla problematica applicazione delle diverse tipologie di accesso. Il possibile insegnamento derivante dall'esperienza spagnola*, in *federalismi.it*, n. 22/2018, 1 ss.; F. MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, in *federalismi.it*, n. 20/2021, 159 ss. A questo proposito si segnala che nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), nel paragrafo intitolato "Abrogazione e revisione di norme che alimentano la corruzione", si annuncia l'intenzione di ridurre le tre forme di accesso ad una, al fine di semplificare la disciplina dell'accesso alle informazioni pubbliche. Sul punto, E. CARLONI, *Passi indietro su anticorruzione e trasparenza? Considerazioni a margine del PNRR e del decreto PA*, in <https://orizzontideldiritto.com/2021/06/11/passi-indietro-su-anticorruzione-e-trasparenza-considerazioni-a-margine-del-pnrr-e-del-decreto-pa/>, 11 giugno 2021.

³¹ E. FURIOSI, *L'accesso civico generalizzato alla prova dell'emergenza da Covid-19*, in *Ceridap, rivista*

Il nostro ordinamento si è in realtà adeguato a una tendenza internazionale che, quasi ovunque, ha comportato nel corso della prima ondata pandemica una sospensione o comunque una forte limitazione del diritto di accesso, dovuta proprio alle difficoltà con cui le amministrazioni si sono ritrovate a operare³². Tale sospensione temporanea di un diritto avrebbe potuto essere meno pesante se Governi e amministrazioni avessero spontaneamente pubblicato online, in termini proattivi, costanti e capillari, tutte le informazioni e i dati indispensabili, ad esempio, a decifrare meglio e affrontare la pandemia. *L'International Press Institute* ha infatti sottolineato come la sospensione dei FOIA nei vari Stati abbia ostacolato il diritto all'informazione, contribuendo a erigere uno scudo contro giudizi e critiche verso molti Governi³³.

La sospensione dei termini nei procedimenti amministrativi, correlata alle istanze di accesso avanzate durante la situazione di emergenza sanitaria, ha portato inevitabilmente a limitare il diritto fondamentale all'informazione e alla trasparenza, proprio in un momento in cui vi era e vi è una maggiore esigenza di chiarezza e di comprensione dell'azione dei pubblici poteri.

In un contesto del genere è chiaro che le istanze di accesso possono svolgere anche una decisiva funzione di controllo diffuso ad opera dei cittadini, dei giornalisti e delle organizzazioni della società civile³⁴ sulla correttezza di impiego e destinazione delle ingenti risorse pubbliche che sono state stanziare in questo momento dall'Italia, ma soprattutto dall'Unione europea nell'anno in corso e per gli anni a venire³⁵.

interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche, n. 2/2020, 105; E. CARLONI, *La trasparenza come risposta all'emergenza*, cit., 4.

³² Una limitazione del FOIA si è avuta ad esempio in Australia, Brasile, Canada, Francia, India, Messico, Nuova Zelanda, Regno Unito, Spagna e Stati Uniti. Sul punto si può consultare T. McINTOSH, *Governments Delaying Access to Information Because of Pandemic*, in <https://eyeonglobaltransparency.net/2020/03/25/governments-delaying-access-to-information-because-of-pandemic/>, 25 marzo 2020.

³³ F. ANGHELÉ, *Lockdown, abbiamo diritto di sapere tutti i motivi: miglioriamo il Foia*, cit.

³⁴ Fondamentale è il ruolo dei giornalisti e delle organizzazioni non governative nell'utilizzo dell'accesso generalizzato: la circolare n. 2 del 2017 del Dipartimento della Funzione pubblica, richiamando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (segnatamente, il Caso Magyar c. Ungheria, 8 novembre 2016; più di recente, sulla libertà di espressione dei giornalisti, si veda anche il Caso Baldassi e altri c. Francia, 11 giugno 2020) definisce i giornalisti e le organizzazioni non governative come *social watchdogs* e afferma che occorre tener conto della particolare rilevanza, ai fini della promozione di un dibattito pubblico informato, delle domande di accesso provenienti da tali soggetti. Sul punto, F. RICCIULLI, *Il FOIA alla prova della pandemia: gestione dell'emergenza e insegnamenti per il futuro*, cit.

³⁵ L'Unione europea ha risposto alla crisi pandemica con il Next Generation EU. Si tratta di un programma che prevede investimenti e riforme finalizzate ad accelerare la transizione ecologica e digitale, migliorare la formazione dei lavoratori, nonché conseguire una maggiore equità. Per godere dei fondi europei il Governo ha dovuto predisporre un apposito documento, soggetto all'approvazione della Commissione europea: il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR). Il documento, redatto seguendo le linee guida emanate dalla Commissione europea, descrive quali

Bisogna altresì considerare che la sospensione dei termini procedurali non ha comportato una contrazione del dibattito pubblico che, anzi, si è sviluppato in maniera virale nel periodo dell'emergenza sanitaria: da febbraio 2020 si è parlato molto sia del virus sia delle misure adottate dai vari Governi per fronteggiarlo. Proprio per questo va garantita una corretta informazione, al fine di scongiurare il rischio, riscontrato dal Consiglio di Stato³⁶, del formarsi di “pseudoconoscenze” e “pseudocoscienze”: tale rischio in epoca di pandemia si prospetta particolarmente concreto spingendo diversi giornalisti, ma anche privati cittadini, a richiedere dati di vario genere ma tutti estremamente rilevanti per il dibattito pubblico, perché attinenti ad attività con incidenza diretta su diritti fondamentali delle persone e, peraltro, gestite con un rilevante esborso di risorse pubbliche. L'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) ha coniato il neologismo “infodemia” per indicare “quell'abbondanza di informazioni, alcune accurate e altre no, che rendono difficile per le persone trovare fonti affidabili quando ne hanno bisogno”. Il propagarsi di *fake news*, a parere dell'OMS, avrebbe effetti negativi, oltre che da un punto di vista sociale, sulla stessa evoluzione dell'epidemia. Se infatti la Protezione civile ha comunicato quotidianamente i dati relativi ai tamponi e ai contagi riscontrati sul territorio, è da dire che, come ci appresta a vedere, non tutte le istituzioni sono state altrettanto virtuose e comunque non con riferimento a tutti i dati. Di conseguenza, non appena terminata la fase di sospensione dei termini, si è registrato un cospicuo uso dell'accesso generalizzato perfettamente in linea con le finalità attribuite a tale strumento dalla legge, ossia favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e promuovere la partecipazione al dibattito pubblico³⁷.

3. *L'accesso agli atti del Comitato tecnico-scientifico inizialmente negato alla Fondazione Einaudi*

La grande importanza dei dati sulla pandemia e della loro accessibilità, finora sottolineata, spiega l'ampia risonanza che ha avuto la vicenda relativa ai verbali

progetti l'Italia intende realizzare grazie ai fondi comunitari e come intende gestire tali risorse; è inoltre previsto un calendario di riforme finalizzate all'attuazione del piano e alla modernizzazione del Paese. Sul PNRR e sul ruolo del Governo e del Parlamento nella relativa attuazione si può consultare, A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?», in *federalismi.it*, n. 18/2021, 235 ss.*

³⁶ Così Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/2020, cit.: «Il diritto di accesso civico generalizzato, se ha un'impronta essenzialmente personalistica, quale esercizio di un diritto fondamentale, conserva una connotazione solidaristica, nel senso che l'apertura della P.A. alla conoscenza collettiva è funzionale alla disponibilità di dati di affidabile provenienza pubblica per informare correttamente i cittadini ed evitare il propagarsi di pseudoconoscenze e pseudocoscienze a livello diffuso, in modo (...) da “contribuire a salvare la democrazia dai suoi demoni, fungendo da antidoto alla tendenza (...) a manipolare i dati di realtà”».

³⁷ F. RICCIULLI, *Il FOLA alla prova della pandemia: gestione dell'emergenza e insegnamenti per il futuro*, cit.

delle riunioni del Comitato tecnico-scientifico (CTS)³⁸ a cavallo tra la prima e la seconda ondata.

Tale vicenda conferma il persistere di una resistenza culturale, prima ancora che giuridica, alla definitiva affermazione della trasparenza quale regola generale e fisiologica dell'azione dei pubblici poteri, anche se, come si vedrà, l'epilogo giudiziario dimostra come il nostro sistema presenti ormai gli anticorpi necessari a contrastarne la reviviscenza³⁹.

Il 14 aprile 2020 la Fondazione Einaudi ha presentato istanza di accesso civico generalizzato finalizzata all'ostensione di cinque verbali del CTS relativi al periodo dal 28 febbraio 2020 al 9 aprile 2020: si trattava dei verbali citati nelle premesse dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (DPCM) emanati tra marzo e aprile 2020⁴⁰.

Tali verbali sono il supporto tecnico per provvedimenti che hanno ridotto al minimo l'esercizio di libertà costituzionalmente garantite come, tra le altre, la libertà di movimento, di riunione, d'impresa e di culto: l'impossibilità per i cittadini di conoscerne il contenuto è dunque un grave *vulnus* all'interno del meccanismo di controllo politico-democratico sull'operato dei propri governanti, oltre che una grave limitazione della partecipazione al dibattito pubblico⁴¹.

³⁸ Per fronteggiare la crisi pandemica il Governo italiano si è avvalso della consulenza del CTS, nominato *ad hoc*, formato con il decreto del Capo del Dipartimento della Protezione civile del 5 febbraio 2020, n. 371, ai sensi dell'art. 2, co. 1, dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile del 3 febbraio 2020, n. 630. L'esperienza italiana e quella francese, nella quale ci si è avvalsi della collaborazione di organi appositamente istituiti, rappresentano un modello differente rispetto a quello utilizzato in Germania e negli USA, ove invece si è fatto ricorso ad istituzioni o agenzie precostituite e già operanti nell'ordinamento. Sulla differenza tra il modello tedesco e americano e quello italiano e francese si veda A. IANNUZZI, "Leggi science driven" e *CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2020, 119 ss., ove si esprime una netta preferenza per il primo modello, ritenuto più garantista. La precostituzione per legge degli organi tecnico-scientifici deputati ad interagire con la politica nonché delle procedure delegate ad orientare i relativi rapporti può infatti rassicurare maggiormente contro il possibile rischio di un uso strumentale da parte della politica delle valutazioni scientifiche.

³⁹ A. BERTI, *I vetri appannati di "casa italia": il caso dell'accesso civico generalizzato ai verbali del comitato tecnico-scientifico per l'emergenza covid-19*, cit., 1.

⁴⁰ Segnatamente erano stati richiesti i seguenti verbali: verbale del 28 febbraio 2020, citato nelle premesse del DPCM dell'1 marzo 2020; verbale dell'1 marzo 2020, citato, anch'esso nelle premesse del DPCM dell'1 marzo 2020; verbale del 7 marzo 2020, citato nelle premesse del DPCM dell'8 marzo 2020; verbale del 30 marzo 2020, citato nelle premesse del DPCM dell'1 aprile 2020; verbale del 9 aprile 2020, citato nelle premesse del DPCM del 10 aprile 2020.

⁴¹ I pareri del CTS hanno condizionato tutte le più importanti decisioni dell'Esecutivo nella gestione della crisi pandemica: infatti, i principali strumenti utilizzati a tal fine, tra i quali i DPCM che si sono accumulati in maniera alluvionale durante la prima ondata, hanno fatto espresso riferimento ai verbali delle sedute del CTS. Ne è derivato un procedimento «atipico», alla stregua del quale i DPCM sono adottati sentendo il CTS, per quanto attiene ai «profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità» (art. 2, co. 1, decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19).

Le misure di contenimento adottate per fronteggiare il virus ovunque sono state decise sulla base di valutazioni fornite dalla scienza. La difficoltà di gestire un'emergenza senza precedenti facendo esclusivo affidamento sulle competenze ordinarie della politica e della P.A., ha portato il Governo centrale e quelli locali ad avvalersi della collaborazione di una serie di comitati tecnico-scientifici appositamente istituiti⁴².

La scienza ha dunque assunto un ruolo cardine nella formazione della decisione politica. Le misure emergenziali richiedono una forma di intensa collaborazione fra politica e scienza; la scienza sembra anzi avere assunto rispetto alla politica un ruolo di guida: la decisione politica non è più semplicemente basata sulla scienza (*science based* o *science related*), ma è guidata dalla scienza (*science driven*)⁴³. È stato dunque necessario acquisire il supporto scientifico al fine di adottare i provvedimenti emergenziali. In breve, la scienza non rappresenta più soltanto una base di riferimento per le scelte politiche, ma diventa una sorta di formante a cui deve rifarsi il decisore pubblico, finendo per legittimare la decisione politica⁴⁴.

La piena trasparenza sui verbali del CTS è fondamentale per consentire di distinguere il contributo tecnico dalla decisione politica e far emergere in modo preciso il peso concreto e il reale condizionamento dell'apporto degli organismi

Sul punto, F. LAVIOLA, *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *federalismi.it*, n. 20/2021, 131.

⁴² Oltre al CTS si possono segnalare la task force istituita dal Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione in accordo con il Ministero della salute per valutare e proporre soluzioni tecnologiche *data driven*; e il Comitato di esperti in materia economica e sociale (c.d. task force per la fase 2). Sul tema, A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE online*, n. 3/2020, 3277 ss.

⁴³ A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit., 119 ss.

⁴⁴ In un contesto del genere sorge il problema dell'elaborazione dei criteri per selezionare gli esperti che andranno a comporre gli organi tecnici. Sotto tale profilo emerge il ritardo endemico del nostro ordinamento relativamente all'adozione di procedure per l'individuazione di organi e di esperti a cui demandare il compito di supportare dal punto di vista tecnico-scientifico le decisioni politiche (A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit., 124). La selezione degli esperti dovrebbe avvenire sulla base di una procedura pubblica, aperta e trasparente. L'assenza di sedi stabili di interlocuzione fra politica e tecnica ha condotto invece alla speciale istituzione di molteplici gruppi di esperti; ciò può favorire l'occasione per nominare esperti che godono del gradimento del Governo di turno o secondo schemi fiduciari che non sembrano consoni ad orientare i rapporti fra politica e scienza. In un momento in cui la tutela effettiva di diritti fondamentali della persona si realizza ormai anche per effetto di pareri di organismi tecnici, che devono essere attentamente considerati, si impone la necessaria professionalità, autonomia, indipendenza e imparzialità degli organismi tecnico-scientifici che assistono il Governo (A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, cit., 3277 ss.).

tecnici sulla decisione finale. Infatti è solo con la pubblicazione di tali atti che è possibile verificare quanta parte della decisione politica è, in qualche modo, vincolata dai pareri tecnici e quant'altra, invece, è da essi solo orientata o è assolutamente discrezionale.

In un ordinamento giuridico che ha finalmente recepito il principio di trasparenza e dell'accessibilità totale, sarebbe illegittimo e anacronistico non pubblicare documenti interlocutori provenienti dagli organismi tecnici, specie ove citati nelle premesse degli atti normativi.

La necessità di rendere pubblici gli apporti tecnici serve altresì a rendere possibile quell'istruttoria tecnico-scientifica che deve essere svolta sulle fonti *science based*. L'atto normativo può infatti risultare illegittimo se risulta non fondato su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti. Affinché tale verifica sia possibile i pareri tecnici devono essere formalmente acquisiti e ordinariamente resi pubblici⁴⁵.

Nonostante ciò il Dipartimento della Protezione civile della Presidenza del Consiglio dei ministri, con nota del 4 maggio 2020, ha respinto l'istanza di ostensione, ritenendo i verbali del CTS sottratti all'accesso, ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 5-*bis*, co. 3, del d.lgs. n. 33/2013⁴⁶, e all'art. 24, co. 1, lett. c), della legge n. 241/1990⁴⁷, nonché in virtù dell'art. 1, co. 1, lett. b), del DPCM 27 giugno 2011 n. 143⁴⁸. In particolare, per l'amministrazione gli atti richiesti, poiché contengono pareri prodromici all'adozione dei DPCM, sono inaccessibili e la loro ostensione è esclusa dalle norme predette, e ciò in forza della qualificazione dei DPCM quali atti normativi.

La Fondazione Einaudi allora ha fatto ricorso al TAR Lazio, deducendo l'illegittimità del diniego opposto sotto plurimi profili. Segnatamente, secondo i ricorrenti i DPCM non hanno natura di atti normativi né di atti amministrativi generali, ma sono ordinanze contingibili e urgenti; ne deriva l'inapplicabilità delle norme summenzionate sulla base delle quali è stato respinto l'accesso agli atti del CTS. I ricorrenti hanno sostenuto altresì che la mancata conoscenza dei verbali

⁴⁵ A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, cit., 3285-3292.

⁴⁶ Secondo tale norma l'accesso generalizzato è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, co. 1, della legge n. 241/1990.

⁴⁷ In virtù di tale disposizione il diritto di accesso è escluso nei confronti dell'attività della P.A. diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione.

⁴⁸ La norma, adottata in attuazione del sopracitato art. 24, co. 2, esclude l'accesso per i «documenti e gli atti amministrativi, diversi da quelli ufficialmente pubblicati, concernenti il lavoro di commissioni, organi collegiali, gruppi di studio e di lavoro, qualora finalizzati all'adozione di atti normativi, di atti amministrativi generali e di atti di pianificazione e di programmazione».

in esame avrebbe ostacolato l'esercizio ordinario del controllo politico-democratico da parte dei cittadini in relazione all'operato della P.A.

Il TAR Lazio ha ritenuto illegittimo il diniego opposto dal Dipartimento della Protezione Civile della Presidenza del Consiglio dei ministri. Secondo il giudice amministrativo i DPCM, e quindi a maggior ragione i pareri del CTS quali atti endoprocedimentali prodromici alla loro emanazione, non possano essere qualificati – come sostenuto dalla Presidenza del Consiglio – né come atti normativi né come atti amministrativi generali: a differenza dei primi, sono privi del requisito della astrattezza e della capacità di introdurre una stabile innovazione nell'ordinamento, mentre con i secondi hanno in comune unicamente la caratteristica della generalità dei destinatari. Ad avviso del Collegio si tratta di atti atipici, che per le loro caratteristiche si avvicinano piuttosto alle ordinanze contingibili e urgenti, in quanto provvedimenti adottati sulla base di presupposti assolutamente eccezionali e temporalmente limitati che, a differenza degli atti amministrativi generali *tout court*, consentono di derogare all'ordinamento giuridico, anche imponendo, come nel caso in esame, obblighi di fare e di non fare⁴⁹.

Ancora, secondo il giudice amministrativo, la *ratio* dell'intera disciplina normativa dell'accesso impone di ritenere che se l'ordinamento giuridico riconosce, ormai, la più ampia trasparenza alla conoscibilità anche di tutti gli atti presupposti all'adozione di provvedimenti individuali o di atti caratterizzati da un ben minore impatto sociale, a maggior ragione deve essere consentito l'accesso ad atti, come i verbali in esame, che, nella misura in cui indicano i presupposti fattuali per l'adozione dei descritti DPCM, si connotano per un particolare impatto sociale sui territori e sulla collettività.

Il TAR Lazio pertanto ha accolto il ricorso, ordinando all'amministrazione di consentire l'accesso ai verbali richiesti⁵⁰.

La sentenza è stata appellata dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, che ne ha chiesto, in via cautelare, la sospensione dell'efficacia esecutiva. Il giudice amministrativo ha provvisoriamente sospeso l'esecutorietà della sentenza, sino all'udienza di discussione collegiale dell'istanza cautelare, e ciò al fine di non pregiudicare definitivamente l'interesse dell'amministrazione contraria all'ostensione degli atti in attesa della decisione del Collegio – che sarebbe inutile ad ostensione degli atti avvenuta – ritenuta la materia meritevole di approfondimento giuridico collegiale⁵¹.

Tale decreto presidenziale ha espresso altresì alcune puntuali considerazioni in merito all'appello proposto, che hanno lasciato presagire il suo rigetto.

⁴⁹ Di qui la conclusione che la fattispecie non può essere inquadrata tra le esclusioni previste dall'art. 24, co. 1, lett. c), della legge sul procedimento amministrativo (e conseguentemente dall'art. 5-*bis*, co. 3, decreto trasparenza), trattandosi di atti di diversa natura giuridica rispetto a quelli previsti da detta normativa.

⁵⁰ TAR Lazio, sez. I-*quater*, 22 luglio 2020, n. 8615.

⁵¹ Consiglio di Stato, sez. III, decreto 31 luglio 2020, n. 4574.

In primo luogo, il Consiglio di Stato ha affermato che, posto che la normativa e gli atti, compresi quelli endoprocedimentali, adottati durante l'emergenza sono caratterizzati da una assoluta eccezionalità, è impossibile applicare definizioni e regole specifiche caratterizzanti le categorie tradizionali quali "atti amministrativi generali" ovvero "ordinanze contingibili e urgenti", pur avendo tali atti alcuni elementi di quelle categorie.

In secondo luogo, non convince la tesi della Presidenza del Consiglio, che fonda la sua censura sulla qualificazione dei verbali quali atti presupposti per l'adozione di atti amministrativi generali, ovvero come atti amministrativi generali: non sembrerebbe infatti che con tale categoria di atti si possa incidere, in modo tanto significativo, su diritti fondamentali della persona; lo potrebbero invece fare le ordinanze contingibili e urgenti che, però, nella legislazione emergenziale, sono solo quegli atti (ad es. del Ministero della salute) che in tal modo la legge qualifica espressamente.

Ancora, i verbali del CTS non contengono elementi che l'amministrazione ha motivatamente indicato come segreti, per cui non si comprende perché si debbano includere nel novero di quelli sottratti alla regola generale di trasparenza e di conoscibilità da parte dei cittadini, giacché la recente normativa prevede come regola l'accesso e come eccezione la non accessibilità di quelle sole categorie di atti che devono essere interpretate restrittivamente.

La decisione del Consiglio di Stato di sospendere, su richiesta dell'Esecutivo, la desecretazione degli atti del CTS relativi alla pandemia ha suscitato molte reazioni critiche⁵².

Ascoltando tali appelli il Governo ha alla fine inviato alla Fondazione Einaudi i documenti, così autorizzando di fatto che venissero resi pubblici e dando spontanea esecuzione alla sentenza del TAR, con ciò rinunciando di fatto all'appello⁵³.

La vicenda dunque si conclude, almeno in parte, positivamente, nonostante la difficoltà nel veder riconosciuto il diritto di accesso e conferma che il principio di trasparenza riguarda anche l'apporto degli organismi tecnici. Il giudice amministrativo ha potuto così scardinare la pretesa di segretezza della P.A. nei confronti di pareri tecnico-scientifici prodotti a sostegno della decisione politica⁵⁴.

⁵² La vicenda è stata oggetto di un'accesa discussione parlamentare nelle sedute della Camera dei deputati del 28 e 29 settembre 2020; per un approfondimento della discussione è possibile consultare il resoconto stenografico della seduta dell'Assemblea: https://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0399&tipo=alfabetico_stenografico#. Uno degli attacchi più duri è stato sferrato dall'economista ed ex direttore del Fondo Monetario Internazionale Carlo Cottarelli: «L'opposizione di Palazzo Chigi alla desecretazione degli atti del Comitato tecnico-scientifico sul Covid è un atto grave. Cosa c'è che non dobbiamo sapere? È nostro diritto essere trattati da cittadini, non da sudditi» (post su Twitter del 4 agosto 2020).

⁵³ Il Consiglio di Stato, preso atto della rinuncia all'appello da parte del Governo, ha dichiarato cessata la materia del contendere; Consiglio di Stato, sez. III, 11 settembre 2020, n. 5426.

⁵⁴ A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, cit., 3292.

Il contenzioso dimostra anche l'importanza della questione dottrinale sulla qualificazione giuridica dei DPCM, a lungo oggetto di polemiche di natura sia politica che giuridica. Si tratta di una fonte del diritto monocratica, di titolarità e responsabilità politica del Presidente del Consiglio dei ministri⁵⁵, che in tempo di pandemia ha goduto di tanta visibilità dato che tramite essa è stata gestita la prima fase di diffusione del virus.

Difficile individuarne la natura giuridica e la collocazione nel sistema delle fonti.

Il potere di ordinanza è stato attribuito al Presidente del Consiglio, che lo ha largamente esercitato in forma di decreto, col decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6⁵⁶ ed è previsto altresì dal decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 (c.d. codice della Protezione civile)⁵⁷.

Il DPCM è una fonte che nel nostro ordinamento è oggetto di una disciplina solo parziale e frammentata, a differenza dei decreti del Presidente della Repubblica e dei decreti ministeriali, che trovano una precisa collocazione e un tentativo di tipizzazione nella legge 23 agosto 1988, n. 400.

La natura multiforme e per molti aspetti indeterminata dei DPCM probabilmente spiega il perché si sia deciso di ricorrere a un atto così flessibile per la gestione della pandemia, anche in luogo delle tradizionali ordinanze contingibili e urgenti. L'incerta disciplina normativa e l'assenza di regolamentazione dei procedimenti, dei controlli e dei vincoli notiziali e formali rendono tale atto uno strumento flessibile e caratterizzato da tempistiche di approvazione brevi, cui fare ricorso nei casi in cui siano necessari interventi di particolare celerità⁵⁸.

⁵⁵ A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 564.

⁵⁶ Segnatamente, l'art. 1, co. 1, del suddetto d.l. attribuisce alle "autorità competenti", non meglio specificate, il potere di adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica». Tali misure sono adottate con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle Regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale (art. 3, co. 1).

⁵⁷ Il codice, nel definire il Presidente del Consiglio come "autorità nazionale di protezione civile e titolare delle politiche in materia" (art. 3, co. 1, lett. a), gli attribuisce i poteri di ordinanza in materia di protezione civile (art. 5, co. 1) e dispone che spetta sempre al Presidente del Consiglio adottare direttive con cui dare gli indirizzi per lo svolgimento, in forma coordinata, delle attività di protezione civile (art. 5, co. 2).

⁵⁸ Il DPCM, in un primo momento, è stato utilizzato come strumento di organizzazione della Presidenza del Consiglio: la legge n. 400/1988 prevede ad esempio che con esso si proceda alla nomina del segretario generale o all'approvazione del regolamento interno del Consiglio dei ministri. Negli anni successivi all'entrata in vigore della legge citata, si è riscontrato un incremento dei DPCM che presentano contenuto normativo ma difettano dei requisiti necessari per poter essere qualificati come regolamenti. L'assenza di una disciplina puntuale e la celerità dell'*iter* di

Secondo parte della dottrina tali DPCM andrebbero considerati quali “fonte emergenziale” al pari delle ordinanze *extra ordinem*, ovvero atti normativi sub-primari derogatori di norme secondarie. Essi troverebbero fondamento nel codice della Protezione civile e nei decreti-legge seguiti alla dichiarazione dello stato di emergenza, cui i decreti del Presidente del Consiglio danno attuazione. Ne deriva che i DPCM possono derogare alle leggi vigenti, ma non possono disporre in difformità da quei decreti-legge, poiché non è consentito alla fonte legittimata derogare alla fonte legittimante⁵⁹.

Secondo un altro orientamento dottrinale, i DPCM ricevono solo una prima legittimazione di carattere generale nel codice della Protezione civile, che riconosce al Capo del Governo il potere, attraverso direttive, di determinare indirizzi, che poi dovrebbero trovare una loro esecuzione con atti di natura locale: tale normativa, che prevede i DPCM e ne costituisce il fondamento giuridico, li configura come direttive, quindi né atti di diretta ed immediata attuazione, né ordinanze contingibili e urgenti. Secondo detta normativa, tali atti si configurano cioè quali atti amministrativi generali di indirizzo, che, come tali, non possono avere efficacia diretta su posizioni giuridiche soggettive attive. Sembrerebbe, dunque, che si tratti di atti ben distinti e distanti dai DPCM previsti dal d.l. n. 6/2020, che invece incidono, innovando l'ordinamento giuridico, direttamente sulle libertà fondamentali. I DPCM usati per fronteggiare la pandemia, anche se formalmente previsti nel codice della Protezione civile, trovano in realtà il proprio fondamento giuridico nel predetto d.l. n. 6/2020. In sostanza tale decreto-legge è come se tipizzasse *ex novo* una nuova tipologia di DPCM, distinti da quelli previsti dalla normativa summenzionata, in quanto non si limitano alla mera esecuzione della fonte primaria, ma producono effetti diretti nei confronti dei singoli⁶⁰.

C'è chi ha ancora sottolineato come nel coacervo di poteri di ordinanza pre-

approvazione hanno indotto il Governo a ricorrere al DPCM in luogo delle forme regolamentari tipiche. Tale tendenza si conferma anche in tempo di pandemia. Per un'analisi dell'argomento si rimanda a M. RUBECCHI, *I d.P.C.m. della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, in *Federalismi.it*, n. 27/2021, 176 ss. Sul tema anche V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, n. 2/2016, 2 ss.

⁵⁹ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 109 ss. Del medesimo avviso, E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021, 64 ss.

⁶⁰ A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 558 ss. Sul punto si veda anche G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, cit., 384 ss., ove si critica l'uso massiccio del DPCM. Non può considerarsi idoneo fondamento giuridico di queste fonti il d.l. n. 6/2020, che ne prevede l'adozione per stabilire misure fortemente limitative di numerosi diritti costituzionalmente protetti: si tratta infatti del conferimento di un potere normativo “in bianco” ad un atto sub-primario in materie coperte da riserva di legge, in molti casi assoluta. Del medesimo avviso, V. LIPPOLIS, *Il ruolo Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, 268 ss.

visti dalla legislazione emergenziale⁶¹ non è affatto agevole distinguere sovrapposizioni, anche di piani temporali, e competenze, onde realizzare un'opera di razionalizzazione sistematica. Né si può conseguire tale scopo affermando che i DPCM ricevano una doppia legittimazione, nel codice della Protezione civile e in ciascun decreto-legge che ne reca la specifica previsione. I DPCM fanno richiamo alla dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria nazionale, ma senza alcun riferimento al codice della Protezione civile, sicché quel richiamo è a una circostanza fattuale, non a un presupposto normativo abilitante, che può al più valere a definire il termine finale di efficacia delle misure.

L'opera di razionalizzazione sistematica, in definitiva, è molto difficile, ed è probabile che potrà dirsi compiuta solo *ex post*, quando, di queste modalità confuse e sovrapposte di produzione del diritto, sarà stato possibile svolgere l'analisi empirica, e quando le giurisdizioni ne avranno compiuto la vagliatura⁶².

Sul tema della natura giuridica del DPCM si è di recente espressa la Corte costituzionale con la sentenza n. 198 del 22 ottobre 2021. Il giudizio di legittimità costituzionale riguardava gli artt. 1-3 del d.l. n. 6/2020, e gli artt. 1, 2 e 4 del d.l. n. 19/2020. Segnatamente secondo il giudice *a quo* (il Giudice di Pace di Frosinone) le norme summenzionate sarebbero state in contrasto con gli artt. 76, 77 e 78 Cost., in quanto avrebbero sostanzialmente delegato la funzione legislativa in materia di contenimento della pandemia da coronavirus all'autorità di Governo che l'avrebbe esercitata tramite meri atti amministrativi, cioè i tanti discussi DPCM⁶³.

La Consulta ha, per un verso, dichiarato inammissibile per difetto di rilevanza la questione di legittimità costituzionale delle norme previste dal d.l. n. 6/2020, essendo inapplicabili al caso di specie *ratione temporis*⁶⁴; per altro verso, ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità relativa al d.l. n. 19/2020.

Secondo la Corte quest'ultimo decreto-legge, diversamente dal d.l. n. 6/2020, non solo ha tipizzato le misure restrittive delle libertà individuali introducibili tramite DPCM, in tal modo impedendo al Governo di assumere provve-

⁶¹ Si contano ordinanze del Presidente del Consiglio, del Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, dei Presidenti delle Regioni, dei Sindaci e del Ministro della salute.

⁶² S. STALANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 544-545.

⁶³ Ciò ad avviso del giudice rimettente era in contrasto con il principio di tipicità delle fonti di produzione normativa (in particolare risultava violato il principio sancito dagli artt. 76-77 Cost. secondo cui la funzione legislativa è affidata al Parlamento, che può delegarla solo con la legge delega e mai ad atti amministrativi), e al di fuori dell'unica ipotesi di emergenza costituzionalmente rilevante, quella dello stato di guerra (art. 78 Cost.).

⁶⁴ Nel giudizio *a quo* la violazione commessa (si trattava del divieto di allontanamento dall'abitazione senza giustificato motivo) risaliva al 20 aprile 2020, data in cui il d.l. n. 6/2020 non era più in vigore, essendo stato abrogato dal successivo d.l. n. 19/2020.

dimenti *extra ordinem*, ma ha anche stabilito che tali misure possono essere adottate secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso (art. 1, co. 2, d.l. n. 19/2020). La fonte primaria ha così imposto un «criterio tipico di esercizio della discrezionalità amministrativa, che è di per sé del tutto incompatibile con l'attribuzione di potestà legislativa ed è molto più coerente con la previsione di una potestà amministrativa, ancorché ad efficacia generale»⁶⁵.

In quanto emanati in attuazione di una fonte primaria che ne ha prefissato il contenuto, tali DPCM, ad avviso della Consulta, si configurano come atti amministrativi necessitati e si distaccano concettualmente dal modello delle ordinanze contingibili e urgenti, che viceversa rappresentano il paradigma delle ordinanze necessitate (a contenuto libero)⁶⁶, previsto dal codice della Protezione civile⁶⁷. A

⁶⁵ Corte Cost. n. 198/2021 (punto 6.2). A questo proposito, rileva altresì il coinvolgimento del CTS nella predisposizione dei DPCM, sebbene il suo intervento sia stato previsto «di norma» dal d.l. n. 19/2020 (art. 2, co. 1) e con modalità non sempre convincenti dal punto di vista della trasparenza e tempestività nella pubblicità delle decisioni (M. RUBECCHI, *I d.P.C.m. della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, cit., 186-187).

⁶⁶ Secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 4 gennaio 1977, n. 4, pur avendo entrambi come presupposto l'urgente necessità del provvedere, la differenza tra atti necessitati e ordinanze necessitate consiste nel fatto che i primi sono «emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto, mentre le seconde nell'esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto».

⁶⁷ Nonostante le parole della Consulta potrebbero lasciar intendere che tali DPCM siano «atti amministrativi generali», la questione non è pacifica, in quanto guardando al contenuto del DPCM del 10 aprile 2020, alcune disposizioni sembrerebbero avere contenuto normativo, innovando rispetto all'ordinamento giuridico esistente con precetti che presentano i caratteri della generalità, dell'astrattezza e della non determinabilità dei destinatari. Si pensi, ad esempio, alla norma che prevede il divieto di allontanamento dall'abitazione senza giustificato motivo («sono consentiti solo gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute e, in ogni caso, è fatto divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un Comune diverso rispetto a quello in cui attualmente si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute e resta anche vietato ogni spostamento verso abitazioni diverse da quella principale comprese le seconde case utilizzate per vacanza»; art. 1, co. 1, lett. a), DPCM 10 aprile 2020); oppure alla norma che prevede il divieto di ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico (art. 1, co. 1, lett. d); o ancora alla norma che vieta l'accesso del pubblico ai parchi, alle ville, alle aree gioco e ai giardini pubblici (art. 1, co. 1, lett. e). A questo proposito si segnala che il Consiglio di Stato, pronunciandosi in sede consultiva sul ricorso straordinario al Capo dello Stato per l'annullamento di alcuni DPCM attuativi del d.l. n. 19/2020, ha qualificato tali DPCM come «atti generali a contenuto normativo-regolamentare» (Consiglio di Stato, sez. I, parere 13 maggio 2021, n. 850). In definitiva, la questione circa la natura normativa o meno dei DPCM è abbastanza complessa, in ragione delle difficoltà interpretative che solleva la nozione di «normatività»: sia in ordine al carattere della innovatività sia quanto alla generalità e all'astrattezza, poiché non è sempre agevole tracciare il confine tra la determinatezza o la determinabilità, da un lato, e la indeterminatezza o la indeterminabilità, dall'altro lato, dei soggetti e delle fattispecie riconducibili alla disposizione; così S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, cit., 537-538.

questo proposito la Corte precisa che l'alternatività dei modelli di regolazione della crisi non solleva problemi di legittimità costituzionale. La competenza legislativa per il contenimento della pandemia spetta in via esclusiva allo Stato, poiché attiene alla «profilassi internazionale» (art. 117, co. 2, lett. q), Cost.)⁶⁸. Il legislatore statale è dunque libero di individuare gli interventi normativi e provvedimenti che ritiene più adeguati al contenimento dell'emergenza sanitaria, che per la sua gravità e imprevedibilità ha imposto l'impiego di «strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire»⁶⁹.

La Corte costituzionale sottolinea altresì le ulteriori garanzie che il d.l. n. 19/2020 ha introdotto: il necessario raccordo con il Parlamento, sia prima sia dopo la predisposizione del testo del decreto, nonché la maggiore conoscibilità dell'atto, garantita dall'obbligo di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Il decreto-legge ha disposto inoltre la temporaneità delle misure restrittive, adottabili solo per periodi predeterminati e reiterabili non oltre il termine finale dello stato di emergenza.

In definitiva, il modello standard di gestione dell'emergenza pandemica, impiegato fino alla caduta del Governo Conte-*bis*, si è avvalso del decreto-legge, al fine di fornire la base legale, i profili procedurali e le misure restrittive introducibili, nonché di una serie di DPCM attuativi, emanati con un ritmo piuttosto serrato al fine di garantire l'adattamento tempestivo ai possibili mutamenti del quadro epidemiologico⁷⁰. Tale modello di regolazione della crisi è stato ritenuto dalla Consulta conforme al quadro costituzionale e con esso anche quei peculiari atti amministrativi a carattere normativo costituiti dai DPCM⁷¹.

⁶⁸ Il richiamo alla profilassi internazionale, fatto per la prima volta nella sentenza n. 37 del 12 marzo 2021, è tutt'altro che pacifico. L'eccessiva portata che la Consulta riconosce a tale materia ha l'effetto di alterare il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, alle quali è precluso introdurre misure sostanzialmente derogatorie rispetto a quelle assunte a livello statale, rendendo in tal modo problematico il rapporto tra la profilassi internazionale e la materia "tutela della salute", riservata alla legislazione concorrente dall'art. 117, co. 3, Cost. Sul tema si possono consultare: D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e Regioni, a margine della sentenza n. 37/2021*, in *Forum Quaderni costituzionali*, n. 2/2021, 11 ss.; A. POGGI, G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?) (nota a Corte Cost. sentenza n. 37/2021)*, in *Rivista AIC*, n. 4/2021, 231 ss.

⁶⁹ Corte Cost. n. 198/2021 che richiama la precedente Corte Cost. n. 37/2021; in senso analogo, anche Cons. Stato, sez. I, parere n. 850/2021 cit.

⁷⁰ M. RUBECHI, *I d.P.C.m. della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, cit., 181.

⁷¹ Per un commento critico alla sentenza si rimanda a M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n. 198/2021*, in *federalismi.it*, n. 25/2021, 81 ss.

4. *La mancanza di una tutela effettiva del diritto all'informazione urgente nella vicenda del Codacons*

Se, come più volte sottolineato, la crisi sanitaria ha palesato l'importanza dei dati e di una loro più ampia diffusione, la trasparenza in tempo di pandemia impone altresì che la conoscenza di tutti i dati relativi al virus avvenga in tempi rapidi, onde evitare che le informazioni richieste vengano concesse quando ormai non sono più utili, non solo a fini conoscitivi, ma anche per le scelte terapeutiche del cittadino. Sotto tale profilo è emersa la criticità degli strumenti procedimentali e processuali previsti dall'ordinamento nel garantire tempestivamente l'accesso a informazioni rilevanti come quelle sul virus.

Il problema si è posto in seguito al contenzioso di cui è stato protagonista il Codacons, ente che si occupa del Coordinamento delle Associazioni a tutela dei diritti degli utenti e dei consumatori. Il suddetto ente, a marzo 2020, ha presentato un'istanza al Dipartimento della Protezione civile, al Ministero della salute, all'Istituto Superiore di Sanità e alla Presidenza del Consiglio dei ministri, finalizzata all'ostensione di dati ulteriori rispetto a quelli che venivano spontaneamente diffusi nel corso delle quotidiane conferenze stampa della Protezione civile⁷².

In tal modo si voleva rendere un servizio alla collettività, garantendo ai cittadini una più ampia informazione sull'evoluzione dell'emergenza sanitaria: si tratta, infatti, di dati che possono contribuire ad offrire un quadro pandemico più completo e approfondito sia per meglio apprezzare, da un punto di vista quantitativo, la drammaticità dell'evento, sia per fare valutazioni in vista di una migliore tutela del diritto alla propria salute e a ricevere cure mediche.

Il Codacons non ha ricevuto dall'amministrazione una tempestiva *disclosure* dei dati richiesti e si è scontrata con l'assenza nel nostro ordinamento giuridico di uno strumento idoneo ad ottenere gli stessi in tempi utili⁷³.

Non avendo ottenuto alcuna risposta, il Codacons ha impugnato dinanzi al TAR Lazio i bollettini informativi della Protezione civile successivi alla presentazione della sua istanza, chiedendone l'annullamento, previa adozione di misure cautelari *ex art. 56 c.p.a.* In altri termini, per sollecitare il rilascio dei dati richiesti, l'Associazione dei consumatori, con un'evidente forzatura interpretativa, ha inteso tali bollettini informativi come impliciti provvedimenti di diniego della

⁷² Segnatamente, si chiedeva di distinguere il numero dei deceduti affetti da Covid-19 in soggetti deceduti in ospedale e soggetti deceduti nel proprio domicilio con sintomi gravi; di comunicare i posti disponibili in terapia intensiva sull'intero territorio nazionale, nonché le relative possibilità concrete di trasferimento attraverso la Cross, Centrale remota per le operazioni di soccorso; infine, di comunicare la percentuale dei soggetti positivi in rapporto ai tamponi effettuati giornalmente.

⁷³ Sia l'art. 25, co. 4, legge sul procedimento amministrativo, con riferimento all'accesso documentale, sia l'art. 5, co. 6, d.lgs. n. 33/2013, con riguardo all'accesso civico, prevedono il termine di trenta giorni per la conclusione del relativo procedimento; sul punto, E. FURIOSI, *L'accesso civico generalizzato alla prova dell'emergenza da Covid-19*, cit., 101.

propria istanza (dato che, al pari dei primi, non prevedevano i dati aggiuntivi richiesti); pertanto, li ha impugnati subito dopo la pubblicazione, senza attendere dunque il termine di trenta giorni dalla istanza, anziché servirsi del rito speciale in materia di accesso previsto dall'art. 116 c.p.a.

Le istanze cautelari avanzate dal Codacons sono state respinte dal giudice amministrativo⁷⁴, che ha comunque concluso prendendo una netta posizione a sostegno dell'interesse alla pubblicazione dei dati richiesti⁷⁵.

Il Codacons, preso atto dell'arroccamento dell'amministrazione resistente, ad aprile 2020 ha proposto istanza incidentale di accesso *ex art.* 116, co. 2, c.p.a. Il giudice amministrativo ha nuovamente respinto l'istanza dichiarandola infondata⁷⁶, ma ha ribadito l'importanza di una più ampia e tempestiva diffusione dei dati sulla pandemia, al fine di assicurare la più effettiva trasparenza e la piena comprensione sull'emergenza sanitaria⁷⁷.

La vicenda offre diversi spunti.

Tralasciando le svariate "forzature" processuali approntate dal Codacons e l'esplicita presa di posizione del giudice amministrativo che ha più volte sottolineato l'importanza di una tempestiva *disclosure* dei dati sul virus, il contenzioso esaminato consente di mettere in luce un altro "effetto collaterale" della pandemia da coronavirus, e cioè l'inadeguatezza dell'accesso civico generalizzato, strumento pensato per tempi ordinari, a garantire il principio di trasparenza amministrativa in tempi straordinari ed emergenziali⁷⁸.

L'impossibilità per il cittadino di ottenere una risposta dall'amministrazione in termini rapidi ha causato un grave *vulnus* per il diritto all'informazione. Il

⁷⁴ I due decreti presidenziali emanati dal TAR Lazio (TAR Lazio, sez. I-*quater*, decreto 28 marzo 2020, n. 2299 e decreto 1 aprile 2020, n. 2346), sono stati confermati in sede di appello cautelare dal Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, sez. III, decreto 8 aprile 2020, n. 1841). Il TAR Lazio e il Consiglio di Stato hanno considerato non impugnabili i bollettini della Protezione civile e di conseguenza hanno precisato che non poteva essere azionato l'ordinario rito annullatorio. In secondo luogo, non poteva ipotizzarsi una fattispecie di diniego implicito non essendo stato rispettato il termine di trenta giorni per dare riscontro alle istanze. Per un'analisi dell'intera vicenda si rinvia a E. FURIOSI, *Emergenza Covid e dati pubblici: l'accesso civico e il rito processuale in materia di accesso non vanno alla velocità della pandemia*, in *Ceridap, rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, n. 2/2020, 149 ss.

⁷⁵ Il giudice amministrativo ha infatti dichiarato di auspicare fortemente che «la Protezione civile avrà certamente modo di considerare, con ogni mezzo possibile compatibile con modalità e tempi dell'emergenza, anche tali auspicati elementi conoscitivi, al fine di valutarli per ciò che è il reale, primario interesse generale odierno: il contrasto e la riduzione del contagio e l'adozione delle terapie necessarie». Così Cons. Stato, sez. III, decreto n. 1841/2020, cit.

⁷⁶ Tale istanza, ad avviso del Collegio, non aveva ad oggetto dei documenti sufficientemente individuati ma avrebbe costretto l'amministrazione a formare nuovi documenti per soddisfare l'interesse informativo della parte ricorrente.

⁷⁷ TAR Lazio, sez. I-*quater*, 25 giugno 2020, n. 7174.

⁷⁸ E. FURIOSI, *L'accesso civico generalizzato alla prova dell'emergenza da Covid-19*, cit., 104.

primo problema che è emerso dalla vicenda è proprio che il termine di trenta giorni assegnato all'amministrazione per rispondere all'istanza di accesso civico rischia di risultare troppo lungo e non tiene il passo con i tempi della diffusione del virus: è evidente che nell'attesa di una risposta vi sia il rischio che si perda l'interesse o si vanifichi la finalità di tutelare la propria salute, come accaduto. Sarebbe stato dunque opportuno introdurre un regime derogatorio, con la previsione di un termine per la conclusione del procedimento più o meno breve a seconda delle concrete circostanze di urgenza del caso di specie.

Ovviamente la mancata previsione di un termine breve per le decisioni amministrative sulle istanze di ostensione relative alle informazioni e ai dati concernenti il coronavirus si è aggiunta al regime di sospensione dei termini procedurali operato dal d.l. n. 18/2020, che, come visto, ha compromesso notevolmente il diritto a conoscere⁷⁹. Non solo, quindi, il legislatore non ha accelerato la *disclosure* dei dati sul contagio, come sarebbe stato auspicabile, ma ha addirittura consentito alle amministrazioni pubbliche di temporeggiare ulteriormente.

Eppure, è palese che una ostensione tardiva – tra l'altro non avvenuta nella vicenda Codacons – dei dati relativi al contagio privi gli stessi della loro utilità principale; vale a dire, come evidenziato dal giudice amministrativo, la possibilità per i cittadini «di ottenere ogni informazione che possa essere utile ad assumere gli atteggiamenti più corretti per affrontare la gravissima emergenza sanitaria in corso»⁸⁰. La scelta dell'amministrazione di non pubblicare tempestivamente i dati richiesti ha di fatto eroso l'utilità di questi ultimi.

Dalla vicenda emerge altresì come la mera pubblicazione di alcuni dati non si sia affatto rivelata sufficiente a garantire la trasparenza a cui gli obblighi di pubblicazione sono finalizzati. Si è palesata, infatti, la necessità di uno sforzo ulteriore: i dati rilasciati e resi pubblici devono essere resi comprensibili attraverso chiavi di lettura che li interpretino e contestualizzino. Ma così non è stato: abbiamo infatti assistito alla pubblicazione quotidiana del numero di contagiati, senza però evidenziare sufficientemente che il numero di tamponi effettuati quotidianamente non era il medesimo⁸¹, rendendo in questo modo tali numeri non solo inutili, ma financo fuorvianti e affatto significativi⁸². In tal modo la pubbli-

⁷⁹ A. CORRADO, *Trasparenza, diritto all'informazione e tutela dei dati personali ai tempi del Covid-19*, cit., 519-521.

⁸⁰ Così TAR Lazio, sez. I-*quater*, ordinanza 17 aprile 2020, n. 2835.

⁸¹ La percentuale dei soggetti positivi in rapporto ai tamponi effettuati giornalmente era tra i dati aggiuntivi richiesti dal Codacons.

⁸² E. FURIOSI, *L'accesso civico generalizzato alla prova dell'emergenza da Covid-19*, cit., 105. L'esigenza di una maggiore precisione e completezza nella diffusione dei dati sul Covid-19 è emersa altresì in una vicenda più recente concernente la richiesta al Ministero della salute di rendere noti dati statistici relativi all'andamento della situazione epidemiologica a livello nazionale, con indicazione diversificata del numero di decessi e degenti in terapia intensiva su base anagrafica e/o pregresse patologie. La vicenda si è conclusa con un nulla di fatto, in quanto il Ministero della salute, rite-

cità si è sovrapposta alla trasparenza⁸³. Mentre quest'ultima, nella sua dimensione "collettivistica", finalizzata a garantire la conoscibilità diffusa dell'azione pubblica, implica non solo la possibilità per la cittadinanza di ottenere dati completi e aggiornati, ma anche l'effettiva comprensione delle notizie disponibili. La scarsa attenzione per il profilo della comprensibilità dei dati e delle informazioni rischia così di rendere inutile la diffusione degli stessi presso la collettività⁸⁴.

In conclusione, la vicenda Codacons palesa una criticità del sistema amministrativo di tutela del diritto all'informazione del cittadino: mette cioè in luce l'inadeguatezza del sistema a soddisfare un'esigenza di trasparenza in tempi celeri, come accaduto durante l'emergenza. La mancanza di uno strumento idoneo a consentire di avere rapidamente i dati utili rischia inevitabilmente di vanificare l'interesse e la finalità da raggiungere, cioè quella di tutelare, anche in questo caso in tempi rapidi, un altro diritto fondamentale qual è il diritto alla salute, ancora più importante, che qui viene parimenti in gioco, unitamente al diritto alla conoscenza e comprensione delle informazioni pubbliche⁸⁵.

L'importanza di una completa e tempestiva *disclosure* sui dati concernenti la lotta al coronavirus è stata affermata dal giudice amministrativo anche in seguito alla lunga vicenda concernente il piano nazionale di emergenza. Il contenzioso ha avuto ampia risonanza, suscitando diverse polemiche. L'*incipit* risale ad agosto 2020, quando due deputati del partito Fratelli d'Italia hanno presentato al Ministero della salute un'istanza di accesso generalizzato finalizzata ad avere copia del piano nazionale di emergenza pandemica. Dinanzi all'inerzia del dicastero, è stato adito il TAR Lazio, che a gennaio 2021 ha accolto il ricorso⁸⁶. In ottemperanza a tale decisione, a febbraio, il Ministero della salute ha pubblicato il documento "Piano Sanitario Nazionale in risposta ad una eventuale emergenza

nendosi incompetente, ha inoltrato l'istanza di ostensione all'Istituto Superiore di Sanità, ente supposto competente, dandone comunicazione all'interessato. A gennaio 2021 l'istante ha adito il TAR lamentando l'illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza di accesso. Il ricorso è stato respinto dal giudice amministrativo, non sussistendo nel caso di specie alcun silenzio inadempimento (TAR Lazio, sez. III-*quater*, 15 giugno 2021, n. 7144).

⁸³ Sul rapporto tra pubblicità e trasparenza: F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, cit., 1 ss.; S. VACCARI, M. RENNA, *Dalla "vecchia" trasparenza amministrativa al c.d. open government*, cit., 1 ss.

⁸⁴ I recenti fenomeni di insofferenza alla vaccinazione – che continuano a contraddistinguere una fascia, per quanto minoritaria, della popolazione – sembrano essere stati aggravati proprio dalla scarsa comprensione dei contenuti divulgati, mentre una maggiore attenzione su questo fronte li avrebbe forse in parte scongiurati o quanto meno attenuati. Sull'argomento, A. SIMONATI, *Adempimenti comunicativi e legittimità dell'obbligo vaccinale: la (multiforme) influenza del principio di trasparenza amministrativa*, in www.nuoveautonomie.it, intervento al webinar su *Pandemia e obbligo vaccinale. Riflettendo sull'ordinanza n. 38/2022 del CGARS*, 19 febbraio 2022.

⁸⁵ A. CORRADO, *Trasparenza, diritto all'informazione e tutela dei dati personali ai tempi del Covid-19*, cit., 516-517.

⁸⁶ TAR Lazio, sez. III-*quater*, 22 gennaio 2021, n. 879.

pandemica da Covid-19”. Ciononostante, l’Avvocatura dello Stato ha proposto appello avverso la sentenza di prime cure.

Il Consiglio di Stato ha preso atto che i documenti richiesti erano stati effettivamente forniti: la pubblicazione del documento richiesto ad opera del Ministero appellante ha soddisfatto l’interesse ostensivo azionato dagli originari ricorrenti. Pertanto il ricorso in primo grado è stato dichiarato estinto per sopravvenuta carenza di interesse.

Il giudice amministrativo ha comunque colto l’occasione per ribadire, ancora una volta, l’importanza di una più ampia e completa trasparenza nella gestione della pandemia⁸⁷.

5. *Il report di Transparency International e le priorità per una revisione organica del diritto di accesso*

Le vicende di cui si è discusso rappresentano un significativo banco di prova del livello di attuazione del principio di trasparenza nel nostro ordinamento.

Nonostante l’introduzione nel 2016 di una disciplina innovativa, che consenta di promuovere maggiori condizioni di trasparenza dell’azione amministrativa e che miri a realizzare una vera e propria “casa di vetro”, alla luce dei risultati monitorati emergono nella prassi difficoltà operative che incidono sul corretto esercizio del diritto di accesso alle informazioni pubbliche. Pur sottolineando l’importanza del ruolo che può essere giocato dalla trasparenza – importanza enfatizzata dall’attuale pandemia – non può trascurarsi la straordinaria resistenza che su più fronti la cultura del segreto ha continuato a manifestare in questi anni, contrastando e ridimensionando le aperture alla conoscibilità promosse dal legislatore⁸⁸.

L’emergenza sanitaria conferma l’importanza di una effettiva trasparenza e di una più ampia informazione: la pandemia, sulla quale si sono concentrate tutte le energie – sanitarie, economiche, sociali – dei vari Paesi, comprensibilmente ha monopolizzato l’attenzione dei cittadini, con una crescente richiesta di informazioni e il costante rischio di infodemia. In questo quadro la ricerca di fonti

⁸⁷ «Sempre più dovrà essere soddisfatto, nella misura in cui lo consentiranno e verranno meno le preminenti esigenze di riservatezza volte a preservare la salute quale interesse della collettività, l’interesse pubblico, sotteso all’accesso civico generalizzato, ad ottenere la massima trasparenza in ordine agli atti con i quali il Governo e le autorità sanitarie hanno inteso fronteggiare, sin dal principio, la diffusione della pandemia da Covid-19 e far luce, secondo il principio della “casa di vetro” che contraddistingue la trasparenza dell’azione amministrativa (...), sui moduli decisionali, invero complessi e articolati, che hanno condotto, anche in una fase procedimentale istruttoria o meramente preparatoria, all’adozione di misure emergenziali fortemente incidenti sull’esercizio dei diritti fondamentali». Così Consiglio di Stato, 9 luglio 2021, n. 5213.

⁸⁸ E. CARLONI, *La trasparenza come risposta all’emergenza*, cit., 6.

informativa affidabili, complete e tempestive è diventata sempre più pressante; così come la necessità di rendere prontamente conoscibili i dati sulla base dei quali sono state prese decisioni dall'impatto così dirompente sulle nostre vite. Si è trattato di un passaggio cruciale: al di là delle resistenze nella pubblicazione dei dati, che non sono mancate, l'accesso generalizzato ha dimostrato nel corso della pandemia di essere un importante strumento per aumentare la trasparenza dei processi decisionali e per garantire una più completa e corretta informazione. Pur senza nascondere limiti e difficoltà, ad oggi l'istituto risulta insostituibile a tal fine, come del resto dimostrano le sentenze del giudice amministrativo.

Proprio alla luce delle recenti vicende in tempo di pandemia è quanto mai opportuno valorizzare ulteriormente l'istituto dell'accesso generalizzato, migliorando quegli aspetti normativi che tendono a ostacolare le istanze formulate da cittadini, giornalisti e organizzazioni della società civile. In un suo recente report dedicato all'impiego del FOIA da parte dei giornalisti⁸⁹, l'associazione *Transparency International* Italia ha indicato le priorità per una revisione organica del diritto di accesso, di cui ha messo in luce alcune criticità.

In primo luogo, va assicurata una maggiore tutela dell'identità del richiedente: oggi, infatti, è previsto soltanto che laddove le informazioni richieste alle autorità pubbliche prevedano controinteressati, l'amministrazione debba dare loro comunicazione (art. 5, co. 5, d.lgs. n. 33/2013). Tuttavia, più volte giornalisti che indagavano sulla criminalità organizzata o su possibili reati si sono trovati a vedere le loro generalità condivise con soggetti potenzialmente pericolosi, perché le amministrazioni hanno inoltrato le istanze di accesso ai controinteressati senza omettere i dati personali del richiedente. Tale procedura non solo rischia di compromettere l'incolumità dell'istante, ma anche di disincentivare il lavoro d'inchiesta dei professionisti dell'informazione. Per questo *Transparency International* suggerisce che i giornalisti e gli attivisti vengano tutelati da eventuali rappresaglie dei privati con una maggiore attenzione nel rimuovere ogni dato personale nell'intero delle richieste di accesso a terzi.

Altro problema concerne i dinieghi alle istanze di ostensione, che spesso non forniscono motivazioni in maniera adeguata ed esaustiva. Sarebbe auspicabile una riforma normativa che sancisca l'obbligo per le amministrazioni di giustificare in modo chiaro e circostanziato il diniego, affinché eventualmente il richiedente possa scegliere se ricorrere sulla base di informazioni precise. Il ricorso alla giustizia amministrativa ha, d'altro canto, dei costi che non tutti possono sostenere, limitando di fatto la possibilità di veder riconosciuto un diritto. Per questo, *Transparency* chiede corsie preferenziali per attivisti, giornalisti e asso-

⁸⁹ Report FOIA4Journalists 2019, pubblicato il 28 settembre 2020, in occasione della Giornata Internazionale dell'Accesso alle Informazioni. Esso raccoglie le esperienze e i risultati ottenuti nel corso dell'ultimo anno in cui il FOIA è diventato sempre più uno strumento imprescindibile per lo svolgimento delle attività dell'associazione.

ciazioni che si avvalgono massicciamente del diritto di accesso generalizzato e che per questo dovrebbero poter contare su una riduzione dei costi in caso di ricorsi al TAR.

Ancora, viene lamentata l'assenza di un'autorità di controllo che possa vigilare sull'operato delle pubbliche amministrazioni, in particolare nel caso di dinieghi immotivati o silenzi di fronte alle richieste di accesso, e che sia in grado di irrogare sanzioni a quelle amministrazioni che non applicano con rigore la disciplina normativa.

Infine, per rendere il FOIA uno strumento veramente accessibile a tutti, la predetta Organizzazione internazionale contro la corruzione propone che le amministrazioni prepongano alle istanze di accesso un dipendente, che sia debitamente formato e in grado di dialogare con i cittadini anche "da remoto".

A fronte di questo quadro, le vicende finora illustrate dimostrano la difficoltà di giungere a una amministrazione pienamente e realmente aperta, trasparente e al servizio del cittadino.

Ecco perché occorre anche un diverso approccio da parte della nostra P.A. La chiusura e l'arroccamento dei pubblici poteri di fronte ad istanze di accesso ad atti così importanti come quelli sulla pandemia, la cui divulgazione può generare un dibattito pubblico, che può a sua volta sfociare in una critica dell'opinione pubblica, sembrano il riflesso di un approccio culturale ancora troppo legato alla tradizionale concezione autoritativa e verticistica della P.A., con il risultato di vanificare la spinta rivoluzionaria realizzata dal legislatore verso un nuovo modello di rapporto tra amministrazione e amministrati, basato sul dialogo orizzontale e su dinamiche paritarie e interattive⁹⁰.

⁹⁰ A. ALU', *Il FOIA resta diritto astratto in Italia: ecco perché*, in <https://www.agendadigitale.eu/cittadinanza-digitale/foia-se-la-pa-non-cambia-mentalita-non-puo-esserci-trasparenza-il-report>, 23 ottobre 2020.

Abstract

L'articolo indaga le conseguenze che la pandemia da Covid-19 ha avuto sul principio di trasparenza amministrativa. Analizzando in particolare alcune disposizioni del decreto-legge n. 18/2020 e due vicende giudiziarie concernenti istanze di accesso aventi ad oggetto dati sull'emergenza sanitaria, si vuole mettere in luce come la gestione della pandemia sia caratterizzata da un *deficit* di trasparenza, con evidenti ripercussioni negative sulla fiducia dei cittadini verso le istituzioni e sulla diffusione del contagio. Il periodo attuale si pone dunque come banco di prova per verificare l'attuazione del principio di trasparenza nel nostro ordinamento, specie alla luce dell'introduzione del FOIA nel 2016. Le molteplici istanze di accesso generalizzato e i tanti appelli alla trasparenza delle amministrazioni pubbliche confermano l'imprescindibilità del diritto di accesso e la necessità di implementarlo sempre di più.

Delayed transparency and denied access during the Covid-19 pandemic

The paper analyzes how the Covid-19 pandemic affected the principle of administrative transparency. Exploring some provisions of Decree-Law no. 18/2020 and considering some access requests related to the health emergency data, the paper shows the deficit of administrative transparency during the pandemic management. This has negatively affected public confidence in the institutions and also increased the spread of the infection. So the Covid-19 pandemic has become a test bed for the implementation of the administrative transparency principle in the Italian legal order, especially following the introduction of FOIA in 2016. The several civic access requests related to Covid-19 health emergency data and many appeals for the transparency of public administrations confirm the essential right to access and the need to further improve it.