



MARIO PERINI

**LA TRASPARENZA DEI PUBBLICI POTERI
E I SUOI RIFLESSI SULLA FORMA
DI GOVERNO NEL REGNO UNITO
E NEGLI STATI UNITI D'AMERICA**

ISBN 978-88-902328-9-3

BIBLIOTECA

TIPOGRAFIA SENESE
2008

MARIO PERINI

La trasparenza dei pubblici poteri e i suoi riflessi sulla forma di
governo nel Regno Unito e negli Stati Uniti d'America

INTRODUZIONE.....4**REGNO UNITO DI GRAN BRETAGNA E IRLANDA DEL NORD . .20**

<u>1. LA TRASPARENZA E LA SUA INTERRELAZIONE CON LA FORMA DI GOVERNO BRITANNICA</u>	<u>21</u>
<u>2. CENNI ALL'EVOLUZIONE DELLA FORMA DI GOVERNO BRITANNICA.....</u>	<u>25</u>
<u>3. OSTACOLI ALL'AFFERMAZIONE DELLA TRASPARENZA-CONTROLLO A LIVELLO NAZIONALE</u>	<u>35</u>
<u>4. LA LENTA AFFERMAZIONE DELLA TRASPARENZA-CONTROLLO NELLA FORMA DI GOVERNO BRITANNICA.....</u>	<u>51</u>
<u>4.1 Il Parliamentary Commissioner for Administration.....</u>	<u>51</u>
<u>4.2 La penetrazione del principio di trasparenza negli enti locali.....</u>	<u>67</u>
<u>4.3 La lenta e faticosa affermazione del principio di trasparenza a livello centrale.....</u>	<u>79</u>
4.3.1 Gli "analoghi" al diritto di accesso.....	82
4.3.2 I codici di comportamento.....	90
<u>5. IL FREEDOM OF INFORMATION ACT 2000: UNA "RIVOLUZIONE" COSTITUZIONALE. .</u>	<u>103</u>
<u>6. LA TRASPARENZA-ACCESSO E LE SUE IMPLICAZIONI SULLA FORMA DI GOVERNO.....</u>	<u>123</u>
<u>6.1. La trasparenza-accesso e la forma di governo.....</u>	<u>123</u>
<u>6.2. La fonti della trasparenza-accesso.....</u>	<u>126</u>
<u>6.2. Le principali fattispecie di trasparenza-accesso.....</u>	<u>134</u>
<u>6.3. L'evoluzione giurisprudenziale della disciplina della discovery. .</u>	<u>158</u>

STATI UNITI D'AMERICA.....184

<u>1. LA TRASPARENZA DEI PUBBLICI POTERI NELL'EVOLUZIONE DELLA FORMA DI GOVERNO DEGLI STATI UNITI D'AMERICA.....</u>	<u>185</u>
<u>1.1 La trasparenza dei pubblici poteri.....</u>	<u>185</u>
<u>1.2 Cenni all'evoluzione della forma di governo statunitense.....</u>	<u>189</u>
1.2.1 La costituzione liberale, la forma di governo congressuale e il Transmission Belt Model.....	189
1.2.2 La costituzione democratica, la forma di governo presidenziale e l'espansione della pubblica amministrazione.....	199
<u>1.3 La trasparenza-accesso e la trasparenza-controllo come possibili risposte ai problemi posti dall'evoluzione della forma di governo statunitense.....</u>	<u>209</u>
1.3.1 I problemi posti dall'evoluzione della forma di governo e i profili di legittimità costituzionale.....	209
1.3.2 I problemi posti dall'evoluzione della forma di governo e i profili di legittimazione.....	214
1.3.3 La trasparenza-accesso e l'Administrative Procedure Act 1946: una democrazia partecipata ?.....	219

1.3.4 L'insufficienza della trasparenza-accesso a risolvere i problemi posti dall'evoluzione della forma di governo statunitense e l'affermazione della trasparenza-controllo.....	232
2. LA TRASPARENZA-CONTROLLO NELLA DISCIPLINA DEL FREEDOM OF INFORMATION ACT 1966.....	242
2.1 Un inquadramento generale.....	242
2.2 Le principali eccezioni all'accesso.....	255
3. LA TRASPARENZA-CONTROLLO NELLA FORMA DEI PUBLIC MEETINGS DISCIPLINATI DAL FEDERAL GOVERNMENT IN THE SUNSHINE ACT 1976.....	282
3.1 Un inquadramento generale.....	282
3.2 La disciplina dell'accesso ai Public Meetings.....	288
4. RECENTI SVILUPPI IN TEMA DI TRASPARENZA-CONTROLLO E NUOVE PROBLEMATICHE	321
4.1 Nuove esigenze e nuove risposte normative: gli emendamenti e le integrazioni del FOIA diretti ad accrescere la trasparenza-controllo.	321
4.2 Nuove esigenze e nuove risposte normative e amministrative: la limitazione del FOIA per ragioni di sicurezza nazionale.....	327
4.3 Il difficile ruolo dei giudici federali tra la garanzia della trasparenza-controllo e la sicurezza nazionale.....	333
CONCLUSIONI.....	338

Introduzione

La trasparenza amministrativa può ben essere considerata uno dei temi centrali del diritto costituzionale di gran parte dei paesi occidentali

Come rilevato sotto due prospettive assolutamente distinte e in due ambienti storici e culturali diversi, la trasparenza costituisce il cuore pulsante del diritto pubblico, o meglio, del costituzionalismo: *“si può chiamare formula trascendentale del diritto pubblico il seguente principio: Tutte le azioni relative al diritto di altri uomini, la cui massima non è suscettibile di pubblicità, sono ingiuste”*¹ e *“a popular Government, without popular information, or the means of acquiring it, is but a Prologue to a Farce or a Tragedy; or, perhaps both. Knowledge will forever govern ignorance: And a people who mean to be their own Governors, must arm themselves with the power which knowledge gives”*².

Nel diritto positivo, la trasparenza è stata ricondotta ad una pluralità di disposizioni o principi costituzionali e, a seguito di una lunga evoluzione, è stata utilizzata come principale strumento di limite e controllo (diffuso) dei poteri e delle funzioni, soprattutto amministrativi, che si sono venuti a moltiplicare con la nascita e lo sviluppo dello Stato sociale.

¹ I. KANT, *Per la pace perpetua; Appendice II (Dell'accordo della Politica con la morale secondo il concetto trascendentale del diritto pubblico)* (trad. it.), in *Scritti Politici*, Torino, Utet, 1956, p. 330.

² Lettera di James Madison a W. T. Barry, dell'4/8/1822, in J. MADISON, *Writings*, New York, Library of America, 1999, p. 103.

La trasparenza ha soprattutto riguardato il potere esecutivo, non perché anche le altre funzioni dello stato non ne siano interessate, ma perché mentre queste ultime per tradizione o per evoluzione fin dal sorgere dello stato costituzionale ne erano estesamente impregnate, l'esecutivo, e in particolare, l'amministrazione erano i luoghi in cui imperavano gli *arcana imperii*.

La trasparenza, come l'analisi che si andrà a condurre cercherà di mostrare, ha profondamente influenzato la trasformazione della forma di governo, introducendo elementi di democrazia diretta e partecipativa nel cuore delle democrazie rappresentative. Essa però si è comunque mossa nel solco del costituzionalismo liberale avendo di mira, non il rafforzamento della volontà popolare, ma quello della limitazione dei poteri d'imperio.

Le ragioni che hanno condotto all'affermazione di questo principio sono in gran parte analoghe (l'espansione degli apparati e dei poteri pubblici e l'esigenza di un loro controllo) e analoghi sono stati gli strumenti utilizzati per garantirlo. Molto diverso invece è stato il processo stesso di affermazione a causa delle diversità di cultura e soprattutto di forma di governo esistenti nei due paesi.

Negli Stati Uniti d'America la trasparenza diretta ad assicurare la conoscibilità delle informazioni in possesso della p.a. quando siano in gioco interessi giuridici di un soggetto coinvolto nell'esercizio di poteri da parte dell'amministrazione – trasparenza che si propone di chiamare *trasparenza-accesso* -, è stata ricondotta alla stessa disciplina

costituzionale: *due process clause*³. Questa clausola costituzionale era stata formulata principalmente allo scopo di assicurare una tutela giurisdizionale in campo penalistico, ma la Corte Suprema venne successivamente ad estendere la sua applicazione in ogni caso in cui un'autorità dello stato avesse intenzione di incidere su posizioni giuridiche individuali, dunque anche nell'ambito dei procedimenti amministrativi ('giusto procedimento'). Ma per garantire un *fair hearing* è indispensabile che sia permesso di conoscere contro cosa ci si deve difendere, dunque si deve avere il diritto di accedere alle informazioni in possesso della p.a.

Sempre negli Stati Uniti la trasparenza, questa volta non strumentale alla tutela di interessi giuridici individuali – trasparenza che si propone di chiamare *trasparenza-controllo* -, è stata ricondotta al I Emendamento della Costituzione federale, nella parte che riconosce la libertà di parola e di stampa⁴. Questa impostazione, seguita anche dal Congresso al momento

³V e XIV Emendamento della Costituzione federale degli Stati Uniti. Questi due articoli hanno contenuto analogo, ma mentre il primo (V) si riferisce al *Federal Government*, il secondo si applica ai singoli Stati membri. La formulazione dei due emendamenti è diversa, ma la loro interpretazione ha condotto all'individuazione di un unico principio: *Due Process*, cioè l'obbligo di garantire un *fair hearing* tutte le volte che l'autorità federale o statale venga ad incidere su una *properties* o *liberties*: HAHN *Procedural Adequacy in Administrative Decision-Making: A Unified Formulation* sta in *Administrative Law Review* 1978, nota 61 pp. 479-80. Con questi Emendamenti si è venuto a costituzionalizzare il principio, appartenente alla *common law*, di *Natural Justice*, ed in particolare quell'aspetto che consiste nel diritto ad un *fair hearing*.

⁴Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 203-206; MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* sta in MARSH *Public Access to Government-Held Information: a Comparative Symposium* cit., p. 55.

dell'adozione del *Government in the Sunshine Act 1976*⁵, si fonda su due principali argomenti, di cui il primo più generale, l'altro più specifico: 1 per poter liberamente parlare e scrivere è essenziale poter conoscere ciò di cui si vuole parlare o scrivere; 2 la libertà di stampa e di parola sono state riconosciute allo scopo principale di rafforzare la democrazia, intesa come governo del popolo⁶. Cioè ognuno deve poter liberamente discutere su come sia gestita la cosa pubblica, allo scopo di poter compiere le migliori scelte politiche; ma per poter far ciò è indispensabile sapere come in effetti sia governata la *res publica*, e dunque deve essere garantita la più ampia possibilità di conoscere come agisce ed è organizzata la p.a.

In G.B., mentre la trasparenza-accesso ha antiche tradizioni, quella-controllo ha posto molti interrogativi relativamente alla sua compatibilità con il principio costituzionale di responsabilità ministeriale⁷. Infatti garantire a chiunque il diritto di conoscere come opera la p.a. sarebbe da considerare contrario al rapporto esistente tra ministri e Parlamento. Difatti essendo i ministri responsabili nei confronti del Parlamento per qualunque atto degli ufficiali alle loro dipendenze, è questo che deve vigilare sull'operato dei ministri, mentre qualunque tipo di controllo ulteriore⁸ sull'amministrazione sarebbe suscettibile di indebolire il principio

⁵STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 205.

⁶ "How can we govern ourselves if we know not how we govern ?", sono parole dell'*Attorney General* nel 1967 riportate in STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 205 nota n. 226.

⁷Cfr. WADE *Constitutional Fundamentals* cit., pp. 53-55; WADE W. *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 61-65.

costituzionale di responsabilità ministeriale che è tipico del sistema di governo inglese⁹.

La trasparenza non è uno specifico istituto giuridico, ma un valore¹⁰ alla cui realizzazione sono diretti vari strumenti approntati dal diritto, come ad esempio il diritto di accedere ai documenti rilevanti nell'ambito di un procedimento amministrativo, il diritto di conoscere il fondamento di un provvedimento amministrativo (motivazione), il diritto di accedere alle informazioni in possesso della p.a., il diritto di assistere alle riunioni degli organi amministrativi¹¹.

⁸Quale appunto quello diffuso operato per il tramite della trasparenza amministrativa.

⁹“(B)ecause under the United Kingdom system Ministers are responsible to Parliament for the administration, any additional control over the administration must in some way weaken that ministerial responsibility.”, MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* sta in MARSH (ed.) *Public Access to Government-Held Information: a Comparative Symposium* cit., p. 280. Il brano citato riferisce sulla posizione assunta dal comitato di giuristi *Justice* in un suo report del 1978.

¹⁰Cfr. ad es. MARRAMA *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo* sta in AA.VV. *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza* cit., pp. 53-58. Egli però, distingue la trasparenza dalla pubblicità; infatti quest'ultima sarebbe un istituto giuridico destinato a realizzare la prima. L'autore afferma ciò poiché definisce la pubblicità esclusivamente come accessibilità alle informazioni in possesso dell'amministrazione, e dunque come uno degli istituti giuridici utili per realizzare il valore 'trasparenza'.

¹¹MARSH (*Access to Government-Held Information: An Introduction* cit., pp. 24-30) parla di 'analoghi' all'accesso per tutte quelle ipotesi diverse dall'accesso a qualunque documento in possesso dell'amministrazione da parte di qualunque amministrato, cioè in fondo dal diritto di accesso disciplinato nell'americano *Freedom of Information Act 1966*. Questa ricostruzione credo che parta dal presupposto che essenzialmente la trasparenza amministrativa si identifichi con questo particolare istituto giuridico e dunque tutti quegli istituti che se ne differenziano possono tutt'al più essere considerati degli 'analoghi'. Se invece, come ritengo più opportuno, si ritiene la trasparenza amministrativa come un

Le eccezioni che sono state mosse al principio di trasparenza amministrativa, possono essere suddivise in due grandi categorie: quelle a carattere generale e quelle a carattere specifico. 1 Una tipica obiezione con cui viene in generale criticata l'applicazione del principio di trasparenza, fa riferimento all'esigenza di efficienza a cui deve ispirarsi l'agire delle pubbliche autorità¹². Si afferma in sostanza che il tempo, il denaro, le energie necessarie per garantire una ampia informazione del pubblico vanno a danno del buon andamento dell'azione pubblica. Inoltre il fatto che i pubblici impiegati sarebbero di continuo sottoposti al controllo del pubblico, impedirebbe loro di svolgere serenamente e con efficienza le loro mansioni¹³. 2 Sono poi state avanzate varie obiezioni specifiche alla

valore o per lo meno una categoria generale, tutti gli istituti giuridici che tendono a realizzarla devono essere messi sullo stesso piano, e di questi non se ne può considerare uno più importante degli altri, che faccia da termine di paragone delle 'altre' ipotesi, dunque semplicemente analoghe.

¹²Cfr. in generale MARSH *Access to Government-Held Information: An Introduction* cit., p. 5; MARSH N.S. *Public Access to Government-Held Information: A Select Comparative Survey* sta in MARSH (ed.) *Public Access to Government-Held Information: a Comparative Symposium* cit., p. 321.

¹³Un'altra obiezione a carattere generale che viene normalmente sollevata, consiste nel fatto che la democrazia rappresentativa si deve fondare sulla fiducia tra rappresentati e rappresentanti; sono appunto questi ultimi che devono occuparsi del controllo dei vari ufficiali dell'amministrazione, mentre permettere a qualunque cittadino di farlo, verrebbe ad indebolire questo rapporto di fiducia: MARSH *Access to Government-Held Information: An Introduction* cit., p. 5. Questo argomento, però, è particolarmente usato in G.B., dove la fiducia degli elettori nei confronti dei loro politici, nonostante vari scandali degli ultimi anni (vicenda *Tisdall* del 1983, vicenda *Ponting* del 1985, vicenda *Matrix Churchill* del 1992; cfr. BIRKINSHAW P. *Reforming the Secret State* Milton Keynes-Philadelphia, Open University Press, 1991, pp. 4-5 e GANZ G. *Matrix Churchill and Public Interest Immunity* sta in *The Modern Law Review* 1993, pp. 564 e sgg.), è tuttora molto grande, o meglio molto più grande che in altri paesi; cfr. in questo senso BIRKINSHAW *Reforming the Secret State* cit., p. 64. Addirittura in questo paese esiste un principio, ricavato dal diritto privato, secondo cui gli amministratori

trasparenza. Si afferma cioè che questo principio, anche se fosse applicato in modo generale, dovrebbe comunque cedere il passo al segreto, alla riservatezza, quando ciò fosse richiesto da interessi prevalenti¹⁴. Ad esempio l'interesse alla tutela della sicurezza interna e dell'ordine pubblico, quello alla protezione della *privacy* di soggetti terzi rispetto alla p.a. e a colui che chiede certe informazioni, o ancora l'interesse al corretto svolgimento delle relazioni internazionali o quello alla prevenzione del crimine, ecc.

locali hanno un dovere giuridico di rispettare la fiducia dei contribuenti: GROTTANELLI DE' SANTI G. *Finanza locale allegra e lealtà verso i contribuenti* sta in *Diritto e Società* 1983, in particolare pp. 115-119. Questa stessa obiezione alla trasparenza amministrativa non la si ritrova invece né negli Stati Uniti d'America né in Italia. Anzi uno dei principali motivi che hanno spinto i legislatori di questi due paesi, negli anni '60 e '70 negli Stati Uniti d'America e negli anni '80 e '90 in Italia, ad adottare norme che assicurino una sempre maggiore trasparenza dell'attività e dell'organizzazione amministrativa, è stato proprio quello del venir meno della fiducia dei cittadini nei confronti della classe politica ed amministrativa. Uno dei principali scopi, spesso espressamente dichiarato, delle varie leggi che sono venute a disciplinare istituti giuridici ispirati alla trasparenza, non solo nell'ambito dell'amministrazione, è stato proprio quello di rafforzare la *confidence* dei cittadini nei confronti dello Stato. Cfr. ad es. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 158-159; QUADRI G. *Riservatezza e trasparenza nella esperienza costituzionale* cit.; MARRAMA *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo* cit., pp. 54-57. In questo senso si esprime anche la Raccomandazione del Consiglio di Europa del 1981 n. 19 (R 81/19), in cui appunto si afferma che: "*access to information by the public is likely to strengthen confidence of the public in the administration*".

¹⁴Cfr. in generale MARSH *Access to Government-Held Information: An Introduction* cit., pp. 5-21; BOBBIO *La democrazia e il potere invisibile* cit., p. 198; PALEOLOGO G. *Segreto e pubblicità nella Pubblica Amministrazione* sta in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione* 1978, pp. 22-23; in questo senso si veda anche l'art. V dell'appendice alla Raccomandazione del Consiglio di Europa n. 81/19. Da questo punto di vista un autore italiano afferma che la metafora corretta per indicare il modello di p.a. in cui viga il principio di trasparenza, non è quella della 'casa di vetro', ma quella della 'casa di vetro con molte finestre schermate e schermabili'; VILLATA *La trasparenza dell'azione amministrativa* cit., p. 535.

Il dibattito sulla trasparenza si è svolto con particolare intensità in momenti diversi a seconda dei paesi. Negli Stati Uniti essa è stata al centro degli interventi della dottrina e del legislatore¹⁵ tra la fine degli anni '40 e gli anni '70 dello scorso secolo, in particolare al fine di tentare di rimediare ai problemi posti dall'espansione dei poteri pubblici a partire dal *New Deal*. In Gran Bretagna fin dal 1957 (*Franks Report on Tribunals and Inquiries*) vi sono state varie commissioni di inchiesta¹⁶ che si sono espresse a favore di una maggiore trasparenza nell'ambito del sistema inglese, ma solo nel 2000 si è giunti ad una legislazione generale in tema di trasparenza(-controllo).

Gli sviluppi di questi dibattiti sono stati molto diversificati nei vari paesi. Negli Stati Uniti d'America sono state emanate molteplici leggi a livello federale e statale, con cui si è disciplinata una serie molto ampia di istituti giuridici diretti a realizzare la trasparenza dell'amministrazione¹⁷. Essa, nelle due accezioni dette, già da tempo può essere considerata come un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale americano. In G.B.,

¹⁵ Ad es. le leggi: *Freedom of Information Act 1966*, *Federal Advisory Committee Act 1972*, *Federal Privacy Act 1974*, *Government in the Sunshine Act 1976*, *Civil Service Reform (Whistleblowing) Act 1978*.

¹⁶ Ad es. quelle che hanno condotto al *Fulton Report on Civil Service 1968*, *Franks Report on Section 2 of Official Secret Act 1972*, *Disclosure of Official Information: a Report on Overseas Practice 1979*.

¹⁷ Ad es.: diritto di accesso ai documenti in possesso dell'amministrazione (*Freedom of Information Act 1966*), diritto di accesso alle sedute degli organi consultivi (*Federal Advisory Committee Act 1972*), diritto di accesso a informazioni personali (*Federal Privacy Act 1974*), diritto di accesso alle riunioni degli organi collegiali amministrativi (*Government in the Sunshine Act 1976*).

invece, solo di recente è stato affermato un principio di tal genere dopo un lento e travagliato processo evolutivo che ha completamente mutato la tradizionale concezione della forma di governo parlamentare.

L'evoluzione nel Regno Unito e negli Stati Uniti, peraltro, manifesta molteplici linee di contatto.

Anzitutto la conoscibilità delle informazioni rilevanti per la tutela di interessi giuridici individuali (trasparenza-accesso) costituisce una regola comune al mondo anglosassone che si fonda sul principio di *Natural Justice*¹⁸ costituzionalizzato negli Stati Uniti d'America nell'ambito del V e XIV Emendamento della Costituzione federale¹⁹. In base a questo principio è essenziale per il corretto svolgimento dei poteri autoritativi il rispetto, da parte dell'autorità che li esercita, di una procedura che assicuri la possibilità di far valere le proprie ragioni ai soggetti i cui interessi siano in qualche modo 'toccati' dall'esercizio di quel potere; ma per potersi dire che un individuo sia effettivamente messo in grado di

¹⁸Sempre riconducibile alla *Natural Justice* e nell'ambito della *common law*, si è sviluppato un principio (*discovery*), tuttora esistente, secondo cui le parti o future parti di un processo giurisdizionale hanno diritto a conoscere tutte le informazioni in possesso della controparte, al fine di poter fare valere in modo effettivo le proprie ragioni. Questo principio si applica, anche se con differente disciplina, sia ai soggetti privati che agli enti pubblici, che dunque possono essere obbligati a esibire i documenti (*disclosure of documents*) in proprio possesso rilevanti in un processo giurisdizionale in corso o da iniziare.

¹⁹Per la correlazione tra *Natural Justice* inglese e *due process clause*, si consideri questo brano: "*The right to a fair hearing has been used by the Courts as a base on which to build a kind of code of fair administrative procedure, comparable to 'due process of law' under Constitution of the United States.*"; WADE *Administrative Law* cit., p. 496.

tutelarsi, occorre che gli sia permesso di sapere contro cosa si deve difendere.

In questo senso il diritto di accesso diviene un strumento fondamentale per la tutela dei diritti e delle libertà individuali avverso l'esercizio di poteri, cioè viene ad essere un momento essenziale dello scontro tra autorità e libertà tipico della forma di stato che viene detta liberale²⁰.

Negli Stati Uniti d'America in particolare con l'*Administrative Procedure Act 1946* si sono venuti a disciplinare gran parte dei procedimenti amministrativi, sia a carattere individuale (*adjudication*) che generale (*rulemaking*). In questa legge era stata recepita la regola, precedentemente ricavata dalla *due process clause* costituzionale, secondo cui i soggetti coinvolti in un'azione amministrativa hanno diritto a conoscerne tutti i documenti rilevanti. Questo diritto, però, venne esteso anche a coloro che fossero stati in grado di dimostrare di avere un interesse, consistente nel fatto che i documenti richiesti fossero stati rilevanti per la tutela di un diritto in una futura azione amministrativa²¹.

²⁰«.[L]o stato liberale. si propone di garantire che ognuno possa realizzare il proprio bene attraverso la libertà e l'autonomia. Perciò lo Stato liberale si limita ad assicurare il coordinamento delle libertà dei singoli: entro i confini richiesti da tale coordinamento il singolo gode di una sfera di autonomia difesa contro il potere dello Stato.», C. MORTATI *Le forme di governo* Padova, Cedam, 1973, pp. 33-4.

²¹Come rileva MICHAEL (*Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 57), si trattava di un istituto analogo a quello della *pre-trial discovery*, cioè della possibilità secondo la *common law*, di ottenere in via giudiziale, con un procedimento che potrebbe essere ricondotto ai nostri di istruzione preventiva (artt. 692 e sgg. c.p.c., art. 670 n. 2 c.p.c., ecc.), la *disclosure* dei documenti in possesso della controparte in vista di un futuro processo giurisdizionale. La

Il passo successivo fu poi quello dell'adozione del *Freedom of Information Act 1966* con cui tale diritto venne riconosciuto a chiunque, indipendentemente dalla titolarità di un interesse legittimante l'accesso.

Vennero poi votate varie leggi con cui tale principio di trasparenza fu esteso anche a situazioni diverse dall'accesso a documenti (*Federal Advisory Committee Act 1972*, *Government in the Sunshine Act 1976*).

Negli Stati Uniti d'America dunque appare come il principio di trasparenza (sia nell'accezione di trasparenza-accesso che in quello di trasparenza-controllo) si sia per lo più sviluppato dalla regola appartenente alla *common law* di *Natural Justice* codificata nella *due process clause*²².

Questa stessa evoluzione invece non si è avuta in G.B soprattutto a causa del diverso sistema costituzionale. In questo paese mentre hanno trovato grande sviluppo le forme di accesso strumentali alla tutela degli interessi giuridici individuali, soprattutto per merito della giurisprudenza, ma anche del legislatore²³ e della stessa p.a.²⁴, non altrettanto è avvenuto per

differenza consisteva nel fatto che la sec. 3 dell'*Administrative Procedure Act 1946* era dettata nell'ottica del procedimento amministrativo e non del processo giurisdizionale.

²²Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., pp. 55-58.

²³Ad es. *Tribunal and Inquires Acts 1958* e *1971* con cui si è imposto l'obbligo di motivare (trasparenza successiva) le decisioni dei 'tribunali amministrativi' e quelle finali dei ministri prese sulla base di una inchiesta pubblica.

²⁴Ad es. si pensi alle riforme operate in via di prassi amministrativa successivamente al *Franks Report 1957*; tra queste in particolare vi fu quella per

quegli istituti diretti a far conoscere come agisce la p.a. indipendentemente da esigenze di tutela. I ‘solidi bastioni’²⁵ che si ergevano a tutela del principio di segretezza nello svolgimento dell’attività amministrativa erano costituiti dall’*Official Secrets Act 1911* e dal principio costituzionale di responsabilità ministeriale. Il primo di questi è stato sostituito nel 1989 con una legislazione più favorevole; il secondo invece nonostante una lunga serie di piccoli passi fatti a partire dagli anni ‘60²⁶ è rimasto a tutela di ‘*Whitehall’s forbidden city*’²⁷ fino al 2000, quando con il *Freedom of Information Act* si è affermato il principio di trasparenza-controllo anche nel Regno Unito.

Anche gli istituti diretti a realizzare la trasparenza amministrativa mostrano molteplici punti di contatto nella disciplina statunitense e in quella britannica.

Anzitutto in merito all’accesso a informazioni in possesso della p.a. è possibile individuare tre ipotesi fondamentali: 1 accesso endoprocedimentale²⁸, cioè accesso a informazioni nell’ambito di un cui le relazioni (*reports*) degli “ispettori”, al termine di una *public inquire*, dovessero essere comunicate in modo integrale agli interessati e talvolta rese pubbliche se fossero relative provvedimenti di ampia portata (ad es. la costruzione di un aeroporto).

²⁵L’espressione è di WADE *Constitutional Fundamentals* cit., p. 54.

²⁶Ad es. l’istituzione del *Parliamentary Commissioner for Administration* che ha la possibilità di controllare l’operato anche dei ministri; o il *next step agencies program* con cui si è tentato di separare la funzione esecutiva da quella di indirizzo politico.

²⁷Questa espressione è usata in WADE *Constitutional Fundamentals* cit., p. 53.

²⁸Per l’Italia art. 10 lett. a) legge 241/90; per gli Stati Uniti d’America vale la disciplina dell’*Administrative Procedure Act 1946* e dove questa legge non trova applicazione vale il principio generale ricavato dalla *due process clause*; per la G.B., a parte le varie leggi che richiedono che l’amministrazione garantisca la

procedimento amministrativo al fine di mettere i soggetti coinvolti in condizione di tutelarsi effettivamente; 2 accesso su richiesta ad informazioni²⁹ in possesso dell'amministrazione indipendentemente dalla pendenza di un procedimento amministrativo³⁰; 3 accesso a pubblicazioni che la p.a. è tenuta a compiere³¹.

La trasparenza amministrativa, in parte lo si è già notato, può essere diretta a due scopi fondamentali: la tutela individuale (trasparenza-accesso) e quello che si potrebbe definire 'controllo diffuso' della p.a. (trasparenza-controllo)³².

possibilità di un *fair hearing*, esiste la regola generale, appartenente alla *common law*, di *fairness*.

²⁹Si parla di informazioni e non di documenti, in quanto l'oggetto immediato dell'accesso su richiesta, vale a dire ciò che in seguito alla richiesta si può ottenere, può consistere nei documenti contenenti le informazioni richieste (come avviene in Italia e Stati Uniti d'America), ma può anche constare direttamente del genere di informazioni richieste (come avviene in G.B. sulla base del *Code of Practice* o anche in Nuova Zelanda sulla base del *Official Information Act 1982*). In questa ultima ipotesi, cioè, a fronte della richiesta di accesso del privato la p.a. non è tenuta ad esibire i documenti contenenti le informazioni richieste, ma deve essere fornita al richiedente una risposta in cui l'ufficiale responsabile viene a descrivere il genere di informazioni richieste.

³⁰Per l'Italia cfr. art. 22 legge 241/90 e art. 7 legge 142/90; per gli Stati Uniti d'America cfr. titolo V del U.S. Code sec. 552(a)(3); per la G.B. la previsione generale di accesso *on request*, a carattere non vincolante giuridicamente, contenuta nel *Code of Practice* del 1993 e le specifiche ipotesi di accesso su richiesta contenute nei *Public Record Act 1958* e *1967*, *Data Protection Act 1984*, *Local Government (Access to Information) Act 1985*.

³¹Da questo punto di vista esistono un numero grandissimo di previsioni normative in tutti e tre i paesi; tra le altre si possono considerare per l'Italia quelle contenute nell'art. 26 legge 241/90, per gli Stati Uniti d'America il titolo V del U.S. Code sec. 552(a)(1), per la G.B. le previsioni contenute nel *Code of Practice* del 1993 o quelle dello *Statutory Instrument Act 1946*.

³²Cfr. in generale PALEOLOGO *Segreto e pubblicità nella Pubblica Amministrazione* cit., pp. 20-23.

Nel primo caso la possibilità di conoscere come agisce ed è organizzata la p.a. è strumentale alla difesa di interessi giuridicamente rilevanti³³, nel secondo caso la trasparenza è piuttosto diretta a rafforzare i limiti al potere d'imperio riconoscendo una responsabilità politica diffusa degli apparati pubblici. Una funzione, dunque, a tutela della democrazia, da intendersi come "*il governo del potere pubblico in pubblico*"³⁴, e in linea con lo spirito del costituzionalismo liberale³⁵: il controllo e la limitazione del potere.

Alla prima accezione di trasparenza(-accesso), in particolare, possono essere ricondotti tutti quegli istituti con cui si mette un privato, coinvolto nell'esercizio di poteri da parte dell'amministrazione, in condizione di far valere in modo efficace le proprie ragioni (accesso endoprocedimentale, *discovery* processuale, accesso ad informazioni personali al fine di vagliarne la correttezza, ecc.).

Sono invece riconducibili alla trasparenza-cotrollo tutti quegli istituti giuridici che permettono ai governati, inquanto tali, cioè non

³³Ad esempio cfr. per l'Italia BARONE *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo* cit., pp. 218-225 (questo autore parla per questa ipotesi di pubblicità *erga partes*); per gli Stati Uniti d'America cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., pp. 55-56; per la G.B. relativamente al *right to know the opposite case* cfr. WADE *Administrative Law*, pp. 538-541.

³⁴BOBBIO N. *La democrazia e il potere invisibile* sta in *Rivista italiana di scienza politica* 1980, p. 182.

³⁵Cfr. in generale MARSH *Access to Government-Held Information: An Introduction* cit., pp. 4-5; MARSH *Public Access to Government-Held Information: A Select Comparative Survey* cit., p. 319; BARONE *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo* cit., pp. 213-218 (questo autore parla per questa ipotesi di pubblicità *erga omnes*).

perché soggetti a specifici poteri di supremazia, di conoscere come agiscono e come sono organizzati i pubblici poteri (accesso extraprocedimentale, accesso alle riunioni degli organi amministrativi, pubblicazioni ad opera della p.a., ecc.).

Tutti questi istituti, in modo diretto (trasparenza-controllo) o in via indiretta (trasparenza-accesso), sono in grado di garantire un controllo politico diffuso dell'esecutivo³⁶.

Entrambe queste forme di trasparenza peraltro possono certamente contribuire alla richiesta di efficienza proveniente dai cittadini con riferimento agli ordinamenti contemporanei³⁷. La possibilità di conoscere informazioni in possesso dei pubblici poteri per tutelare i propri interessi, assicura loro, tramite il *feed-back* dei privati, una maggiore quantità di elementi su cui fondare la decisione finale. Altrettanto può dirsi per la trasparenza-controllo la quale producendo nei governanti la consapevolezza di un 'continuo controllo' da parte dei governati, tenderà ad evitare 'abusi' e a garantire la migliore ponderazione possibile degli interessi³⁸.

³⁶Cfr. PALEOLOGO G. *Segreto e pubblicità nella Pubblica Amministrazione* cit., pp. 21-22.

³⁷ARENA *La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi* cit., p. 65; BARONE *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo* cit., p. 220; TRIMARCHI F. *La partecipazione del cittadino all'esercizio della funzione amministrativa: tendenze attuali* sta in *Amministrare* 1970 n. 32, pp. 21-2; STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 158-159; PALEOLOGO *Segreto e pubblicità nella Pubblica Amministrazione* cit., pp. 21-22; MARSH *Access to Government-Held Information: An Introduction* cit., pp. 4-5.

³⁸Con questa espressione si fa riferimento a tutti quei comportamenti sia illegittimi che illeciti che semplicemente scorretti. Cfr. ESPOSITO *La Costituzione italiana* cit., pp. 257-258 (questo autore fa riferimento a corruzione, raccomandazioni varie, perseguimento di interessi privati, ecc.); MARSH *Access to*

La trasparenza, sia che si diriga al controllo diffuso che alla tutela degli interessi privati, può essere considerata come uno dei principali strumenti diretti a creare una nuova configurazione del rapporto autorità-libertà che risponda alle esigenze poste da uno stato in continua espansione³⁹. Si tratta di attenuare, soprattutto in determinati settori, la contrapposizione tra potere di supremazia e libertà dei soggetti privati. Tramite la trasparenza, infatti, si tende ad 'aprire' gli apparati pubblici verso l'esterno in modo da poter rendere i governati partecipi in modo continuo della gestione dei pubblici poteri, che in ultima istanza da loro derivano nei sistemi che si vogliono democratici.

Government-Held Information: An Introduction cit., pp. 2-4.

³⁹Cfr. in generale BENVENUTI F. *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello* sta in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione* 1978, pp. 6 e sgg.; STEWART *The Reformation of American administrative law* sta in 88 *Harvard Law Review* 1975, pp. 1667 e sgg.; CRAIG P.P. *Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 1989, pp. 15-33.

Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord

1. La trasparenza e la sua interrelazione con la forma di governo britannica

Con il termine “trasparenza” (*openness*) si allude alla possibilità per i governati di conoscere cosa accade nella “*Whitehall's forbidden city*”⁴⁰, cioè il modo in cui agisce ed è organizzato l'esecutivo britannico.

Una distinzione preliminare deve essere tracciata a seconda che l'accessibilità alle informazioni in possesso dell'amministrazione sia diretta alla tutela degli interessi giuridici di un singolo (o di un gruppo) direttamente coinvolto nell'azione di un potere pubblico (per comodità espositiva si farà riferimento a questo tipo di trasparenza con l'espressione “trasparenza-accesso”) oppure alla possibilità per qualunque soggetto, per il fatto stesso di essere un “governato”, di conoscere e dunque controllare ed eventualmente partecipare alla gestione della cosa pubblica⁴¹ (sempre per comodità

⁴⁰Questa espressione è usata in WADE W. *Constitutional Fundamentals* London, Stevens & Sons, 1980, p. 53.

⁴¹ La distinzione è ben presente nel mondo anglosassone dove è comunemente accettata l'idea che gli *open government statutes* si riferiscono ad una *species* di trasparenza distinta da quella comune a tutti i paesi di *common law* e derivante dal principio di *Natural Justice*. La differenza principale consiste nel fatto che gli *open government statutes* attribuiscono il diritto di accesso (a documenti, a sedute di organi collegiali, ecc.) a qualunque soggetto indipendentemente dalla titolarità di un interesse legittimante, mentre sulla base della *Natural Justice* hanno diritto ad accedere ad informazioni in possesso dell'amministrazione (*right to know the opposite case, discovery*, ecc.) solo coloro che sono titolari di un determinato interesse, per il fatto di essere in qualche modo coinvolti nell'esercizio di poteri da parte della p. a. Cfr. MICHAEL J. *Freedom of Information in the United States* sta in MARSH N.S. (ed) *Public Access to Government-Held Information: a Comparative Symposium* London, Stevens & Son Ltd., 1987, pp. 55-56. Questa differente

espositiva si esprimerà questo concetto con l'espressione "trasparenza-controllo").

Con riferimento alla prima accezione del termine, la trasparenza nel Regno Unito ha trovato ormai da lunghissimo tempo una sua compiuta e esaustiva attuazione nei rapporti tra individui e pubblici poteri, tanto da costituire un modello cui guardare con molta attenzione, nonostante che le note peculiarità di questo sistema, che si affida alla *best practice* più che alla disciplina legislativa scritta⁴², ne impedisca una sua trasposizione in altri sistemi.

Nella sua seconda accezione, la trasparenza solo di recente ha trovato una sua apprezzabile realizzazione a livello di apparati centrali, dove per lungo tempo la tradizionale ricostruzione di alcuni principi costituzionali attinenti alla forma di governo avevano impedito ai governanti di penetrare.

Entrambe queste accezioni della trasparenza hanno molteplici punti di contatto e di interrelazioni con la forma di governo e con la

disciplina dipende dallo scopo che la trasparenza amministrativa tende di volta in volta a realizzare. Quando il fine è quello della tutela di un individuo avverso l'esercizio di poteri autoritativi, l'accesso sarà assicurato solamente a colui che necessita di tale protezione (*Natural Justice*); invece quando lo scopo consiste nella realizzazione della democrazia intesa come governo del potere visibile (MARSH N.S. *Access to Government-Held Information: An Introduction* sta in MARSH (ed.) *Public Access to Government-Held Information: a Comparative Symposium* London, Stevens & Son Ltd., 1987, pp. 4-5), qualunque amministrato dovrà vedere riconosciuto il suo diritto di conoscere come l'amministrazione è organizzata ed agisce.

⁴² Si consideri però la recente evoluzione che evidenzia un ricorso sempre più intenso giuridificazione delle regole di organizzazione e funzionamento degli apparati pubblici: @OLIVER PERINI

sua evoluzione nel Regno Unito. Come è stato recentemente rilevato, “*pochi settori come questo dimostrano il decisivo collegamento tra diritti di libertà e forma di governo*”⁴³.

L’attinenza alla forma di governo appare particolarmente evidente nel caso della trasparenza-controllo, essendo direttamente riconducibile al tema dell’organizzazione e del funzionamento dei pubblici poteri, e in particolare dell’esecutivo, e a quello delle modalità del loro controllo. La trasparenza-controllo è, infatti, uno degli strumenti con cui si è tentato di fornire una risposta alla richiesta di maggiore controllo e legittimazione democratici dei pubblici poteri nell’ambito di ordinamenti contemporanei sempre più complessi. Si tratta cioè di una serie di istituti che, coerentemente con il nucleo duro del costituzionalismo, rappresentano forme nuove (o comunque rinnovate) di *checks and balances* dirette a limitare il potere pubblico d’imperio.

Sebbene in modo meno evidente, anche la trasparenza-accesso è un indice importante della forma di governo e non solo di quella di stato, come ad una prima impressione potrebbe apparire. Le forme e i modi di tutela degli interessi giuridici individuali e collettivi nei confronti dei pubblici poteri servono certamente a fotografare quale sia in un dato momento storico il rapporto (verticale) esistente tra stato e cittadini e dunque quale sia la forma di stato; ma nel caso specifico del Regno Unito (e più in generale dei paesi di *common law*),

⁴³ G. GROTTANELLI DE’ SANTI, *Osservazioni a proposito di alcune recenti evoluzioni del sistema costituzionale britannico*, in *Giur. Cost.* 2004, p. 2083.

queste forme e questi modi sono utilissimi indicatori dei rapporti (orizzontali) tra il giudiziario e gli altri poteri. Come non si mancherà di evidenziare, in questo ordinamento la trasparenza-accesso è il frutto di uno sviluppo giurisprudenziale - più che legislativo - il quale mostra non solo l'avanzare della tutela delle libertà individuali avverso i pubblici poteri (e dunque l'evoluzione della forma di stato), ma anche e nello stesso tempo il rafforzamento del potere giudiziario nei confronti sia dell'esecutivo che del legislativo (e dunque l'evoluzione della forma di governo). La *judicialization* e la correlata *juridification*⁴⁴ dei rapporti tra privati e pubblici poteri costituiscono fenomeni assai dibattuti in questi ultimi anni nel Regno Unito e manifestano una chiara trasformazione della forma di governo britannica verso modelli spiccatamente razionalizzati dove il potere giudiziario, visto come istanza neutrale di tutela delle libertà individuali, svolge un ruolo di primissimo piano.

Nel caso del Regno Unito allora risulta indispensabile non limitarsi all'analisi della trasparenza-controllo che più chiaramente attiene al tema della forma di governo, ma spingersi anche ad esaminare la trasparenza-accesso che è in grado di offrire un buon esempio pratico di come l'interazione tra i tre poteri tradizionali è mutata.

⁴⁴ D. OLIVER, *Constitutional Reform in the UK*, Oxford, Oxford University Press, 2003 pp. 16 ss.

2. Cenni all'evoluzione della forma di governo britannica

Non è certo questa la sede per affrontare tutti i diversi profili e le molteplici sfaccettature di quello che ha costituito ormai da secoli “il” prototipo della forma di governo parlamentare. Ai fini che qua interessano occorre viceversa tracciare alcune linee fondamentali dello sviluppo che il governo parlamentare ha subito nel Regno Unito dall'inizio del XX Secolo ad oggi⁴⁵.

I principi costituzionali che rilevano per il tema della trasparenza, riguardano propriamente le forme, le modalità e l'efficacia degli istituti con i quali si fa valere la responsabilità dei titolari di pubblici poteri, cioè, in definitiva, di come il parlamentarismo britannico ha risposto alle esigenze del costituzionalismo di limitare il potere.

La base di partenza è costituita dalla sovranità del parlamento che, tra le altre cose, si esprime nel senso di rendere l'organo rappresentativo l'unico titolare del potere di sindacare l'operato dell'esecutivo nell'ambito del rapporto di fiducia. Questo principio è stato a lungo inteso nel senso di escludere qualunque altra forma di controllo – in particolare giuridica, come accadeva invece negli Stati Uniti a partire dal 1803 - che non fosse quella politica del

⁴⁵ Sul governo di gabinetto e sulla sua evoluzione, cfr. in particolare: I. JENNINGS (ed.), *Cabinet Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1959; J. MACKINTOSH, *The British Cabinet*, London, Stevens, 1977; P. HENNESSY, *Cabinet*, Oxford, Blackwell, 1986; S. JAMES, *British Cabinet government*, London, Routledge 1999; P. HENNESSY, *The Prime Minister: the office and its holders since 1945*, London, Penguin, 2001.

parlamento, unico soggetto “sovrano” appunto⁴⁶. In particolare, il popolo o, meglio, la *public opinion*⁴⁷ potevano esercitare un controllo sui poteri pubblici solo al momento delle elezioni e per il tramite dei loro rappresentanti. Ciò ha portato ad affermare, da un lato, che la democrazia accolta nel Regno Unito è solo quella rappresentativa e, dall’altro, che la costituzione britannica è una costituzione “politica”⁴⁸.

Corollari di questi principi sono la *collective* e *ministerial responsibility* e l’*anonymity* del civil service.

L’esecutivo risponde collegialmente delle proprie azioni, ma non tanto nel senso indicato ad esempio dall’art. 95, II co., della Costituzione italiana, ma soprattutto in quello della sua unità d’azione e dell’impossibilità per i singoli ministri di “dissentire” rispetto alle politiche collegiale⁴⁹: nelle famose parole di Lord Salisbury pronunciate nel 1878: “*for all that passes in Cabinet every member of it who does not design is absolutely and irretrievably responsible and has no right afterwards to say that he agreed in one case to a compromise, while in another he was persuaded by his colleagues [...] It is*

⁴⁶ A.V. DICEY, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, Indianapolis, Liberty Fund, 1997 (ristampa dell’VIII edizione del 1915).

⁴⁷ A.V. DICEY, *Legge e opinione pubblica nell’Inghilterra dell’Ottocento*, Bologna, Il Mulino, 1997; per un esame approfondito cfr. J. HABERMAS, *Storia e critica dell’opinione pubblica*, Bari, Laterza, 2001.

⁴⁸ J.A.G. GRIFFITH, *The political constitution*, in *Modern law rev.* 1979, p. 19; IDEM, *Comment*, in *Public Law* 1963, p. 402; cfr. anche A. TOMKINS, *Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 18 ss.

⁴⁹ Come noto, in alcuni famosi casi, determinati e per lo più da ragioni politiche contingenti, è stato concesso a singoli ministri di esprimere dissenso sulla politica generale del governo (agreement to differ): E.C.S. WADE and A. BRADLEY, *Constitutional and administrative law*, London, Longman, 1996, pp. 116 ss.

*only on the principle that absolute responsibility is undertaken by every member of the Cabinet, who, after a decision is arrived at, remains a member of it, that the joint responsibility of Ministers to Parliament can be upheld and one of the most essential principles of parliamentary responsibility established*⁵⁰.

I singoli ministri, e solo loro, rispondono di quanto da loro deciso e fatto e di tutto quello che accade negli apparati da loro dipendenti (*department*) o da loro comunque supervisionati. Tutti i funzionari pubblici (*civil servants*) non hanno nessun obbligo se non verso i loro ministri cui solo rispondono. I *civil servants* dunque sono “anonimi” verso l'esterno; nessuno sa o può sapere chi ha fatto o chi ha deciso una determinata azione, in quanto l'unico soggetto responsabile verso l'esterno (cioè verso il parlamento, da un punto di vista politico, e verso i giudici, nel caso di azioni illegittime) è solo e unicamente il ministro responsabile. In ciò consiste l'*anonymity* del *civil service* che costituisce stretto corollario del principio costituzionale di responsabilità ministeriale.

Costituisce ovviamente una necessità logica, prima ancora che giuridica, della possibilità di far valere la responsabilità di qualcuno che si conoscono le sue azioni e decisioni. Questa banale considerazione è stata a lungo trascurata o meglio la dottrina e la politica hanno preferito, per molti decenni, appuntare la loro attenzione sull'aspetto tradizionale del rapporto di fiducia: cioè la

⁵⁰ Lady CECIL GWENDOLEN, *Life of Robert, Marquis of Salisbury*, London, Hodder and Stoughton, 1921-1932, vol. II (1868-1880), pp. 219-220.

responsabilità in sé e le conseguenze di ciò (obbligo di dimissioni, ecc.). Ciò soprattutto finché, come si andrà subito a dire, questo modello così brevemente sintetizzato è stato in grado di funzionare efficacemente.

Come noto, questi principi si sono sviluppati a partire dalla seconda metà del '700, ma hanno trovato una loro stabilizzazione e una loro compiuta elaborazione teorica solo nella seconda metà del secolo successivo quando gli apparati burocratici erano assai ridotti in quanto assai ridotte erano le funzioni dello stato liberale.

Ancor ai primi del '900 si riconosceva che la Camera dei Comuni era in grado di “*exercise a constant supervision of all government affairs*”⁵¹. Il Gabinetto, sebbene ancora privo di una prassi stabile e di strutture di supporto, costituisce il fulcro dell'esecutivo e adotta le decisioni politiche fondamentali. Nei primi decenni del '900 viene creato il Segretariato di Gabinetto (1916) e altri apparati serventi. Le sedute del gabinetto divengono regolari.

Contemporaneamente però vengono creati, come accade peraltro nel resto dei paesi democratici-liberali, molte strutture burocratiche per affrontare i nuovi compiti che lo stato sta via via assumendo. Proprio a causa dell'estensione delle funzioni e della macchina amministrativa, il Gabinetto inizia a mostrare i primi segni della difficoltà a controllare e soprattutto a decidere tutto, ragione per la quale si avvia la costituzione di Comitati,

⁵¹ F.W. MAITLAND, *The constitutional History of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1908, p. 380.

“interministeriali” si direbbe da noi, prima in modo sporadico e senza forme precise che nel corso dei successivi decenni saranno istituzionalizzati e regolati e ai quali vengono delegate molteplici funzioni.

Ancora nel primo dopoguerra, il “rimedio” proposto per mantenersi nei binari del costituzionalismo è il rafforzamento del modello mediante l'accrescimento dei poteri del parlamento: “*it would, we think, be generally felt that any improvement in the organization of the Departments of State which was so marked as substantially to increase their efficiency should have as its correlative an increase in the power of the Legislature as the check upon the acts and proposal of the Executive*”⁵².

E' già in questo periodo, però, che si manifestano i primi rilievi fortemente critici tesi ad evidenziare la rottura dei principi tradizionali del diritto costituzionale britannico dovuti all'accrescersi del potere dell'esecutivo e alla difficoltà per il parlamento di svolgere un controllo effettivo. Nel suo famoso libro, *The new despotism*⁵³, Lord Hewart of Bury mette in luce come la fase attuale sembra far temere per un nuovo dispotismo dell'esecutivo dopo i tentativi (falliti) posti in essere nel XVII Secolo dagli Stuart. Lo strapotere del governo si manifesta sia per l'accrescimento dei suoi apparati sia soprattutto per una delega sempre più consistente di poteri da parte del Parlamento, spesso assistite da ouster clauses

⁵² Haldane Report: MINISTRY OF RECONSTRUCTION, *Report of the Machinery of Government Committee*, a cura del Viscount Holdane of Cloan, London, HMSO, 1918, Cm. 9230, par. 48.

⁵³ London, Ernest Benn Ltd, 1929.

(cioè disposizioni legislative che vietano ai giudici di controllare l'esercizio del potere delegato). Anche egli, però, pur rilevando in via generale che "*what is necessary is simply a particular state of public opinion, and in order that that state of public opinion may be brought into existence what is necessary is simply a knowledge of the facts*"⁵⁴, individua poi la possibile soluzione nel solco della tradizione del parlamentarismo classico: rafforzare i poteri delle camere costituendo in particolare una commissione che vagli ogni progetto di legge per accertare quando e in che misura essi accrescano i poteri dell'esecutivo⁵⁵.

Con la seconda guerra mondiale si assiste, da un lato, al rafforzamento del ruolo del primo ministro e dei comitati "interministeriali" e, dall'altro, ad un indebolimento progressivo del Gabinetto, il quale sempre più spesso si limita a ratificare decisioni adottate altrove. Con il secondo dopoguerra, si assiste alla definitiva affermazione dello stato sociale e dunque alla crescita smisurata degli apparati pubblici, acuita anche dalle nazionalizzazioni nel frattempo operate. Questa trasformazione si manifesta anche nella diversa composizione del gabinetto al quale cominciano a partecipare i ministri più direttamente interessati da questo sviluppo burocratico: il ministro per l'edilizia e il governo locale (*housing and local government*), il *Paymaster General*. Il primo ministro rafforza i suoi poteri di coordinamento nei confronti dei diversi comitati

⁵⁴ Lord HEWART, *The New Despotism*, London, Ernest Benn Ltd, 1929, p. 148.

⁵⁵ IBIDEM, pp. 148 ss.

interministeriali e il gabinetto appare sempre più come luogo di discussione più che di decisione.

Proprio intorno a questi anni ('60-'70), la dottrina in modo sempre più frequente e insistente, rileva l'inadeguatezza dei principi classici del parlamentarismo nell'affrontare l'esigenza di controllo (e limitazione) del debordante potere dell'esecutivo e della sua amministrazione⁵⁶. Risalgono a questi anni le prime proposte di formulare una costituzione scritta per il Regno Unito o comunque di fissare in leggi le principali convenzioni costituzionali in modo da renderle giuridicamente vincolanti⁵⁷.

Anche coloro che maggiormente avevano sostenuto l'estensione delle funzioni statali per rispondere ai bisogni della popolazione, si rendono conto allo stesso tempo del forte deficit di controllo dovuto all'inadeguatezza dei tradizionali principi del parlamentarismo. Sotto questo profilo ad esempio Richard Crossman riconosce che "*in Britain we are faced with the following dilemma. Since the abuses of oligopoly cannot be checked by free competition, the only way to enlarge freedom and achieve a full democracy is to subject the economy to public control. Yet the State bureaucracy itself is one of those concentrations of power*

⁵⁶ Cfr., ad es., Lord HAILSHAM, *Elective dictatorship*, London, British Broadcasting Corporation, 1976; IDEM, *The dilemma of Democracy*, London, Collins, 1978.

⁵⁷ Cfr., ad es., Lord SCARMAN, *English Law – new dimension*, London, Stevens, 1974; IDEM, *Constitutional reform – a legal possibility?* (Presidential Address - Holdsworth Club - 9 marzo 1979), Holdsworth Club, 1979; IDEM, *Human rights: can they be protected without a written constitution?* (The Eileen Illtyd David lecture 1986), Swansea, University College of Swansea, 1986; IDEM, *Why Britain needs a written Constitution* (The Fourth Sovereignty Lecture 1992).

*which threaten our freedom. If we increase its authority still further, shall we not be endangering the liberties we are trying to defend ?*⁵⁸.

E' ormai sotto gli occhi di tutti che il Parlamento, cui dovrebbe spettare *in via esclusiva* il controllo sull'esecutivo, non è più in grado di agire "*as an agency for effective criticism and containment of the executive*"⁵⁹.

Le cose solo apparentemente migliorano sotto la lunga parentesi tacheriana e conservatrice di fine secolo. Se infatti si sottopone l'amministrazione a energiche cure dimagranti, soprattutto tramite privatizzazioni e liberalizzazione, l'apparato pubblico resta mastodontico anche perchè la gestione di servizi e funzioni, delegata al settore privato, continua a richiedere regolazione e supervisione da parte di autorità pubbliche (*New Public Management*). Semmai il problema si complica ulteriormente in quanto queste nuove entità pubbliche hanno carattere fortemente indipendente dal governo e dunque non sono controllabili né da quest'ultimo né, per il suo tramite, dal parlamento.

I rischi aumentano con l'accentramento dei poteri nelle mani del solo primo ministro e con la considerevole perdita di rilevanza del gabinetto e la (quasi totale) scomparsa dei 4 tradizionali comitati interministeriali. Con Margaret Thatcher le decisioni vengono spesso prese in rapporti bilaterali o multilaterali tra primo ministro e ministri al di fuori sia del gabinetto che dei comitati

⁵⁸ R. CROSSMAN, *Socialism and the new despotism*, Fabian Society, 1956, p. 12.

⁵⁹ P. MACKINTOSH, *The British Cabinet*, London, Stevens, 1962, p. 191.

interministeriali. Si comincia a sentir parlare sempre più spesso di *prime ministerial government* e non più di *cabinet government*.

L'avvento del *new labour* e di Blair, dopo la parentesi di Major⁶⁰ e un parziale ritorno alla tradizione, non cambia le carte in tavola, ma anzi sviluppa e potenzia gli elementi apparsi nel precedente periodo. Il gabinetto si riunisce sempre meno frequentemente⁶¹ e talvolta non è neppure più il luogo nel quale le decisioni prese altrove dal primo ministro sono comunicate e discusse. Per comprendere l'operare della forma di governo parlamentare sotto Blair, per quanto specificamente concerne il tema che qua interessa, è possibile ascoltarne una descrizione fatta da uno dei membri di quel governo all'indomani della vittoria delle elezioni: *"there were intimations of an enormous centralisation of power and an unwillingness to encourage open discussion and collaborative decision-making. An early experience of this came at one of the first cabinet discussions. The meeting took place in June and we discussed whether we should proceed with Tory plans for the Millennium Dome. We were all new and believed that Cabinet was supposed to proceed through a free expression of opinion summed up by the Prime Minister. One after another, members of the Cabinet said no to the Dome. A large number spoke and the view was almost universally hostile.*

⁶⁰ Sull'evoluzione della forma di governo britannica sotto Major, cfr. ad es. M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the separation of Powers*, Indianapolis, Foundation Press, 1998, pp. 395 ss.

⁶¹ Si rileva ad esempio che le riunioni passano da 61 l'anno nel 1969, già fortemente diminuite rispetto alla prassi di inizio Novecento, alle 36 del 2000: A. SELDON, *The Cabinet System*, in V. BOGDANOR (ed.), *The british constitution in the twentieth century*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 126.

*Then suddenly, Tony said that he was sorry, he hadn't expected Cabinet to go on for so long, he had to leave and John Prescott would sum up. He then went out to a pre-arranged press conference and announced that we would continue with the Dome*⁶².

In definitiva, la crescita esponenziale dell'apparato burocratico e dei suoi poteri, aggravata di recente dall'apparire di autorità "indipendenti"; l'incapacità del parlamento di controllare tutto ciò, soprattutto a seguito dell'estensione del suffragio e della dinamica partitica⁶³ e a causa di gravi difetti di informazione da parte del governo⁶⁴, il quale a sua volta è in effetti incapace di esercitare un controllo effettivo su questa immensa macchina⁶⁵ costituiscono le ragioni che stanno alla base della sempre più pressante richiesta da parte della dottrina e della stessa politica di maggiore trasparenza dei processi decisionali sotto entrambi i profili della trasparenza-accesso (apertura dei procedimenti amministrativi e partecipazione procedimentale) e della trasparenza-controllo (libero accesso alle informazioni e documenti possedute dai pubblici poteri da parte di chiunque).

⁶² Si tratta delle parole di Clare Short, *Secretary of State for International Development*, in *The Independent* del 25/10/2004, p. 12, estratto da C. SHORT, *An honourable deception? New Labour, Iraq and the misuse of power*, London, Simon & Schuster, 2004.

⁶³ Così ad es. D. WOODHOUSE, *Ministerial Responsibility*, in V. BOGDANOR (ed.), *The british constitution in the twentieth century*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 282.

⁶⁴ Sir RICHARD SCOTT, *Report of the Inquiry into the Export of Defence Equipment and Dual-Use Goods to Iraq and Related Prosecutions*, London, HMSO, 1996.

⁶⁵ Si pensi in particolare alla famigerata vicenda *Crichel Down: Report of the Clarck Inquiry into Crichel Down*, London, HMSO, 1954, Cmnd. 9176.

Ma mentre il primo profilo è perseguibile senza intaccare più di tanto la tradizionale interpretazione del parlamentarismo britannico in quanto la tutela giuridica procedimentale del titolare di un interesse giuridicamente rilevante si muove su di un piano (giuridico appunto) completamente diverso da quello (politico) nel quale si svolgono i principi costituzionali della responsabilità ministeriale.

La trasparenza-controllo, viceversa, pone dei delicatissimi problemi proprio rispetto al rammentato modello classico di governo parlamentare nel quale, come s'è detto, l'unico ed esclusivo soggetto al quale gli apparati pubblici, in base alle convenzioni costituzionali della *ministerial responsibility* e della connessa *anonymity* del *civil service*, devono politicamente rispondere il parlamento sovrano.

3. Ostacoli all'affermazione della trasparenza-controllo a livello nazionale

I principali ostacoli che si ponevano all'affermazione della trasparenza-controllo a livello nazionale erano costituiti dalla tradizionale concezione del principio costituzionale di responsabilità ministeriale, cui si è accennato nel precedente paragrafo e che sarà approfondita in questa sede, e da quella che è comunemente nota

come “*culture of secrecy*”⁶⁶, personificata dall’*Official Secrets Act 1911* (d’ora in poi *OSA*), come emendato nel 1920.

Questi i due più solidi bastioni posti a tutela di Whitehall, a lungo considerata “cittadella del segreto”⁶⁷, sono adesso crollati .

Il primo solido bastione che si ergeva a difesa di “*Whitehall’s forbidden city*” è costituito dal principio costituzionale di responsabilità ministeriale, o meglio da quello derivato di *anonymity* del *civil service*.

⁶⁶ “[T]he culture of secrecy has characterised the conduct of British government - though it is well to remember that all the governments are secretive by nature, the British only more transparently so than most.”, BIRKINSHAW P. “I only ask for information”-*The White Paper on open government* sta in *Public Law* 1993, p. 557.

⁶⁷Cfr. WADE *Constitutional Fundamentals* cit., pp. 53-55. L’autore in realtà fa riferimento a quattro ‘solidi bastioni’ (*stout bastions*) posti a tutela della ‘cittadella del segreto’ (*citadel of secrecy*), cioè *Whitehall*: 1 l’*Official Secrets Act 1911*, 2 una rigida concezione del principio di responsabilità ministeriale, 3 il rifiuto di rendere accessibile i *reports* degli ispettori al termine di una *public inquires*, 3 l’abuso del *Crown Privilege*. Va detto però che gli ultimi due elementi non attengono al tema di cui si sta discorrendo, cioè la trasparenza diretta al controllo diffuso della p. a., ma piuttosto a quello dell’accesso a informazioni al fine della tutela di interessi individuali. Comunque sia , di questi quattro ‘bastioni’ solo uno (quello relativo alla responsabilità ministeriale) non è ancora crollato. Infatti la legge sul segreto di Stato è stata modificata nel 1989 (cfr. oltre nel testo), successivamente al *Franks Report* è divenuta pratica comune quella di pubblicare i rapporti al termine di un’inchiesta pubblica e con la sentenza *Conway v. Rimmer* {1968} *AC 910* si è limitata di molto la possibilità di ricorrere al *Crown Privilege* al fine di impedire la *discovery* di documenti in visione di un processo giurisdizionale (cfr. oltre par. 3.).

Il principio di responsabilità politica dei ministri⁶⁸ individualmente e collegialmente nei confronti del Parlamento si sviluppa verso la metà dell'800⁶⁹.

In questo periodo il *board system*⁷⁰, nato nel secolo precedente, viene pian piano abbandonato sia per ragioni pratiche, la scarsa efficienza, che per motivi ideologici, la volontà del Parlamento di controllare in modo penetrante l'azione dell'amministrazione. Per fare ciò si ricorse per lo più all'abolizione dei *boards* e

⁶⁸Parlando di 'ministro' ci si riferisce a "*a department of state where the power is vested in a single person who sits in one of the Houses of Parliament and is responsible to Parliament for every act undertaken by the department.*", CRAIG *Administrative Law* cit., p. 39.

⁶⁹Cfr. CRAIG *Administrative Law* cit., pp. 40-41 e 71-72.

⁷⁰Questo sistema era caratterizzato dal fatto che l'amministrazione della cosa pubblica era affidata a *boards*, che potevano assumere i più svariati nomi ed erano indipendenti in vario grado nei confronti del Parlamento, mentre per lo più rispondevano del loro operato nei confronti del Re. L'indipendenza dei *boards* in larga parte dipendeva dal fatto che i loro membri non erano membri del Parlamento (*they do not seat in Parliament*), e dunque quest'ultimo non era in grado di controllarli. Proprio per l'esigenza di potenziare il controllo sulla attività di esecuzione delle leggi e per rafforzare la direzione dell'indirizzo politico, il *board system* fu lentamente abbandonato a favore del sistema ministeriale, caratterizzato dal fatto che poteva essere ministro solo un membro del parlamento che a quest'ultimo doveva rendere conto. In realtà furono seguite anche altre strade diverse dall'abolizione dei *boards*; in particolare sia si individuò un ministro che fosse responsabile per l'attività di un *board*, sia venne previsto che uno o più membri del *board* sedessero in Parlamento; si trattò, però, di soluzioni che non ebbero molto successo (CRAIG *Administrative Law* cit., pp. 39-43). Qualcosa di simile ai *boards* dell'800 si ritrova dalla metà del 1900 fino ai nostri giorni: si tratta delle *fringe organisations*, autorità amministrative per lo più indipendenti dal controllo del governo. Per questi enti è stata originariamente usata la denominazione di *quangos* (*quasi-autonomous non governmental organisation*), ma dalla dottrina (CRAIG *Administrative Law* cit., pp. 71-73) è stata preferita l'espressione *fringe organisations* per il fatto che questi enti spesso più che *non-governmental* sono *non-departmental* ed inoltre hanno caratteri e compiti talmente diversificati che è difficile ricondurli ad una definizione unitaria quale appunto quella di '*quasi-autonomous non-governmental*'. Queste amministrazioni possono

all'assegnazione delle loro competenze ai ministeri (*departments*) al cui vertice siede un ministro, necessariamente membro del Parlamento e responsabile nei suoi confronti⁷¹. Il ministro risponde nei confronti del Parlamento per qualunque atto compiuto da parte di qualunque ufficiale nell'ambito del proprio dicastero.

I pubblici impiegati (*civil servants*)⁷² a loro volta devono 'servire' fedelmente il ministro in modo imparziale. In particolare il rapporto tra questi e il governo può così essere configurato: "*Civil servants are*

essere distinte in due grandi categorie: 1 *quasi-governmental organisations* cioè "*institutions outside of the normal departmental structure which undertake tasks of governmental nature, which are created as a result of governmental initiative and which depend in part upon financial support from the government.*" (CRAIG *Administrative Law* cit., p. 72); in questo primo gruppo secondo qualcuno potrebbero essere ricondotti anche gli *administrative tribunals*, ma per questi ultimi prevale la configurazione che se ne era data nel *Franks Report 1957*: "*We consider that tribunal should properly be regarded as machinery provided by Parliament for adjudication rather than as part of the machinery of administration.*", (sottolineatura mia) (si trova in WADE *Administrative Law* cit., p. 913). 2 La seconda categoria sarebbe quella delle *quasi non-governmental organisations* che comprendono tre situazioni: a) "*government may utilise agents which are non-governmental either in the sense that their public role is only a small part of their activities, or in that they have no special legal power.*" (CRAIG *Administrative Law* cit., p. 73); b) il governo può istituire legami di tipo contrattuale o finanziario (ad es. *shareholdings*) con imprese private (CRAIG *Administrative Law* cit., p. 73); c) "*publicly owned industries may be privatised, but a regulatory regime may be established to oversee the operation of the privatised industry.*" (CRAIG *Administrative Law* cit., p. 73). Questi enti spesso risentono molto di più del sistema americano delle *Independent Regulatory Commissions* che non del *board system* inglese dell'800.

⁷¹In questo senso il principio di responsabilità ministeriale deriva dalla fondamentale regola costituzionale della Sovranità del Parlamento. Così WADE *Administrative Law* cit., p. 31.

⁷²In realtà con questa espressione (*civil servant*) si fa spesso riferimento solo a quegli impiegati pubblici, circa 10000 su un totale di 585000, titolari di poteri decisionali e che rivestono una posizione istituzionale di un qualche rilievo (*who occupy positions of any constitutional importance*), che dunque potrebbero essere avvicinati ai nostri 'pubblici ufficiali' così come definiti nell'art. 357 c.p. in particolare comma 2. Cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 54-55.

*servants of the Crown. The Crown is represented by the government of the day*⁷³: in general the executive powers of the Crown are exercised by and on behalf of HM ministers, who are answerable to Parliament. The civil service has no constitutional personality or responsibility separate from the duly elected government of the day - it is there to advise and assist, to manage and deliver services, and to present government policies and decisions. A servant's primary duty is to the minister in charge of the department in which he or she is serving. The minister is answerable to Parliament and civil servants must serve their minister with complete integrity and to the best of their ability."⁷⁴.

I *civil servants* si caratterizzano per la "neutralità" politica⁷⁵, che gli permette di lavorare per governi e ministri di qualunque colore⁷⁶.

⁷³Il rapporto di dipendenza dal 'governo del giorno' è talmente intenso che nei rari casi in cui una Commissione parlamentare chiami un pubblico funzionario, invece del ministro responsabile, a deporre su un determinato argomento, l'impiegato deve rispettare le istruzioni del ministro e l'obbligo prevalente è quello di fedeltà verso il ministro. Cfr. BIRKINSHAW P. *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 15-17 e 24.

⁷⁴ BIRKINSHAW P. *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., p. 23. Si tratta dell' esposizione di parte delle regole di condotta (*guidelines*) formulate nel 1985 ed emendate nel 1987 da parte del Segretario di Gabinetto (*Cabinet Secretary*). Per queste cfr. anche BIRKINSHAW *Reforming the Secret State* cit., pp. 16-17.

⁷⁵Cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 61-62.

⁷⁶Questa 'neutralità' comporta l'impossibilità di prendere parte a dibattiti politici, rispondere a critiche mosse sui giornali, scrivere relativamente a questioni politiche, ecc. Ma l'anonimato in cui operano i *civil servants* ha anche un lato positivo per essi, cioè il fatto che, salvo illeciti penali, insubordinazione al ministro e *unauthorised wrong* (infatti se un impiegato ritiene che una azione sia errata l'unica cosa che può fare è fare un rapporto al ministro che può comunque ordinarli di compierla → *authorised wrong*), non è possibile indagare su chi abbia dato un determinato parere al ministro o sull'oggetto di questo. Quest'ultimo punto è però stato messo in crisi dalla presenza del *Parliamentary Commissioner for Administration*. In sostanza, però, i pubblici impiegati continuano ad essere quasi

Ma il costo di tale imparzialità e anonimato è la segretezza, che viene considerata 'una deformazione professionale' (*occupational vice of secrecy*)⁷⁷. Si sostiene infatti di poter lavorare in maniera disinteressata e neutrale solo lontano da sguardi indiscreti, quali appunto quelli del pubblico⁷⁸.

Per dirlo con altre parole: una maggiore trasparenza di come opera la p.a. è da considerarsi contraria al rapporto esistente tra ministri e Parlamento; infatti essendo i ministri responsabili nei confronti del Parlamento per qualunque atto degli ufficiali alle loro dipendenze, è questo che deve vigilare sull'operato dei ministri, e conseguentemente qualunque tipo di controllo ulteriore⁷⁹ sull'amministrazione è suscettibile di indebolire il principio costituzionale di responsabilità ministeriale che è tipico del sistema di governo inglese⁸⁰.

completamente coperti nel loro agire dal velo costituito dalla responsabilità ministeriale. Cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 61-62.

⁷⁷Cfr. WADE *Administrative Law* cit., p. 62.

⁷⁸Questo stesso argomento (*candour argument*) è usato nell'ambito di procedimenti amministrativi e processi giurisdizionali al fine di sottrarsi, sulla base del principio di *confidentiality*, all'obbligo, derivante dalla *Natural Justice*, di *disclosure* ai privati di documenti rilevanti. Cfr. BIRKINSHAW "I only ask for information"-*The White Paper on open government* cit., pp. 559-561.

⁷⁹Quale appunto quello diffuso operato per il tramite della trasparenza amministrativa.

⁸⁰ ".{B}ecause under the United Kingdom system Ministers are responsible to Parliament for the administration, any additional control over the administration must in some way weaken that ministerial responsibility.", MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., p. 280. Il brano citato riferisce sulla posizione assunta dal comitato di giuristi *Justice* in un suo *report* del 1978.

Il principio costituzionale di responsabilità ministeriale, ed in particolare il suo corollario per cui “*servants do not act but advice*”, costituiva peraltro anche un forte ostacolo alla trasparenza-accesso, cioè quella diretta alla tutela di interessi giuridici individuali. Infatti è proprio sulla base del rapporto intercorrente tra ministro e pubblico ufficiale (*confidentiality*) che si è costruito il *candour argument* usato, come si dirà in seguito, per sottrarsi all’obbligo di *discovery* nel corso di un procedimento amministrativo o di un processo giurisdizionale.

Come s’è già detto, esistevano diversi elementi che imponevano una rivisitazione della convenzione costituzionale in parola, ma quelli che più di recente ne hanno fortemente condizionato il significato sono:

1 l’espansione di modelli di amministrazione diversi da quelli a struttura ministeriale (*fringe organisations*⁸¹), il cui tratto caratteristico è proprio l’assenza di un rapporto di dipendenza dai vari ministri⁸²;

⁸¹Cfr. nota 70.

⁸²In molti di questi enti addirittura il rapporto di lavoro non è configurabile come *civil service*, ad es. non lo è in quasi tutti i soggetti che svolgono una funzione pubblica sulla base di un rapporto contrattuale con il governo (*government contractors*), così come le *public corporations*. Cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 54-55.

2 la *Next Steps Agencies Initiative*⁸³, sulla base della quale sono state create all'interno di ciascun dicastero una serie di unità organizzative (*units*) a cui è attribuita l'attività di esecuzione (*management*) in opposto a quella di indirizzo politico (*policy*) che rimane nelle mani del ministro. E' vero che formalmente nei rapporti tra unità e ministro si conserva il principio di responsabilità ministeriale⁸⁴, per cui il ministro risponde nei confronti del Parlamento per tutti gli atti compiuti dalla *next step agency* e a sua volta il dirigente (*chief executive*) di questa risponde solo al ministro; ma in realtà sembra che in questo caso si sia seguita quella “..tendenza inglese, snervante per noi mediterranei, di svuotare gli istituti in tutto o in parte all'interno, ma conservandoli però gelosamente..”⁸⁵⁸⁶.

⁸³Questo programma viene in parte ad accogliere le proposte avanzate nel *Fulton Report on Civil Service* del 1968. Le '*next steps agencies*' sono create in via amministrativa per mezzo di 'decreti' ministeriali a cui segue un *framework agreement* con cui si 'delegano' le competenze alle unità organizzative. A capo di ciascuna unità vi è un *chief executive* direttamente responsabile verso il ministro. Lo scopo di questa riforma è quello di accrescere l'efficienza dell'amministrazione per mezzo della separazione tra *policy* e *management*, la prima mantenuta in capo al ministro, il secondo attribuito a queste unità organizzative che lo dovranno esercitare secondo le leggi del mercato. Cfr. in generale R.PEREZ *Le Next Steps Agencies e il riordino del sistema amministrativo inglese*, sta in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1991, pp. 1344 e sgg.

⁸⁴Contrariamente a quella che era la proposta contenuta nel *Fulton Report 1968*. Cfr. PEREZ *Le Next Steps Agencies e il riordino del sistema amministrativo inglese* cit., p. 1352

⁸⁵G.GROTTANELLI de' SANTI *Profili costituzionali della discrezionalità amministrativa in Inghilterra* sta in *Diritto e Società*, 1984, p. 91.

⁸⁶Infatti la realtà dei fatti è che il *chief executive* può essere direttamente chiamato da un *select committee* parlamentare perché dia conto degli atti compiuti nell'unità da lui diretta; inoltre le *next steps agencies* sono state configurate come '*non departmental public bodies*', cioè gli è stata riconosciuta la personalità giuridica di

2 non va infine dimenticato che l'esplicarsi dello stesso principio di responsabilità ministeriale (e la conseguente *anonymity* dei pubblici impiegati) è fortemente impedito dal fatto che il Parlamento è dominato dal governo, in forza del *party system* e per la forte disciplina di partito⁸⁷; conseguentemente il principio in esame è circoscritto ai fatti più gravi, non copre più certamente anche il disbrigo della ordinaria amministrazione.

Come si vedrà, allora, il *Freedom of Information Act* del 2000 costituisce al tempo stesso un tentativo (certamente migliorabile) di rispondere a queste preoccupazioni e una radicale rivisitazione di alcuni basilari principi costituzionali, a partire da quelli di *ministerial* e *collective responsibility* con il connesso corollario dell'*anonymity* del *civil service* a quello della stessa sovranità del parlamento dal quale i primi sono stati ricavati.

diritto pubblico, e da questo punto di vista sono riconducibili alle *fringe organisations* (cfr. CRAIG *Administrative Law* cit., pp. 75 e 78); ma allora resterebbe difficile coniugare questa autonomia giuridica e l'irresponsabilità di cui dovrebbero godere i membri dell'unità e primo tra tutti il dirigente sulla base del principio di responsabilità ministeriale. Cfr. PEREZ *Le Next Steps Agencies e il riordino del sistema amministrativo inglese* cit., pp. 1354-1356.

⁸⁷Cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 31-32; CRAIG *Administrative Law* cit., pp. 59-65; C.MORTATI *Le forme di governo*, Padova, Cedam, 1973, pp. 178-180.

La legge sulla tutela del segreto di Stato⁸⁸ del 1911-20 è l'impersonificazione di quella cultura del segreto ormai da anni stigmatizzata dalla dottrina ma che è stata modificata nel 1989 a vantaggio di una maggiore apertura degli affari dell'amministrazione nei confronti del pubblico. Dal 1989 la legge sul segreto di Stato (*OSA*) non costituisce più uno dei 'solidi bastioni' della 'cittadella del segreto'⁸⁹.

La sec. 1 dell' *OSA*, rimasta invariata, riguarda il reato consistente in attività di spionaggio e sabotaggio; è, però, la sec. 2 che interessa in relazione al principio di trasparenza. Essa puniva la

⁸⁸In generale cfr. BIRKINSHAW P. *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* London, Butterworths, 1990, pp. 25-50; MARSH N.S. *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* sta in MARSH N.S. *Public Access to Government-Held Information: a Comparative Symposium* London, Stevens & Son Ltd., 1987, pp. 248-258; BIRKINSHAW P. *Reforming the Secret State* Milton Keynes-Philadelphia, Open University Press, 1991, pp. 1-34; FERRARI G. F. *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* sta in ARENA G. (a cura di) *L'accesso ai documenti amministrativi* Il Mulino, Bologna, 1991, pp. 125-126.

⁸⁹In realtà vari autori mettono in evidenza il fatto che la repressione penale del *leaking* e il diritto di ciascun individuo a conoscere gli *arcana imperii* sono da tenere distinti. Infatti non basta avere rimosso uno dei principali limiti che si opponevano alla trasparenza amministrativa, se poi non si opera in positivo venendo a riconoscere normativamente un vero e proprio diritto di accesso (a informazioni, a sedute di organi amministrativi, ecc.). Come si vedrà anche in seguito, il governo ha operato nel senso di garantire in positivo una sempre maggiore informazione del pubblico, ma sempre tramite atti privi di valore giuridico vincolante (ad es. *White Paper* del 1969 che in parte accoglie la proposta di maggiore trasparenza formulata nel *Fulton Report* del 1968 sul pubblico impiego; *White Paper on Open Government* del 1993, ecc.), in modo tale che non può dirsi esistente un principio generale di *openness*, ma semmai un principio generale in base al quale è a discrezione dell'amministrazione rendere o meno conoscibile la propria attività e organizzazione. Cfr. MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., pp. 248-250 e 258-266.

comunicazione non autorizzata di qualunque tipo di informazione⁹⁰ in possesso di un pubblico impiegato in ragione del proprio ufficio o del titolare di un contratto con la p.a., nonché il venire in possesso di queste informazioni in modo intenzionale⁹¹.

Si trattava dunque di una *catch-all provision*⁹², cioè una disposizione in grado di comprendere qualunque comportamento diretto a far uscire dalla 'cittadella fortificata' qualunque tipo di informazione.

In pratica però questa norma era impiegata in modo residuale, preferendo l'amministrazione ricorrere a strumenti diversi, spesso più efficaci della repressione penale. In particolare erano state previste sanzioni disciplinari a carico dell'impiegato che avesse divulgato informazioni senza autorizzazione (*leaking*) e si era ricorsi più volte alla richiesta ai giudici di un provvedimento (*injunction*)

⁹⁰Anche quelle relative a quante tazze di tè sono state bevute in un'amministrazione pubblica. Cfr. WADE *Constitutional Fundamentals* cit., p. 53.

⁹¹Per la previsione originaria dell' OSA, cfr. MARSH N.S. *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* sta in MARSH N.S. *Public Access to Government-Held Information: a Comparative Symposium* London, Stevens & Son Ltd., 1987, pp. 248-251; BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 25-27; BIRKINSHAW P. *Reforming the Secret State* Milton Keynes-Philadelphia, Open University Press, 1991, pp. 1-7.

⁹²Cfr. BIRKINSHAW *Reforming the Secret State* cit., p. 1.

che impedisse la divulgazioni di informazioni al pubblico⁹³sulla base del principio civilistico di *confidentiality*⁹⁴.

L' OSA 1911 sec. 2 è stato comunque completamente modificato dall'*Official Secrets Act 1989*⁹⁵. Questa nuova disciplina quattro categorie di informazioni e di correlative ipotesi criminose:

1 informazioni relative alla sicurezza nazionale e all'*intelligence*;
la divulgazione non autorizzata di queste informazioni costituisce

⁹³Un caso molto famoso fu quello della vicenda *Spycatcher*. Si trattava della pubblicazione di un libro di memorie da parte di un ex membro dei servizi segreti inglesi (*M15*), la pubblicazione era avvenuta in Australia senza che l'amministrazione inglese fosse riuscita ad impedirla. A questo punto l'*Attorney General* ricorse al Potere Giudiziario per ottenere un provvedimento che inibisse sia la pubblicazione del libro in Inghilterra che la divulgazione di estratti di esso da parte dei giornali; il fondamento di tale richiesta era il principio di *confidentiality*, valido si affermava, non solo nei rapporti tra privati, ma anche in quelli tra p. a. e suoi dipendenti. L'amministrazione riuscì ad ottenere un provvedimento cautelare a suo favore (*interlocutory injunction*), ma risultò sostanzialmente soccombente nel processo a cognizione piena, diretto ad ottenere una *permanent injunction*. Infatti i giudici affermarono che per ottenere un *injunction* a tutela di *confidential informations* era necessaria la prova che la loro divulgazione sia tale da danneggiare il pubblico interesse; la p. a. dunque doveva dimostrare non solo che le informazioni fossero 'confidenziali', ma anche che la loro pubblicazione fosse in grado di produrre un danno agli interessi dello Stato. Poiché, però, oramai ogni danno che fosse potuto derivare all'interesse pubblico si era già verificato (infatti il libro era stato pubblicato anche negli Stati Uniti d'America e in altri paesi, e dunque disponibile anche in G.B.), i giudici rifiutarono di concedere all'amministrazione la *permanent injunction*. Di questa vicenda ne parla BIRKINSHAW *Reforming the Secret State* cit., pp. 5-7; BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 55-65; FERRARI G. F. *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* sta in ARENA G. (a cura di) *L'accesso ai documenti amministrativi* Il Mulino, Bologna, 1991, p. 125.

⁹⁴Esso si fonda su un diritto *in personam*, in particolare da un particolare rapporto di fiducia che esiste tra due soggetti. Questo principio per lo più riguarda i rapporti tra datore di lavoro e lavoratore ed è simile al nostro obbligo di fedeltà (art. 2105 c.c.) e al patto di non concorrenza (art. 2125 c.c.), diretti ad impedire al lavoratore di usare le informazioni acquisite nello svolgimento della attività

sempre reato indipendentemente da un danno o dal pericolo di esso; il reato può essere commesso da un membro o ex membro dei servizi segreti o da qualunque persona *'notified'* di non divulgare le informazioni; se invece l'autore del fatto è un *Crown servant* o *government contractor* è richiesto il verificarsi di un danno;

2 Informazioni relative alla difesa nazionale; la loro divulgazione non autorizzata da parte di un *Crown servant* o *government contractor* è punita se da essa possa derivare un danno;

lavorativa (*know-how*). In questo caso l'obbligo di mantenere il 'segreto' per determinate conoscenze deriva dal contratto di lavoro che lega datore di lavoro e lavoratore; vi sono però anche casi in cui l'obbligo non ha base contrattuale, ma è ricavato dalla giurisprudenza in via equitativa ad esempio a tutela della *privacy* (*family and intimate relationships*); infine sempre sulla base della *common law* è stata impedita "*the publication of confidential information improperly or surreptitiously obtained or of information imparted in confidence which ought not to be divulged.*" (*Asbburton v. Pope* {1913} 2 Ch 469). Sulla base del principio di *confidentiality* è possibile ottenere un'*injunction* per impedire la divulgazione delle informazioni protette, ma perché possa essere concesso questo rimedio occorre che: 1 le informazioni siano tuttora segrete, cioè non siano già state divulgate (invece il fatto della già avvenuta pubblicazione non influisce assolutamente sull'applicazione della sanzione penale prevista nella sec. 2 dell' *OSA* 1911, ma anche dell' *OSA* 1989); 2 manchi un interesse pubblico alla divulgazione di tali informazioni, infatti nel caso che sia presente un *overriding public interest*, manca un obbligo di mantenere il segreto (*confidentiality*) (anche in questo caso la disciplina civilistica differisce da quella penale contenuta nell'*OSA* sia 1911 che 1989, per la quale non è prevista la cosiddetta *public interest defence*). Il principio civilistico della *confidentiality* nel corso dell'800, in particolare a tutela della famiglia reale, fu usato anche dall'amministrazione per impedire ai propri impiegati o a soggetti terzi di divulgare le informazioni che la riguardassero. Dal 1975 in poi spesso l'*Attorney General* è ricorso ai giudici per ottenere delle *injunctions* a tutela di segreti di Stato o anche amministrativi sulla base della *confidentiality*, uno di questi casi è appunto quello della vicenda *Spycatcher*. Cfr. BIRKINSHAW P. *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 51-55.

⁹⁵Le vicende di questa riforma risalgono al 1969 quando il governo laburista iniziò in via amministrativa un processo di riforma diretto a garantire una maggiore trasparenza dell'attività della p. a. In quell'anno infatti fu emanato un *White Paper* in cui si evidenziava la richiesta sempre più pressante di riformare la

3 Informazioni concernenti le relazioni internazionali e quelle ottenute in modo 'confidenziale' da un altro stato o organizzazione internazionale; la divulgazione non autorizzata di tali informazioni da parte di un *Crown servant* o *government contractor* costituisce reato se da essa possa derivare il pericolo di un danno;

4 Informazioni relative all'azione penale (attività di *criminal law enforcement*)⁹⁶; la loro divulgazione senza autorizzazione da parte di un *Crown servant* o *government contractor* è punita se tale da produrre un danno, che è però presunto. Viene poi punita anche la condotta di chi riceva e divulghi senza autorizzazione informazioni 'confidenziali', sapendole tali, sempre che si verifichi un danno.

Uno dei punti centrali della nuova legge è l'individuazione di quando si abbia una valida autorizzazione⁹⁷ a divulgare le

legge sui Segreti di Stato, anche se poi si affermava la difficoltà di tale riforma. Nel 1972 fu preparato da una Commissione di inchiesta presieduta da Lord Franks, un rapporto (*Franks Report 1972*) su questa legge, che veniva definita come *obscurely drafted* e tale da comprendere un numero pressoché indefinito di comportamenti di pubblici impiegati o di comuni cittadini. Successivamente a questo rapporto si erano susseguiti una serie di *White* e *Green Papers* che preannunciavano emendamenti all' *OSA*, nonché vari progetti di legge, sia di iniziativa di singoli parlamentari (*Private Member's Bill*) che dello stesso governo (ad es. il *Protection of Official Information Bill* presentato dal governo conservatore nel 1979 alla Camera dei Pari), diretti a riformare la seconda sezione dell' *OSA* 1911. Solo però nel 1989 si riuscì ad emanare una legge in questo senso, preceduta nel 1988 dal *White Paper on Reform of Section 2 of the Official Secrets Act 1911*.

⁹⁶La sec. 4(3) fa riferimento in particolare a tutte le informazioni relative ad una intercettazione autorizzata sulla base del *Interception of Communications Act 1985*; la particolarità di tale disposizione consiste nel fatto che non è richiesto il verificarsi di alcun danno, reale o presunto, per la configurabilità della fattispecie criminosa.

⁹⁷L' *OSA* non ha fatto riferimento al *D-notice system* che continua dunque a conservare un carattere 'ufficioso'. Alla base di questo sistema vi è un organo,

informazioni suddette, infatti in questo caso non sarà possibile configurare un reato.

Per quanto riguarda gli impiegati pubblici (*Crown servants*) si ha una *lawful authority* quando si agisce nel rispetto degli obblighi di servizio (*in accordance with official duty*), così come determinati in 'codici di condotta' (*code of practice*)⁹⁸, circolari ministeriali (*circulars*), regolamenti vari, ecc. Per quanto invece concerne i titolari di contratti con l'amministrazione (*government contractors*) costituisce valida autorizzazione una *official authorisation* o anche la comunicazione a pubblici impiegati delle suesposte informazioni nell'adempimento degli obblighi contrattuali. Infine per ogni altro soggetto costituisce *lawful authority* una *official authorisation* o la comunicazione delle informazioni ad un pubblico impiegato nello svolgimento delle sue mansioni. Nella legge non si sono accolte le proposte⁹⁹ di introdurre le *public interest* e *prior publication defences*,

non disciplinato in alcuna legge, composto di *civil servants* e rappresentanti dei *media*. Questo organo (*Defence Press and Broadcasting Committee*) periodicamente aggiorna sui limiti di accessibilità delle informazioni in possesso della p. a., indicando quali documenti siano divulgabili e quali no (*D-notice system*). Il fatto di avere reso pubblica una informazione nel rispetto di una *D notice* non costituisce *lawful authority* ai fini dell' *OSA*, a causa della mancanza in questa legge di un rinvio a questo sistema. In pratica però sarà molto difficile che una giuria possa venire convinta della colpevolezza di un soggetto che ha divulgato informazioni nel rispetto del *D-notice system*. Cfr. BIRKINSHAW P. *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 48-49; BIRKINSHAW *Reforming the Secret State* cit., pp. 29-30; FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., pp. 124-125.

⁹⁸Di grande importanza da questo punto di vista è il *code of practice* contenuto nel *White Paper on Open Government* del 1993, per il quale cfr. oltre par. 2.

⁹⁹Ad es. contenute nel *Protection of Information Bill* 1979 e nel *Shepherd Bill* 1988. Per quest'ultimo cfr. anche M. RADFORD *Controllo giurisdizionale e controllo dell'esecutivo* sta in AA.VV. *Cittadino e potere in Inghilterra* Milano, Giuffrè, 1990, p.

consistenti nella possibilità di sottrarsi dalla condanna per uno dei reati individuati¹⁰⁰ nell' OSA 1989, dimostrando da una parte che l'esigenza di divulgare quelle informazioni risponda ad un interesse pubblico prevalente su quello al segreto (*whistleblowing*¹⁰¹), o dall'altra che quelle informazioni non siano più segrete in quanto già pubblicate¹⁰².

4. La lenta affermazione della trasparenza-controllo nella forma di governo britannica

4.1 Il Parliamentary Commissioner for Administration

Un primo tentativo di rendere maggiormente trasparente l'azione di questo apparato pubblico sempre più esteso e invadente, così da rispondere alla richiesta di maggiore controllabilità della sua

73.

¹⁰⁰Si ricordi invece che in ambito civilistico (*confidentiality*) i fatti della avvenuta divulgazione e della divulgazione nell'interesse pubblico, sono ostativi alla possibilità per la p. a. di ottenere un *injunction* per impedire la diffusione delle informazioni 'confidenziali'. Cfr. sopra nota 94.

¹⁰¹Per questo istituto, cioè la divulgazione non autorizzata di informazioni, fatta però nell'interesse della collettività, si veda nel capitolo relativo agli Stati Uniti d'America la nota 557.

¹⁰²Sul fatto di non avere accolto quest'ultimo tipo di circostanza di esclusione del reato (*prior publication defence*), ha molto influito quell'argomento che negli Stati Uniti d'America è riconducibile alla *mosaic theory* (cfr. nel capitolo sugli Stati Uniti d'America nota 565); vale a dire il fatto che la divulgazione ulteriore di informazioni non più segrete può provocare ulteriori e più seri danni; dunque la dannosità o meno della pubblicazione di certe informazioni non deve essere valutata in modo isolato, ma nel contesto di tutte le altre informazioni disponibili. Cfr. BIRKINSHAW P. *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., p. 46 nota 4.

azione, viene perseguito tramite un istituto che se, per un verso, risulta mutuato dagli ordinamenti scandinavi e costituisce dunque una novità assoluta nel panorama costituzionale britannico, per altro verso risulta muoversi nei binari tradizionali della costituzione del Regno Unito e, in particolare, della *Parliamentary's sovereignty* e delle correlate *collective* e *ministerial responsibilities*.

Il Commissario Parlamentare per l'Amministrazione (*Parliamentary Commissioner for Administration*, d'ora in poi PCA), viene creato nel 1967 con il *Parliamentary Commissioner Act* (d'ora in poi PCAA), avendo a modello gli *ombudsmen* scandinavi.

Si tratta di un organo di diretta collaborazione con il Parlamento nazionale competente a controllare l'attività dell'esecutivo e ad informare il legislativo dei risultati delle sue indagini in modo che quest'ultimo possa esercitare i suoi tradizionali poteri di controllo e indirizzo nei confronti del governo. Lo schema, pertanto, risulta perfettamente in linea con i principi costituzionali classici del parlamentarismo. Ai governati continua ad essere preclusa la "*Whitehall's forbidden city*" non potendo neppure stimolare l'azione di quest'organo, che può ricevere istanze di intervento solo dai membri del Parlamento. E' solo quest'ultimo organo sovrano che, tramite la *longa manus* del PCA, conserva in via esclusiva il potere di accedere alle segrete cose di governo e di far valere eventuali errori tramite i consueti istituti della responsabilità ministeriale (*ministerial*) e governativa (*collective*).

Il PCA si è mostrato uno strumento particolarmente importante ed efficace nell'assicurare la trasparenza dell'azione dei pubblici poteri.

Tramite i *reports*¹⁰³ che il PCA redige, egli viene ad informare prima di tutto il Parlamento, ma anche i cittadini di come la p.a. ha agito¹⁰⁴. Nei rapporti (*reports*) in particolare non solo viene fatto un resoconto delle indagini compiute, ma anche si dà conto degli errori in cui sia incorsa la p.a., e nel caso che non ve ne siano stati si tenta di spiegare per quale motivo l'azione amministrativa in quel caso sia

¹⁰³I *reports* che il PCA prepara sono i seguenti: 1 al termine di ogni indagine un rapporto deve essere comunicato al *Member of Parliament* che gli ha dato l'incarico di investigare su un determinato fatto di cattiva amministrazione; 2 un altro *report* deve essere anche comunicato al ministro responsabile per l'amministrazione relativamente alla quale è stata svolta l'indagine; 3 un terzo rapporto viene inviato anche ai funzionari amministrativi coinvolti nell'indagine; 4 un rapporto annuale viene inviato a ciascuna Camera relativamente a tutte le indagini dell'anno; 5 un rapporto speciale viene comunicato al Parlamento quando, scoperto dal PCA un caso di *maladministration*, la p.a. non abbia preso le opportune misure per rimediare alla situazione; 6 ogni tre mesi sono pubblicati i resoconti dei casi maggiormente emblematici del periodo, senza però riferire i nomi dei soggetti coinvolti; 7 vari rapporti sono comunicati anche al *Select Committee on PCA*. Cfr. BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 21-22; CRAIG *Administrative Law* cit., p. 107; WADE *Administrative Law* cit., p. 94.

¹⁰⁴Va detto che gli *ombudsmen* che si occupano delle amministrazioni locali (*Local Commissions for Administration (LCA)*) redigono anche essi dei *reports* che la legge (*Local Government Act 1974*) dispone che vengano messi a disposizione del pubblico per lo meno per tre settimane. Questa previsione diretta ad assicurare una ampia accessibilità dei rapporti delle LCA, probabilmente può spiegarsi per il fatto che a livello di amministrazione locale, a differenza che per quella centrale, il principio di trasparenza amministrativa può essere tranquillamente realizzato senza che si vengano a violare ben più importanti principi, in particolare quello di responsabilità ministeriale. Su questo problema cfr. retro par. 1. e 2.

giustificata, cercando così di mettere i cittadini nella possibilità di comprendere perché la p.a. agisca in un determinato modo¹⁰⁵.

Il difensore civico è così stato per lungo tempo, fino all'approvazione del *Freedom of Information Act* nel 2000, l'unico organo competente a sorvegliare sull'attuazione delle norme in tema di accesso alle informazioni in possesso dell'amministrazione centrale, contenute nel *Code of Practice* del 1994. Questo codice di comportamento, atto del tutto privo di efficacia normativa, come si dirà a breve, dispone che i reclami dei privati, cui sia stato negato l'accesso a determinate informazioni o gli sia stato garantito con notevole ritardo o con eccessivi costi, siano inoltrati al PCA, come al solito, per il tramite di un *Member of Parliament (MP)*¹⁰⁶. Nel *Code of Practice* si stabilisce però che il PCA si attivi sempre a fronte di “*a complaint that the person or persons concerned had not been given information which, in accordance with the Code of Practice [...] they believed they were entitled to have*”¹⁰⁷, non essendo necessario, come invece accade per regola generale, di un fatto di *maladministration*.

Venendo ad esaminare la disciplina del PCA, v'è anzitutto da rilevare l'ampio ambito della sua competenza che si estende a

¹⁰⁵ “*In explaining that the department's action was justified by {the PCA} is enabling the aggrieved citizen to understand what the department may have failed to make intelligible to him, or what he may have refused to recognise himself, and this alone helps to eliminate friction in the work of government.*”, WADE *Administrative Law* cit., p. 85.

¹⁰⁶Cfr. in generale BIRKINSHAW “*I only ask for information*”-*The White Paper on open government* cit., pp. 562-565; HAZELL *Freedom of Information: the Implications for the Ombudsman* cit.

¹⁰⁷*Code of Practice* par. 4.19, riportato in BIRKINSHAW “*I only ask for information*”-*The White Paper on open government* cit., p. 563.

qualunque fatto di *maladministration*, espressione volutamente generica, in cui generalmente si fa rientrare: *bias*, negligenza, inaccuratezza, ritardi, inettitudine e simili.

Il *PCA* può compiere indagini esclusivamente nei confronti di quelle amministrazioni su cui una legge gli conferisce *jurisdiction*¹⁰⁸.

In particolare con il *PCAA 1967* erano state sottoposte alla competenza del *PCA* solamente le amministrazioni centrali (*central departments*) e in particolare tra queste, quasi tutti i dicasteri (*regular departments*) e solo alcune *fringe organisations*.

Con il *Parliamentary and Health Service Commissioners Act 1987* si è esteso il numero degli enti pubblici soggetti al *PCA*, in particolare venendo a comprendere molti *non-departmental bodies (fringe organisations)*¹⁰⁹.

Il novero delle amministrazioni soggette alla giurisdizione del *PCA* può poi essere esteso per mezzo di un *Order in Council*, ma solo limitatamente a quelle che in qualche modo siano “*subject to some*

¹⁰⁸In particolare il *Parliamentary Commissioner Act 1967* e il *Parliamentary and Health Service Commissioners Act 1987*.

¹⁰⁹Come ad es. la *Commission for Racial Equality*, la *British Library*, la *Equal Opportunities Commission*, ecc.; cfr. per una lista aggiornata al 1990 BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 17-20. Va detto che per quanto riguarda il Servizio Sanitario Nazionale (*National Health Service*) sono stati creati nel 1973 (*National Health Service Reorganisation Act*) tre *ombudsmen* competenti rispettivamente per il Galles, per l'Inghilterra e per la Scozia. Queste cariche sono però ricoperte dalla stessa persona che detiene anche la carica di *PCA*; per cui sebbene si tratti formalmente di quattro organi distinti, con diverse competenze e differenti poteri, in sostanza viene assicurata una uniformità di indirizzo per il fatto che allo stesso soggetto viene assegnato l'incarico per tutti e quattro questi posti. Cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 97-99; CRAIG *Administrative Law* cit., pp. 108-109; CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 274.

*degree of ultimate ministerial accountability to Parliament*¹¹⁰, sempre allo scopo di mantenersi nei binari della classica concezione della forma di governo parlamentare.

Le amministrazioni enumerate nelle varie leggi e *Orders in Council* sono soggette alle indagini del PCA solo limitatamente alle loro *administrative functions*; sembra che si sia così voluto escludere che il PCA controlli l'esercizio di *legislative* e di *judicial functions*; ma se non si sono posti molti problemi per quanto concerne quest'ultime funzioni¹¹¹, non altrettanto può dirsi per le *legislative functions*, tra le quali va anzitutto annoverata la "legislazione delegata" (*delegated legislation*), cioè qualunque *Statutory Instruments* o *rules* la cui emanazione sia stata delegata dal Parlamento nazionale a

¹¹⁰WADE *Administrative Law* cit., p. 83. Il motivo di questa limitazione è riconducibile al fatto che il PCA è considerato come un *adjunct* del Parlamento, che viene a coadiuvare quest'ultimo nel controllo dei ministri per ciò che essi o i soggetti responsabili nei loro confronti, compiono. Secondo questa impostazione, formalmente il PCA non viene dunque a indebolire o mettere in crisi il principio di responsabilità ministeriale, come da alcuni critici di tale istituto era stato supposto: "It was argued that it was fundamental to the constitution that, since the minister was responsible to Parliament for all that was done in his department and officials did not bear public responsibility, it would be wrong for an ombudsman to go behind the minister back and pry into the workings of his department.", WADE *Administrative Law* cit., p. 80.

¹¹¹In particolare non si è mai neanche proposto di sottoporre i *tribunals* alle indagini del PCA. Non solo per il fatto che le funzioni da essi esercitate sono configurabili come '*judicial*', ma anche per il fatto che, essendo considerati più vicini alle *courts of law* che non a organi amministrativi (cfr. sopra nota 276 e 70), la loro sottoposizione al controllo del PCA avrebbe potuto mettere in pericolo la loro '*judicial independence*'. Cfr. CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 264. Va detto, però, che sono state oggetto delle indagini del PCA alcune *public inquires*, che sono talvolta configurate dalla dottrina come riconducibili a *judicial functions* della p.a. Cfr. CRAIG *Administrative Law* cit., p. 104; CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 264.

una qualunque autorità pubblica. Come noto questa produzione normativa è soggetta allo *Statutory Instrument Act 1946*, ma solo quando la legge di delegazione specifichi espressamente che il potere legislativo delegato debba essere esercitato da parte dell'organo delegato mediante "*statutory instruments*". In tutti gli altri casi, si parlerà genericamente di "*rules*" o "*regulations*" non soggetti a questa disciplina¹¹².

In merito agli *statutory instruments*, a tutti gli effetti riconducibili alla funzione legislativa anziché a quella esecutiva (come accadrebbe secondo classificazioni nostrane), il PCA ha competenza solo con riferimento alla loro concreta applicazione. Viceversa per quanto concerne tutte le altre regole emanate da organi statali, il PCA si è dichiarato competente a sindacarne anche il procedimento¹¹³.

L'oggetto delle indagini del PCA sono i fatti di *maladministration* da cui sia derivata un'ingiustizia nei confronti di

¹¹² La legge del 1946 non troverà applicazione neppure per quei *rules* che vengono emanati dall'amministrazione senza che il relativo potere sia stato ad essa espressamente delegato dal Parlamento (ad es. *procedural rules, instructions to officials, rules of practice*, ecc.). Lo *Statutory Instrument Act 1946* disciplina il procedimento di adozione di uno *statutory instrument (delegated legislation)*, prevedendo varie forme di controllo da parte del Parlamento e le modalità della sua pubblicazione. Cfr. CRAIG *Administrative Law* cit., pp. 176-191. M. D'ALBERTI, "*Diritto amministrativo comparato*", Bologna, Il Mulino, 1992, pp. 71-72; The Hansard Society, "*Making the Law. The Report of The Hansard Society on the Legislative Process*", London, The Hansard Society for Parliamentary Government, 1992, par. 24.

¹¹³Cfr. CRAIG *Administrative Law* cit., pp. 103-104.

un qualcuno¹¹⁴. Questa espressione, che per la prima volta compare nel linguaggio legislativo, è caratterizzata da una notevole genericità, che ha permesso di ricondurvi moltissimi comportamenti dell'amministrazione. In particolare al momento del dibattito parlamentare sul *PCAA* il portavoce (*spokesman*) del governo, Mr. Crossman, da cui l'espressione '*Crossman catalogue*'¹¹⁵, indicò come possibile contenuto del termine: parzialità (*bias*), negligenza (*neglect*), noncuranza (*inattention*), ritardi (*delay*), incapacità (*incompetence*), inettitudine (*ineptitude*), azioni dolose (*perversity*), *turpitude*, *arbitrariness* e simili.

Con il passare del tempo e la sempre maggiore presa di coscienza da parte del *PCA* del proprio prestigio, soprattutto per merito delle pressioni del *Select Committee*, il *PCA* si è pian piano disinteressato alla precisa definizione dell'espressione '*maladministration*'¹¹⁶, che individua anche l'ambito oggettivo della

¹¹⁴Va ricordato, però, che relativamente alla competenza del *PCA* in tema di trasparenza amministrativa, il *Code of Practice 1993* non richiede che il cittadino lamenti un'ingiustizia derivante da un fatto di *maladministration*, ma ritiene sufficiente che il privato denunci il fatto che l'ufficiale responsabile non gli abbia fornito quelle informazioni a cui egli ritenesse di aver diritto sulla base del 'codice'. Cfr. sopra nota 107 e testo correlato.

¹¹⁵Cfr. WADE *Administrative Law* cit., p. 87; CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 268-269; CRAIG *Administrative Law* cit., p. 104.

¹¹⁶Nel 1984 Clothier, che aveva ricoperto la carica di *PCA*, ha definito il termine '*maladministration*' come: "*any departure from what the average reasonable man would regard as fair, courteous, efficient and prompt administration.*". Cfr. CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 268. Molto spesso la *maladministration* consiste nel fatto che un pubblico ufficiale ha fornito ad un amministrato informazioni sbagliate, ad es. gli ha assicurato che una certa tassa non dovesse da lui essere pagata o che non avesse diritto ad un rimborso che dunque egli non abbia chiesto in tempo utile, ecc. Cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 91-92.

sua competenza¹¹⁷, e sostanzialmente si è venuto ad occupare di qualunque situazione che possa essere considerata di ‘cattiva amministrazione’¹¹⁸. Vi sono delle materie di cui il *PCA* non può occuparsi, come ad es. quelle attinenti alle relazioni internazionali, questioni attinenti al rapporto di pubblico impiego (*civil service*), quelle relative a negoziazioni e conclusioni di contratti, ecc.¹¹⁹.

Il procedimento seguito dal *PCA* per compiere le sue indagini prende l’avvio con una richiesta da parte di un *MP*, al quale si era rivolto il privato che pretende di aver subito un’ingiustizia in seguito ad un fatto di *maladministration* da parte della p.a. La caratteristica, dunque, della fase iniziale di questo procedimento è il fatto che l’amministrato non può adire direttamente il *PCA*, ma deve

¹¹⁷Infatti nel *PCAct* si afferma che il *PCA* non possa scendere nel merito di alcuna decisione amministrativa che non sia stata presa con *maladministration* (*PCAct* sec. 12(3)). Questa disposizione è stata interpretata in due modi diversi: a) la *maladministration* è condizione di esercizio dei poteri del *PCA*; b) si deve distinguere tra procedimento e atto scaturente da questo, il *PCA* può occuparsi solo del procedimento non anche dell’atto, cioè la *maladministration* si caratterizzerebbe per il fatto di riferirsi al procedimento seguito dall’amministrazione nell’adozione di un determinato provvedimento e non al contenuto (*substance*) di questo. Quest’ultima, però, che è stata la soluzione dapprima adottata dal *PCA*, è stata poi abbandonata su consiglio del *Select Committee*, essendo eccessivamente rigida. In particolare il *PCA* attualmente, anche a causa della difficoltà di operare una netta distinzione tra *substance* e *procedure*, compie indagini anche relativamente a quelle decisioni prese seguendo un procedimento corretto, ma che comunque appaiono essere delle ‘cattive’ decisioni. Cfr. BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 298-300; WADE *Administrative Law* cit., pp. 87-88; CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 269; CRAIG *Administrative Law* cit., p. 104.

¹¹⁸Cfr. in questo senso WADE *Administrative Law* cit., pp. 88-89; CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 268-269.

¹¹⁹Cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 84-85; CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 264-265; CRAIG *Administrative Law* cit., p. 105.

ricorrere ad un membro della Camera dei Comuni perché chieda al PCA di indagare¹²⁰.

Il MP non è obbligato a deferire la richiesta al PCA, anzi la sua funzione è proprio quella di “filtro” (*filter*) alle denunce provenienti dal pubblico. Il MP anzitutto può stabilire se *prima facie* il caso sia fondato e se sia opportuno o meno indagare in merito; se la questione non è particolarmente seria il MP stesso può tentare di risolverla con gli strumenti a cui ordinariamente può ricorrere: interrogazioni parlamentari al ministro responsabile (*Parliamentary Question*)¹²¹, lettere di informazioni al ministro, contatti anche informali con i responsabili degli uffici competenti, ecc.¹²².

¹²⁰Va detto, però, che è oramai divenuta pratica costante quella di denunciare direttamente al PCA un fatto di *maladministration*; a questo punto, se il PCA ritiene il caso degno di essere preso in considerazione, interpella un MP chiedendogli di fargli una richiesta formale per indagare su quel fatto. Formalmente dunque si conserva il ‘filtro’ costituito dall’intermediazione di un MP, ma di fatto, già adesso, è possibile adire ‘direttamente’ il PCA. Infatti proprio relativamente all’impossibilità per un privato di chiedere direttamente al PCA di indagare su un episodio di *maladministration*, sono state formulate le maggiori critiche da parte della dottrina, ma anche da vari ex-PCA. La situazione è differente per quanto riguarda gli *Health Service Commissioners* a cui si accede direttamente senza bisogno di alcuna intermediazione e lo stesso vale per le *Commissions for Local Administration* in seguito al *Local Government Act 1988*. Cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 92-93 e 98; CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 262-263 e 274; CRAIG *Administrative Law* cit., pp. 106 e 108-110; BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 17 e 92.

¹²¹Per queste cfr. BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 7-11.

¹²²Va detto infatti che nel sistema inglese compito del Parlamento non è solo quello di svolgere la funzione legislativa, ma anche quella di controllare, sulla base del principio di responsabilità ministeriale, l’attività svolta di giorno in giorno dal governo. In questo senso si può dire che: “.constitutionally, the primary responsibility for defending the citizen against the executive is seen as resting with MPs.”, CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 262-263 e 274; CRAIG

Gran parte delle denunce rivolte ai *MPs* sono risolte direttamente da essi senza che ci sia bisogno di chiamare in causa il *PCA*. La richiesta al *MP* deve essere fatta entro 12 mesi dal fatto di *maladministration*, ma il *PCA* ha la possibilità di procedere all'indagine anche se questo termine non sia stato rispettato, nel caso che si verificano speciali circostanze.

Una volta che il *PCA* abbia ricevuto la denuncia da un *MP*, non è obbligato ad indagare in merito, ma gode di un potere discrezionale nel decidere se procedere o meno.

Il ricorso al *PCA* inoltre costituisce un rimedio residuale nel senso che di solito non è possibile procedere se il privato da cui deriva la denuncia abbia a disposizione altri rimedi giuridici ancora da esperire (ad es. *appeal*, *judicial review*, ricorsi amministrativi, ecc.). E' però consentito al *PCA* di intervenire ugualmente qualora ritenga che le circostanze siano tali da rendere irragionevole attendere l'esperimento di tali rimedi¹²³.

Administrative Law cit., p. 263, ma cfr. anche pp. 253-260.

¹²³Questa previsione, però, come anche le altre in tema di limiti alla competenza del *PCA*, non ha costituito una barriera invalicabile. Infatti fino al 1978, anno in cui per la prima volta fu nominato *PCA* un giurista, avevano ricoperto la carica di *PCA* dei *civil servants*, una delle cui principali caratteristiche è costituita dalla assenza di preparazione giuridica. Fino al 1978 dunque i vari *PCA* spesso non erano neanche in grado di stabilire se per una situazione su cui si richiedeva di indagare fossero previsti rimedi giuridici a tutela del *complainant*. Dopo questa data, questa previsione non è mai stata presa alla lettera; in particolare il *PCA* si è rifiutato di indagare solo quando fosse apparsa chiaramente l'esistenza di un *remedies* a tutela del privato. Cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 89-91; CRAIG *Administrative Law* cit., p. 105.

Le indagini del *PCA* si svolgono in modo riservato (*in private*) e il *PCA* ha poteri investigativi latissimi, a lui non può essere opposto alcun limite da parte della p.a., salvo quello che faccia riferimento a discussioni tenute a livello di *Cabinet*. L'unico obbligo, che il *PCA* è tenuto a rispettare nel corso di un'indagine, consiste nel fatto che egli deve ascoltare le difese del capo del 'dipartimento', in cui si pretende essersi verificato il fatto di *maladministration*, e anche ogni altro pubblico impiegato direttamente coinvolto. Al termine dell'indagine il *PCA* è tenuto a redigere un *report* da indirizzare al *MP* che gli ha inoltrato la richiesta di indagine, al capo dell'amministrazione oggetto di questa¹²⁴ e ad ogni altro soggetto coinvolto.

I poteri di indagine sono assai incisivi. In particolare, il *PCA* può accedere a qualunque documento in possesso dell'amministrazione¹²⁵, anche a quelli coperti dall'*Official Secrets Act*

¹²⁴In particolare è invalsa la pratica di sottoporre al capo del *department* oggetto dell'indagine, un progetto del rapporto (*draft report*), in modo che egli possa, se lo voglia, prendere le misure idonee per rimediare gli errori eventualmente commessi nel suo 'dipartimento' scoperti dal *PCA*. Anche relativamente al *draft report*, inviato al ministro competente, ma non anche al privato cittadino che aveva subito l'ingiustizia, si è verificato il primo caso di *judicial review* di una azione del *PCA*: *R. v. Parliamentary Commissioner for Administration ex parte Dyer* (1994) 1 WLR 621, *Divisional Court*, cfr. MARSH N. S. *The extent and depth of judicial review of the decisions of the Parliamentary Commissioner for Administration* sta in *Public Law* 1994, pp. 347 e sgg. L'importanza di questa decisione, che ha dato torto all'*applicant*, consiste nel fatto che si è ritenuto che il *PCA*, come già era accaduto per le *Commissions for Local Administration*, sia soggetto alla *jurisdiction* delle *courts of law* e non solo a quella del Parlamento, come fino allora si era affermato; e inoltre si è stabilito che i poteri discrezionali del *PCA* sono *reviewable* da parte dei giudici.

¹²⁵Con l'unico limite che è costituito dall'impossibilità di accedere ai documenti relativi al Gabinetto o alle Commissioni di Gabinetto.

o a quelli per cui potrebbe essere fatta valere, nel corso di un processo giurisdizionale, la *Public Interest Immunity*.

In questo modo il PCA, meglio di qualunque altro organo¹²⁶, è in grado di accertare che le informazioni fornite dall'amministrazione, sulla base della richiesta del privato, siano coerenti con (*consistent with*) i documenti da cui sono state estratte¹²⁷, così come richiede il *White Paper on Open Government*: “*the Ombudsman [...] can check that the information provided is consistent with them [departmental working papers] and constitutes a proper response to the application.*”¹²⁸.

A paragone dei vastissimi poteri di indagine di cui gode il PCA, questo organo non ha alcun potere di emanare *remedies*, cioè non

¹²⁶In particolare, anche le *courts of law* possono ispezionare i documenti per cui è stata invocata la *Public Interest Immunity* (*Conway v. Rimmer* {1968} AC 910), ma come si è visto nel par. 3., non sempre sono disposte a farlo (*Air Canada v. Secretary of State for Trade* (1983) 2 AC 394). Cfr. CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 263-264.

¹²⁷Si deve infatti ricordare che sulla base del *Code of Practice* l'accesso riguarda informazioni e non documenti; cioè a fronte di una richiesta di accesso da parte di un cittadino, saranno forniti non i documenti contenenti le informazioni richieste, ma una risposta dell'ufficiale responsabile in cui sono contenute quel genere di informazioni nei limiti in cui egli le abbia ritrovate e le ritenga accessibili. Cfr. retro par. 2., pp. 96-97.

¹²⁸HAZELL *Freedom of Information: the Implications for the Ombudsman* cit., p. 267. Questo autore fa rilevare come il PCA, relativamente a questa sua nuova competenza, si troverà di fronte a denunce provenienti da soggetti diversi, e dunque anche a problemi nuovi, rispetto a ciò che era accaduto fino ad ora. I soggetti che più spesso erano ricorsi all'*ombudsman* erano amministrati che avevano subito ingiustizie dall'amministrazione, in particolare per quanto riguarda il sistema fiscale, la sanità (in questo caso ricorrendo agli *Health Service Commissioners*), le pensioni e gli altri benefici dello stato sociale. I nuovi *applicants*, invece, saranno per lo più gruppi di pressione (*lobbies*), giornalisti, sindacati, politici, ecc. Cfr. anche BIRKINSHAW “*I only ask for information*”-*The White Paper on open government* cit., p. 565.

potrà annullare un atto o ordinare di instaurare un nuovo procedimento per rimediare ai difetti del precedente.

Il fatto che il *PCA* non abbia poteri di intervento, non significa però che in pratica non riesca conseguire soddisfazione ai privati da parte degli organi soggetti alla sua giurisdizione. Il *PCA* può infatti fare pressioni, anche per il tramite del *Select Committee on PCA*, affinché l'ente revochi l'atto o si accordi col danneggiato per un risarcimento tramite *ex gratia payments*.

In questo modo, nella maggior parte dei casi, il *PCA* riesce, per mezzo di "*informal dialogue behind the scenes*"¹²⁹, a far ottenere al privato, che ha subito un'ingiustizia a seguito ad un fatto di *maladministration*, che la p.a. rimedi alla situazione da essa creata.

Oltre ad ottenere soddisfazione da parte della p.a. a favore dei singoli, il *PCA* è spesso riuscito a far correggere prassi e procedure amministrative¹³⁰.

L'arma più importante di cui dispone per far pressione sugli organi controllati consiste nella possibilità di pubblicare le risultanze delle sue indagini, dando pubblico rilievo a fatti di *maladministration* per mezzo dei suoi *reports* così da "costringere" la pubblica amministrazione a porvi rimedio¹³¹.

¹²⁹L'espressione è di BIRKINSHAW "*I only ask for information*"-*The White Paper on open government* cit., p. 565.

¹³⁰Cfr. in generale sui poteri di fatto di intervento del *PCA*: WADE *Administrative Law* cit., pp. 94-96; CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 265-266; CRAIG *Administrative Law* cit., pp. 107-108.

¹³¹Questa 'arma' spesso viene usata proprio tramite l'invio di un *draft report* (per cui cfr. nota 124) all'amministrazione interessata. Se la p.a. provvede a rimediare alla situazione, il rapporto definitivo del *PCA*, che non nasconderà certamente il

In conclusione, il principale limite di tutta questa disciplina riguarda l'impossibilità per la persona offesa di presentare direttamente le sue richieste al PCA, dovendo rivolgersi, entro 12 mesi dall'episodio di *maladministration*, ad un membro del parlamento, il quale potrà incaricare il PCA di investigare sul fatto.

La *ratio* di questa limitazione risiede ovviamente nella volontà esistente al momento dell'emanazione del PCA 1967 di mantenersi nei binari della tradizionale forma di governo britannica.

Anche con la successiva attribuzione della competenza a controllare l'attuazione del *Code of Practice*, si è voluto preservare, almeno formalmente, il principio di responsabilità ministeriale¹³². Il PCA, di solito qualificato come organo del Parlamento (*agency of Parliament*)¹³³, non fa altro che adiuvarlo e collaborare con quest'ultimo nello svolgimento dell'attività di controllo sull'azione del governo.

In questa prospettiva è comprensibile che l'*ombudsman* sia stato considerato anche come "*one of the services of the Welfare State*"¹³⁴, il quale, date le dimensioni e le competenze dei suoi apparati, mostra l'inadeguatezza dei tradizionali *checks and balances* propri dei sistemi

fatto di *maladministration*, spesso, però, differirà in modo significativo dal *draft report*. Cfr. BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 21-22.

¹³²Cfr. BIRKINSHAW "I only ask for information"-*The White Paper on open government* cit., p. 564.

¹³³ WADE *Administrative Law* cit., p. 81; CRAIG *Administrative Law* cit., p. 11 e CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 262 parlano invece di '*adjunct of Parliament*'.

¹³⁴ "*The PCA*" is WADE *Administrative Law* cit., p. 82.

parlamentari, da soli non più sufficienti ad assicurare gli scopi del costituzionalismo.

L'evoluzione però dello stato sociale negli ultimi decenni ha fatto sorgere barriere all'operatività di questo organo e dunque di questo modello di apertura dei processi decisionali pubblici. A partire dai governi conservatori della fine del secolo scorso, ma con scelte ampiamente condivise anche dai successivi governi laburisti, l'apparato statale è stato fortemente ridimensionato: non solo si sono dimesse gran parte delle attività economiche nazionalizzate, ma molti servizi pubblici e non poche funzioni pubbliche sono state devolute ai privati, mantenendo agli apparati pubblici la regolamentazione, il coordinamento e la supervisione di questi settori e funzioni. Ora nonostante il PCAA copra espressamente anche i servizi pubblici forniti da soggetti privati (Schedule 3, par. 9) e le linee guida chiariscano che le funzioni pubbliche che sono state "contracted-out" sono comunque soggette al controllo del PCA¹³⁵, in via generale si esclude che il PCA possa investigare su "*commercial and contractual matters*". Come è facile intuire, allora, ciò ha di fatto reso difficile negli ultimi anni di rendere pubbliche informazioni e comportamenti tenuti da soggetti formalmente privati, ma svolgenti funzioni o servizi sostanzialmente pubblici.

In definitiva, il PCA rappresenta un raffinato strumento per adeguare il sistema inglese alle esigenze poste dallo sviluppo degli apparati pubblici nel corso del XX secolo, senza allontanarsi dagli

¹³⁵ *Guidance on Interpretation*, part. IV.

schemi classici del governo parlamentare. L'esperienza applicativa ha evidenziato che il PCA si è perfettamente riconosciuto in questo ruolo sfruttando a suo vantaggio i caratteri propri del sistema e della cultura costituzionale britannici. La capacità dimostrata di condizionare l'esecutivo, nonostante la mancanza di specifici poteri di intervento, servendosi abilmente di quella "*public opinion*" che fin dall'Ottocento ha costituito il nerbo della democrazia inglese¹³⁶, né è una chiara riprova. Negli ultimi decenni, però, le privatizzazioni, le liberalizzazioni e l'attribuzione a privati di alcune funzioni pubbliche hanno ridotto l'influenza del PCA e la sua capacità di aprire i processi decisionali pubblici ponendo delicati problemi di adeguamento del sistema.

4.2 La penetrazione del principio di trasparenza negli enti locali

Negli stessi anni nei quali a livello nazionale si tentava di dare risposta in linea con il parlamentarismo classico alla richiesta di maggiore controllo sugli apparati esecutivi, a livello locale si assiste ad un'accelerazione del processo di apertura dei processi decisionali pubblici. Questo livello dell'ordinamento britannico, infatti, non essendo toccato (se non del tutto indirettamente) dai principi costituzionali della sovranità parlamentare e della responsabilità

¹³⁶ Sul punto ampiamente A.V. DICEY, *Legge e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento*, Bologna, Il Mulino, 1997.

ministeriale e governativa, poteva far luogo all'affermarsi della trasparenza delle decisioni politiche anche sull'esempio di molti paesi del *Commonwealth* (Canada, Nuova Zelanda, Australia, ecc.)¹³⁷ e soprattutto degli Stati Uniti, che avevano o stavano adottando diversi *sunshine statutes*.

Uno stimolo all'apertura delle decisioni pubbliche locali è poi venuto dalla situazione politica creatasi nel corso degli anni '80 quando ad un esecutivo nazionale conservatore si contrapponevano amministrazioni locali di colore politico opposto. Il governo nazionale, legato ad una concezione profondamente tradizionale del costituzionalismo e della forma di governo e dunque ostile all'accessibilità ai processi di decisione politica da parte dei governati, vedeva di buon grado la possibilità per i cittadini di mettere sotto pressione e controllare le amministrazioni locali, spesso governate dall'opposizione, per mezzo degli istituti di trasparenza-controllo e partecipazione.

Infine una ragione di introduzione dei principi di trasparenza-controllo a livello locale discende alla peculiare esperienza britannica di questo livello di amministrazione. Ad esso, fino alla prima metà del XX secolo erano attribuite la maggior parte delle funzioni amministrative e la quasi totalità di quelli che oggi chiameremo servizi sociali. Nel corso del XX secolo, sia per l'emergere dello stato sociale sia per una generale tendenza alla

¹³⁷Per questa influenza cfr. ad es. BIRKINSHAW *Reforming the Secret State* cit., pp. VIII-IX.

centralizzazione delle competenze, gran parte delle tradizionali funzioni delle amministrazioni locali britanniche, per un verso, sono state trasferite al centro e, per altro, quelle il cui concreto svolgimento è rimasto in periferia sono state sottoposte ad un'incisivo controllo centrale soprattutto per quanto concerne i poteri di spesa; controllo che appunto è stato realizzato anzitutto imponendo alle amministrazioni locali di rendere conoscibili i loro processi decisionali¹³⁸.

Tutti questi elementi permettono di capire perché la normativa concernente l'introduzione della trasparenza-controllo a livello locale è riconducibile essenzialmente all'ambito di influenza culturale dei conservatori che almeno fino ai primi anni '90 dello scorso secolo si ergevano a strenui difensori delle tradizionali forme del parlamentarismo, le quali non impedivano certo la possibilità per il pubblico di conoscere (e controllare) il funzionamento di autorità pubbliche tradizionalmente autonome dal governo centrale, per il quale solo valeva il principio della *ministerial* e *collective responsibility*. L'apertura dei loro processi decisionali anzi costituiva un modo per ricondurle sotto l'area di influenza e controllo dell'esecutivo centrale, tenuto a aprirsi e a rispondere al solo Parlamento sovrano.

Si capisce allora perché fu principalmente grazie all'opera di Margaret Thatcher, a quel tempo semplice membro del parlamento,

¹³⁸ Questa ricostruzione è opera fotografata nella sec. 142 del *Local Government Act* 2000.

che venne approvata la prima legge che garantiva l'accessibilità ai processi decisionali a livello locale: il *Public Bodies (Access to Meetings) Act 1960* (d'ora in poi, PB(ATM)A). Con questa legge le riunioni dei consigli locali vennero aperte al pubblico e ai *mass media*; si impose ai consigli (*councils*) e alle commissioni (*committees*) di pubblicare i verbali e le minute delle loro riunioni. Prima di questa legge, infatti, solo in alcuni casi e ai soli giornalisti veniva concesso l'accesso alle sedute di questi organi collegiali, sulla base del *Local Authorities (Admission of the Press to Meetings) Act 1908*¹³⁹. Con il *PB(ATM)A* si prevede in particolare che le riunioni dei consigli locali, ma non anche delle loro commissioni (*committees*) e sottocommissioni (*sub-committees*), fossero svolte in pubblico sulla base di un ordine del giorno preventivamente pubblicizzato.

E' di nuovo sotto l'egida dei conservatori che venne approvata la legislazione più importante in questo settore il *Local Government (Access to Information) Act 1985*¹⁴⁰ (d'ora in poi LG(ATI)A), più volte modificato fino al *Local Government Act 2000*, ma che, per quel che qua interessa, è restato sostanzialmente inalterato per quanto concerne le previsioni concernenti la trasparenza¹⁴¹.

¹³⁹ . Cfr. MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., p. 287; BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 154-155.

¹⁴⁰ Per queste due leggi ed in particolare per il *Local Government (Access To Information) Act 1985* vedi oltre par. 2.

¹⁴¹ Il LG(ATI)A è stato anche il risultato di una strategia della Campagna per la Libertà di Informazione (Campaign for Freedom of Information) che non essendo riuscita ad ottenere un *Freedom of Information Act* a carattere generale, si adoperò perché in settori specifici venisse introdotto il principio di trasparenza

Con il LG(ATI)A si è introdotto a livello di amministrazione locale il principio di trasparenza, diretto a garantire agli amministrati la possibilità di un controllo diffuso sull'agire dei poteri locali, relativamente ai quali, come s'è notato, non si poneva l'ostacolo costituito dal principio di responsabilità ministeriale¹⁴².

Il LG(ATI)A in particolare viene ad estendere i principi di trasparenza contenuti nel *Local Government Act 1972*, che a sua volta aveva ampliato l'ambito di applicazione di quelli contenuti nel PB(ATM)A.

amministrativa: MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., p. 286.

¹⁴²Cfr. BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 1 e 66-67; BIRKINSHAW *Reforming the Secret State* cit., pp. 53-54; BIRKINSHAW, *Freedom of Information. The law, the practice and the ideal*, London, Butterworths, 2001, pp. 155 ss.

Il *Local Government Act 1972*¹⁴³ (d'ora in poi LGA 1972) aveva, infatti, previsto che anche le sedute delle commissioni (*committees*) dovessero essere tenute pubblicamente; ma anche in questo modo non si era riusciti ad eliminare i due più importanti ostacoli all'effettività della pubblicità delle riunioni degli organi delle amministrazioni locali. In primo luogo, il PB(ATM)A e il LGA 1972 non ponevano alcun obbligo in capo alle sottocommissioni (*sub-committees*), cui venivano delegate gran parte delle competenze da parte dei consigli e delle commissioni. In secondo luogo, le riunioni dei consigli e delle commissioni potevano essere tenute in

¹⁴³Questa legge viene ad operare un riordino dell'organizzazione delle amministrazioni locali, prima regolate sulla base del *Local Government Act 1888*. Precedentemente alla riforma del 1972 queste autorità erano organizzate secondo una 'struttura a due piani' (*two-tier structure*); al piano superiore si avevano i Consigli di Contea (*County Councils*) e al di sotto vi erano i Distretti Urbani (*urban districts*), i Distretti Rurali (*rural districts*) e i municipi (*boroughs*), in alcune grandi città poi esisteva un'unica autorità (*county borough*) che operava in entrambi i piani, ed infine la città di Londra era organizzata in *Greater London Council (GLC)* e *London Borough Councils (LBCs)* (cfr. W. WADE *Diritto Amministrativo inglese* Milano, Giuffrè, 1969, pp. 38-41). Con il *Local Government Act 1972* si decise di mantenere la 'struttura a due piani', sebbene in senso contrario si fosse espressa una Commissione di inchiesta Reale presieduta da Lord Redcliff-Maud (*Redcliff-Maud Report 1969*). Con questa legge vennero individuati quattro diversi tipi di autorità locali: 1 *metropolitan counties* al primo livello, e ad di sotto *metropolitan districts*; 2 *non-metropolitan counties* sotto i quali vi erano vari *districts*; 3 *GLC* con vari *London boroughs* al livello inferiore; 4 il Galles venne diviso in otto contee (*counties*) e al di sotto vari distretti. Questa struttura è stata ulteriormente modificata dal *Local Government Act 1985*, con cui si è abolito il *GLC* e i *metropolitan county councils* le cui funzioni sono state trasferite, in parte, ai livelli inferiori, in parte, affidate a nuovi organismi (*joint authorities* e *corporations*). Cfr. CRAIG *Administrative Law* cit., pp. 95-96.

privato semplicemente passando una risoluzione in cui si facesse generico riferimento all'interesse pubblico¹⁴⁴.

Il LG(ATI)A oltre ad estendere alle sottocommissioni i principi del LGA 1972, viene a rendere più difficile la possibilità di riunirsi a porte chiuse, ed infine introduce il diritto di accesso ai documenti in possesso della amministrazione locale¹⁴⁵. Questa legge si applica solo ai consigli principali (*principal councils*)¹⁴⁶ e alle loro commissioni e sottocommissioni; non si applica, però, alle *Working Parties*¹⁴⁷,

¹⁴⁴Cfr. MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., p. 287.

¹⁴⁵In questo senso è stato detto che “[t]he Local Government (Access to Information) Act 1985 has been welcomed as a major step towards public access to information in the possession of central government. It is certainly very important as giving a statutory recognition in the local government sphere to the principle of public access, subject only to stated exceptions, to information held by a public authority.”, MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., p. 291. E' lo stesso autore, però, che poco dopo riconosce che: “[a] government may regard favourably or at least acquiesce in, measures to control the way in which subordinate authorities exercise the powers delegated to them without being willing to concede their appropriateness to the exercise of its own powers.”.

¹⁴⁶Si fa' riferimento ai *county council, district councils*, ai *London Borough Councils* e ad altre autorità locali specificamente indicate. Cfr. BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 155-156.

¹⁴⁷Con questa espressione si fa riferimento a organi con funzioni meramente consultive che le amministrazioni locali (sia i consigli che le commissioni e sottocommissioni) hanno il potere di creare. Per stabilire se effettivamente si tratti di un *WP* o piuttosto di una commissione o sottocommissione, si deve guardare alla sostanza delle funzioni svolte e non semplicemente alla denominazione di questi organi. Per cui se un ufficio creato da una amministrazione locale viene in effetti a svolgere le funzioni ad essa affidate, saremo alla presenza di una commissione o sottocommissione, se invece la sua attività si limita a fornire pareri a consigli, commissioni e sottocommissioni, allora si tratterà in effetti di un *WP*, dunque escluso dall'applicabilità del LG(ATI)A. Cfr. BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 144-145 e 156-158.

nonché alle autorità locali minori, non specificamente richiamate nel *LG(ATI)A*.

Sulla base del *LG(ATI)A*, chiunque ha diritto ad assistere alle sedute di questi organi collegiali, nonché ad accedere a gran parte dei loro documenti prima e dopo le riunioni stesse. Una particolare posizione l'hanno, però, i giornalisti sia al momento delle riunioni¹⁴⁸ che successivamente¹⁴⁹.

Gli oggetti del diritto di accesso¹⁵⁰ (*recte* dei diritti di accesso) regolato nel *LG(ATI)A* sono: i *meetings* dei consigli, commissioni e sottocommissioni, gli ordini del giorno (*agendas*) di tali riunioni e le varie relazioni (*reports*) in esse discusse, i verbali di queste sedute (*minutes*) e i *background records*. Per comprendere il preciso significato di questi termini è necessario far riferimento al procedimento che deve essere seguito da un organo soggetto al *LG(ATI)A* per tenere una riunione.

¹⁴⁸Ad es. gli viene riconosciuto il diritto ad ottenere, nel corso della riunione, sufficienti facilitazioni al fine di scrivere i loro *reports*, nonché di telefonare, a loro spese, per comunicare queste relazioni. Cfr. BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 163-164.

¹⁴⁹Ad es. hanno diritto, se lo richiedono e a loro spese, che gli vengano inviati vari documenti concernenti una riunione pubblica. Cfr. BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 166-167.

¹⁵⁰Va detto che, secondo un autore, l'accesso a documenti non costituirebbe un autonomo diritto, essendo invece uno strumento per rendere completamente operante il diritto di assistere alle sedute degli organi amministrativi collegiali, che costituirebbe il vero oggetto del *LG(ATI)A*: “.access to documents.*is*}.a right connected with access to meetings rather than.a separate right.”, MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., p. 291.

Anzitutto occorre rendere pubblico, per lo più tramite affissione, almeno tre giorni prima della riunione¹⁵¹, un annuncio in cui deve essere indicato il luogo, il giorno, l'orario della seduta. Sempre almeno tre giorni prima, devono essere rese disponibili per la visione a favore di chiunque, l'ordine del giorno (*agenda*) e le relazioni preparate in rapporto a ciascun argomento che verrà trattato sulla base dell'ordine del giorno. In caso di necessità è possibile fissare la riunione in termini più brevi degli ordinari tre giorni, ma rimane comunque l'obbligo di affiggere tempestivamente l'annuncio della convocazione della seduta e altrettanto tempestivamente di rendere accessibili l'ordine del giorno e le varie relazioni. In caso di cambiamento dell'ordine del giorno devono essere resi tempestivamente accessibili i relativi documenti. Il *LG(ATI)A* stabilisce che la conseguenza della mancata inclusione nell'ordine del giorno, regolarmente pubblicizzato, di determinate materie comporta l'impossibilità per quell'organo di trattare quegli argomenti nel corso della riunione¹⁵².

¹⁵¹Si parla nella legge di *'three clear days at least'*, facendo riferimento al fatto che nel computo non si deve tener conto né del giorno in cui viene fatto l'annuncio né di quello in cui viene tenuta la riunione. Inoltre è stato detto che per rispettare lo 'spirito' della legge, si dovrà escludere anche i giorni festivi in cui gli uffici dell'amministrazione rimangono chiusi, e dunque l'annuncio non è consultabile dal pubblico. Cfr. BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 162-163; MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., p. 289.

¹⁵²Rimane, però, in facoltà del Presidente del collegio, quando circostanze particolari (*special circumstances*) lo richiedono, di permettere che venga trattato un argomento fuori dall'ordine del giorno. In questo caso nel verbale della seduta deve essere dato conto di quali siano queste 'circostanze particolari', probabilmente per mezzo di una motivazione. Cfr. BIRKINSHAW *Government*

Il *LG(ATI)A* dispone anche che devono essere rese accessibili le copie di tutti i documenti preparatori alle relazioni (*background papers*)¹⁵³ di cui deve essere approntata e conservata una lista accessibile da parte del pubblico¹⁵⁴. Chiunque può assistere alla riunione e durante questa devono essere messi a disposizione del pubblico un numero ragionevole di copie dell'ordine del giorno e delle varie relazioni. Successivamente alla riunione devono essere conservati, per lo meno per sei anni¹⁵⁵, e resi accessibili a qualunque interessato: i verbali delle riunioni (*minutes*)¹⁵⁶, una copia dell'ordine

and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation cit., p. 165.

¹⁵³E' rimessa all'ufficiale responsabile (*proper officer*) la determinazione di quali siano i *background papers* che sono appunto quelli che "disclose any facts or matters on which, in the opinion of the proper officer, the report, or an important part of the report, is based. {and which}.have, in his opinion, been relied on to a material extent in preparing the report.", sec. 100D del *LGA 1972* così come modificato dal *LG(ATI)A*. Si trova in *MARSH Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., p. 291.

¹⁵⁴Per accedere a questi documenti è necessaria una specifica richiesta che verrà soddisfatta al più presto. Cfr. *BIRKINSHAW Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., p. 167.

¹⁵⁵Ma per i *background papers* il termine non è di sei anni, ma di quattro. Cfr. *MARSH Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., p. 291; *BIRKINSHAW Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., p. 167.

¹⁵⁶In merito a questi deve essere detto che possono e talvolta devono essere cancellate le parti relative a materie escluse dalla trattazione pubblica, durante le quali cioè la riunione si è svolta a porte chiuse. La vera particolarità, però, non è tanto questa, infatti anche tutti gli altri documenti possono essere sottratti all'accesso se si riferiscono ad una delle eccezioni, ma il fatto che se dopo le cancellazioni i verbali divengono incoerenti o non comprensibili, allora il *proper officer* dovrà fare un riassunto delle parti cancellate da sottoporre al pubblico insieme ai verbali, senza ovviamente rivelare le informazioni escluse dall'accesso. Cfr. *BIRKINSHAW Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., p. 168; *MARSH Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., p. 290.

del giorno, copie delle varie relazioni, una copia della lista degli atti preparatori e infine i *background papers*.

Sono poi disciplinate nel *LG(ATI)A* varie ipotesi in cui è possibile o obbligatorio procedere a porte chiuse, nel qual caso Anche i documenti che attengono a tali riunioni, possono o devono essere sottratti all'accesso, dandone conto con apposita dicitura (*not for publication*).

Le ipotesi nelle quali è possibile limitare l'accesso (alle sedute e ai relativi documenti) sono di due tipi: 1 obbligatorie (*mandatory*); 2 a discrezione dell'autorità procedente (*discretionary*).

Nel primo caso (*mandatory exclusions*) viene imposto uno specifico dovere per le autorità locali di vietare l'accesso del pubblico a quelle riunioni (e ai relativi documenti) nelle quali si verrà a discutere di *confidential information* la cui divulgazione costituirebbe una violazione dell'obbligo di *confidence*. Con queste espressioni si fa riferimento alla *confidentiality within the government*, l'eccezione cioè non comprende le informazioni avute in modo confidenziale da soggetti estranei alla p.a. In particolare si tratta: a) delle informazioni che il consiglio, commissione, sottocommissione hanno ricevuto da un ministero (*government department*) secondo termini, che anche implicitamente, impongano di non rendere pubbliche tali informazioni; b) delle informazioni che una qualunque norma giuridica (ad es. *Official Secret Act*) imponga di mantenere segrete¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Cfr. BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., p. 158.

Nel secondo caso il consiglio, commissione, sottocommissione possono votare (pubblicamente) una risoluzione con cui si decida di procedere a porte chiuse nel caso che sia necessario trattare materie rientranti in una delle categorie individuate nel *LG(ATI)A*¹⁵⁸. Nella risoluzione deve essere fatto riferimento alla riunione o parte di riunione che verrà tenuta in privato e deve essere indicata la ragione di tale chiusura al pubblico, specificando l'eccezione applicabile. Le principali categorie di informazioni¹⁵⁹ la cui trattazione permette di riunirsi a porte chiuse sono: quelle relative ad impiegati ed ex-impiegati; quelle relative ai beneficiari o a chi beneficerà di programmi di assistenza (alloggi, pensioni, altri servizi); informazioni relative all'adozione, tutela, educazione di bambini; quelle relative agli affari economici di un particolare individuo; informazioni relative al prezzo di beni che si intende vendere o acquistare, se da ciò possa derivare un vantaggio all'altro contraente; le informazioni relative ad una negoziazione in corso o da condurre, se da ciò possa derivare un danno all'amministrazione in quello o in casi futuri; quelle che permettano di determinare l'identità dell'autorità appaltante o dell'appaltatore di certi beni o

¹⁵⁸Categorie di informazioni che possono essere variate per mezzo di uno *statutory instrument* emanato dal *Secretary of State*. Cfr. BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., p. 159; MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., p. 289.

¹⁵⁹Cfr. in generale BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 159-162; MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., pp. 288-289.

servizi; informazioni relative ai rapporti di lavoro (consultazioni, contrattazioni, ecc.); direttive al proprio avvocato o consulenze da parte di questo; pareri ricevuti e informazioni ottenute concernenti qualunque procedimento legale in cui sia coinvolta l'amministrazione o concernenti la determinazione di qualunque questione che possa toccare l'amministrazione, relativamente ad un procedimento legale in corso o da iniziare¹⁶⁰; informazioni la cui divulgazione vanificherebbe i poteri che l'amministrazione è in procinto di esercitare¹⁶¹; informazioni relative all'attività di *criminal law enforcement*; quelle che permetterebbero di svelare l'identità di un informatore.

In ogni caso, infine, il Presidente dell'organo collegiale può sempre decidere, anche prima dello svolgimento della riunione, di procedere a porte chiuse per prevenire o impedire disordini.

Il LG(ATI)A sembra aver dato buoni risultati e aver superato i problemi posti dalla precedente legislazione. Molteplici condotti fino ai primi anni '80 dello scorso secolo, infatti, avevano evidenziato che non poche autorità locali non si conformavano agli obblighi di trasparenza imposti dal PB(ATM)A e LGA 1972¹⁶².

¹⁶⁰Questa eccezione, che va ben oltre il *legal professional privilege*, è stata quella maggiormente criticata, per il fatto di essere eccessivamente generica. Cfr. BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., p. 161; MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., p. 291.

¹⁶¹Ad es. facendo conoscere ad una persona che sarà destinataria di un provvedimento gli scopi che si propone l'autorità, venendo così a mettere in grado quel soggetto di aggirare l'atto.

¹⁶² BIRKINSHAW, *Freedom of Information. The law, the practice and the ideal*, London, Butterworths, 2001, p. 151.

4.3 La lenta e faticosa affermazione del principio di trasparenza a livello centrale

A livello nazionale, l'attaccamento alle tradizioni costituzionali, divenuto cardine delle politiche dei governi conservatori soprattutto fino ai primi anni '90 dello scorso secolo, unitamente ad una tradizionale "cultura del segreto" hanno fortemente rallentato il processo di apertura degli apparati centrali, fino all'approdo definitivo avvenuto solo nel 2000 con il *Freedom of Information Act* (d'ora in poi FOIA).

Ciò non significa certo che non vi siano stati progressi della trasparenza nei decenni precedenti, ma solo che tali progressi sono stati molto lenti e operati principalmente tramite il mutamento di prassi amministrative, in perfetta linea con il radicato atteggiamento britannico di recepire nell'ordinamento giuridico solo ciò che è stato a lungo sperimentato e solo dopo che è divenuto prassi diffusa, garantendo così, da un lato, una grande flessibilità del sistema e, dall'altro, una sistemazione normativa delle sole discipline in grado effettivamente di essere attuate¹⁶³.

¹⁶³ In fin dei conti in Gran Bretagna sembra prevalere: "un atteggiamento [...] più pragmatico ed antiformalista [...] favorevole piuttosto ad una attenta considerazione della realtà, e delle particolarità e specificità di ciascun caso che richieda qualificazione e regolamentazione", L. GIANFORMAGGIO, *Natura/artificio nella politica dell'ambiente e nell'etica della vita*, in L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia e critica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 204.

Nel corso del XX secolo non sono però mancate neppure leggi che, relativamente a singoli settori, hanno introdotto istituti giuridici riconducibili sia alla trasparenza-accesso¹⁶⁴ che alla trasparenza-controllo, ma nessuna legge fino al 2000 ha garantito la possibilità per chiunque di accedere a qualunque informazioni in possesso degli apparati centrali¹⁶⁵.

Tra queste ipotesi specifiche di accesso legislativamente disciplinato sono certamente da esaminare l'accesso a documenti conservati negli archivi storici (*Public Record Acts*) e l'accesso a informazioni personali conservate dalle pp.aa. (*Data Protection Acts*, d'ora in poi DPA)¹⁶⁶. Prima del FOIA vi è stato chi ha proposto di riferirsi a questi istituti come ad "analoghi" al diritto di accesso, se con quest'ultima espressione si intende riferirsi ad un interesse giuridicamente tutelato di qualunque governato diretto a conoscere

¹⁶⁴Ad es. *Tribunals and Inquires Acts* (1958 e 1971) con cui si è imposto agli *administrative tribunals* (da molti ritenuti organi amministrativi) e agli organi che adottano la decisione finale in seguito ad una *public inquire*, l'obbligo di fornire la motivazione, che può essere vista come forma di trasparenza successiva al procedimento, con cui si chiarisce il modo in cui si è agito e deciso.

¹⁶⁵Già prima del 2000, però, sono stati molti i progetti di legge tendenti ad introdurre nel sistema il *Freedom of Information principle*. Cfr. ad es. tra i *Private Member's Bills*: *Litterick's Freedom of Information Bill* 1977, *Cook's Official Information Bill* 1978, *Freund's Official Information Bill* 1979, *Steel's Freedom of Information Bill* 1984, *Shepherd's Bill* 1988. Cfr. MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., pp. 258-281 e RADFORD *Controllo giurisdizionale e controllo dell'esecutivo* cit., p. 73.

¹⁶⁶Oltre a queste ipotesi specifiche di accesso, se ne può ricordare anche altre: l'accesso disciplinato nel *Consumer Credit Act*, quello previsto nel *Access to Medical Reports Act* 1988, ancora quello disciplinato nel *Access to Personal Files Act* 1987, e quello del *Local Government Finance Act* 1988, ecc. Cfr. BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 172-180 e pp. 111-286.

qualunque informazione in possesso della p.a. al fine di realizzare un “*democratic control*” sull’amministrazione: “*in a country such as the United Kingdom, which has not yet introduced a system of public access to government held-information, it is natural, although it may often be misleading, to turn to existing laws and institutions which are in any way analogous with such system.*”¹⁶⁷.

4.3.1 Gli “analoghi” al diritto di accesso

Il primo di questi “analoghi” è l’accesso ai documenti di interesse storico¹⁶⁸, disciplinato nei *Public Record Acts 1958* e *1967*¹⁶⁹. Prima di queste leggi non esisteva alcun ‘diritto’ di visionare gli ‘*historical records*’ in possesso del *Public Record Office (PRO)*.

La regola introdotta per mezzo di questi due *statutes* è quella per cui tutti i documenti in possesso del *PRO* sono visionabili da qualunque interessato trascorsi 30 anni dal giorno della loro formazione (*30 year rule*)¹⁷⁰, a meno che questo termine non sia stato

¹⁶⁷MARSH *Access to Government-Held Information: An Introduction to Administrative Law* cit., p. 24.

¹⁶⁸Per questo cfr. MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., pp. 281-283; BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 4-6.

¹⁶⁹“*There should be no confusion between a Freedom of Information Act and a Public Record Act as the former allows access, with exemptions, to current papers.*”, BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., p. 6.

¹⁷⁰Questo termine di 30 anni è stato introdotto con il *Public Record Act 1967*, infatti la regola precedente era quella di accessibilità trascorsi 50 anni.

esteso o abbreviato per particolari esigenze. In particolare il *PRA 1958* nella sec. 5(3) impone a “*the Keeper*¹⁷¹ *of the Public Records to arrange that reasonable facilities are available to the public for inspecting and obtaining copies of public records in the Public Record Office.*”.

Anzitutto occorre individuare i documenti che vengono conservati nel *PRO*, nei cui confronti viene appunto esercitato il diritto di accesso. Le amministrazioni (*departments* e *fringe organisations*), oltre ai tribunali (*courts of law*), devono fare una cernita dei loro documenti per stabilire quali di essi debbano essere conservati in modo ‘permanente’ da parte del *PRO*. Questa scelta deve essere compiuta prima che siano trascorsi trenta anni dal giorno della formazione di ciascun documento.

Alcuni documenti possono però, essere trattenuti per un tempo superiore agli ordinari trenta anni. In questo caso occorre il consenso del *Lord Chancellor*, e la ritenzione deve essere motivata sulla base della necessità di tutelare determinati interessi: sicurezza nazionale, e di individui determinati, la gestione della cosa pubblica, quando i documenti in questione sono tuttora utili per la *day-to-day conduct of business*, altri specifici interessi.

I documenti trattenuti dalle amministrazioni che hanno un contenuto particolarmente sensibile, devono essere soggetti ad un

¹⁷¹Questo organo è nominato e risponde del suo operato al *Lord Chancellor*, che oltre ad essere Ministro della Giustizia e a capo del Potere Giudiziario, tra le altre cose è anche Presidente della Camera dei pari. Il *Keeper of the Public Records* svolge per lo più funzioni di controllo per quanto riguarda gli obblighi delle amministrazioni di conservare e trasferire documenti al *PRO*.

periodico controllo per stabilire se sia possibile il loro trasferimento al *PRO*.

I documenti che vengono trasferiti al *PRO* sono quelli a cui deve, di regola, essere garantito l'accesso, a meno che non viga un qualche limite. Anzitutto è possibile che una specifica legge¹⁷² vieti l'accesso a certe categorie di documenti, inoltre può venire esteso il termine dopo il quale i documenti possono essere consultati. Questa estensione viene richiesta dall'amministrazione interessata al *PRO*, il quale a sua volta dovrà chiedere l'assenso del *Lord Chancellor*¹⁷³. Tale richiesta può essere avanzata per certe classi di documenti: atti particolarmente delicati, la cui divulgazione potrebbe essere contraria all'interesse pubblico; documenti forniti in modo confidenziale (*in confidence*) all'amministrazione, la cui accessibilità costituirebbe violazione del principio di buona fede (*good faith*)¹⁷⁴; atti relativi ad individui, la cui conoscenza da parte di estranei potrebbe mettere in pericolo la vita o comunque danneggiare quei soggetti¹⁷⁵.

Il periodo di non accessibilità può anche essere abbreviato per mezzo di un atto del *Lord Chancellor*. Infine è prevista la possibilità

¹⁷²Ad es. *Land Registration Act 1925*.

¹⁷³Per quanto concerne il procedimento, particolarmente elaborato, per richiedere l'estensione del termine di non accessibilità si veda BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 5-6.

¹⁷⁴In questa particolare ipotesi il *Lord Chancellor* può anche stabilire che l'accesso dei documenti sia soggetto a particolari condizioni. Cfr. MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., pp. 282-283.

¹⁷⁵Il termine di non accessibilità può essere esteso fino a 100 anni, ad es. per le informazioni relative alla vita privata della Famiglia Reale.

che a determinati soggetti, indipendentemente dal *30 year rule*, venga conferita la possibilità di visionare qualunque documento o solo alcuni specifici (*privileged access*), in possesso del *PRO* o ancora conservati presso le varie amministrazioni.

La legislazione in tema di riservatezza dei dati personali conservati su supporto magnetico dall'amministrazione ha costituito, fino all'approvazione del FOIA, "*the most instructive comparison with a general scheme of public access to government-held information.*"¹⁷⁶.

I *DPA 1984 e 1998*¹⁷⁷ hanno disciplinato l'uso di informazioni concernenti singoli soggetti da parte degli uffici pubblici che le posseggono.

Questa legislazione si ispira a 8 principi (*Data Protection Principles*): 1 le informazioni personali devono essere raccolte e elaborate in modo corretto (*fairly*); 2 le informazioni personali devono essere conservate solo per una o più specifiche e legittime finalità; 3 le informazioni devono essere usate e rese accessibili in modo non incompatibile con le finalità per cui sono conservate; 4 le informazioni devono essere adeguate, rilevanti e non eccessive per la realizzazione di quegli scopi per cui sono conservate; 5 le

¹⁷⁶MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., p. 285.

¹⁷⁷Per questa legge si veda MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., pp. 283-286; BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 180-209; FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., pp. 121-123.

informazioni devono essere il più possibile corrispondenti al vero (*accurate*) e, quando necessario, devono essere aggiornate; 6 le informazioni devono essere detenute per il tempo strettamente necessario per realizzare le finalità per cui sono state raccolte; 7 ogni individuo ha diritto: a) a ragionevoli intervalli e senza spese e ritardi ingiustificati, ad essere informato da parte di qualunque soggetto che elabora dati, del fatto che informazioni che lo concernono sono in suo possesso, e può ad esse accedere; b) ad ottenere, quando necessario, la correzione o l'eliminazione delle informazioni a lui relative; 8 devono essere garantite adeguate misure di sicurezza contro accessi ingiustificati, alterazioni, distruzioni, perdite accidentali delle informazioni personali.

I dati oggetto di questa legislazione sono costituiti da qualunque informazione conservata su qualunque tipo di supporto da soggetti pubblici o privati¹⁷⁸. Per '*personal data*' va inteso qualunque *data* che si riferisca ad una persona vivente che da essa possa essere identificata, comprese le opinioni espresse circa quel determinato soggetto¹⁷⁹. '*Data user*' è qualunque soggetto (pubblico o privato) che detenga *personal data*; e si può dire che delle

¹⁷⁸ L'ambito oggettivo di intervento della disciplina sulla riservatezza dei dati personali è stato via via ampliato da leggi successive fino a comprendere, in forza di una novella introdotta dal FOIA, qualunque informazione personale comunque conservata.

¹⁷⁹ "*Information which relates to a living individual who can be identified from that information (or from that and other information in the possession of the data user), including any expressions of opinion about the individual.*", DPA sec. 1(3). Su cui cfr. MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., p. 284; cfr. anche BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., p. 181.

informazioni siano detenute quando: esse facciano parte di un insieme di *data* elaborati o che si intendono elaborare da parte¹⁸⁰ dell' *user*; il quale deve essere in grado di controllare il contenuto e l'uso delle informazioni così elaborate.

Il *DPA* prescrive che ogni soggetto pubblico o privato che conserva dati personali comunicati di essere un *data user* al *Data Protection Commissioner*, che il FOIA ha ridenominato *Information Commissioner* (IC), il quale svolge compiti di controllo e supervisione sull'attività di elaborazione di questi dati¹⁸¹.

L'IC, oltre a funzionare come *ombudsman* per questo particolare settore ricevendo le denunce dai privati e indagando in merito, ha il compito di fare in modo che i *data user* rispettino i *Data Protection Principles* su cui il *DPA* si fonda.

A questo scopo il *DPA* assegna all'IC molteplici poteri¹⁸², tra i quali, ad esempio: 1 *enforcement notices* in cui si individua il principio violato, le ragioni che conducono a ritenere che ciò sia accaduto, l'obbligo di compiere una determinata azione in riparazione di ciò entro un termine per lo più di 28 giorni, l'indicazione della possibilità di ricorrere avverso questo provvedimento con un 'appello' al *Data Protection Tribunal*, che il FOIA ha ridenominato *Information Tribunal*; 2 *transfer prohibition notices* con cui si intima di

¹⁸⁰Direttamente o per mezzo di rappresentanti.

¹⁸¹ Cfr. BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., p. 189.

¹⁸²Cfr. BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 189-191; FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., p. 122.

non trasferire in altri paesi certe informazioni. La violazione degli obblighi contenuti in una di queste 'notificazioni' costituisce reato, così come la divulgazione non autorizzata di informazioni personali.

Questa disciplina garantisce a chiunque di essere informato del fatto che informazioni che lo concernono siano detenute da un *data user*, ed ha diritto ad accedere a quelle informazioni (principio n° 7). Questo diritto di accesso ha ad oggetto tutte le informazioni personali conservate da un soggetto pubblico, ma appunto solo questo genere di informazioni¹⁸³.

La richiesta per l'accesso deve essere fatta per scritto ed è soggetta ad una tassa¹⁸⁴. L'accesso deve essere garantito entro 40 giorni dalla richiesta, a meno che non si applichi una delle eccezioni previste o che il *data user* non sia convinto dell'identità del richiedente o l'accesso sia tale da far conoscere anche informazioni relative a soggetti terzi, identificabili da esse, senza che sia stato concesso da essi il necessario consenso.

Il soggetto cui sia stato rifiutato l'accesso può ricorrere all'autorità giudiziaria (*court*) per ottenere una sentenza con cui si imponga al *data user* di soddisfare la richiesta. Le *courts of law* possono anche imporre al *data user* di correggere o eliminare le informazioni errate, quando ciò non sia già stato fatto in modo spontaneo. E' anche possibile ottenere il risarcimento dei danni

¹⁸³ In generale cfr. BIRKINSHAW, *Freedom of Information. The law, the practice and the ideal*, London, Butterworths, 2001, pp. 347 ss.

¹⁸⁴ BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 204-205.

derivanti dalla perdita, distruzione, divulgazione non autorizzata di informazioni personali, a meno che il *data user* non provi di aver messo in atto ogni ragionevole cautela.

Le eccezioni¹⁸⁵ possono essere raggruppate in tre grandi classi: 1 casi in cui tutte le disposizioni del *DPA* non trovano applicazione; 2 casi in cui è possibile divulgare informazioni personali al di là dei limiti ordinariamente previsti nel *DPA* (*non-disclosure exceptions*); 3 casi in cui al soggetto cui le informazioni si riferiscono non è riconosciuto il diritto di accedervi (*subject access exception*).

In primo luogo, il *DPA* non si applica alle informazioni personali conservate per scopi domestici e di intrattenimento; in quei casi in cui una legge prescriva che quelle informazioni siano rese pubbliche; alle informazioni che servono per la difesa nazionale se in questo senso è stato firmato un 'certificato' da parte di un Ministro o dell' *Attorney General* o *Lord Advocate* per la Scozia; relativamente alle informazioni personali che siano conservate esclusivamente per scopi di pagamenti di salari e pensioni.

In secondo luogo, un *data user* non commette reato se comunica informazioni personali a un soggetto diverso da quello a cui esse si riferiscono, quando l'interessato abbia prestato il suo consenso; quando si tratti di comunicare informazioni a altri uffici pubblici

¹⁸⁵Cfr. MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., p. 285; BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 192-204; FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., pp. 122-123; BIRKINSHAW, *Freedom of Information. The law, the practice and the ideal*, London, Butterworths, 2001, pp. 351 ss.

nell'adempimento di obblighi istituzionali; quando la divulgazione di informazioni avvenga per *law enforcement purposes*, in particolare per la prevenzione del crimine e l'esazione fiscale; quando la comunicazione avvenga per scopi di difesa nazionale; quando infine la comunicazione sia determinata dall'emergenza di evitare un danno ad un individuo.

In terzo luogo, le *subject access exceptions* limitano il diritto di accesso di colui al quale determinate informazioni si riferiscono. Esse riguardano ad esempio: le informazioni necessarie per la prevenzione dei reati e l'esazione fiscale, sempre che dalla *disclosure* possa derivare un danno; i dati che sono utilizzati dal Governo per procedere alle nomine dei giudici; informazioni coperte da un *legal professional privilege*; dati che sono usati esclusivamente per scopi statistici o di ricerca; dati di *back-up*; informazioni concernenti la difesa nazionale; informazioni il cui accesso sia vietato dal diritto; informazioni relative alla salute fisica o psichica di soggetti, quando la loro accessibilità sia tale da produrre un danno rilevante al *data subject*; informazioni che se rese accessibili verrebbero ad esporre il *data user* ad una azione penale diversa da quelle previste nel *DPA*.

4.3.2 I codici di comportamento

Per comprendere l'ordinamento britannico risulta fondamentale non fermarsi ad analizzare la disciplina "normativa",

ma occorre considerare anche la prassi amministrativa (*practice*) esistente, cioè si deve guardare a come in effetti funziona il sistema. Tale affermazione che per certi versi parrebbe banale e per altri valida per qualunque paese, in realtà nel contesto britannico ha una portata per niente banale e valida in generale. Sono moltissimi i casi in cui a fronte dell'assenza di una normativa in tema di partecipazione ed accesso alla gestione della cosa pubblica, ed in particolare a fronte dell'assenza di statutory o common law rights, ampie e assai significative previsioni in questo senso sono state introdotte per mezzo di atti amministrativi generali, codici di comportamento, atti di indirizzo politico, ecc.

E' in questa prospettiva che ben prima del FOIA, pur mancando "declamazioni normative"¹⁸⁶ al proposito, elevato risultava essere il livello di trasparenza a livello di apparati centrali¹⁸⁷.

Questa peraltro era stata la strada preferita, almeno fino all'avvento dei laburisti alla fine del secolo scorso, per conciliare, da un lato, le ripetute richieste di maggiore trasparenza a livello nazionale e, dall'altro, il rispetto dei tradizionali principi della forma di governo parlamentare.

¹⁸⁶ L'espressione appartiene a S. CASSESE, "Riforme Istituzionali, avanti piano quasi indietro", articolo apparso su "Il Sole 24 Ore" di mercoledì, 20 agosto 1997.

¹⁸⁷ Con riferimento ai procedimenti in materia ambientale, cfr. G. GROTTANELLI de' SANTI, *Appunti sulla protezione dell'ambiente in Inghilterra*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 44-45.

Proprio tramite atti amministrativi, per lo più a carattere “interno”¹⁸⁸, e atti aventi carattere politico¹⁸⁹ si è operato nel senso di una maggiore *openness* dell’attività e organizzazione amministrativa.

A questo scopo era ad esempio diretto il *White Paper 1969* del governo Laburista. Con esso, accogliendo parzialmente le proposte di assicurare maggiore trasparenza nell’amministrazione formulate nel *Fulton Report on Civil Service 1968*, si veniva a raccomandare alle amministrazioni una maggiore *openness*, ma si precisava che ciò non avrebbe dovuto interferire con l’attività di *policy-making* (*candour argument*); inoltre poiché maggiore trasparenza significava anche maggiori costi e ritardi nello svolgimento delle funzioni amministrative, questa doveva essere assicurata solo quando fossero presenti interessi pubblici prevalenti¹⁹⁰.

Successivamente al *Franks Report on Section 2 of Official Secret Act 1972*, con cui si evidenziava l’esigenza di una più estesa pubblicità nell’ambito dell’amministrazione, ma se ne mettevano in luce anche i rischi in un sistema come quello inglese caratterizzato dal principio di responsabilità ministeriale¹⁹¹, si ebbero il *Labour Party’s Manifesto* per le elezioni del 1975 e il discorso del primo ministro laburista

¹⁸⁸Cioè non a carattere giuridico vincolante. Ad es. circolari, codici di condotta, ecc.

¹⁸⁹Ad es. vari *Green* e *White Papers*. Questi documenti sono pubblicati dal governo e contengono proposte legislative, indicazioni sulla linea politica che il governo intende seguire, argomenti da sottoporre all’attenzione del Parlamento perché li discuta, ecc. Cfr. BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 10-11.

¹⁹⁰Cfr. MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., pp. 258-259.

¹⁹¹Cfr. sopra nel testo.

durante il dibattito sul discorso della Regina (*Queen's speech*) del 1976.

In questi atti venne affermato che: “*When the Government make major policy studies, it will be our policy in future to publish as much as possible of the factual and analytical material which is used as background to these studies.*”¹⁹². Per quanto concerne i *factual documents* relativi ai maggiori progetti politici, la regola (non giuridicamente vincolante) divenne quella della trasparenza.

Sulla base poi di un rapporto commissionato dal governo sulla situazione di altri paesi relativamente alla trasparenza amministrativa (*Disclosure of Official Information: a Report on Overseas Practice 1979*) e del rapporto del comitato *Justice (Freedom of Information 1978)*¹⁹³, il governo nel *Green Paper* del 1979 si espresse a favore di un *Code of Practice* che prevedesse maggiore *openness*. La scelta di seguire la strada di una modificazione della pratica amministrativa e non di un’innovazione legislativa (o comunque normativa), si basava sulla preoccupazione che “*any scheme of public*

¹⁹²Si tratta di un brano del discorso del Primo Ministro Callaghan, riportato in MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., p. 260. Questa posizione fu riprodotta in una direttiva agli uffici formulata da Lord Croham, detta appunto *Croham directive*, cfr. MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., p. 261.

¹⁹³In questo rapporto si affermava sì l’esigenza di maggiore apertura verso il pubblico della p. a., ma si evidenziava anche il fatto che la strada da seguire dovesse essere quella di un *Code of Practice* (atto amministrativo privo di valore giuridico vincolante con cui si descrive la condotta da seguire da parte dei pubblici impiegati) e non di una legge o altro atto normativo, in particolare a causa del pericolo di indebolire il principio di responsabilità ministeriale, cfr. nota 9.

access to government-held information would in some measure endanger the accountability of government to Parliament and the collective responsibility of Ministers"¹⁹⁴.

Il governo laburista non riuscì a seguire questo percorso a causa della sua sostituzione da parte dei Conservatori guidati da Mrs. Thatcher, vincitori nelle elezioni del 1979. Anche il nuovo governo però si espresse a favore di una maggiore trasparenza nell'amministrazione, ma sempre da attuarsi tramite riforme 'amministrative' e non legislative o comunque aventi carattere normativo.

Questa strada è stata seguita anche successivamente con i governi *Tatcher* e *Major*, durante i quali, però, sono state operate anche alcune riforme legislative (*Data Protection Act 1984*, *Local Government (Access to Information) Act 1985*, *Official Secret Act 1989*) dirette a rafforzare il principio di trasparenza amministrativa.

Il punto d'arrivo del processo di apertura dell'attività e organizzazione amministrativa, tramite atti non normativi lo si è raggiunto nel 1993 con il *White Paper on Open Government*. Con esso, tra le altre cose, è stato introdotto un *Code of Practice*, valido per l'amministrazione centrale¹⁹⁵ e in vigore dall'aprile 1994, che disciplina vari strumenti di accesso alle informazioni in possesso

¹⁹⁴MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., p. 264.

¹⁹⁵Nel *White Paper* si prevede l'adozione di simili 'codici' anche per l'amministrazione locale e il Servizio Sanitario Nazionale (*National Health Service*).

della p.a.¹⁹⁶, non, però, tramite il riconoscimento di diritti soggettivi (*statutory rights*) agli amministrati, ma “*largely through non-enforceable ‘grace and favour’ provisions.*”¹⁹⁷.

L’accesso a documenti in possesso della p.a. da parte di “chiunque vi abbia interesse” indipendentemente dalla pendenza di un procedimento amministrativo e l’accesso a pubblicazioni che la p.a. è tenuta a compiere per determinati atti, per lo più ad efficacia generale sono state disciplinate in questo *Code of Practice*.

Nel ‘codice di comportamento’ si afferma che le informazioni in possesso della p.a.¹⁹⁸ o saranno fornite spontaneamente (*to volunteer*) per lo più tramite la loro pubblicazione, o saranno esibite *on request*. E’ interessante anzitutto notare che in G.B., a differenza che in altri paesi¹⁹⁹ e in contrasto con l’opinione di vari autori²⁰⁰, non è stata emanata una legge (*statute*) che preveda il principio di trasparenza in

¹⁹⁶Cfr. oltre par. 2.

¹⁹⁷BIRKINSHAW “*I only ask for information*”-*The White Paper on open government* cit., p. 557.

¹⁹⁸Il *Code of Practice* ha valore nei confronti dei *civil servants* e dei *government contractors* nell’ambito dell’amministrazione centrale, in particolare di quegli enti che sono soggetti alla supervisione del *Parliamentary Commissioner for Administration*, che è l’organo deputato a controllare sull’attuazione dei principi di trasparenza contenuti nel ‘codice’ e nel *White Paper*. Va detto, però, che il *White Paper* prevede che verranno predisposti simili codici di comportamento anche per le amministrazioni locali (per le quali tra l’altro esiste anche una legge generale in tema di accesso: *Local Government (Access to Information) Act 1985*) e il Servizio Sanitario Nazionale (NHS). Cfr. BIRKINSHAW “*I only ask for information*”-*The White Paper on open government* cit., pp. 557-558.

¹⁹⁹Stati Uniti d’America, Canada, Nuova Zelanda, Australia. Cfr. R. HAZELL *Freedom of Information: the Implications for the Ombudsman* sta in *Public Administration* 1995, pp. 263-264. Si pensi però anche alla stessa Italia con la legge 241/90.

²⁰⁰Cfr. ad es. CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 248-250; BIRKINSHAW in tutte le opere citate.

generale e conferisca ai cittadini il diritto di conoscere come è gestita la cosa pubblica. La strada che è stata scelta è invece quella di una 'direttiva' emanata dal Governo, non vincolante giuridicamente, rivolta agli impiegati pubblici con cui si indica loro la prassi da seguire²⁰¹.

Il *Code* trova applicazione nei confronti di tutte le amministrazioni soggette al controllo del *Parliamentary Commissioner for Administration*, ed in particolare a tutte le *next steps agencies*²⁰². Nel 'codice' vengono indicati: 1 le informazioni accessibili; 2 le forme di accesso; 3 le eccezioni all'accesso; 4 l'organo competente a ricevere le rimostranze dei privati²⁰³. Lo scopo che il 'codice' si prefigge, venendo ad assicurare maggiore trasparenza nell'amministrazione, è quello di “..{to} enable citizens to demand the quality of service they are entitled to expect and {to} put pressure on those running services to deliver high standards.”²⁰⁴: si vuole cioè da una parte tutelare i cittadini, dall'altra rendere più efficiente la p.a.

²⁰¹E' interessante notare come anche in un altro caso in cui si era manifestata l'esigenza di maggiore trasparenza amministrativa (nella specie pubblicazione dei rapporti finali nell'ambito di *public inquires*), la strada seguita è stata quella della pratica amministrativa e non della legislazione giuridicamente vincolante. Non è previsto infatti nel *Tribunals and Inquires Acts (1958 e 1971)* un obbligo di pubblicazione dei *reports* degli ispettori, ma questa viene comunque realizzata sulla base di una prassi amministrativa. Cfr. CRAIG *Administrative Law* cit., pp. 134-135, e sopra nota 277.

²⁰²Cfr. BIRKINSHAW “*I only ask for information*”-*The White Paper on open government* cit., p. 558 nota n. 3.

²⁰³In generale cfr. BIRKINSHAW “*I only ask for information*”-*The White Paper on open government* cit.; HAZELL *Freedom of Information: the Implications for the Ombudsman* cit.

²⁰⁴Si tratta di una parte del par. 2.1 del *White Paper* riportato in BIRKINSHAW “*I only ask for information*”-*The White Paper on open government* cit., p. 558.

Quali siano le informazioni accessibili, dipende dal tipo di accesso a cui si fa riferimento, cioè se su richiesta o 'spontaneo'. Ad esempio devono essere spontaneamente portate a conoscenza del pubblico, per lo più tramite pubblicazioni, i fatti e le analisi di fatti rilevanti per le proposte e le decisioni politiche più importanti²⁰⁵, così come le pratiche seguite nei vari uffici nei rapporti con il pubblico, in particolare anche quelle che dovranno essere determinate dalle amministrazioni per disciplinare le modalità d'accesso e le informazioni accessibili. Ancora è da fornire spontaneamente la motivazione di qualunque decisione amministrativa, a meno che "*there is a well-established convention or legal authority not to give reason for the decision*"²⁰⁶. Le informazioni accessibili su richiesta sono solo quelle relative a fatti (*factual information*), a meno che non siano coperte da una delle 15 eccezioni. Ciò che pare importante rilevare, relativamente all'oggetto del diritto di accesso, è che esso consiste in informazioni e non in documenti, come invece accade per l'Italia e gli Stati Uniti d'America; vale a dire che i privati che richiedono l'accesso a certi dati non otterranno i documenti in cui sono contenuti, ma una risposta orale o scritta dell'impiegato addetto a soddisfare le richieste d'accesso. I vantaggi di una tale impostazione risiedono

²⁰⁵Si ribadisce così la '*Croham directive*' per la quale vd. sopra nota 192. Cfr. BIRKINSHAW "*I only ask for information*"-*The White Paper on open government* cit., p. 557, in particolare nota n. 2.

²⁰⁶Cfr. BIRKINSHAW "*I only ask for information*"-*The White Paper on open government* cit., p. 562; HAZELL *Freedom of Information: the Implications for the Ombudsman* cit., p. 264.

principalmente nel fatto che gli interessati saranno facilitati nell'indicare il tipo di informazioni di cui vanno in cerca²⁰⁷. D'altra parte, però, l'impiegato richiesto verrà a godere di una maggiore discrezionalità sia nello scegliere i documenti da cui estrarre le informazioni sia nel decidere quali informazioni di quel tipo fornire; infatti "*commitments are far easier to fudge when they are not specific*"²⁰⁸.

Per quanto concerne le forme di accesso occorre distinguere tra quelle direttamente disciplinate nel *Code* e quelle descritte nel *White Paper*, che saranno contenute in future leggi. Queste ultime saranno realizzate per mezzo dell'attribuzione ai cittadini di veri e propri diritti, tutelabili in via giudiziale, relativamente alle informazioni personali, non già accessibili sulla base del *Data Protection Act 1984*²⁰⁹, e alle *health and safety information*. Saranno resi accessibili, però, solo dati relativi ad un determinato individuo e non anche a carattere generale, come ad es. quelli relativi al funzionamento del *NHS*. Le forme di accesso disciplinate nel *Code* sono invece l'accesso su richiesta²¹⁰ e la produzione spontanea di informazioni da parte

²⁰⁷ "People will find it easier to describe the information they seek, rather than the documents they wish to see.", par. 4.8 del *Code*, sta in BIRKINSHAW "I only ask for information"-*The White Paper on open government* cit., p. 562.

²⁰⁸ BIRKINSHAW "I only ask for information"-*The White Paper on open government* cit., p. 562.

²⁰⁹ Esso infatti si riferisce unicamente alle informazioni conservate su computers e non anche negli archivi cartacei.

²¹⁰ Per l'accesso su richiesta è previsto il pagamento di una *standard charge* se la richiesta è 'semplice', invece si parla di *reasonable costs* se la richiesta è complessa e richieda una maggiore attività di ricerca da parte dell'impiegato. Cfr. BIRKINSHAW "I only ask for information"-*The White Paper on open government* cit., p. 566.

della p.a. L'amministrato, però, non è titolare di un diritto²¹¹ ad ottenere quelle informazioni, su richiesta o esigendo la pubblicazione, perché il 'codice' è un documento amministrativo privo di valore giuridico vincolante²¹².

Le eccezioni all'accesso²¹³ (su richiesta e mediante pubblicazione) disciplinate nel 'codice' sono quindici. La regola è la trasparenza e solo in ipotesi determinate e per fondati motivi è possibile rifiutare l'accesso; tra le eccezioni deve essere tracciata una distinzione a seconda che per rifiutare l'accesso da una parte sia necessaria la presenza di un danno o del pericolo di un danno o ancora del ragionevole sospetto di un danno all'interesse pubblico, o dall'altra non sia richiesto alcun *harm test*²¹⁴. Nel primo gruppo vanno ricondotte quelle eccezioni che tendono a tutelare nell'ambito del procedimento amministrativo (di accesso), quelle informazioni coperte, nell'ambito di un processo giurisdizionale, dalla *Public Interest Immunity*²¹⁵, e in particolare le *confidential information*.

²¹¹Tutt'al più il privato può essere riconosciuto titolare di una *legitimate expectation* derivante dalla 'promessa' di accesso contenuta nel 'codice' o anche dalla pratica costante che ne dovrà seguire. Per il concetto di *legitimate expectation* cfr. nota 287 e 265.

²¹²Ciò non significa assolutamente che il *Code* sia inutile, se è vero che "*Many important reforms could be made merely by changes of practice and without any alteration of the law.*", WADE *Administrative Law* cit., p. 971.

²¹³Cfr. BIRKINSHAW "*I only ask for information*"-*The White Paper on open government* cit., pp. 559-561.

²¹⁴Tra queste ultime informazioni si trovano ad es. quelle che non possono essere ottenute neanche tramite una interrogazione parlamentare (*Parliamentary Question, PQ*) o quelle relative all'immigrazione.

²¹⁵Questa "immunità" può riguardare sia il contenuto delle informazioni (ad es. informazioni la cui comunicazione può nuocere alla realizzazione del fine per cui il potere amministrativo è stato conferito, dati che è prematuro rivelare, ecc. Per

L'organo che il *Code* dichiara competente a ricevere le rimostranze dei privati a cui sia stato negato l'accesso è il *Parliamentary Commissioner for Administration (PCA)*²¹⁶. Le ragioni dell'attribuzione di tale competenza al *PCA* sono molteplici. Anzitutto il *PCA* è un organo legato al Parlamento²¹⁷; si viene così a mantenere, almeno formalmente, il principio per cui i ministri, per i propri atti e per quelli dei loro ufficiali, sono responsabili solo verso il Parlamento. Il *PCA* può accedere a qualunque documento in possesso della p.a., salvo limitate eccezioni; sarà dunque in grado di accertare se in realtà ci si trovi nell'ambito di una delle 15 eccezioni. Il *PCA* si occupa normalmente di tutelare il Buon Andamento e l'imparzialità della p.a. e non di difendere specifici diritti; cioè, usando la nostra terminologia, si può dire che il *PCA* si occupa di

una analisi cfr. CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 245-6) che la classe a cui esse appartengono (ad es. documenti coperti da segreto, *confidential discussions*, ecc. Cfr. CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 245-6). In quest'ultima categoria può essere ricondotta la *confidentiality*. Essa consiste nella relazione esistente all'interno dei *central departments* tra organo decidente (ministro) unico responsabile nei confronti del Parlamento, e *civil servants* che in concreto si occupano dei procedimenti amministrativi. Si afferma infatti che perché questi ultimi possano operare in modo imparziale ed efficiente occorre che i loro pareri (relativi a fatti, ad accertamenti tecnici complessi, ad interessi) non siano resi accessibili al pubblico, o anche solo alle parti interessate. Se ciò non fosse garantito (cioè fossero accessibili), si afferma che gli impiegati pubblici sarebbero meno leali, meno schietti (*frank*) nei confronti dell'organo decidente (*candour argument*), per il fatto che le loro posizioni sarebbero accessibili anche da altri soggetti; inoltre minore schiettezza significa anche minore efficienza. Per questa tematica cfr. oltre par. 3.

²¹⁶In generale sul ruolo di questo organo relativamente alle previsioni del *Code of Practice* si veda HAZELL *Freedom of Information: the Implications for the Ombudsman* cit.

²¹⁷In questo senso ad es. CRAIG (*Administrative Law* cit., p. 111) parla del *PCA* come '*adjunct to Parliament*'.

garantire l'interesse semplice che ciascun cittadino ha alla corretta gestione della cosa pubblica. Altro motivo²¹⁸, non espresso, dell'attribuzione di tale competenza al PCA potrebbe essere riconducibile ai limiti che incontra il PCA nella sua attività. In particolare il privato non può adire direttamente questo organo, ma deve chiedere l'intervento di un membro del Parlamento; il PCA non può agire se non alla presenza di un fatto di *maladministration*; il PCA non ha poteri di intervento nei confronti della p.a., salvo quelli di indagine. Sulla base di quest'ultimo argomento dunque il PCA sarebbe stato riconosciuto competente a conoscere i casi di rifiuto di accesso in modo da sollevare l'amministrazione da 'fastidiose' ingerenze ad esempio da parte dei giudici.

Fino all'avvento dei laburisti al potere alla fine del secolo scorso, la trasparenza-controllo era stata legislativamente e compiutamente disciplinata solo a livello locale, ma non anche a livello degli apparati centrali²¹⁹, dove il principio in vigore era quello per cui "*it is for the government to determine if, how, when and to what extent such information should be released to the public.*"²²⁰. Non vigeva cioè né un principio generale di segretezza²²¹, né uno di

²¹⁸Cfr. BIRKINSHAW "I only ask for information"-*The White Paper on open government* cit., pp. 562-565.

²¹⁹Cfr. BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 1-2 e 67.

²²⁰MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., p. 248.

²²¹Come invece accadeva nel periodo precedente alle riforme, legislative e amministrative, avutesi dalla fine degli anni '60 in poi.

pubblicità, ma quello per cui era l'amministrazione a decidere se agire in modo trasparente o meno²²².

Mancava a livello centrale un atto normativo che riconoscesse un diritto di accesso, e non un mero 'permesso' di accedere²²³ a qualunque informazione²²⁴ in possesso della p.a.

²²²In questo senso si esprimono: BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 1-2; BIRKINSHAW *Reforming the Secret State* cit., pp. 553-54; MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., p. 248.

²²³Come invece è previsto nel *White Paper 1993* e relativo *Code of Practice*.

²²⁴Salvo quelle eccettuate, contenuta in documenti o ricavabile dalla partecipazione alle riunioni di organi amministrativi, ecc.

5. Il Freedom of Information Act 2000: una “rivoluzione” costituzionale

I motivi dell'introduzione di una legislazione sulla trasparenza-controllo sono molteplici e vanno da cause strettamente contingenti (le notissime vicende “*Westland p.l.c.*”²²⁵ e “*Matrix Churchill*”²²⁶) a ragioni di ordine politico generale (l'avvento del New Labour al governo e la sua volontà di “*modernizing*” il Regno Unito).

Come ripetutamente ricordato, l'ostacolo costituzionale principale all'affermazione del principio di trasparenza è costituito dai principi del parlamentarismo classico (*Parliamentary Sovereignty* e *collective and ministerial responsibilities*) i quali rimettono in via esclusiva al parlamento sovrano ogni controllo sull'operato dell'esecutivo e ogni decisione circa la responsabilità del governo e dei singoli ministri. Questi principi furono messi a durissima prova dalla vicenda “*Matrix Churchill*” quando si venne a sapere che una società privata esportava in Iraq materiale utilizzabile sia per scopi civili che militari nonostante l'esistenza di un embargo e di diverse

²²⁵ Su cui cfr. HOUSE OF COMMONS, *Fourth report from the defence Committee: Westland p.l.c.: The Government's decision-making* (sessione 1985-1986); BIRKINSHAW, *Freedom of Information. The law, the practice and the ideal*, London, Butterworths, 2001, pp. 161 ss.

²²⁶ Sir RICHARD SCOTT, *Report of the Inquiry into the Export of Defence Equipment and Dual-Use Goods to Iraq and Related Prosecutions*, London, HMSO, 1996; TOMKINS, *The Constitution after Scott: Government unwrapped*, @, 1996, pp. @; Public law 1996 autumn; BIRKINSHAW, @, in *Journal of Law and Society*, 1996, pp. 406 ss.; BIRKINSHAW, *Freedom of Information. The law, the practice and the ideal*, London, Butterworths, 2001, pp. 162 ss.

disposizioni interne che vietavano l'esportazione di armi. L'episodio assunse rilevanza costituzionale quando si chiarì, nel corso dell'indagine svolta da Sir Richard Scott e delle contestuali inchieste giornalistiche, che alcuni ministri erano a conoscenza di questa situazione e nonostante ciò, non solo non avevano informato il parlamento sovrano, ma dinanzi a specifiche richieste provenienti da deputati e dalla commissione difesa avevano taciuto o lo avevano addirittura volutamente sviato. Nei dibattiti parlamentari che seguirono alla pubblicazione dello *Scott's Report* il governo riuscì a cavarsela per il rotto della cuffia, riuscendo a superare le acerrime critiche per un solo voto.

La vicenda mise in dubbio, da un lato, l'attuale effettività dei principi del parlamentarismo classico e, dall'altro, la loro sufficienza ad assicurare gli scopi del costituzionalismo consistenti nel porre limiti e controlli al potere di imperio²²⁷. L'esigenza che ne scaturiva era di rendere quantomeno conoscibile e controllabile da parte del pubblico in generale l'azione dei pubblici poteri, anche e soprattutto di quelli di vertice. Quella che in linguaggio nostrano chiameremo responsabilità politica diffusa e che risultava particolarmente indigesta al modo tradizionale di intendere il parlamentarismo nel Regno Unito diviene una possibile, anche se ovviamente insoddisfacente, risposta a questa richiesta di maggiore controllo.

²²⁷ TOMKINS, *The Constitution after Scott: Government unwrapped*, @, 1996, pp. @; Public law 1996 autumn; BIRKINSHAW, @, in *Journal of Law and Society*, 1996, pp. 406 ss.

Appare dunque nei documenti ufficiali la nozione, già ampiamente dibattuta dalla dottrina, di “*accountability*”, distinta dalla *political* e *juridical responsibility* dell'esecutivo²²⁸.

Nel Nolan Report, ad esempio, si suggerisce di adottare nella vita pubblica il seguente principio : “*holders of public office are accountable for their decisions and actions to the public and must submit themselves to whatever scrutiny is appropriate to their office*”²²⁹. Si tratta di principio che se mette in crisi la tradizionale regola dell'*anonymity* del *civil service*, non sembra, viceversa, almeno apparentemente, contrastare con il connesso ma prevalente principio della responsabilità (collettiva e individuale) dell'esecutivo verso il parlamento. I ministri dovranno sì “dare conto” della loro azione al pubblico, ma nessuna conseguenza, politica o giuridica, può derivare dall'inadempimento o dalla violazione di questo obbligo, restando l'esecutivo politicamente responsabile (*responsible*) solo nei confronti del parlamento. Il principio di *accountability* suggerito nel *Nolan Report* è stato dapprima oggetto di una risoluzione della Camera dei Comuni²³⁰ e di quella dei Lords²³¹, anche se limitatamente all'obbligo di fornire “*accurate and truthful information*” al Parlamento (e non

²²⁸ Su tali concetti, cfr. Ad es. D. OLIVER, *Constitutional reform in the United Kingdom*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 47 ss.; D. WOODHOUSE, *Ministerial responsibility*, in V. BOGDANOR (ed.), *The british constitution in the twentieth century*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 313 ss.

²²⁹ Lord NOLAN, *Standards in Public Life: First Report of the Committee on Standards in Public Life*, London, HMSO, 1995, Cm2850, pag. 14.

²³⁰ Approvata il 19/3/1997: *HC Debates*, vol. 291, coll. 1046 ss.

²³¹ Approvata il 20/3/1997: *HL Debates*, 20/3/1997, coll. 1055 ss.

anche al pubblico in generale²³²), e successivamente inserito nel *Ministerial Code*²³³.

Con il FOIA si crea “il” presupposto per rendere vigente questo principio anche verso il pubblico in generale. La premessa essenziale per attivare la “responsabilità politica diffusa” è infatti la trasparenza-controllo²³⁴ che per così a lungo era stata osteggiata alla luce della tradizionale interpretazione della forma di governo parlamentare.

Introdurre nell’ordinamento britannico la trasparenza-controllo non appariva come il semplice cambiamento di regole dell’amministrazione ma una radicale mutamento di prospettiva costituzionale di cui si fa portavoce il New Labour.

Alla luce di queste considerazioni ben si comprende che le affermazioni del nuovo Primo Ministro non sono un mero manifesto elettorale ma esprimono davvero un netto cambiamento di rotta nel modo di intendere la forma di governo: “*the Government is pledged to modernise British politics*” (enfasi aggiunta). Così inizia la prefazione di Blair al *White Paper on Open Government* e continua affermando che

²³² A questo proposito si è proposto di operare una distinzione tra *political accountability* (l’obbligo di rendere conto a soggetti politici istituzionali: il governo al parlamento, i *civil servants* ai ministri, le autorità locali al parlamento e al governo, ecc.) e la *public accountability* (l’obbligo per le autorità pubbliche di rendere conto al pubblico in generale): D. OLIVER, *Constitutional reform in the United Kingdom*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 49 ss.

²³³ *A code of conduct and guidance on procedure for ministers*, Cabinet Office, 1997.

²³⁴ È stato al proposito rilevato che “*the effectiveness of accountability to the public or publics depends on the availability of information – openness. An ill-informed public cannot hold government to account for its care of the public interest*”, D. OLIVER, *Constitutional reform in the United Kingdom*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 51.

*“the traditional culture of secrecy will only be broken down by giving people in the United Kingdom the legal right to know. This fundamental and vital change in the relationship between government and governed is at the heart of this White Paper”²³⁵ (enfasi aggiunta). Il Ministro Straw, che accompagnò nel suo lungo e accidentato percorso parlamentare il disegno di legge sulla trasparenza, poco prima della sua trasformazione in legge chierò che *“the Prime Minister, when he was leader of the opposition, made a number of speeches, of which your quotation was taken from one, promising not only to change what government did, but also to change the way in which we as British citizens were governed, and we have set out down that path and we are delivering that”²³⁶ (enfasi aggiunta).**

L'ampiezza di questo cambiamento e l'averlo realizzato secondo modalità molto lontane dal tradizionale empirismo britannico²³⁷ che, come s'è già notato, tende a ricorrere a fonti legislative solo dopo aver mutato la mentalità e la prassi degli apparati pubblici e

²³⁵ *Your Right to Know, The Government's proposals for a Freedom of Information Act*, London, HMSO, 1997, Cm 3818, Prefazione. In generale su questo processo di “modernizzazione”, cfr. D. OLIVER, *Constitutional Reform in the UK*, Oxford, Oxford University Press, 2003, cap. I.

²³⁶ Trascrizione del discorso reso da Jack Straw, *Home Secretary*, alla *Campaign for Freedom of Information's annual Awards ceremony*, 7 June 1999, consultabile all'indirizzo internet <http://www.cfoi.org.uk/strawawards.html>

²³⁷ Tale atteggiamento pragmatico è stato così egregiamente descritto proprio con riferimento al diritto costituzionale con queste parole: *“the essentially pragmatic nature of the British Constitution is that development comes not from departure of theory but from a gradual change in political feeling and practice which become accepted and is then registered in conventions (or in Statutes like the Reform Acts or the parliament Act of 1911) which in turn confirm and perhaps advance the original development”*, J.P. MACKINTOSH, *The British Cabinet*, London, Stevens, 3rd ed., 1977, p. 14.

solo quando si è sicuri che i cambiamenti introdotti siano in grado di essere assimilati dagli apparati burocratici e accettati dai governati, ha fatto parlare di vera e propria “rivoluzione”²³⁸. Una rivoluzione, quantomeno di natura culturale, di vasta portata.

Occorre dire, però, che se la volontà del legislatore è stata quella di innovare secondo la prospettiva proposta dal *Nolan Report*²³⁹ di rendere, quantomeno, “*accountable*” ogni soggetto titolare di pubbliche funzioni o autorità nei confronti del pubblico, ciò sembra muoversi se non nei binari del parlamentarismo liberale certamente in quelli del costituzionalismo.

Con l'introduzione della trasparenza-controllo, così come con il resto del “*torrente di cambiamenti costituzionali*”²⁴⁰ operato dal New Labour, si sono «modernizzate» le istituzioni britanniche molto spesso prescindendo dalle strutture esistenti e anzi avendo di mira la loro integrale sostituzione secondo modelli pensati a tavolino, in base ad un approccio culturale-giuridico “idealista” - proprio della cultura continentale, ma molto lontano dal tradizionale approccio britannico.

Proprio il procedimento legislativo che ha portato all'approvazione del FOIA ha mostrato l'estraneità di questo approccio alla cultura giuridica prevalente, tanto che il percorso di

²³⁸ R. HAZELL, M. RUSSELL, B. SEYD, D. SINCLAIR, *The British Constitution in 1990-99: the continuing revolution*, in *Parliamentary Affairs* 2000, pp. 242 ss.

²³⁹ LORD NOLAN, *Standards in Public Life: First Report of the Committee on Standards in Public Life*, London, HMSO, 1995, Cm2850

²⁴⁰ LORD. WOOLF, *The rule of Law and a Change in the Constitution*, in *Cambridge Law Journal* 2004, p. 319.

approvazione del disegno di legge risultò particolarmente accidentato, non ad opera dei soli conservatori ma di un'opposizione strisciante e talvolta mascherata proveniente dalle stesse fila della maggioranza e da lobbies mai chiaramente manifestatesi. Il disegno di legge impiegò più di un anno per essere approvato, senza tener conto della fase di pre-scrutinio (fenomeno nuovo nel panorama del diritto parlamentare britannico) e dibattito sul White Paper che occuparono il parlamento già a partire dal 1997.

E' vero peraltro che rispetto al disegno originario, lo stesso governo modificò, talvolta anche in profondità, il progetto di legge, anche in corso di approvazione. Ciò probabilmente sia perché si rese conto dell'eccessivo stacco tra la cultura esistente (pragmatica) e l'approccio idealista contenuto nel progetto, sia perché nel tempo intercorrente tra il *White Paper* e l'approvazione del FOIA anche i laburisti si resero conto dei vantaggi per i governanti della "cultura del segreto"²⁴¹, sia per la fortissima ostilità degli apparati burocratici centrali che lo portarono a considerare il serio rischio di inattuazione di una disciplina troppo lontana dalle prassi e dalla mentalità prevalenti. Si fece infatti notare nel corso dei dibattiti parlamentari che una disciplina troppo innovativa, non anticipata da una corretta opera di istruzione della pubblica amministrazione, avrebbe

²⁴¹ BIRKINSHAW, *Freedom of Information. The law, the practice and the ideal*, London, Butterworths, 2001, p. 291, nota 4.

evidenziato carenze di professionalità e avrebbe reso difficile, se non impossibile, dare attuazione alla riforma²⁴².

In definitiva, il FOIA nonostante le modificazioni subite nel corso della sua approvazione ha avuto un effetto dirompente, non tanto a livello di mutamento dei processi decisionali amministrativi quanto soprattutto a livello costituzionale generale²⁴³.

L'intento dichiarato di questa novella è quello di garantire la pubblicizzazione di informazioni possedute da soggetti esercenti pubbliche funzioni o servizi assicurando un diritto di accesso a chiunque²⁴⁴.

V'è anzitutto da notare l'ambito soggettivo di applicazione del FOIA. Se è vero che questo ambito è definito per mezzo di un'elencazione tassativa e non per mezzo di una clausola generale²⁴⁵, è altrettanto importante osservare che i soggetti specificamente inclusi nell'elenco ricomprende non solo la quasi totalità degli apparati amministrativi centrali e locali, anche ad ordinamento autonomo e incluse le (ormai poche) società a partecipazione

²⁴² BIRKINSHAW, *Freedom of Information. The law, the practice and the ideal*, London, Butterworths, 2001, p. 292.

²⁴³ In generale sul FOIA, cfr. ad es., R. AUSTIN, *Freedom of information: the constitutional impact*, in J. JOWELL – D. OLIVER, *The Changing constitution. Fourth edition*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 319 ss.; R. AUSTIN, *Freedom of information Act 2000 – a sheep in wolf's clothing ?*, in J. JOWELL – D. OLIVER, *The Changing constitution. Fifth edition*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 401 ss.; D. OLIVER, *Constitutional reform in the United Kingdom*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 159 ss.

²⁴⁴ Cfr. *Your Right to Know, The Government's proposals for a Freedom of Information Act*, London, HMSO, 1997, Cm 3818; Preambolo e sec. 1, FOIA.

²⁴⁵ Le autorità cui il FOIA si applica sono solo quelle espressamente elencate nel primo allegato della legge: Schedule I.

pubblica, ma anche le due camere, l'Assemblea legislativa per il Galles (ora Welsh Parliament) e quella nord irlandese²⁴⁶, alcuni organi giurisdizionali minori (*magistrates*) e gli organi che si occupano di formulare le norme di procedura delle *courts of law*. Sono altresì soggetti alle norme del FOIA anche tutti i soggetti privati che esercitano funzioni o servizi pubblici.

Da questa breve elencazione risulta a tutta evidenza che il FOIA non è semplicemente una legge sulla trasparenza *amministrativa* ma una normazione sulla trasparenza di qualunque atto o comportamento di soggetti titolari di poteri d'imperio o comunque esercenti funzioni o servizi pubblici. Già questo dovrebbe far comprendere come il FOIA, a differenza di analoghe discipline esistenti in altri paesi come il nostro, non abbia tanto un'attinenza al diritto amministrativo, ma costituisca uno dei cardini del sistema costituzionale di quel paese e in particolare sia della forma di stato che di quella di governo.

La scelta poi di includere anche soggetti formalmente privati è un'iniziale²⁴⁷ presa d'atto delle problematiche nascenti dai processi di privatizzazione, liberalizzazione e esternalizzazione di funzioni e

²⁴⁶ La Scozia viceversa ha un'ordinamento ispirato a maggiore indipendenza tale per cui le scelte in materia di trasparenza sono decise autonomamente dallo stesso Parlamento di Edinburgo. Si rileva comunemente che la disciplina scozzese in materia di trasparenza è molto più avanzata di quella britannica, anche se ad essa ispirata nelle linee fondamentali: BIRKINSHAW, *Freedom of Information. The law, the practice and the ideal*, London, Butterworths, 2001, pp. 327 ss.

²⁴⁷ Si parla di "iniziale" in quanto il problema di come tutelare gli "utenti", cioè gli "amministrati" dello stato sociale del XX secolo, nei confronti di coloro che forniscono pubblici servizi e funzioni, necessiterebbe di ben più complessa e estesa considerazione.

servizi pubblici avviati più di venti anni fa dai governi conservatori ma tuttora in corso. Con il FOIA si è cercato di superare quei limiti che il *Parliamentary Commissioner for Administration Act 1967* aveva mostrato a causa della rapida evoluzione dell'organizzazione degli apparati amministrativi dello stato sociale nel corso dei decenni successivi alla sua approvazione.

Tutti gli organi e soggetti sottoposti al FOIA devono anzitutto predisporre e pubblicare una serie di informazioni (*publication schemes*) circa i dati accessibili, le modalità di accesso e le eventuali spese necessarie²⁴⁸. Questa previsione però non impedisce al privato di chiedere eventualmente anche dati e documenti non indicati nel *publication scheme*.

Il nucleo del FOIA è rappresentato dal suo primo articolo che riconosce a chiunque (*any person*) il diritto di accedere (*right to information*) a qualunque informazione, comunque conservata da parte di uno dei soggetti di cui s'è detto.

Ad una prima lettura dunque sembrerebbe accolto lo schema del FOIA statunitense, di cui si tratterà nel successivo capitolo, in grado di assicurare trasparenza-controllo a qualunque processo decisionale pubblico. La legge britannica però introduce in questo modello molteplici limiti e condizioni che hanno fatto esprimere alla dottrina giudizi talvolta molto critici²⁴⁹. Questi condizionamenti al diritto di accesso sono stati introdotti nel corso del procedimento

²⁴⁸ FOIA sec. 19 ss.

²⁴⁹ BIRKINSHAW, *Freedom of Information. The law, the practice and the ideal*, London, Butterworths, 2001, pp. 296 ss.

legislativo non solo su pressione di lobbies che, a differenza di quello che di solito accade nel Regno Unito, non si sono mai volute esporre pubblicamente, e di membri della stessa maggioranza, ma anche a seguito di ripensamenti dello stesso esecutivo.

Il primo ostacolo che incontra il diritto d'accesso è costituito dal potere del destinatario della richiesta di chiedere maggiori informazioni al richiedente circa i dati o documenti che egli intende ottenere²⁵⁰. Si tratta di una disposizione che a prima vista parrebbe innocua e forse anche inutile in quanto è ovvio che se non sono specificati i dati che si vuole conoscere, l'amministrazione o l'altro pubblico soggetto non potranno essere in grado di fornirle. Ma ad una più attenta considerazione si intuisce che la disposizione è destinata ad operare principalmente con riferimento a quei dati non ricompresi nel *publication scheme* di un'autorità e dunque di difficile identificazione. Se infatti il soggetto pubblico, anche in perfetta buona fede, ha ritenuto che determinati documenti e dati non sono da rendere pubblici, le possibilità per il privato di accedervi – perché ad esempio ritiene che l'autorità sia in errore e egli ne abbia comunque diritto – incontrano un primo ostacolo di fatto a stento superabile in quanto difficilmente sarà in grado di identificare con precisione dall'esterno un documento o dato la cui stessa esistenza non è stata resa pubblica dal soggetto che li possiede.

Un secondo ostacolo è costituito dalle eccezioni (*exemptions*) all'accesso disciplinate dagli artt. 21 e ss. del FOIA. Le informazioni

²⁵⁰ FOIA sec. 1, par. 3.

escluse dall'accesso sono raggruppate in 23 categorie, molte delle quali formulate con definizioni ampie e talvolta generiche e che contengono molteplici suddivisioni al proprio interno: si va dalle informazioni attinenti alla sicurezza e difesa nazionale e alle relazioni internazionali (secc. 23, 24, 26 e 27) a gran parte di quelle attinenti alla formazione dell'indirizzo politico (sec. 35), a quelle relative a procedimenti giudiziari (secc. 31 e 32) a quelle coperte dai privilegi del parlamento (sec. 34) a quelle riservate per motivi di *privacy* (secc. 38 e 40), di privativa industriale e di rapporti commerciali (sec. 43), di segreto d'ufficio (sec. 42), ecc. Più che esaminarle una ad una, sembra opportuno individuare i caratteri generali di queste categorie.

Mettendo da parte le eccezioni all'accesso giustificabili o per i costi eccessivi della richiesta (sec. 12) o per la natura vessatoria della stessa (secc. 14, 21 e 22) o per essere le informazioni già disponibili altrimenti (sec. 21), le altre categorie si suddividono in eccezioni a carattere assoluto (*absolute exceptions*) e a carattere relativo. Le prime non possono in alcun modo essere superate e vi è una presunzione *iuris et de iure* circa la dannosità per l'interesse pubblico alla loro diffusione. Le seconde, invece, sono comunque accessibili se l'autorità competente ritiene prevalente l'interesse del privato all'accesso rispetto a quello pubblico alla segretezza. Ciò in buona sostanza significa che è rimesso, almeno in prima battuta, al giudizio dello stesso soggetto pubblico la possibilità di garantire l'accesso a tali informazioni. In questi casi cioè, ricorrendo per esemplificare a

concetti nostrani, il privato è titolare non tanto un diritto soggettivo all'accesso quanto piuttosto di un mero interesse legittimo. In questi casi, però, il richiedente avrà sempre la possibilità di adire gli organi cui sono attribuiti i poteri di tutela e supervisione in questo settore: Commissario per l'Informazione (*Information Commissioner*, d'ora in poi IC) e Tribunale dell'Informazione (*Information Tribunal*, d'ora in poi IT), il quale non è un organo giurisdizionale ma organo di tutela amministrativa (*quasi-judicial*) soggetto alle regole del *Tribunals and Inquires Act*.

Quanto al procedimento e alle forme di tutela, si evidenziano alcune faragginosità nella disciplina legislativa che sono principalmente il frutto di una lunga serie di emendamenti introdotti nel corso dei lavori parlamentari tesi ora a restringere il diritto di accesso ora a estenderlo ora a limitarlo nuovamente. A seguito della richiesta, l'autorità ha a disposizione 20 giorni per fornire al richiedente le informazioni richieste oppure un provvedimento di rigetto nel quale si specifichino le ragioni del rifiuto e i rimedi a disposizione del richiedente contro tale rifiuto.

In caso di rigetto, una volta esperiti tutti gli eventuali rimedi "interni" specificati nel provvedimento di rigetto, il privato può rivolgersi all'IC, che peraltro può essere adito anche per qualunque altro vizio o irregolarità procedimentale (ad esempio, la richiesta è stata evasa oltre i termini prescritti o con costi superiori a quelli previsti, ecc.). L'IC può adottare, per quel che qua interessa, due tipi di decisioni: *decision notice* e *enforcement notice*. Con la prima il

commissario accerta che l'autorità pubblica abbia o meno rispettato la disciplina legislativa procedurale e sostanziale; con la seconda l'IC, rilevata una violazione di legge, impone al soggetto titolare delle informazioni di fornirle al richiedente. Entrambe queste decisioni possono essere impugnate davanti all'IT, ma mentre per la *decision notice* la legittimazione spetta sia a privato che alla pubblica autorità, l'*enforcement notice* può essere impugnata solo da quest'ultima.

L'*enforcement notice* di solito presuppone una rivalutazione da parte del commissario del giudizio dell'autorità pubblica circa la riconducibilità o meno di alcune informazioni ad una delle *exemptions*. L'IC, al di fuori delle accezioni "assolute", dovrà dunque bilanciare nuovamente l'interesse del privato all'accesso e quello pubblico alla segretezza di determinate informazioni, ordinandone la comunicazione se ritiene prevalente il primo. Per far ciò gli vengono riconosciuti ampi poteri di indagine e la possibilità, salvo limitate eccezioni, di accedere alle informazioni di cui di controversie (FOIA sec. 55 e Schedule 3).

I poteri dell'IC, organo amministrativo "indipendente", sono assistiti da un'ulteriore garanzia: la possibilità di emanare una *non compliance notice* con la quale, da un lato, si attesta che un'autorità pubblica non ha rispettato una decisione adottata dal commissario e, dall'altro, si trasmettono gli atti alla *High Court* che giudicherà il funzionario responsabile per il reato di *contempt* (FOIA sec. 54).

Vi è però un ultimo e gravissimo ostacolo per il diritto di accesso del privato costituito dal potere di alcune autorità pubbliche di vietare comunque la comunicazione di alcune notizie, nonostante una *decision notice* o addirittura un'*enforcement notice* emesse dall'IC. Questo potere di veto disciplinato dall'art. 53 costituisce forse il limite più grande al diritto di accesso così come disciplinato dalla normativa britannica. Il veto può essere apposto dall'autorità pubblica entro 20 giorni dal ricevimento di un provvedimento da parte dell'IC e deve essere comunicato, oltre che all'IC, anche al parlamento e al richiedente. Il veto dovrà contenere una motivazione solo nei limiti nei quali da tale motivazione non derivi il pericolo che le informazioni rifiutate vengano comunque conosciute, anche solo parzialmente.

Questo formidabile potere di veto, da alcuni ritenuto non sindacabile in sede giurisdizionale²⁵¹, sembra tramutare la discrezionalità pubblica in un'*unfettered discretion* di fronte alla quale il privato non conserva neppure la possibilità di far valere eventuali vizi procedurali. Ad oggi non vi sono state sentenze che abbiano chiarito la sindacabilità o meno di questo veto, ma la prassi applicativa degli ultimissimi anni ha però evidenziato che le *courts of law* si sono dimostrate per nulla remissive dinanzi alle posizioni delle pubbliche autorità, imponendo loro di esibire documenti che si

²⁵¹ BIRKINSHAW, *Freedom of Information. The law, the practice and the ideal*, London, Butterworths, 2001, p. 321.

sosteneva coperti da una eccezione relativa²⁵². Questo atteggiamento dei giudici sembrerebbe far ben sperare a favore della sindacabilità anche del veto all'accesso disciplinato dall'art. 53 del FOIA.

Sia l'IC che l'IT si sono dimostrati particolarmente attivi e sensibili alle istanze dei privati. Dall'entrata in vigore della legge ad oggi il Tribunale, ad esempio, ha ordinato al Ministero del lavoro di comunicare le valutazioni circa i benefici derivanti dall'introduzione dell'"identity card" ritenuto illegittimo; ha imposto di rendere disponibili i pareri forniti da vari funzionari relativamente al rilascio di una concessione edilizia per un grande complesso vicino a Westminster; ha ordinato l'accesso alle minute del *Department for Education and Skills board* relative alla crisi dei finanziamenti delle scuole pubbliche nel 2003; ha chiesto al Mnietsro del Tesoro di rendere disponibili documentazione fiscale relativa al 1999²⁵³.

Come s'è detto, anche gli organi giurisdizionali hanno favorevolmente accolto la trasparenza-controllo introdotta con il FOIA. In particolare in una recentissima decisione²⁵⁴, la *High Court* ha affermato che il rifiuto di fornire alcuni dati o documenti deve essere adeguatamente motivato, facendo emergere le specifiche

²⁵² Cfr. *Export Guarantee Department v Friends of the Earth* [2008] EWHC 638 (Admin) (17 March 2008); *Office of Government Commerce v Information Commissioner & Anor* [2008] EWHC 737 (Admin) (11 April 2008); le decisioni richiamate nel *The Independent* del 28/3/2008: *Freedom Of Information: Should policy discussions be kept under wraps?*

²⁵³ Cfr. M. FRANKEL, *Policy advice released after months not decades*, in *Press Gazette* 2 maggio 2008

²⁵⁴ *The Independent* del 28/3/2008: *Freedom Of Information: Should policy discussions be kept under wraps?*

ragioni di interesse pubblico che prevalgono sul diritto dei privati di accedere a quelle informazioni, non essendo possibile limitarsi a richiamare il principio (costituzionale) di *anonymity* dei *civil servants* (diretto corollario della *ministerial responsibility*) e che protegge la schiettezza e lealtà delle discussioni tra Ministri e alti funzionari pubblici (*confidentiality within*).

Alla luce della disciplina e della prassi applicativa sembra sicuramente troppo drastico il giudizio di chi ha affermato che “*the Government still does not fully understand the difference between open government and freedom of information. Open government means the Government publishing information largely for its own purposes: information that the government thinks we need to know or might like to know. Freedom of information requires the Government to disclose information which we decide for ourselves we want to know*”, con ciò attuando un “*paternalistic model of open government, with the government deciding what we need to know*”²⁵⁵.

²⁵⁵ Si tratta delle parole del costituzionalista R. HAZELL pronunciate in occasione della sua audizione al *Select Committee* della *House of Commons* e riportate in HOUSE OF COMMONS, Public Administration Committee, *Third Report*, 28/7/1999. Lo stesso *Select Committee* nel corso del procedimento legislativo espresse il dubbio che “*what the bill sought to introduce was a discretionary Open Government framework in the tradition of successive British governments starting with the Croham Directive of 1977 and culminating in John Major’s 1994 Code*”: BIRKINSHAW, *Freedom of Information. The law, the practice and the ideal*, London, Butterworths, 2001, p. 301. Analogo giudizio, ma in modo ancora più drastico, è espresso da R. AUSTIN, *Freedom of information: the constitutional impact*, in J. JOWELL – D. OLIVER, *The Changing constitution. Fourth edition*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 371; R. AUSTIN, *Freedom of information Act 2000 – a sheep in wolf’s clothing ?*, in J. JOWELL – D. OLIVER, *The Changing constitution. Fifth edition*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 415 che si esprime addirittura in termini di una legislazione che costituisce “*a fraud on democratic*

Se infatti l'esame della disciplina normativa potrebbe far pensare che il legislatore, da un lato, ha concesso un diritto di accesso a qualunque informazione e, dall'altro, ha posto tanti e tali ostacoli da attenuarne fortemente l'impatto, è comunque necessario considerare due elementi che portano a esprimere un giudizio del tutto diverso²⁵⁶.

In primo luogo, con tutti i limiti e gli ostacoli evidenziati, non vi può essere dubbio che il FOIA costituisca una vera e propria "rivoluzione" costituzionale o, se si preferisce, una rivoluzione della cultura costituzionalistica britannica o, che forse è lo stesso, una rivoluzione nell'interpretazione delle convenzioni costituzionali della forma di governo. L'accesso-controllo, diretto a rendere effettiva l'*accountability* degli apparati pubblici, costituisce una netta cesura, anche se preparata dal lungo cammino che s'è riferito, rispetto ai principi cardine del parlamentarismo inglese dove la responsabilità (politica) era solo quella dell'esecutivo verso il parlamento sovrano (*ministerial e collective responsibility*) la quale non ammetteva alcun'altra interferenza o controllo dall'esterno e ciò comportava che la responsabilità delle azioni di qualunque funzionario pubblico dovesse sempre e solo essere riconducibile a un ministro o al governo nel suo complesso (*anonymity del civil service*) che erano appunto gli unici soggetti che dovevano rendere conto al parlamento

accountability".

²⁵⁶ Più favorevole a questa legge, per ragioni in parte simili a quelle indicate nel testo, è il giudizio di D. OLIVER, *Constitutional reform in the United Kingdom*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 167 ss.

nell'ambito del rapporto di fiducia. Una disciplina scritta di rango legislativo con la quale in buona sostanza si è attivato un circuito di "responsabilità politica diffusa" costituisce allora una chiara rottura del modo tradizionale di intendere i principi relativi alla forma di governo parlamentare britannica.

L'introduzione della trasparenza-controllo nell'ottica di affermare l'*accountability* di qualunque soggetto esercente poteri, funzioni e servizi pubblici costituisce sotto una prospettiva ancor più generale il formale riconoscimento dell'incapacità del parlamento di esercitare un effettivo controllo sull'esecutivo²⁵⁷, di svolgere cioè ciò che costituisce uno dei suoi principali compiti nella forma di governo parlamentare.

In secondo luogo, per valutare i caratteri di una riforma non è possibile limitarsi alla disciplina legislativa, ma occorre estendere l'analisi anche alla prassi e all'atteggiamento concreto tenuto dagli apparati destinatari. Questa banale considerazione è assolutamente imprescindibile nell'esaminare l'ordinamento britannico dove il livello di garanzia dei diritti è assicurato principalmente da una *best practice* e la normazione scritta si limita a *minimal regulatory requirements*²⁵⁸. Si tratta di quell'atteggiamento pragmatico più volte richiamato e che tende a limitare al massimo le "declamazioni normative". Se allora si guarda alla concreta attuazione della

²⁵⁷ G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Osservazioni a proposito di alcune recenti evoluzioni del sistema costituzionale britannico*, in *Giur. Cost.* 2004, p. 2094.

²⁵⁸ Su questi aspetti, con specifico riferimento alla valutazione ambientale, cfr. M. PERINI, *La Valutazione Ambientale nel Regno Unito*, in *Gazzetta Ambiente*, n. 6, 1997.

disciplina sulla trasparenza-controllo negli ultimi anni si nota che le eccezioni all'accesso sono state raramente impiegate e quando è accaduto, i rimedi endoprocedimentali e i ricorsi amministrativi hanno di solito assicurato soddisfazione ai privati.

Ciò in definitiva sembra far propendere per un giudizio ampiamente positivo sulla attuazione del principio di trasparenza nel Regno Unito a distanza ormai di 8 anni dall'approvazione del FOIA.

6. La trasparenza-accesso e le sue implicazioni sulla forma di governo

6.1. La trasparenza-accesso e la forma di governo

Finora s'è preso in considerazione la trasparenza nella sua accezione di trasparenza-controllo, cioè quell'insieme di istituti e strumenti diretti a permettere a chiunque, indipendentemente dalla titolarità di specifici interessi giuridici, di accedere a qualunque informazione detenuta da una pubblica autorità e che costituisce il presupposto fondamentale per poter esercitare un controllo (anche se meramente diffuso) sull'operato dei pubblici poteri.

La trasparenza è, però, nata in un'accezione più ristretta, che si è proposto di denominare trasparenza-accesso, e strettamente correlata al coinvolgimento diretto di un soggetto nell'esercizio di un potere pubblico. E' nata cioè come indispensabile strumento per poter tutelare e conseguire propri interessi giuridicamente rilevanti.

Questo secondo significato della trasparenza, anche se non in modo altrettanto intuitivo come per quello precedentemente esaminato, ha una profonda interrelazione con la forma di governo sotto tre diversi profili.

Sotto un primo aspetto, l'accesso a informazioni nell'ambito di procedimenti amministrativi che coinvolgono il soggetti richiedente può essere usato non solo al fine di tutelare i propri diritti e interessi, che ne costituisce sicuramente lo scopo principale, ma anche per

esercitare un controllo sul modo in cui il potere è esercitato, cioè per conseguire una finalità del tutto analoga a quella cui è diretta la trasparenza-controllo.

Si potrebbe obiettare che il microcosmo procedimentale relativo agli interessi di un singolo soggetto non è certo in grado di offrire una visuale sufficientemente ampia per un controllo (politico) ampio sull'esercizio di quella funzione. Si dimenticherebbe, però, che la somma di ognuno di questi punti di vista parziali è in grado di fornire una visione sufficientemente ampia e che l'esercizio o la minaccia dell'esercizio del diritto di accesso nell'ambito di un singolo procedimento è sicuramente in grado di garantire l'*accountability* caldeggiata anche a livello ufficiale a partire dal *Nolan Report*.

Sotto un secondo aspetto, la trasparenza-accesso costituisce "il" presupposto per qualunque forma di partecipazione all'esercizio dei poteri pubblici e cioè costituisce la base di qualunque forma di democrazia partecipativa²⁵⁹, la quale ha esercitato, soprattutto a partire dagli anni '70 dello scorso secolo²⁶⁰, una notevole influenza sulla dottrina e sulle istituzioni sia del Regno Unito che degli Stati Uniti.

²⁵⁹ Sulle diverse nozioni di "*participatory democracy*" formulate in ambiente anglosassone si veda l'ottima ricostruzione di P.P. CRAIG, *Public law and democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 317 ss. e 366 ss.

²⁶⁰ C. PATEMAN, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970.

Sotto un terzo aspetto, occorre rilevare che la trasparenza-accesso costituisce principalmente il prodotto della giurisprudenza e dell'opera di limitazione da parte di questa non solo dell'esecutivo ma dello stesso parlamento sovrano²⁶¹. L'esame dell'evoluzione delle regole e dei principi in materia costituisce pertanto un ottimo punto di osservazione per appurare i rapporti tra giudiziario, da un lato, e gli altri due poteri, dall'altro.

Tale rapporto si è profondamente modificato nel corso dell'ultimo secolo di storia costituzionale inglese a tutto vantaggio di una concezione meno stringente della separazione dei poteri così come tradizionalmente applicata ai rapporti tra legislativo e giudiziario. Questo sensibile cambiamento può essere esemplificato mettendo a confronto due affermazioni giudiziali pronunciate a distanza di oltre 100 anni. Siamo nel 1871 quando si afferma che *"We sit here as servant of the Queen and the legislature. Are we to act as regents over what is done by Parliament with the consent of the Queen, lords and commons ? I deny that any such authority exists"*²⁶² e, ancora più chiaramente, *"there is no judicial body in the country by which the*

²⁶¹ Si pensi ad esempio alle sorti subite da molte *"ouster clauses"* con le quali il legislatore ha tentato di escludere il judicial review relativamente a determinati atti amministrativi. Tali clausole sono state a lungo rispettate dalle courts of law fino alla famosissima sentenza: *Anisminic Ltd. V. Foreign Compensation Commission*, in [1969] 2 AC, p. 147 ss. Cfr. H.W.R. WADE & C.F. FORSYTH, *Administrative law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 734 ss.; e soprattutto C. HARLOW and R. RAWLINGS, *Law and administration*, London, Butterworths, 1997, pp. 52 ss.

²⁶² Sono le parole del giudice Willes pronunciate nella causa *Lee v. Bude and Torrington Railway Co.*, in (1871) LR 6 CP, p. 582.

*validity of an Act of Parliament can be questioned*²⁶³. Un secolo dopo si comincia a sentir dire che “*some common law rights [...] lie so deep that even Parliament could not override them*”²⁶⁴.

6.2. La fonti della trasparenza-accesso

Il diritto di accesso ad informazioni in possesso degli apparati pubblici al fine di tutelare propri interessi giuridicamente rilevanti è stato riconosciuto dalla giurisprudenza tramite un lento processo

²⁶³ *Ex parte Selwyn*, in (1872) 36 JP, p. 54

²⁶⁴ *Taylor v. New Zealand Poultry Board*, in (1984) 1 NZLR, p. 398; analoghe prese di posizione sono espresso da alcuni giudici inglesi delle giurisdizioni superiori: J. LAWS, @, in *Public law* 1995, pp. 72 ss.; Lord WOOLF, *Droit public – english style*, in *Public law* 1995, pp. 67 ss.; Lord WOOLF, @, in *Law Quarterly Rev.* 1998, pp. 579 ss.

evolutivo²⁶⁵, spesso ricorrendo al principio di *Natural Justice*²⁶⁶ e a quello, in parte sovrapponibile, di *fairness*²⁶⁷.

Quando, infatti, fino a pochi anni fa si parlava di “*culture of secrecy*”²⁶⁸ esistente nel Regno Unito, ci si riferiva al fatto che a livello di apparati pubblici nazionali (*central government*) mancava un principio diretto a garantire a chiunque l’accesso a informazioni dai primi possedute (trasparenza-controllo), ma non si voleva certo

²⁶⁵Ad es. tramite la limitazione all’uso da parte della p. a. del *Crown Privilege* (*Conway v. Rimmer* {1968} AC 910), tramite il riconoscimento del diritto ad un *fair hearing* (ricomprensivo di quello ad accedere ai documenti del procedimento) relativamente alle *administrative functions* (*Ridge v. Baldwin* (1964) AC 40). Per quanto concerne quest’ultimo punto (*Natural Justice* e funzioni esercitate dall’amministrazione) normalmente si inizia a descrivere il processo evolutivo della giurisprudenza partendo da una “classica” pronuncia del 1863 (*Cooper v. Wandsworth Board of Works*) relativa alla *Natural Justice*. Si tratta di un caso in cui il *Local Board of Works* di Londra aveva fatto demolire un edificio in costruzione, perché il costruttore non aveva notificato l’inizio dei lavori sette giorni prima, come richiesto da un *Act* del 1855. Si trattava di una attività “*purely administrative*” (WADE *Administrative Law* cit., p. 503), ed i giudici affermarono che: 1 anche se uno *statute* non richiedesse espressamente il rispetto della *Natural Justice*, “*the justice of the common law will supply the omission of the legislature.*” (WADE *Administrative Law* cit., p. 503); 2 quando un’azione viene ad incidere su di un diritto la *Natural Justice* deve essere applicata, indipendentemente dal tipo di potere esercitato. In questa pronuncia si pone le basi per una teoria fortemente discussa che fu sostenuta dalle *courts* fino al 1964 (*Ridge v. Baldwin* (1964) AC 40), cioè che la *Natural Justice* si applica solo alle *judicial* e *quasi-judicial functions* indipendentemente dal soggetto che le esercita e non alle *administrative ones*. In realtà nella seconda metà del XIX secolo, i giudici: “*held that every judicial act is subject to the procedure required by Natural Justice; and they then denominated the great majority of administrative acts as ‘judicial’ for this purpose. Instead of saying, as was in fact the truth, that Natural Justice must be observed in both judicial and administrative acts, the courts stretched the meaning of ‘judicial’ in an unnatural way.*” (WADE *Administrative Law* cit., p. 504). Cioè i giudici giustificarono il loro intervento nei confronti della pubblica amministrazione, affermando che in quei casi essa esercitasse funzioni *judicial*, ma in sostanza il principio che seguivano era quello per cui: “*{to} act in good faith and listen fairly to both sides is a duty lying upon every*

sostenere l'assenza di tale principio a tutela di posizioni giuridiche individuali (trasparenza-accesso).

Nel corso di un'evoluzione secolare, è stata principalmente la giurisprudenza, nell'ambito del *judicial review*²⁶⁹, che ha esteso relativamente ad ogni funzione²⁷⁰ e ad ogni competenza²⁷¹, diverse da quella legislativa, l'obbligo di agire correttamente (*to act fairly*) che comprende anche il diritto di coloro che vi sono coinvolti di

one who decides anything." (È una parte del *Lord Loreburn's epitome* che si trova nella sentenza della *House of Lords, Board of Education v. Rice* (1911) AC 179, WADE *Administrative Law* cit., p. 506-507). Questo riferimento, però, a funzioni *judicial* e successivamente *quasi-judicial* (" *Quasi-judicial* was being used in precisely the same way sense as 'judicial' in the earlier cases.", WADE *Administrative Law* cit., p. 506) portò a limitare fortemente l'intervento dei giudici nel controllo della legittimità degli atti amministrativi. Tutto ciò si verificò a causa di " *a simple verbal confusion. It began to be said that if a function was administrative, or 'purely administrative', it could not be judicial or quasi judicial, and was not therefore subject to the principles of Natural Justice. The judges seemed to forget that. it was essentially to administrative acts that the epithets 'judicial' and 'quasi-judicial' had been applied, in order to impose the legal standard of fair procedure on judicial and administrative conduct alike.*" (WADE *Administrative Law* cit., p. 514). Il "fondo" venne toccato durante e subito dopo la Seconda Guerra Mondiale; con la sentenza *Ridge v. Baldwin*, invece, venne operato un cambiamento radicale, affermandosi, questa volta a chiare lettere, che qualunque potere amministrativo, quando il suo esercizio venisse a coinvolgere diritti individuali, dovesse essere esercitato *judicially*, nel senso di soggetto ai requisiti richiesti dalla *Natural Justice* (" *The mere fact that the power affects rights or interests is what makes it 'judicial', and so subject to the procedures required by Natural Justice. In other words, a power which affects rights must be exercised 'judicially', i.e. fairly, and the fact that the power is administrative does not make it any the less 'judicial' for this purpose.*" WADE *Administrative Law* cit., pp. 518-519). Adesso ciò vale anche quando il potere si dirige verso *a legitimate expectation*, cioè un'aspettativa, un interesse di essere trattato *fairly*, in seguito ad una promessa o ad una pratica consolidata: " *The courts have developed a relatively novel doctrine in public law that a duty of consultation may arise from a legitimate expectation of consultation aroused either by a promise or by an established practice of consultation.*" (sono parole di Lord Bridge nella sentenza *Re Westminster CC* (1986) AC 668 at 692, si ritrovano citate in WADE *Administrative Law* cit., p. 521). Dal 1967 (*Re H.K.(An Infant)* (1967) 2

conoscere tutte le informazioni di cui dispone il titolare del potere (*right to know the opposite case*)²⁷².

Sempre in base alla *Natural Justice* la giurisprudenza²⁷³ ha riconosciuto l'obbligo dell'amministrazione di portare a conoscenza dei partecipanti ad un procedimento amministrativo tutti gli elementi fattuali pervenuti alla p.a. successivamente alla chiusura della fase istruttoria (*fresh evidence*)²⁷⁴, in modo da assicurare loro un'effettiva possibilità di tutela. Inoltre il diritto di accesso a

QB 617) si inizia ad usare l'espressioni 'fairness', 'to act fairly', e simili riferite alle *administrative functions*, mentre si continua a parlare di *Natural Justice* per le *judicial* e *quasi-judicial*. Questa tendenza giurisprudenziale in realtà non è consolidata, ed inoltre se si seguisse il ragionamento di un autorevole scrittore (WADE *Administrative Law* cit., pp. 522-526) *Natural Justice* e *fairness* in realtà verrebbero a coincidere: "*they are alternative names for a single but flexible doctrine whose content may vary according to the nature of the power and the circumstances of the case.*" (WADE *Administrative Law* cit., p. 524). Ci potremo domandare perché i principi della *Natural Justice* (comprensivi del diritto di accedere ai documenti rilevanti in possesso dell'amministrazione) tipici del processo giurisdizionale (*trial*) sono passati nell'ambito dell'attività amministrativa. Si può ritenere che ciò dipenda, tra l'altro, da due ordini di motivi: 1. anzitutto l'assenza fino alla seconda metà del XIX secolo di un diritto amministrativo distinto da quello comune. Per cui la pubblica amministrazione veniva considerata sullo stesso piano di qualunque altro privato, poteva così essere convenuta di fronte ai giudici ordinari come qualunque altro cittadino, ed era soggetta a quegli stessi principi che valevano per i privati (*Rule of Law*), in particolare per le *corporations* (*ultra vires doctrine*, cfr. D'ALBERTI *Diritto amministrativo comparato* cit., pp. 64-68 e WOOLF OF BARNES, *Droit Public-English style* cit., p. 65). 2. Si può pensare però, che il riferimento al solo *Rule of Law* non sia sufficiente a spiegare il perché l'azione amministrativa quando riguardasse diritti dei privati dovesse essere esercitata *judicially*, cioè nel rispetto delle procedure seguite nelle *courts of law*. Infatti, sebbene la Gran Bretagna sia stata il modello per il principio di separazione dei poteri (cfr. MORTATI *Le forme di governo* cit., pp. 81-93), in realtà esso non è stato mai applicato rigidamente in questo paese. Si considerino ad esempio, le figure dei *justices of peace* fino al XIX secolo o anche quegli organi che poi saranno detti *administrative tribunals*, ora visti come organi della pubblica amministrazione con poteri giurisdizionali (D'ALBERTI *Diritto amministrativo comparato* cit., pp. 73 e sgg.), ora invece come veri e propri organi giudiziari

documenti in possesso della p.a. è stato riconosciuto dalla giurisprudenza, strumentalmente all'intervento di un soggetto in un processo giurisdizionale (*discovery of documents*)²⁷⁵, sempre allo scopo di garantire all'interessato un'effettiva possibilità di difesa.

Da parte del legislatore poi sono stati previsti vari strumenti ispirati al principio di trasparenza (*openness*) diretti alla tutela di posizioni giuridiche individuali; in questo senso, ad esempio, si possono richiamare le leggi (*Tribunal and Inquiries Acts 1958 e 1971*)

(*Franks' report*, vedi sopra nota 70). Si può ritenere dunque, che ad applicare principi tipici del *trial* all'azione amministrativa abbia contribuito anche il fatto che la pubblica amministrazione avesse esercitato funzioni giurisdizionali e i giudici, talvolta, avessero esercitato funzioni amministrative (*Justices of peace*), talaltra, si fossero ingeriti nel merito dell'esercizio del potere esecutivo (si pensi al periodo che va dalla fine del XVII secolo ai primi del XIX).

²⁶⁶La *Natural Justice* ha due fondamentali significati: 1 *Nemo iudex in sua causa* (*the rule against bias*); 2 *Audiatur et altera pars* (*the duty to fair bearing*). Questi due principi sono nati e si sono sviluppati nell'ambito del processo giurisdizionale e sono stati successivamente estesi ai procedimenti amministrativi (individuali) (cfr. sopra nota 265). Questo fatto è molto importante per il modello di procedimento accolto nel sistema inglese. Si tratta infatti di una procedura strutturata sulla falsa riga di un processo accusatorio, con tutti i vantaggi in relazione alle garanzie per le parti, ma anche con diversi svantaggi. Infatti alcuni autori (CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 96-102; R.A.MACDONALD *Judicial review and Procedural Fairness in Administrative Law: II* sta in GALLIGAN (ed.) *Administrative Law* cit., pp. 507 e sgg.) hanno messo in evidenza come in taluni casi l'applicazione integrale, o anche solo in parte, dei principi richiesti da un *adversary trial* ad un procedimento amministrativo, sia controproducente per la tutela del pubblico interesse e anche per quella dei partecipanti. In particolare il processo accusatorio richiede che l'autorità decidente si limiti ad ascoltare le parti e utilizzi esclusivamente le prove fornite da queste; questo modello comporta lo scontro talvolta 'violento' tra le due parti: "*It tends to accentuate difference and disagreement, rather than to seek out points of agreement and encourage the parties to reach a willing accommodation on their points of disagreement.*" (CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 94-95); esso presuppone l'esistenza di due parti, e dunque due interessi contrapposti, quando invece spesso nel procedimento amministrativo gli interessi in gioco sono una pluralità (pubblici, privati, collettivi, diffusi, ecc. CANE *An Introduction to*

sulla disciplina dei tribunali amministrativi (*administrative tribunals*)²⁷⁶ e delle inchieste pubbliche (*public inquires*)²⁷⁷.

In base a queste leggi, tra l'altro, si è previsto a favore dei soggetti coinvolti in un processo o inchiesta, il diritto di ottenere su richiesta la motivazione (da intendersi ovviamente come forma di trasparenza successiva²⁷⁸) rispettivamente della decisione del tribunale o di quella finale del ministro; inoltre, specificamente in rapporto ai tribunali amministrativi, ci si è ispirati a tre principi

Administrative Law cit., pp. 100 e sgg.) utilizzando un'espressione di Fuller, parla di *polycentricity*⁹. Ed ancora si ricordi che un processo accusatorio, richiede a garanzia delle parti tempi lunghi e costi elevati. Tutti questi elementi comportano che talvolta l'applicazione integrale della *Natural Justice* al procedimento amministrativo sia controproducente, essendo necessario un modello più adatto alle caratteristiche del potere esercitato. E' per questo motivo che ad esempio, un autore (CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 310) propone l'adozione di *codes of procedure* da parte delle varie amministrazioni, le quali meglio di ogni altro sarebbero in grado di individuare le regole procedurali più consone ai vari poteri loro conferiti, e ciò in parte è già stato fatto a livello di amministrazioni locali, soprattutto per merito delle pressioni dei *Local Commissioners for Administration*. Anche i giudici si sono accorti di questo problema, cioè che il modello contenzioso non sia adatto per tutti i procedimenti amministrativi, ed essenzialmente hanno dato due soluzioni: 1 hanno applicato le regole della *Natural Justice*, ma in modo 'attenuato', cioè non rigorosamente e non integralmente e per fare ciò sono spesso ricorse al concetto di *fairness*. 2 Semplicemente i giudici non hanno ritenuto applicabile la *Natural Justice* al caso loro sottoposto. Ciò dapprima è stato fatto ricorrendo alla distinzione tra *judicial/quasi-judicial functions* da una parte e *administrative/purely-administrative* dall'altra, successivamente si sono utilizzati altri concetti quali ad es. *policy* (per questo ultimo aspetto vedi GROTANELLI de' SANTI *Profili costituzionali* cit., soprattutto pp. 108 e sgg.). Ciò che hanno fatto i giudici dunque non è stato di individuare delle regole diverse da quelle del processo che loro conducono, adatte al procedimento amministrativo, ma a seconda dei casi hanno con varia intensità applicato i principi contenuti nei *Rules of the Supreme Court*, o non li hanno del tutto applicati: quest'ultima ipotesi vale soprattutto per il principio *audi alteram partem*!, infatti è l'applicazione di questo che può comportare problemi di costi, tempi lunghi e incompatibilità con l'esercizio di un potere amministrativo, infatti il *rule against bias* trova quasi sempre applicazione, salvi casi eccezionali. I due

fondamentali²⁷⁹, tra cui appunto l'*openness* definita come "*the publicity of proceedings and knowledge of the essential reasoning underlying the decision*".

Anche la stessa p.a. si è mossa nel senso di assicurare una maggiore trasparenza della sua attività in modo da assicurare una più efficace tutela degli interessi privati di un individuo. Da questo punto di vista si possono considerare molte delle riforme operate in

principi che vengono ricondotti nell'ambito della *Natural Justice* sono i seguenti:

A) *Rule against bias*. Questo principio non richiede solo che il *decision-maker* sia effettivamente imparziale, ma soprattutto che appaia tale ("*What matters is not whether the decision-maker is biased but whether he could reasonably appear to be biased*" CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 92). Le ipotesi di violazione di questa regola, non sono solo quelle in cui l'organo decidente (appare che) abbia un interesse economico o di altro tipo nella decisione da prendere, ma anche quelle in cui il *decision-maker* (appare che) abbia dei 'preconcetti' (*prejudice*), cioè abbia mostrato di avere già una posizione ben determinata in relazione a quella questione, ancora prima di avere ascoltato le parti e acquisito prove e pareri. Ciò che si tenta di garantire da parte dei giudici è che un organo decisionale "*when he comes to make his decision, genuinely addresses himself to the question with a mind which is open to persuasion.*" (WADE *Administrative Law* cit., p. 492). Si può ottenere l'annullamento (*quashing*) dell'atto amministrativo non solo quando in effetti siamo di fronte ad una decisione affetta da *bias*, ma anche quando vi è un ragionevole sospetto (*reasonable suspicion*) o una reale probabilità (*real likelihood*) di *bias*. Esistono delle eccezioni e dei temperamenti al *rule against bias*. Un temperamento (WADE *Administrative Law* cit., pp. 489-493) si ritrova ad esempio spesso nell'ambito dei *central departments*, quando uno *statute* assegna ad un ministro il compito di confermare una decisione presa da un organo inferiore dopo aver ascoltato delle obiezioni (*objections*). Il ministro nel decidere, spesso seguirà un determinato indirizzo politico da lui o dal suo partito preventivamente fissato, e dunque avrà dei 'preconcetti'. In questa ipotesi il principio per cui *nemo iudex in causa sua* si applica, ma deve essere adattato alle circostanze, in particolare occorre che il ministro al momento di ascoltare le obiezioni lo faccia con una "*mind which is open to persuasion.*". Un caso interessante a questo proposito è quello

via amministrativa sulla base del *Franks report* (1957)²⁸⁰: pubblicazione dei *reports* degli ispettori²⁸¹; pubblicità delle sedute degli *administrative tribunals*²⁸²; messa a disposizione del pubblico, tempestivamente prima di un'inchiesta, delle ragioni alla base di essa, in modo che gli eventuali *objectors* abbiano tempo sufficiente per preparare le proprie osservazioni²⁸³; comunicazione, ai soggetti che hanno partecipato ad un'inchiesta, dei dati di fatto e delle questioni venute alla luce successivamente alla chiusura dell'*inquire*

dell'insediamento della nuova città di Stevenage (*Franklin v. Minister of Town and Country Planning* (1948) AC 87): vi era stata una decisione per la costruzione della nuova città, erano state sollevate delle obiezioni dagli abitanti della zona, vi era stata una *public inquire*, in seguito al rapporto degli ispettori il ministro aveva respinto le obiezioni. Il problema era che prima di prendere in considerazione il *report* degli ispettori, il ministro aveva fatto un discorso pubblico a Stevenage durante il quale aveva affermato che comunque la città sarebbe stata costruita. La *High Court* disse che la decisione del ministro richiedeva un esame imparziale e che ciò non si era verificato. La *Court of Appeal* affermò che si occorreva il rispetto dell'imparzialità, ma ciò era avvenuto. La *House of Lords* decise che non era necessario in quel caso alcun esame imparziale. In decisioni successive la *House of Lords* abbandonò questo orientamento a favore del principio per cui il *rule against bias* trova sempre applicazione. L'eccezione più importante al *rule against bias* riguarda i casi di necessità (*cases of necessity*), cioè quando non esiste la possibilità di sostituire il *decision-maker biased*. Ad es. per il fatto che il potere è stato conferito dalla legge a un determinato organo, per cui nessun altro ufficio lo potrebbe esercitare. Un caso ancora più interessante è quello che si verifica quando una decisione è stata annullata e deve essere nuovamente presa da parte di quell'organo rispettando questa volta le regole che precedentemente esso aveva violato. Però al momento in cui deciderà nuovamente, l'autorità avrà dei pregiudizi (*prejudice*), infatti essa aveva già conosciuto i fatti, li aveva già valutati e aveva già preso una decisione, sebbene invalida. In questo caso opera un'eccezione al *rule against bias* sulla base di un *case of necessity* (cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 553 e sgg.).

- B) “*The right to a fair hearing has been used by the courts as a base on which to build a kind of code of fair administrative procedure, comparable to ‘due process of law’ under the Constitution of the United States.*” (WADE *Administrative Law* cit., p.

(*fresh evidence and fresh issue* dette anche *extrinsic evidence*), in modo da permettere loro di commentarli²⁸⁴.

6.2. Le principali fattispecie di trasparenza-accesso

Passando allora a considerare specificamente le principali fattispecie di accesso ad informazioni in possesso di pubblici poteri da parte di soggetti coinvolti nella loro azione, occorre anzitutto

496). Per quanto riguarda il contenuto di quest'altro principio ricavabile dalla *Natural Justice*, cioè *audiatur et altera pars* (*the duty to give a fair hearing*), si veda oltre nel par. 2. la nota 286.

²⁶⁷ Sul rapporto tra *fairness* e *Natural Justice*, ed in particolare tra *fairness* e il *duty to fair hearing*, esistono varie posizioni. Per Wade questi due concetti si identificano, vedi sopra nota 265. Per CANE (*An Introduction to Administrative Law* cit. pp. 114-116) la *fairness* è stata usata in alcuni casi per permettere l'applicazione della *Natural Justice* alle *administrative functions*, e talvolta addirittura per estendere il contenuto della *Natural Justice* nell'ambito dei procedimenti amministrativi anche all'obbligo della motivazione, in altri casi invece è stata usata per escludere l'utilizzazione della *Natural Justice*. MULLAN (*Fairness: the new Natural Justice ?*, sta in *Administrative Law*, by GALLIGAN (ed.), 1982, Dartmouth, Aldershot, pp. 471 e sgg., in particolare p. 493) evidenzia il pericolo che risiede in alcune sentenze che parlano di *Natural Justice* riferita alle *judicial* e *quasi-judicial functions*, e invece di *fairness* per quelle *administrative*; infatti sulla base di tali decisioni non solo verrebbe conservata quella assai criticata classificazione di funzioni, ma ne verrebbe introdotta una nuova relativa a *fairness* e *Natural Justice*. In fin dei conti si può dire che attualmente non esiste nessun orientamento prevalente relativamente al rapporto tra *Natural Justice* e *fairness*, anche se inizia ad apparire la tendenza a distinguere la *fairness*, e dunque gli standard procedurali dell'*acting fairly*, dalla *Natural Justice*, e dunque i principi del processo giurisdizionale.

²⁶⁸ "(T)he culture of secrecy has characterised the conduct of British government - though it is well to remember that all the governments are secretive by nature, the British only more transparently so than most.", BIRKINSHAW P. "I only ask for information"-*The White Paper on open government* sta in *Public Law* 1993, p. 557.

²⁶⁹ Nel descrivere brevemente questo istituto (*judicial review*) farò esclusivamente riferimento alla situazione successiva al 1981, cioè dopo la riforma avutasi col *Supreme Court Act* 1981, preceduta dalla modifica dell' *Order 53* del *Rules of the*

considerare l'“accesso endoprocedimentale”²⁸⁵, espressione con cui si intende alludere all'accesso ad informazioni rilevanti nell'ambito di un determinato procedimento da parte del soggetto *affected* dall'azione.

Questa forma di accesso può avvenire con due modalità diverse:

1 mediante l'accesso a documenti nel corso di un procedimento amministrativo, garantito dal principio *audiatur et altera pars*. Si tratta della fattispecie più importante di accesso consistente nel *right*

Supreme Court nel 1977. Si deve anzitutto distinguere il *judicial review* dall'*appeal*: infatti questo ha a modello i “gravami” (Cfr. A.PROTO PISANI *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1994, pp. 502-503. L'organo investito del ricorso ha il compito di decidere nuovamente l'intera questione, non si tratta di stabilire la correttezza della decisione, ma di analizzare nuovamente il rapporto sostanziale, il merito della questione. Con questi strumenti si garantiscono i più gradi di giurisdizione. Cfr. anche F.CORDERO *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 909-912), dove invece il *judicial review* ha come prototipo le *querelae nullitatis* (PROTO PISANI, op. cit., pp. 502-503; CORDERO op. cit., pp. 909-912: l'organo investito del ricorso deve vagliare la validità, la legittimità della decisione sottoposta al controllo senza scendere al rapporto sottostante, il merito). Per cui con l'*appeal* il giudice, che normalmente è un *administrative tribunal* o una *court of law*, ma può essere anche un ministro, viene a valutare il merito della decisione, col *judicial review* esclusivamente si ha a che fare con la legittimità della decisione, senza poter sindacare il rapporto sostanziale in questa regolato (“*On an appeal the question is ‘right or wrong ?’ On judicial review the question is ‘lawful or unlawful ?’*”, WADE *Administrative Law* cit., p. 36). La possibilità di *appeal* (da un organo amministrativo a altro organo amministrativo, da un organo amministrativo ad un *administrative tribunal*, da un organo amministrativo a una *court of law*, da un *administrative tribunal* ad un organo amministrativo, da un *administrative tribunal* ad una *court of law*) esiste solo se uno *statute* la preveda espressamente, invece il *judicial review* è sempre possibile inquanto si fonda su di una competenza “inerente” alla *High Court*, basata sulla *common law*. Questa competenza per alcuni risiede direttamente in una norma consuetudinaria della *common law* (ad esempio LAWS *Law and Democracy* sta in *Public Law* 195, pp. 72 e sgg., WOOLF OF BARNES *Droit Public-English style* sta in *Public Law* 1995, pp. 57 e sgg.) per altri nel principio di *ultra vires*, che di nuovo è riconducibile alla *common law*. Per quest'ultima posizione si veda WADE *Administrative Law* cit., p. 38: “*Judicial control, therefore, primarily means review, and is based on a fundamental*

to know the opposite case, derivante dal principio di *Natural Justice*²⁸⁶: è il diritto di qualunque persona coinvolta in un procedimento a carattere individuale (*adjudication*)²⁸⁷, di conoscere tutti quegli elementi rilevanti ai fini della decisione finale;ù

2 mediante la motivazione (trasparenza successiva) del provvedimento amministrativo.

Al procedimento amministrativo si applicano le regole della *Natural Justice*, che in relazione all'azione amministrativa in parte

principle, inherent throughout the legal system, that powers can be validly exercised only within their true limits.”. I caratteri del *judicial review* sono i seguenti: quando una controversia riguarda esclusivamente un *public right* allora l'unico strumento in via generale per attaccare l'atto dal punto di vista della sua legittimità, è l'*application for judicial review* (*O'Reilly v. Mackman* (1983) 2 AC 237), non essendo più possibile seguire la strada di una *private law procedure*. Occorre anzitutto, un previo nulla osta (*leave*) della corte, che viene concesso nel caso che il giudice ravvisi un *sufficient interest*. Esiste un termine di decadenza di tre mesi dal momento in cui si aveva avuto la possibilità di intentare l'azione. Il processo è caratterizzato da vari limiti probatori. I vizi denunciabili sono, appunto, solo quelli relativi alla legittimità dell'azione: *retention of discretion, abuse of discretion*, violazione della *Natural Justice*, sia nel senso di imparzialità dell'organo decidente (*bias*) sia in quello di diritto ad un *fair hearing*; tutti questi vizi sono ricondotti al principio dell'*ultra vires*, cioè al principio per cui tutti i poteri, salvo quelli del Parlamento, sono limitati, e devono dunque essere esercitati all'interno di questi limiti. Esiste però, un altro vizio denunciabile che non attiene propriamente alla legittimità dell'atto, si tratta dell'*error in the face of the record*. Esso consiste in un errore di diritto (non la violazione del diritto, per cui la decisione non è *unlawful*, ma *intra vires*, sebbene sbagliata. WADE *Administrative Law* cit., pp. 303 e sgg., in particolare p. 304) che appare dagli atti procedimentali. I rimedi che si possono ottenere dai giudici nell'ambito dell'*application*, oltre naturalmente a quelli specifici previsti negli *statutes*, sono sia gli *ordinary remedies* (*declaration, injunction, ecc.*) che i *prerogative ones*: *certiorari*, che serve per annullare una decisione (in particolare in caso di atto *ultra vires* la conseguenza è la nullità (*void*) fin dal principio; invece in caso di *error in the face* l'atto è meramente *voidable* e dunque l'effetto dell'eliminazione è *ex nunc*); *prohibition*, che serve per impedire l'esecuzione di un atto o prevenire una determinata azione; *habeas corpus* in ipotesi in cui la pubblica amministrazione abbia un potere di *detention*; *mandamus* che serve per imporre l'esecuzione di un determinato obbligo. Il nome '*prerogative*'

coincidono con i *Rules of the Supreme Court*; infatti il modello a cui si ispira il procedimento amministrativo individuale (*adjudication*)²⁸⁸ è proprio il processo giurisdizionale. E' così che, con varia intensità a seconda dei casi, si applicano anche regole modellate sui *rules on evidence*²⁸⁹, e dunque anche quella relativa alla necessità della *disclosure*, da parte della controparte (nel nostro caso l'amministrazione procedente), delle informazioni rilevanti, in modo

dipende dal fatto che originariamente questi rimedi erano a esclusiva disposizione della Corona, e servivano per controllare (ad es. *certiorari*) e imporre la volontà (ad es. *mandamus*) sugli organi inferiori. Attualmente l'attore nominale continua ad essere la Corona che agisce però *ex parte* di un privato o altra persona giuridica, veri *plaintiffs*.

²⁷⁰*Judicial, quasi-judicial, administrative, purely-administrative*. Cfr. la sentenza *Ridge v. Baldwin* (1964) AC 40.

²⁷¹Sia *statutory* che *prerogative*. Si deve infatti ricordare che le fonti (*sources*) dei poteri in Inghilterra sono tre: 1 la *common law*; 2 gli *statutes*; 3 la *royal prerogative*. Questa ultima è costituita dal complesso dei poteri originari del monarca, non (ancora) disciplinati da *statutes*, passati per lo più nelle mani del governo. Si tratta di poteri attualmente molto limitati e spesso "in letargo". Il Parlamento può disciplinarli e da quel momento divengono *statutory*. Si può dire con Dicey (HARLOW AND RAWLINGS, *Law and Administration*, Weidenfeld and Nicolson, London 1984, p. 16) che "Every act which the executive government can lawfully do without the authority of an Act of Parliament is done in virtue of prerogative.". Attualmente la prerogativa regia è sottoposta al *judicial review* al pari degli *statutory powers*. Inizialmente la *royal prerogative* è stata sottoposta al sindacato dei giudici esclusivamente al fine di stabilire se effettivamente si trattava di prerogativa regia, e dunque escludere un'ulteriore analisi. Successivamente si è affermato che anche l'esercizio di questo potere è sottoponibile al controllo di legittimità. In questo senso cfr. *Ex parte Bentley* (1994) 2 WLR 101, in *LAWS Law and Democracy* cit., p. 75; ma anche prima, nel senso della soggezione "piena" al controllo giudiziale cfr. la sentenza isolata di Lord Denning *Laker Airways Ltd. v. Department of Trade* (1977) QB 643. In generale sul problema della *royal prerogative* vedi G.GROTTANELLI de' SANTI *Profili costituzionali della discrezionalità amministrativa in Inghilterra* sta in *Diritto e Società*, 1984, pp. 61 e sgg.

da permettere alle *affected parties* di sollevare obiezioni, fare precisazioni, contestarle, ecc.

Inoltre anche indipendentemente dal ricorso ai *rules on evidence*, è possibile affermare l'obbligo della *disclosure*; infatti perché un procedimento sia *fair* è indispensabile che l'interessato possa conoscere quelle informazioni da cui dipende la decisione, al fine di poterle contestare, precisare, eventualmente poterne fornire delle

²⁷² “If the right to be heard is to be a real right which is worth anything, it must carry with it a right in the accused man to know the case which is made against him. He must know what evidence has been given and what statements have been made affecting him: and then he must be given a fair opportunity to correct or contradict them.”, sono parole di lord Denning nella sentenza *Kanda v. Government of Malaya* {1962} AC 322, riportate in W. WADE *Administrative Law*, 1988, Clarendon Press, Oxford, p. 538. Per questo diritto di accesso ‘endoprocedimentale’ cfr. oltre par. 2.

²⁷³ Cfr. le sentenze *Kanda v. Government of Malaya* {1962} AC 322; *R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner ex parte Jones* {1962} 2 QB 677.

²⁷⁴ Cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 507-511 e 538-541.

²⁷⁵ Per una trattazione più diffusa su questo argomento cfr. oltre par. 3.

²⁷⁶ Questi organi che hanno i nomi più vari, si interessano principalmente degli *appeals* su atti amministrativi, ma possono occuparsi anche di controversie tra privati in prima istanza (ad esempio in materia di lavoro e di locazioni, D’ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato* cit., p. 74), ma addirittura possono talvolta svolgere funzioni “amministrative” (ad esempio, rilascio di autorizzazioni, D’ALBERTI *Diritto amministrativo comparato* cit., p. 74). Con le riforme seguite al *Franks report* si è cercato di improntare l’azione di questi “giudici” a tre principi fondamentali: *openness*, cioè “*publicity of proceedings and knowledge of the essential reasoning underlying the decision*”; *fairness* ovvero “*the adoption of a clear procedure which enables parties to know their rights, to present their case fully and to know the case which they have to meet*”; *impartiality* ovvero “*the freedom of tribunals from the influence, real or apparent, of Departments concerned with the subject matter of their decision.*”, si tratta di brani del *Franks report* che si ritrovano in CRAIG P.P. *Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 1989, p. 115. Le regole processuali, che per lo più sono ispirate al modello accusatorio pur essendo previsti ampi poteri di indagine a favore dei giudici (cfr. CRAIG *Administrative Law* cit., pp. 121-122), sono emanate ascoltando il parere del *Council on Tribunals*, che è l’organo competente al controllo sugli *Administrative Tribunals*,

altre in contrasto; tutto ciò se egli deve essere effettivamente in grado di far valere le proprie ragioni²⁹⁰.

Per cui sia che si ricorra al concetto di *fairness* sia a quello di *Natural Justice*²⁹¹, e dunque in particolare ai *rules on evidence*²⁹², si giunge alla medesima necessità, cioè quella di permettere alle *affected parties*²⁹³ di conoscere i fatti e le prove che possono avere una qualche rilevanza sulla decisione finale.

oltre che sulle *Inquires*. I tribunali amministrativi sono composti da un Presidente, per lo più un giurista dotato di ampi poteri e da altri membri non giuristi (*lay members*); si tratta del cosiddetto *presidential system*. Le decisioni devono essere motivate, questa è una delle riforme più importanti, ma le motivazioni devono essere fornite solo in seguito ad una specifica richiesta di parte. Le decisioni sono soggette ad *appeal* alla *High Court*, per lo più solo per questioni di diritto. Si deve ricordare che questi organi *statutory*, sebbene giurisdizionali, sono nettamente distinti dalle *courts of law*, e i loro caratteri così possono essere riassunti: “*the ability to make final, legally enforceable decisions (subject to review and appeal), independence from any department of the government, the holding of a public hearing judicial in nature, although more informal than that of the ordinary courts, the possession of Expertise, a requirement to give reason and the provision of appeal to the High Court on point of law.*” (CRAIG *Administrative Law* cit., p. 128). Essi sostanzialmente forniscono una giustizia più rapida, con procedure altamente informali, garantiscono la conoscenza tecnica degli argomenti trattati, ma spesso sono visti come organi che dispensano giustizia più “alla buona” delle *courts of law*.

²⁷⁷Queste inchieste pubbliche per lo più riguardano atti generali (ad es. di pianificazione urbanistica, come la costruzione di una centrale nucleare o un aeroporto, le *slum clearance*, ecc.); esse, però, possono essere anche preparatorie a provvedimenti individuali (ad esempio sono fatte in vista della decisione di un *appeal* in seguito al rifiuto di una concessione edilizia o contro condizioni imposte da una autorità locale di pianificazione urbanistica. Cfr. WADE *Administrative Law* cit., p. 956), di secondo grado (cioè che operano su precedenti atti amministrativi, per valutarne la correttezza o l’opportunità. Cfr. A.M. SANDULLI *Manuale di diritto amministrativo*, XV edizione, 1989, Jovene, Napoli, pp. 629-631). Si tratta di procedimenti “statutari” tipici, non a carattere generale, cioè che si applicano prima di adottare un qualsiasi provvedimento amministrativo. Le regole che disciplinano questi procedimenti sono: le disposizioni delle varie leggi che li prevedono; i precetti altrettanto specifici dei

Esistono, però, dei limiti alla *disclosure* da parte della pubblica amministrazione; Lord Denning nella decisione *R. v. Gaming Board for Great Britain ex parte Benaim and Khaida*²⁹⁴ affermò che la p.a. dovesse fornire all'interessato “*sufficient indication of the objections raised against him such as to enable him to answer them*”, ma “*without disclosing every detail*”²⁹⁵.

I limiti all'accesso endoprocedimentale sono stati talvolta ricavati anche in modo implicito dall'interpretazione di uno *statute*;

Tribunal and Inquires Acts; infine i principi generali della *Natural Justice* “*The statutory procedure is only a framework, within which the principles of Natural Justice operate to fill in details.*” (WADE *Administrative Law* cit., p. 956). Le *inquires* hanno principalmente due finalità (CRAIG *Administrative Law* cit., p. 129): 1 il fornire un mezzo di *appeal* (es. “ricorso” avverso il rifiuto di una concessione edilizia); 2 garantire un mezzo per sollevare obiezioni (*objections*) ad un atto amministrativo (es. obiezione alla decisioni di costruzione di una strada). Per WADE (*Administrative Law* cit., p. 955) invece “*The statutory inquires is the standard devices for giving a fair hearing to objectors before the final decision is made on some question of government policy affecting citizens' rights or interests.*”. Va precisato che le *inquires* di cui ci stiamo occupando, vanno tenute distinte sia da quelle *non statutory*, sia da quelle che si fondono sul *Tribunals on Inquires Act 1921* (che sono inchieste parlamentari, fatte in occasione di gravi problemi: accuse di corruzione verso i ministri, accuse di comportamenti violenti da parte della polizia, disordini in Irlanda del Nord, ecc., cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 1000-1003), sia infine dalle *accident inquires*, relative a incidenti aerei, ferroviari, ecc. Normalmente le *inquires* sono il presupposto ad un atto generale, e si fondono sul principio di “*{to ensure} that administrative power is fairly and reasonably exercised, so that they have the same purpose as the legal principles of Natural Justice.*” (WADE *Administrative Law* cit., p. 955). Il procedimento può essere distinto essenzialmente in tre fasi (CRAIG *Administrative Law* cit., pp. 132 e sgg.): 1 *before the inquire*, in questa fase normalmente vi è un obbligo di notificare agli interessati l'inizio del procedimento e le ragioni di questo. I tempi entro cui queste comunicazioni devono essere fatte variano a seconda delle *inquires*. 2 *At the inquire*, il procedimento da seguire, a meno che non vi siano specifiche disposizioni di legge, è a totale discrezione dell'autorità che indice l' *inquire*, con l'unico limite di rispettare la *Natural Justice*, cioè di garantire una *fair procedure*. Hanno diritto a partecipare i soggetti che sono titolari di un interesse giuridicamente rilevante suscettibile di essere leso dal provvedimento che seguirà

si è affermato che la *disclosure* di determinate informazioni nell'esercizio di un determinato potere amministrativo, possa vanificare lo scopo dello *statute* che quel potere ha conferito²⁹⁶. Questa tendenza della pratica amministrativa di limitare l'accesso ai documenti rilevanti nel corso di un procedimento amministrativo, è probabilmente riconducibile anche a quella

all'*inquire*. E' però a discrezione degli "ispettori" la possibilità di far partecipare anche altri soggetti titolari di interessi di fatto, ma una volta che si sia deciso in questo senso, si è tenuti a comportarsi *fairly* anche nei loro confronti. 3. *After the inquire*, gli "ispettori" devono redigere un rapporto da inviare all'autorità competente per la decisione, per lo più un ministro, che non è vincolato dal *report*, ma se se ne distacca, dovrà dare la possibilità agli interessati di presentare le loro osservazioni relative a questa diversa prospettazione dei fatti → *Natural Justice*. Dopo le riforme legislative ed amministrative (*Tribunals and Inquires Acts 1958 e 1971* e regole amministrative, introdotte sempre sulla base del *Franks report*), le relazioni finali (*reports*) degli "ispettori" devono essere comunicate integralmente agli interessati e talvolta rese pubbliche se riguardano provvedimenti di ampia portata (ad es. la costruzione di un aeroporto). Infine la decisione deve essere notificata a coloro che hanno partecipato al procedimento, insieme alla motivazione, se richiesta. Sulle *inquires* ha un potere di sorveglianza il *Council on Tribunals*; questo inoltre deve essere consultato in caso che si voglia redigere delle regole procedurali da applicare alle *inquires*; questo obbligo, però, sussiste solo per il *Lord Chancellor*, non anche per gli altri ministri, disattendendo così il *Franks report*, nel quale si era proposto di assegnare al *Council on Tribunals* il potere di emanare regole procedurali sia per le *inquires* che per i *tribunals*.

²⁷⁸La trasparenza dell'azione amministrativa infatti può riferirsi sia al momento del procedimento (accesso endoprocedimentale) nel suo compiersi, sia al termine dello stesso, e si parla allora di motivazione come trasparenza successiva. Infatti un importante strumento per permettere di conoscere come si è agito, come si è ragionato, cosa si è preso in considerazione, cosa non si è ritenuto rilevante, è la motivazione della decisione finale, vale a dire l'esplicazione delle ragioni di fatto e del ragionamento logico-giuridico a base del provvedimento amministrativo. Motivazione e accesso endoprocedimentale possono dunque essere visti come due *species* del medesimo *genus*, cioè la Pubblicità, l'*openness* della p. a. A questo proposito si consideri cosa si intendeva per *openness* nel *Franks report*: "*the publicity of proceedings and knowledge of the essential reasoning underlying the decision.*" (enfasi

“impermeabilità”²⁹⁷ ai principi di trasparenza che per lungo tempo ha impedito l’adozione di una normativa generale in materia di accesso.

L’accesso a informazioni nell’ambito di un procedimento amministrativo si dovrebbe realizzare non solo nel corso di questo, ma anche al suo termine. Nel primo caso si è di fronte alla realizzazione di un *fair hearing*, nel secondo caso di motivazione

aggiunta); WADE *Administrative Law* cit., p. 913.

²⁷⁹*Openness, fairness, impartiality*, cfr. sopra nota 276.

²⁸⁰ “{T}he chief instrument of reform has been the ministerial circular, a document which has no legal operation but which ‘invites’ local authorities and other bodies to make arrangements suggested by the minister, or else explains the minister’s own departmental practice.”, WADE *Administrative Law* cit., p. 971.

²⁸¹Cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 972-973.

²⁸²Cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 918-919 e 927-928.

²⁸³Cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 971-972.

²⁸⁴Si tratta del problema della *extrinsic evidence* (cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 980-984), a cui ci si riferisce anche con l’espressione vicina alla terminologia americana ‘*extra record information*’ (K.C.DAVIS *English Administrative Law-An American View* sta in *Public Law* 1962, pp. 145-9; per la disciplina americana delle *ex parte communications* cfr. il capitolo sugli Stati Uniti d’America nota 643). Si tratta di quegli elementi (*facts and ideas*) non contenuti nei documenti formati e raccolti nella fase istruttoria di un procedimento, ma usati nella decisione finale (cfr. sopra il testo che accompagna le note 273 e 274). Ad essi si possono ricondurre parte delle *confidential internal discussions* (per le quali cfr. oltre par. 3.), ma queste due categorie non coincidono. Infatti sia non tutta l’*extrinsic evidence* proviene da *civil servants*, sia non tutte le *internal discussions* sono al di fuori dei documenti del procedimento amministrativo. Il problema delle *extra record informations* si è posto in particolare per le *public inquires*, quando in relazione ad esse, una volta conclusa l’inchiesta, si sono acquisite nuove informazioni e sono state sollevate nuove questioni, non contenute nel *report* degli ispettori. Ci si chiede se sia possibile usare in modo legittimo queste informazioni per la decisione finale senza prima aver sollevato il contraddittorio con gli interessati. Fino ai primi anni ‘60 ciò era ritenuto legittimo, infatti i giudici non consideravano questo comportamento come violazione della *Natural Justice*, ricorrendo invece ai concetti di *confidentiality* e di *policy*. In seguito ad una

dell'atto amministrativo²⁹⁸. Quest'ultima, infatti, permette alle parti di conoscere gli elementi di fatto e il ragionamento usato per giungere alla decisione amministrativa, una volta che questa è stata adottata; in questo senso si potrebbe parlare di trasparenza successiva²⁹⁹.

La motivazione è senza dubbio un importante strumento per permettere di conoscere come si è agito, come si è ragionato, cosa si è preso in considerazione, cosa non si è ritenuto rilevante.

raccomandazione del *Council on Tribunal* è ora invalsa la pratica di sottoporre la *new evidence* alle parti in modo che possano esprimere il loro punto di vista, fare obiezioni, ecc. Restano però ancora esclusi dall'accesso le *policy advices* e le *Expertise advices*, le prime poiché riguardano le scelte politiche del ministro insindacabili da soggetti diversi dal Parlamento, le seconde perché coperte dalla *confidentiality*. Perciò solamente le prove e i pareri su fatti (semplici) successivi alla conclusione dell'istruttoria devono essere portati a conoscenza delle parti perché esse possano far valere le loro ragioni.

²⁸⁵Con questa espressione (accesso endoprocedimentale) ci si riferisce ad un istituto presente anche in Italia (art. 10 lett. a) legge 241/90) e negli Stati Uniti d'America. In quest'ultimo paese l'istituto in parola, relativamente al *Federal Government*, si fonda in parte sulla *due process clause* (dove essa ancora trova diretta applicazione nell'ambito dei procedimenti amministrativi, cfr. nel capitolo sugli Stati Uniti d'America nota 490) in parte sull'*APA 1946*.

²⁸⁶“*The right to a fair hearing has been used by the courts as a base on which to built a kind of code of fair administrative procedure, comparable to 'due process of law' under the Constitution of the United States.*” (WADE *Administrative Law* cit., p. 496). L'importanza dei requisiti procedurali indipendentemente da quelli sostanziali, viene continuamente riaffermata da parte di vari autori (Ad es. CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 113-114; WADE *Administrative Law* cit., pp. 533-535), sulla base di vari argomenti: 1 una *fair procedure* è indispensabile per rendere accettabile al destinatario l'esercizio di un potere di supremazia e avrebbe dunque una funzione di 'legittimazione' dell'azione della pubblica amministrazione (CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 96; in relazione alla consultazione dei privati in generale J.BELL *Discretion and Administrative Procedure in France and England* sta in L.TORCHIA (a cura di) *Il procedimento amministrativo* Milano, Giuffrè, 1993, pp. 7 e sgg.; CRAIG *Administrative law*, 1989, Sweet & Maxwell, London, p. 25). 2 Serve come strumento per tutelare i diritti degli individui, quando questi sono

Motivazione e accesso endoprocedimentale possono dunque essere visti come due *species* del medesimo *genus*, cioè la trasparenza-controllo della p.a.³⁰⁰.

#Nel Regno Unito manca non esiste, come non esisteva in Italia prima della legge 241/90, un obbligo generale, fondato sul diritto comune o sulla legislazione, di fornire i motivi per una decisione. Esiste naturalmente una pluralità di ipotesi specifiche, tra cui alcune di grande importanza, in cui degli *Acts of Parliament* o

oggetto di un procedimento amministrativo. 3 Contribuisce a rendere più efficiente l'azione amministrativa, infatti permette all'autorità competente di conoscere più punti di vista e dunque prendere una decisione più elaborata. Senza dubbio il garantire un *fair hearing* comporta alti costi in termini di tempo e denaro, “{b}ut time and money are likely to be well spent if they reduce friction in the machinery of government.” (WADE *Administrative Law* cit., p. 466). Tutti questi argomenti a sostegno di un procedimento *fair*, hanno una particolare importanza se si considera il fatto che la p. a. in certi settori e per certi servizi si comporta come un ‘monopolista’ (cfr. CANE *An Introduction* cit., p. 313; WADE *Administrative Law* cit., p. 501). Si può ben parlare di un valore assoluto e non meramente strumentale del *fair hearing*, cioè la sua rilevanza è tale che una decisione presa in sua assenza è *void*, anche se fosse corretta da ogni altro punto di vista (assenza di *bias*; rispetto dei requisiti *substantive*; mancanza di errori di diritto *on the face of the record*). Questa affermazione in realtà non è pacifica tra i giudici, i quali talvolta decidono di non annullare un atto amministrativo, affermando che anche se fosse stato garantito un *fair hearing*, *it would make no difference to the result* (WADE *Administrative Law* cit., pp. 533-535; CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 113-114). Questa posizione è contestata in due modi: 1 una *fair procedure* deve essere seguita indipendentemente dalla correttezza nel merito della decisione, trattandosi di un ‘*elementary rule of justice*’; 2 “*by pronouncing on the merits, the courts are taking for themselves a power of decision which has been entrusted to another body.*” (CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 114). Relativamente al contenuto del *right to a fair hearing* anzitutto va detto che il procedimento da seguire in un determinato caso è per lo più a discrezione dell'autorità titolare del potere, con l'unico obbligo di comportarsi *fairly*. Il contenuto della *fairness* è dunque ‘flessibile’ (Cfr. WADE *Administrative Law* cit., p. 530), nel senso che dipende dalle circostanze del caso, dall'importanza degli interessi in gioco: “*[l]ike defining an elephant, it is not easy to do, although fairness in practice has the elephantine quality of being easy to recognise.*” (Sono parole di Lawton LJ

delle direttive amministrative³⁰¹ impongono di motivare un provvedimento. Quando previsioni di questo tipo esistano, i motivi, secondo i giudici, devono essere improntati a *clarity* e *explanatory force*³⁰².

Per quanto riguarda la *common law*, va detto che sebbene non esista una previsione consolidata che imponga all'amministrazione l'obbligo di motivazione, molti passi in questo senso sono stati compiuti dalla giurisprudenza; addirittura in una sentenza (*R. v.*

in *Maxwell v. Department of Trade and Industry* che si trovano in MULLAN *Fairness: the new Natural Justice ?* cit., p. 505). Il privato che è legittimato ad intervenire, ha diritto a conoscere i vari elementi del procedimento in cui è coinvolto, per cui anzitutto avrà titolo ad una notificazione (*notice*) relativa all'avvio del procedimento. Questa comunicazione deve avvenire "*in reasonable time to allow the person affected to prepare his defence or his comments.*" (WADE *Administrative Law* cit., p. 540). Devono essere rese accessibili le informazioni di cui dispone l'amministrazione precedente (vedi oltre nel testo per quanto riguarda specificamente il *right to know the opposite case*). Normalmente l'*hearing* viene fatto in forma orale come in un processo giurisdizionale, e consiste in: ".(a) consider all relevant evidence which a party wishes to submit;(b) inform every party of all the evidence to be taken into account, whether derived from another party or independently;(c) allow witnesses to be questioned;(d) allow comment on the evidence and argument on the whole case." (WADE *Administrative Law* cit., p. 544). Non mancano, però, casi in cui è possibile agire *fairly* permettendo esclusivamente *written evidence and argument*. Talvolta è stata garantita la *legal representation*, ad esempio nei procedimenti disciplinari; si è però obiettato (CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 117) che l'estendere questo istituto in tutti i procedimenti amministrativi, renderebbe eccessivamente 'formali' questi ultimi, mentre in molti casi l'informalità può portare maggiori benefici ai partecipanti al procedimento. Al termine dell'attività istruttoria, il pubblico ufficiale dovrà prendere la sua decisione "*applying his mind to both {or more} sides of the case*" (WADE *Administrative Law* cit., p. 997). Tutte queste garanzie, variamente assicurate a seconda dei casi, devono essere fornite anche nel caso di eventuali procedimenti istruttori antecedenti e distinti dal procedimento amministrativo finale: "*Natural justice is concerned with the exercise of power, that is to say, with acts or orders which produce legal results and in some way alter someone's legal position to his disadvantage. But preliminary steps, which in themselves may not involve immediate legal consequences, may lead to acts or orders which do so. In this case the protection of fair*

*Lambeth London Borough Council, ex parte Walters*³⁰³) del 1993, un Consigliere della Regina (*Queen's Counsel*), che sedeva come giudice sostituto (*deputy judge*) nella *Queen's Bench Division* della *High Court of Justice*, ha affermato che il principio di *fairness* richiede che l'amministrazione in ogni caso fornisca le ragioni delle sue decisioni. Si tratta, però, di una posizione isolata: infatti per lo più i giudici, pur imponendo all'amministrazione in certe circostanze l'obbligo

procedure may be needed throughout, and the successive steps must be considered not only separately but also as a whole. The question must always be whether, looking at the statutory procedure as a whole, each separate steps is fair to persons affected." (WADE *Administrative Law* cit., pp. 570-571). Sulla base della *common law*, non esiste un obbligo generale di fornire la motivazione di una decisione amministrativa, e ciò è visto da molti studiosi (ad es. WADE *Administrative Law* cit., pp. 547-550; CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 119-120; LAWS *Is the High Court* cit., p. 75) come una grave mancanza del diritto inglese (per questo problema si veda oltre nel testo). Esistono dei procedimenti amministrativi in cui il principio *audiatur et altera pars* è fortemente temperato o addirittura escluso; si tratta di ipotesi eccezionali (cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 572-579; CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 104-109. "Where a right to be fairly heard has been denied, it is more probably a case of a bad decision than of a true exception.", WADE *Administrative Law* cit., p. 573): a) uno *statute* può escludere il *duty to a fair hearing*, ma la sorte di queste clausole dipende in ultima istanza dall'interpretazione fornita dai giudici; b) la natura del potere può essere tale da rendere necessaria l'adozione di un provvedimento senza aver prima garantito un *fair hearing*, ad esempio una *urgent action* per motivi di sicurezza o sanità pubblica; c) nell'ambito del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, il datore di lavoro può licenziare *ad nutum* un *employee* (non anche un *officer*) senza garantirgli un *fair hearing*; d) talune decisioni 'preliminari' sono talvolta sottratte al *duty to fair hearing*, sempre che ciò non pregiudichi la realizzazione di questo principio nel procedimento principale; e) sulla base del discutibile principio per cui *the hearing would not affect the outcome*.

²⁸⁷ Il principio di accessibilità dei documenti in possesso dell'amministrazione da parte di un soggetto coinvolto in un procedimento amministrativo, in modo da assicurare una effettiva tutela ai suoi interessi giuridicamente rilevanti, non si estende anche ai procedimenti amministrativi generali, che con una espressione derivata dall'ordinamento americano, sono detti *rulemaking* (così si esprimono:

della motivazione, si astengono dal riconoscerlo come obbligo avente carattere generale³⁰⁴.

I principali casi in cui le *Courts of Law* hanno ritenuto che la p.a. fosse tenuta a fornire i motivi dei propri atti sono i seguenti:

1 ad un individuo devono essere comunicate le ragioni di una decisione quando essa concerna la sua libertà personale, inquanto “*there should be an effective means of detecting the kind of error which would*

PROSSER *Il procedimento amministrativo in Gran Bretagna* sta in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1993, p. 319 e CRAIG *Administrative Law* cit., pp. 172-173). Relativamente a questi manca nella *common law* o nella legislazione un obbligo generale per l'amministrazione di garantire agli interessati un *fair hearing* (si ricordi che anche negli Stati Uniti d'America prima dell'APA mancava un principio generale di questo tipo per il *rulemaking* (*Bi-Metallic Investment Co. v. Colorado* 239 U.S. 441 (1915)), e successivamente all'emanazione di questa legge continua a mancare una tale regola a livello di *judge made law*, cfr. nel capitolo sugli Stati Uniti d'America la nota 490). Esistono però disposizioni specifiche che nell'ambito dei procedimenti diretti all'adozione di *rules* impongono alla p. a. la 'consultazione' (*consultation*) dei soggetti interessati (cfr. CRAIG *Administrative Law* cit., pp. 183-186). A parte vari specifici *statutes*, esiste in questo senso una regola di diritto comune, in realtà ancora non completamente stabilizzata, secondo cui in determinate circostanze (*legitimate expectations*) certi individui hanno diritto di essere 'consultati' (e dunque anche diritto a conoscere i fatti rilevanti) in relazione a determinati *rules* (questa regola, però, vale anche per i procedimenti individuali). In particolare: 1 (*promise*) se la p. a. ha dichiarato a dei soggetti (persone fisiche o giuridiche, associazioni riconosciute o meno) che essa seguirà una determinata linea di condotta (*policy*) o che essi saranno informati prima che questa *policy* venga modificata, gli individui in parola avranno diritto a che quella 'politica' sia seguita per lo meno nei loro confronti o comunque diritto ad essere sentiti (*hearing*) prima della modificazione. 2 (*established practice*) Quei soggetti (persone fisiche e giuridiche, associazioni) che hanno goduto di benefici o di altri vantaggi in passato e si aspettano legittimamente di continuare a goderne, hanno diritto ad essere consultati prima che la p. a. glieli sottragga ed hanno anche diritto alla motivazione della decisione relativa. Cfr. CRAIG *Administrative Law* cit., pp. 183-186, 206 e 313-315; WADE *Administrative Law* cit., pp. 520-522.

*entitle the court to intervene*³⁰⁵. Questo obbligo è stato ricavato dal principio di *fairness* (*Doody v. Secretary of State*³⁰⁶), per cui la sua violazione comporta l'esistenza nell'atto di un vizio *procedural*.

2 Nei casi in cui non siano coinvolti diritti di libertà, l'obbligo di motivazione sorge solo quando le particolari circostanze del caso siano tali da rendere la decisione amministrativa particolarmente bisognosa di spiegazioni. Quando ad esempio l'atto è *prima facie* 'irragionevole', perché tutti gli elementi conosciuti condurrebbero

²⁸⁸Nell'ambito di questi l'intensità dell'applicazione delle regole proprie del processo dipende dal tipo di procedimento e dal tipo di interesse giuridico in gioco. Più il provvedimento è affittivo di interessi giuridici e via via che questi interessi si avvicinano a diritti veri e propri, più rigoroso sarà il rispetto dei principi del processo giurisdizionale. Più ci si allontana da provvedimenti affittivi e via via che gli interessi in gioco si identificano con interessi semplici, più blanda sarà l'applicazione di quelle regole del contenzioso.

²⁸⁹WADE *Administrative Law* cit., p. 545; CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 240

²⁹⁰"If the right to be heard is to be a real right which is worth anything, it must carry with it a right in the accused man to know the case which is made against him. He must know what evidence has been given and what statements have been made affecting him: and then he must be given a fair opportunity to correct or contradict them." sono parole di lord Denning che sono riportate in WADE *Administrative Law*, p. 538

²⁹¹Indipendentemente poi dal fatto se questi due concetti (*fairness* e *Natural Justice*) coincidano o meno.

²⁹²Che nell'ambito dei procedimenti amministrativi non sono comunque applicate con rigore. Ad esempio si può usare il "sentito dire" (*bearsay*). Cfr. WADE *Administrative Law*, p. 545.

²⁹³L'individuazione dei soggetti a cui è riconosciuto il diritto ad un 'giusto procedimento' (e dunque anche a conoscere i fatti rilevanti di questo) è stato uno dei punti più controversi nell'evoluzione, per lo più giurisprudenziale, dei principi di *Natural Justice* (= *fairness* ?) nell'ambito dell'attività amministrativa. In particolare dalla fine dell'800 si fece ricorso alla dicotomia *judicial (quasi-judicial)/ administrative (purely-administrative) function* per limitare l'ambito dei soggetti legittimati ad un *fair hearing* (per questo problema cfr. sopra nota 265). Con la sentenza *Ridge v. Baldwin* ((1964) AC 40), questa impostazione fu superata e si affermò che il titolare di un *right* su cui avrebbe potuto incidere un provvedimento amministrativo, fosse legittimato ad intervenire nel

ad una soluzione diversa da quella adottata dall'amministrazione (*Lonrho plc v. Secretary of State for Trade and Industry*³⁰⁷), o anche perché la decisione differisce in modo sostanziale da quella che si poteva legittimamente (sulla base cioè di una *legitimate expectation*) attendere (*R. v. Civil Service Appeal Board ex parte Cunningham*³⁰⁸). In questi casi l'assenza di motivazione contribuisce a configurare il vizio (*substantive*) di 'irragionevolezza', cioè l' *unreasonableness* e più in

procedimento per la sua adozione. Anche in questo caso, però, da parte della dottrina il generico riferimento ad un diritto fu considerato vago. Infatti, si fece l'ipotesi di un soggetto che per la prima volta chieda (o chieda il rinnovo di) un' autorizzazione, da cui dipenda la possibilità di svolgere un'attività lavorativa e dunque di guadagnare il necessario per vivere (si tratta di situazioni che da noi sarebbero definite di interesse legittimo, o meglio di diritto affievolito e di diritto in attesa di espansione; cfr. SANDULLI *Manuale di diritto amministrativo* cit., pp. 116-118). In questo caso non siamo alla presenza di un *right*, ma appare chiaramente la necessità di tutelare l'*applicant* in questo procedimento, il cui esito influenzerà profondamente la sua vita. Così si arrivò alla sentenza *McInnes v. Onslow-Fane* ((1978) 1 WLR 1520) in cui si sono distinte tre situazioni a seconda degli interessi in gioco: 1. '*forfeiture cases*', in cui l'interessato viene privato di un diritto, di una posizione già posseduta in precedenza; 2. '*legitimate expectation cases*', dove l'interessato ha una aspettativa legittima ad un determinato comportamento da parte della pubblica amministrazione, sulla base di una pratica consolidata o di una promessa dell'amministrazione stessa (per il concetto di *legitimate expectation* si veda la nota 265 e 287); 3. '*application cases*', in cui il soggetto chiede per la prima volta un'autorizzazione o il riconoscimento di un diritto, ecc. Questa distinzione venne fatta anche al fine di graduare i requisiti procedurali da seguire da parte dell'organo decidente: tutti quelli compresi nella *Natural Justice* nel caso 1, fino ad arrivare ad un mero (e vago) *acting fairly* nell'ipotesi 3. Anche questa impostazione è stata criticata in quanto in ognuno di questi tre casi, la vita di un individuo può essere pregiudicata in pari grado dagli effetti della decisione amministrativa. E' stato proposto da un autore (CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 111) di fare appunto riferimento agli effetti del provvedimento amministrativo sugli interessi del privato, esclusivamente al fine di stabilire chi abbia diritto ad un *fair hearing* (una costruzione molto simile è quella dell'articolo 7 primo comma legge 241/90). In generale sul problema della legittimazione all'intervento procedimentale cfr. CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 110-114; CRAIG

generale l' *abuse of power*³⁰⁹ sono stati ricavati anche dall'assenza di una motivazione³¹⁰. Essa dunque può talvolta essere considerata come parte di un sintomo da cui è possibile inferire un abuso di potere.

3 Quando la decisione è *prima facie unlawful*, mostrando di fondarsi su elementi contrari al diritto, la motivazione verrà richiesta

Administrative Law cit., pp. 204-206; GROTTANELLI de' SANTI *Profili costituzionali della discrezionalità amministrativa in Inghilterra* cit., pp. 92-95.

²⁹⁴(1970) 2 Q.B. 430-1. Questa sentenza (*R. v. Gaming Board for Great Britain ex parte Benaim and Khaida*) verteva su di una controversia tra l'organo amministrativo competente a concedere licenze per gestire case da gioco e due soggetti che avevano fatto la richiesta per ottenere l'autorizzazione. L'amministrazione aveva rifiutato la licenza sulla base di informazioni, non rese accessibili ai richiedenti, ottenute da alcuni informatori. La Corte d'Appello (*Court of Appeal*) stabilì che l'amministrazione avrebbe dovuto assicurare alle parti l'opportunità di contraddire ciò che era stato detto contro di loro, rendendoli dunque partecipi delle informazioni che li riguardassero. L'amministrazione, però, non avrebbe dovuto rendere accessibili tutte le informazioni in maniera dettagliata, se ciò fosse stato contrario al pubblico interesse affidato alle cure del *Board* dalla legge. In particolare l'amministrazione non era tenuta a rendere noti i nomi di chi le avesse procurato le informazioni né tantomeno era tenuta a fornire le ragioni della decisione. Infatti probabilmente il problema dei limiti all'accesso endoprocedimentale è correlato a quello dell'assenza nell'ordinamento inglese di un obbligo generale di fornire la motivazioni degli atti amministrativi (in questo senso cfr. CRAIG *Administrative Law* cit., p. 218). Su questa sentenza e più in generale sui limiti all'accesso endoprocedimentale si veda CRAIG *Administrative Law* cit., pp. 217-218; WADE *Administrative Law* cit., pp. 541-543. Per quanto poi riguarda il problema correlato dell' *extrinsic evidence* si veda sopra nota 284.

²⁹⁵Sono brani riportati in MULLAN *Fairness: the new Natural Justice ?* cit., p. 476. Sempre in relazione alla stessa decisione Mullan riassume il problema dei limiti all'accesso affermando che "*fairness {do} demand that they give those affected knowledge of the pertinent facts sufficient to enable them to respond adequately.*", p. 501.

²⁹⁶ WADE *Administrative Law* cit., pp. 541-2. Pare strano che un autore come Wade, che in molti casi cerca di individuare (spesso compiendo notevoli sforzi; in particolare sto pensando al tentativo che Wade fa di individuare un obbligo

per stabilire se per caso l'atto amministrativo si fondi anche su altri elementi validi (*R. v. Northavon District Council ex parte Smith*³¹¹).

4 Quando alla base della decisione ci sono prove contrastanti e non è chiaro quali siano quelle che sono state accolte e dunque non è possibile stabilire se l'amministrazione abbia agito 'ragionevolmente' e 'legittimamente' (*R. v. Lambeth London Borough Council, ex parte Walters*³¹²).

generale di motivazione e alle accuse critiche al sistema inglese a causa della mancanza di un principio di tale tipo. Cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 547-550) limiti ai poteri dell'esecutivo, in questo caso non si adoperi nel senso di estendere le garanzie dei cittadini, addirittura ammettendo in relazione all'accesso endoprocedimentale che "*a limit may sometimes necessarily be implied.*" (sottolineatura mia) (WADE *Administrative Law* cit., p. 541). Wade spiega (WADE *Administrative Law* cit., pp. 61-65) che questo difetto di trasparenza è la contropartita dell'anonimato in cui operano i *civil servants*, che a sua volta deriva dal principio di responsabilità ministeriale nei confronti del Parlamento. Questa *anonymity* è un bene perché permette agli impiegati pubblici di agire imparzialmente a favore di governi di qualsiasi colore. Perciò questo certo grado di segretezza sebbene sia un vizio, deve essere sopportato inquanto contropartita di una grande "virtù" (cioè l'efficienza e l'imparzialità politica dei *civil servants*).

²⁹⁷Cfr. GROTANELLI de' SANTI *Profili costituzionali della discrezionalità amministrativa in Inghilterra* cit., p. 99.

²⁹⁸Si può fin d'ora premettere che manca a carico della p. a. un obbligo generale, che si fondi sulla *common law* o sulla legislazione, di fornire i motivi di una decisione.

²⁹⁹In questo senso sembra orientato GROTANELLI de' SANTI *Profili costituzionali della discrezionalità amministrativa in Inghilterra*, pp. 97-99.

³⁰⁰A questo proposito si consideri cosa si intendeva per *openness* nel *Franks report*: "*the publicity of proceedings and knowledge of the essential reasoning underlying the decision.*" (enfasi aggiunta); si trova in WADE *Administrative Law* cit., p. 913.

³⁰¹Ad es. quelle relative agli *administrative tribunals* non soggetti al *Tribunals and Inquiries Act 1958 and 1971*.

³⁰²Cfr. CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 120.

³⁰³(1993) 26 *H.L.R.* 170. Per questa sentenza cfr. N.R. CAMPBELL *The duty to give reasons in administrative law* sta in *Public Law* 1994, pp. 189-191.

L'importante differenza che sussiste tra l'ipotesi sub. 1 e tutte le altre, consiste nel fatto che mentre nell'approccio dei giudici in *Doody* l'obbligo della motivazione è ricondotto direttamente alla *Natural Justice* e il suo inadempimento da parte dell'amministrazione può di per sé comportare l'invalidità dell'atto amministrativo quando sia in gioco la libertà individuale, invece negli altri casi ciò che rileva è l'effetto prodotto dall'assenza di motivi per la decisione, che insieme ad altri elementi (*conflict of evidence, prima facie*

³⁰⁴Ciò forse dipende anche dal fatto che anche per le *courts of law* manca sulla base della *Natural Justice* un principio di questo tipo. In questo senso cfr. CRAIG *Administrative Law* cit., p. 222.

³⁰⁵Si tratta di un brano della sentenza *Doody v. Secretary of State* (1993) 3 *All E.R.* 92 riportato in CAMPBELL *The duty to give reasons in administrative law* cit., pp. 185-186. Questa sentenza riguardava un caso di liberazione sulla parola di alcuni soggetti condannati all'ergastolo. La libertà su parola viene concessa dal Ministro degli Interni (*Home Secretary*) sulla base di una scelta discrezionale presa dopo aver sentito il giudice del processo e il Presidente della Corte d'Appello Criminale (*Lord Chief Justice*). I condannati avevano tra le altre cose richiesto ai giudici di emettere una sentenza dichiarativa (*declaration*) dell'obbligo del Ministro degli Interni di motivare la sua decisione nel caso in cui essa si discostasse dai pareri espressi da *trial judge* e dal *Lord Chief Justice*. La Camera dei Pari, invertendo la sentenza d'appello, emise la *declaration*. Cfr. CAMPBELL *The duty to give reasons in administrative law* cit., pp. 184-185.

³⁰⁶(1993) 3 *All E.R.* 92.

³⁰⁷(1989) 2 *All E.R.* 609. Cfr. CAMPBELL *The duty to give reasons in administrative law* cit., p. 186.

³⁰⁸(1991) 4 *All E.R.* 310. Cfr. CAMPBELL *The duty to give reasons in administrative law* cit., pp. 185-186 e 189.

³⁰⁹Il principio di *abuse of discretion* fa parte delle regole appartenenti alla *common law*, che disciplinano l'esercizio dei poteri amministrativi. Questi principi possono essere distinti in due grosse categorie, a seconda che riguardino la sostanza, il contenuto (*substance*) del potere o il procedimento da seguire per il suo esercizio (*procedural*). I principi di *common law* di cui ci stiamo occupando, si applicano anche laddove non esistono disposizioni legislative specifiche che limitano la discrezionalità dell'autorità amministrativa o indichino il procedimento che debba essere seguito nell'esercizio del potere: "*the justice of the common law will supply the omission of the legislature.*" (sono parole del giudice Byles nella sentenza

unreasonableness, prima facie unlawfulness, ecc.) può far ritenere che il provvedimento sia 'irragionevole' o comunque contrario al diritto³¹³.

La mancanza di un obbligo generale di motivare le decisioni amministrative è fortemente criticata da parte di vari autori³¹⁴. La necessità di stabilire una regola del genere viene sostenuta con vari argomenti³¹⁵: a) quello della tutela del destinatario della decisione, il quale sarà in grado di conoscere il ragionamento seguito dal *decision-maker* e sapere così se esso è corretto o eventualmente individuare i

Cooper v. Wandsworth Board of Works (1863); si ritrovano in WADE *Administrative Law* cit., p. 503). Delle regole procedurali ci siamo brevemente già occupati nella nota 266. Per quanto riguarda le regole *substantive* va detto che esse per lo più valgono solo nel caso in cui venga esercitato un potere discrezionale. In realtà quest'ultimo punto non è poi così importante; infatti la stragrande maggioranza dei poteri conferiti a *public bodies* sono discrezionali. Anzi lo stesso termine '*power*' talvolta è contrapposto a '*duty*' ed equivale a 'discrezionalità': "*All legal power, as opposed to duty, is inevitably discretionary.*", WADE *Administrative Law* cit., p. 357; cfr. anche CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 124-126.

I vizi che riguardano il contenuto dell'esercizio del potere amministrativo sono i seguenti:

- *Retention of discretion*. Questo vizio si fonda sul principio per cui proprio colui che ha ricevuto il potere e nessun altro debba esercitarlo ("*when a specific person or body is given a discretion, the discretion is {to be} exercised by that person or body, and not by someone else.*", CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 78. "*An element which is essential to the lawful exercise of power is that it should be exercised by the authority upon whom it is conferred, and by no one else.*", WADE *Administrative Law* cit., p. 357). Per cui da una parte non è possibile la delega del potere (*delegatus non potest delegare*) (va, però, tenuta distinta dalla delega, illegittima a meno che non sia espressamente autorizzata dallo *statute*, il mero incarico (*agency*) nell'esercizio del potere, cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 362-364), e dall'altra l'autorità a cui è stata conferita la discrezionalità, nell'esercizio della stessa non deve essere influenzata da altri soggetti che quel potere non possiedono. Perciò l'organo titolare del potere sia non potrà assoggettarsi, anche spontaneamente, alla volontà di un altro ufficio (*dictation*), sia non dovrà seguire una *policy* in maniera eccessivamente rigida, sia, infine, non potrà vincolare l'esercizio del potere con contratti o altre promesse.

punti da attaccare con un *application for judicial review*; b) le corti sarebbero facilitate dall'esistenza della motivazione nel compiere il controllo di legittimità sull'azione amministrativa loro sottoposta; c) la motivazione garantirebbe una maggiore efficienza della pubblica amministrazione, infatti questa dovrebbe trovare giustificazioni tali da reggere al controllo delle corti e dunque compirebbe decisioni più soppesate; d) la motivazione permetterebbe di rendere più accettabile l'esercizio 'unilaterale' del potere da parte

- *Abuse of discretion*. Questo vizio si fonda sul principio per cui tutti i poteri, salvo quelli del Parlamento, sono sottoposti a dei limiti. L'affermazione di un potere privo di limiti è in pieno contrasto con il *rule of law*, che richiede che tutti (privati e pubbliche autorità) siano soggetti al diritto, e dunque a dei limiti: ".in a system based on the rule of law, unfettered governmental discretion is a contradiction in terms.", WADE *Administrative Law* cit., p. 399. Perché non siano oltrepassati i limiti del potere (*ultra vires*), occorre che esso sia esercitato *reasonably*, o meglio che non venga esercitato *unreasonably*. Il criterio normalmente utilizzato è quello indicato nella sentenza *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* (1948) 1 KB 223, cioè che è irragionevole la decisione che nessuna persona ragionevole potrebbe prendere: ".so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority" (Lord Greene MR); "so wrong that no reasonable person could sensibly take that view" (Lord Denning MR); "so outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it" (Lord Diplock)." (WADE *Administrative Law* cit., p. 408). Questo principio è molto flessibile, e permette alle corti di intervenire solo nei casi più gravi. Va detto, però, che questo tipo di controllo talvolta si avvicina ad un sindacato di merito dell'azione amministrativa (cfr. CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 81-83; ma anche GROTTANELLI DE' SANTI G. *Finanza locale allegra e lealtà verso i contribuenti* sta in *Diritto e Società* 1983, p. 115). Il vizio di irragionevolezza ha vari 'sintomi'; infatti più che *species* del genere *unreasonableness*, si tratta di episodi che ci permettono di risalire all'unico vizio di irragionevolezza: ".they are just illustrations of unreasonable conduct, unreasonableness being the only ground of challenge." (CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 82). Questi 'sintomi' sono: 1) l' *improper purpose*, con cui si fa riferimento all'ipotesi in cui i motivi perseguiti da un pubblico ufficiale nell'esercizio di un potere discrezionale siano diversi da quelli che la

dell'amministrazione; e) garantirebbe la trasparenza dell'azione amministrativa; ecc.³¹⁶.

A questi argomenti, però, si obietta che la motivazione invece è dannosa per l'efficienza e che oltretutto è anche inutile esistendo la responsabilità ministeriale nei confronti del Parlamento per tutti gli atti compiuti nell'ambito del dicastero. Questo principio però, opera

legge determina in relazione a quel potere. Se l'autorità si era prefissa più fini, perché la decisione sia legittima, occorre che sia prevalente quello indicato dalla legge nel conferire la discrezionalità. Un caso emblematico a questo proposito è *Westminster Corporation v. London & North Western Railway (1905) AC 426*; in questo caso la *Westminster Corporation* nell'esercizio del potere di costruzione di bagni, costruì dei servizi sotterranei con accesso da ambo i lati della strada, in modo che potessero essere utilizzati anche come sottopassaggio. La *House of Lords* non ritenne invalido l'esercizio del potere in questo caso, infatti la edificazione dei bagni appariva essere il motivo principale, e non un mero pretesto per costruire in realtà un sottopassaggio. 2 Irrelevant consideration: quando nell'esercizio di un potere discrezionale si tengono in considerazione elementi irrilevanti o non si considerano fatti rilevanti. La rilevanza di un fatto può essere espressamente indicata nello *statute* che conferisce il potere, ma nella maggior parte dei casi è determinata dalle corti *ex post facto*, interpretando la legge. 3 Fiduciary duty: si tratta dell'obbligo che una autorità, al momento di deliberare un piano di spesa, ha nei confronti dei contribuenti, consistente nel tenere in considerazione i loro interessi oltre a quelli dei beneficiari del programma di spesa (cfr. GROTANELLI de' SANTI *Finanza locale allegra* cit.). Questo vincolo vige solo per le *local authorities*, non anche per i *central departments*; nell'ambito dei quali infatti vige il prevalente obbligo del mandato nei confronti degli elettori (cfr. CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 89). 4 Subjective language: talvolta si parla di irragionevolezza in senso stretto, per riferirsi ad uno specifico sintomo di irragionevolezza non riconducibile a nessun altro. Si tratta dell'ipotesi in cui un potere sia stato esercitato sulla base di uno *statute* che nel conferirlo usa espressioni "soggettive". Ad esempio si tratta di costrutti del tipo: 'se si ha ragione di credere', 'si ritiene', 'si ritiene opportuno', ecc. (*reason to believe, to be satisfied, to think fit*). Il problema che sorge è se la valutazione dell'autorità amministrativa in questi casi sia decisiva (*conclusive*), nel senso che non possa essere sindacata, in quanto solo a

in concreto solo per i problemi politici più importanti, non di certo per le decisioni di “ordinaria amministrazione”³¹⁷.

6.3. L'evoluzione giurisprudenziale della disciplina della discovery

Un'ultima fattispecie che occorre considerare è la *discovery* dei documenti in possesso della controparte nell'ambito di un processo

quell'organo sia stata conferita la possibilità di valutare il caso prima di decidere. O piuttosto esso debba compiere un'analisi obbiettiva suscettibile di essere controllata dai giudici. Le *courts of law*, salvo rari casi (ad es. *Liversidge v. Anderson* (1942) AC 206), hanno optato per quest'ultimo approccio 'oggettivo'. Cioè esse hanno interpretato questi *statutes* come se richiedessero che l'organo competente valuti i presupposti dell'esercizio del potere, non come meglio creda, ma in modo ragionevole, cioè in una maniera “*that if no reasonable person would have been satisfied, the minister's {or other authorities'} order would be liable to be quashed.*” (WADE *Administrative Law* cit., p. 452).

Oltre all'irragionevolezza, le corti parlano anche di un altro vizio riconducibile all'*abuse of discretion*, cioè il *bad faith*. In realtà nella maggior parte dei casi con l'espressione '*bad faith*' (o il suo opposto '*good faith*') ci si riferisce semplicemente al fatto che il potere non debba essere esercitato illegittimamente (o debba essere esercitato legittimamente), per ragioni illegittime, per cui il suo significato è perfettamente corrispondente a quello di *unreasonableness* (cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 442-445; J.H.GREY *Discretion in Administrative Law* sta in GALLIGAN (ed.) *Administrative Law* cit., pp. 292-293). Solo in rari casi *bad faith* assume un significato autonomo, di mala fede, disonestà, corruzione.

³¹⁰ CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 120; CRAIG *Administrative Law* cit., p. 222.

³¹¹ (1993) 3 W.L.R. 776. Cfr. CAMPBELL *The duty to give reasons in administrative law* cit., p. 189.

³¹² (1993) 26 H.L.R. 170. Per questa sentenza cfr. CAMPBELL *The duty to give reasons in administrative law* cit., pp. 189-191.

³¹³ Cfr. CAMPBELL *The duty to give reasons in administrative law* cit., pp. 185-187.

³¹⁴ Ad es. CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 119-120; WADE *Administrative Law* cit., pp. 547-550; CRAIG *Administrative Law* cit., pp.

giurisdizionale quando quest'ultima sia appunto un soggetto pubblico³¹⁸.

Le norme in questione fanno parte di quell'insieme di previsioni relative alla fase istruttoria di un processo giurisdizionale, in particolare civile. Più in generale, anche esse possono essere ricondotte alla *Natural Justice*: “*rules of disclosure are nothing less than ‘aspect of the defendant’s elementary common law right to a fair trial’*”³¹⁹.

221-222.

³¹⁵Questi sono molto simili a quelli adottati dagli studiosi italiani prima della legge 241/90; vedi SANDULLI *Manuale di diritto amministrativo* cit., pp. 693-696. Cfr. CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 119-120; WADE *Administrative Law* cit., pp. 547-550; CRAIG *Administrative Law* cit., pp. 221-222.

³¹⁶Altri argomenti a sostegno di un obbligo generale di motivazione possono essere trovati, ad esempio si considerino i due seguenti, ricavabili entrambi dalla *Natural Justice*: 1. “*if the right to be heard is to have any real meaning, then it must entail a duty on the part of the decision-maker to take account of the applicant’s arguments in reaching his decision; to address and either to accept or reject in a reasoned way the points he makes.*” (CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 119). Cioè se davvero l’interessato ha diritto ad un *fair hearing*, deve essere dimostrato dal *decision-maker* e dunque deve apparire dal provvedimento, che egli si sia comportato effettivamente in modo corretto. 2. Il principio su cui si fonda il *rule against bias* è quello per cui “*justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done.*” (WADE *Administrative Law* cit., p. 474). Questo principio infatti fa’ sì che gli individui soggetti ad un potere autoritativo, siano più disposti a sopportare il suo esercizio. Si afferma che questa stessa esigenza e questo stesso principio debbano valere anche in relazione alla motivazione di una decisione amministrativa: “*How is to be expected that a party against whom a decision has been given in a hole-and-corner fashion, and without any grounds being specified, should believe that he has had justice ? Even the party in whose favour a dispute is decided must, in such circumstances, be tempted to look upon the result as a mere piece of luck.*” (sono parole di Lord Hewart del suo libro del 1929 *The New Despotism*, riportate da WADE *Administrative Law* cit., p. 964). Infatti questo principio di “apparenza” e il conseguente principio di affidamento del cittadino sembrano profondamente radicati in generale nella cultura giuridica inglese. Si pensi appunto al significato attribuito al *rule against bias*, all’istituto dell’*estoppel*, applicabile in determinati casi

In questo senso la *discovery* processuale è un istituto molto vicino al *right to know the opposite case*, derivante dal principio di *fairness*, esistente nell'ambito del procedimento amministrativo³²⁰; entrambi questi istituti sono infatti diretti a garantire ad un soggetto, i cui interessi giuridici siano 'in pericolo', di poter far valere in modo effettivo le proprie ragioni.

L'interesse che queste regole hanno nell'ambito del problema della trasparenza amministrativa³²¹, consiste nel fatto che per loro

anche all'azione amministrativa (cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 261-4). Si pensi ancora alle ragioni fornite nel *Franks report* a favore dell'uso di *departmental* (e non *independent*) *inspectors* nell'ambito delle *public inquiries*: "*an independent inspector may positively mislead the objectors into supposing that the process is judicial, and that the decision will be based entirely on the evidence heard at the inquiry. Then, when they find in the end that this is not so, they are all the more dissatisfied. At some stage or other the objector must face the fact that he is the object of an administrative, not judicial, process, and that the policy must often play a large part.*", WADE *Administrative Law* cit., p. 994.

³¹⁷Cfr. GROTANELLI de' SANTI *Profili costituzionali della discrezionalità amministrativa in Inghilterra* cit., pp. 97-100.

³¹⁸Con questa espressione si intende riferirsi sia ad un processo civile, ed in particolare all'*application for judicial review*, che ad un processo penale.

³¹⁹TOMKINS A. *Public Interest Immunity after Matrix Churchill* sta in *Public Law* 1993, p. 656.

³²⁰Cfr. sopra par. 2.

³²¹ ".{T}he law of discovery is not a minor by-way of administrative law, but raises issues of fundamental importance concerned with the openness of government processes.", CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 249. ".{T}here can be discerned in modern times a trend towards more open governmental methods than were prevalent in the past. No doubt it is for Parliament and not for the courts of law to say how far that trend should go. The courts are, however, concerned with the consideration that it is in the public interest that justice should be done and should be publicly recognised as having been done. This may demand that the inner workings of government should be exposed to the public gaze, and there may be some who would regard this as likely to lead, not to captious or ill-informed criticism, but to criticism calculated to improve the nature of that working as affecting the individual citizen.", sono parole di Lord Keith nella sentenza *Burmah Oil v. Bank of England* (1980) AC 1090, riportate in TOMKINS *Public Interest Immunity after Matrix Churchill* cit., p. 666.

tramite è possibile, in determinate circostanze³²² e salve specifiche limitazioni³²³, avere accesso ad informazioni in possesso della p.a.³²⁴, al fine di tutelare posizioni giuridiche individuali³²⁵: “*{w}here discovery is sought of documents in the possession of the government..and the claim is resisted on the grounds that it would be contrary to the public interest to make them available, there is obviously some analogy with the public right of access to government-held information and the exceptions from it on the various grounds, based on different aspects of the public interest*”³²⁶.

Un ulteriore profilo di interesse è dato dall'evoluzione giurisprudenziale che esso ha subito, diretta ad assicurare una sempre maggiore 'apertura' della p.a. e dunque a rafforzare quel processo di *judicialization* da molti ritenuto contrario alle tradizioni britanniche³²⁷.

Ciò è stato compiuto in particolare tramite la limitazione della possibilità per la p.a., ma anche di qualunque altro soggetto, di

³²²Vale a dire pendenza o fase immediatamente antecedente di un processo giurisdizionale di cui sia parte la p.a.

³²³Principalmente *Public Interest Immunity*.

³²⁴Come si vedrà in seguito questa forma di accesso è, però, diretta alla tutela di posizioni giuridiche individuali e non ad assicurare un controllo diffuso della p.a.

³²⁵Cfr. sopra par. 1.

³²⁶MARSH *Access to Government-Held Information: An Introduction* cit., p. 27. In questo senso l'autore parla della *discovery* come di un istituto 'analogo' al diritto di accesso, intendendo con quest'ultima espressione il diritto di qualunque individuo ad accedere a qualunque informazione in possesso della p.a., salvo eccezioni, indipendentemente dall'esistenza in capo al soggetto di un interesse legittimante. L'autore cioè, con l'espressione 'diritto di accesso' (*right of access*) fa riferimento al modello di accesso disciplinato negli Stati Uniti d'America nel *Freedom of Information Act 1966*.

³²⁷D. OLIVER, *Constitutional Reform in the UK*, Oxford, Oxford University Press, 2003 pp. 16 ss.

ricorrere alla *Public Interest Immunity (PII)* per sottrarsi all'obbligo di *discovery*. Infine proprio il problema della *PII* è di grande rilievo per la trasparenza amministrativa, in quanto lo stesso FOIA fa implicito riferimento, per i limiti all'accesso ad informazioni in possesso della p.a., proprio a molte situazioni che possono essere ricondotte alla *PII*, a cui si ricorre nell'ambito di un processo giurisdizionale³²⁸.

Va, però, precisato che, sebbene la *discovery* possa essere ricondotta al tema della trasparenza amministrativa, essa è un istituto che ha un carattere strumentale rispetto all'amministrazione della giustizia, in particolare al fine di tutelare gli interessi di un soggetto coinvolto in un processo giurisdizionale. Cioè, la possibilità di accedere a informazioni in possesso della p.a., assicurata dall'istituto della *discovery*, è diretta ed è garantita solo nei limiti in cui sia diretta a far valere le proprie ragioni nell'ambito del processo giurisdizionale in cui la si ottiene³²⁹.

³²⁸Cfr. ad es. MARSH *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts to Reform* cit., pp. 266-281 per alcuni disegni di legge in cui sono contenute eccezioni all'accesso riconducibili alla *PII*; BIRKINSHAW "I only ask for information"-*The White Paper on open government* cit., pp. 559-561, per i limiti all'accesso, 'permesso' dal *Code of Practice* del 1993, che si basano su ipotesi riconducibili alla *PII*.

³²⁹ "A party who obtains discovery may use the documents disclosed to him only for the proper purpose of conducting his own case, and there is an implied undertaking by him not to use them for any collateral or ulterior purpose; any misuse of the documents may be restrained by injunction or punished as a contempt.", sono parole del commento ai *Rules of the Supreme Court, Order 24 rule 1* che si trovano in JACOB I.H. (ed.) *The Supreme Court Practice 1982*, London, Sweet & Maxwell Ltd., 1981, vol. I, p. 443. A questo proposito di grande interesse è il caso *Home Office v. Harman (1983) 1 AC 280*: Harman era un avvocatessa (*solicitor*) che aveva prestato la propria assistenza ad un prigioniero in una azione contro l'*Home Office*. Nell'ambito di questa controversia erano stati forniti da quell'amministrazione, sulla base di un *order for discovery* dei giudici, un numero molto grande di documenti relativi al

La *discovery* era un metodo probatorio a carattere equitativo sviluppato da parte delle *Courts of Equity* (*Court of Chancery*, *Court of Exchequer*) verso la fine del 1700. Esso era diretto a: a) ottenere atti (*deeds*) o documenti relativi ad una determinata disputa, in possesso o in disponibilità della controparte; b) ottenere informazioni, su fatti rilevanti in una determinata controversia, per mezzo di domande alla controparte. Questo istituto non era previsto in relazione alle *Common Law Courts*, che normalmente ricorrevano a strumenti

sistema penitenziario. La Harman, dopo che questi erano stati letti in aula, aveva permesso ad un giornalista di consultarli al fine di scrivere un articolo sul sistema penitenziario. L'avvocata per questo era stata accusata del reato di *contempt to court*, in quanto aveva utilizzato i documenti ottenuti con una *discovery* per scopi diversi da quelli della gestione dell'azione giudiziale contro l'*Home Office*, venendo così a violare l'*implied undertaking* di servirsi di informazioni ricevute con una *discovery* solo nell'ambito del processo in cui esse sono state ottenute. La Harman si era difesa affermando che una volta che quei documenti erano stati letti in un'aula di tribunale aperta al pubblico, quell'implicita promessa fosse venuta meno. I giudici, però, la condannarono, venendo a operare una fondamentale distinzione tra la casuale conoscenza da parte del pubblico che assiste ad un processo, di informazioni ottenute con un *order of discovery*, e la divulgazione intenzionale di documenti ottenuti con la *discovery* da parte di un avvocato tenuto ad usarli solo nell'ambito del processo. Alcuni Lord in terzo grado, vennero ad esprimere una *dissenting opinion*, facendo rilevare l'assurdità di questa impostazione secondo cui a una parte di un processo e al suo avvocato è vietato qualunque uso (diverso da quello della gestione del proprio caso) di informazioni ottenute con una *discovery* e lette in un tribunale aperto al pubblico, quando invece qualunque altra persona è libera di farne l'uso che meglio creda. Ma il punto è proprio questo, cioè che la *discovery* non è uno strumento diretto all'accesso indiscriminato ad informazioni in possesso della p.a., bensì unicamente un mezzo per poter far valere in modo più efficace le proprie ragioni nell'ambito di un processo: “{t}he case is not about freedom of speech, freedom of the press, openness of justice or documents coming into the ‘public domain’.{w}hat this is about is an aspect of the law of discovery of documents in civil actions in the High Court.”, sono parole di Lord Diplock nella sentenza *Home Office v. Harman*. Cfr. MARSH *Access to Government-Held Information: An Introduction* cit., pp. 28-30; cfr. anche BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 319-320.

particolarmente elaborati per ottenere la *discovery* di documenti da parte della controparte (ad es. *oyer of deeds*). Solo con alcune leggi della metà dell'800³³⁰ venne riconosciuto il potere per ogni *Common Law Court* di ricorrere alla *discovery*.

Attualmente parlando di *discovery* ci si riferisce alla possibilità di ottenere, prima o nel corso di un processo giurisdizionale, documenti rilevanti in quella controversia, che siano o siano stati in possesso (*in possession*), in custodia (*in custody*), in disponibilità (*in power*) della controparte³³¹.

Nei confronti di un estraneo al processo non è possibile, salvo eccezioni³³², chiedere la *discovery* di documenti, ma sarà necessario chiamarlo a testimoniare nel corso del dibattimento.

La *discovery* è spesso usata prima di un processo al fine di conoscere quali saranno gli elementi su cui la controparte intenda fondare la propria posizione al processo (*pre-trial discovery*) e in modo da non perdere tempo al momento del dibattimento³³³. In questo

³³⁰*Evidence Act 1851; Common Law Procedure Act 1854*

³³¹Cfr. in generale JACOB (ed.) *The Supreme Court Practice* 1982 London, Sweet & Maxwell Ltd., 1981, vol. I, pp. 442-443.

³³²In particolare in due casi è possibile ottenere una *discovery of documents* da parte di un estraneo al processo: 1 in azioni relative a danneggiamenti personali (*personal injury actions*) mediante mandato a comparire (*summons*); 2 nei confronti di chi, pur non potendo essere considerato responsabile, ha contribuito in qualche modo al verificarsi di un determinato danno. Cfr. JACOB (ed.) *The Supreme Court Practice* 1982 London, Sweet & Maxwell Ltd., 1981, vol. I, pp. 442-443; BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 317-318.

³³³ “[The discovery is] designed to save time at the oral trial, and to enable a party to know, as fully as possible in advance, the case which may be presented against him, and to prepare his own case as effectively as possible.”, CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 240.

caso siamo alla presenza di un istituto che può essere ricondotto ai nostri provvedimenti di istruzione preventiva³³⁴.

La *discovery* nel corso di un processo può essere ‘automatica’³³⁵ o imposta dall’autorità giudiziaria per mezzo di un *order*. Quest’ultimo è sempre necessario se parte del processo è la p.a.³³⁶; inoltre se si è nell’ambito di un *application for judicial review*, la *discovery* potrà essere ordinata solo se il ricorrente riesca a dimostrare che le sue accuse contro l’atto amministrativo siano fondate e i documenti che si chiedono in visione siano indispensabili per la decisione della controversia³³⁷, in particolare quando i giudici richiedono che i documenti siano necessari “*to dispose fairly of the proceedings or to save costs*”³³⁸.

³³⁴Cfr. PROTO PISANI *Lezioni di diritto processuale civile* cit., pp. 681-685.

³³⁵Questo primo caso si verifica tutte le volte che un processo si svolga tramite comparse (*pleadings*), ad es. tutte le volte che inizi mediante un *writ. Discovery* automatica significa che le parti in un determinato momento del processo sono tenute, indipendentemente da qualunque richiesta della controparte o ordine del giudice, a fornire alla controparte una lista dei documenti in proprio possesso, custodia, disponibilità che siano rilevanti per la controversia, e inoltre, a meno che non sia sollevata un’obiezione alla *discovery*, sono tenute a indicare il giorno e il luogo in cui i documenti potranno essere visionati. Cfr. *Rules of the Supreme Court, Order 24 rules 2 e 9*.

³³⁶Cfr. *Rules of the Supreme Court, Order 77 rule 12*

³³⁷I giudici infatti hanno usato sempre con molta parsimonia questo strumento probatorio nell’ambito del *judicial review*. Cfr. BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 322-323. Secondo quest’autore il test a cui i giudici ricorrono per concedere un *order for discovery* al ricorrente nell’ambito di un *judicial review*, è lo stesso che viene usato per concedere il *leave* necessario per l’*application for judicial review*.

³³⁸Cfr. *Rules of the Supreme Court, Order 24 rule 2(5)*. Cfr. BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., p. 320.

La *discovery* consiste anzitutto nel fornire alla controparte una lista di documenti in suo possesso, custodia, disponibilità, che siano rilevanti nella controversia. Questa lista deve enumerare secondo un ordine i vari documenti³³⁹ e deve in modo succinto descrivere ciascuno di essi; nel caso che alcuni di essi siano coperti da un *privilege against disclosure* (ad esempio *PII* o *legal professional privilege*), ne deve essere dato conto nella lista e deve essere indicato su cosa si fondi il *privilege* (*a sufficient statement of the grounds of the privilege*)³⁴⁰. Per i documenti per cui non sia stato invocato un *privilege* o sollevata un'obiezione, devono essere indicati la data e il luogo in cui la controparte possa prenderne visione e eventualmente ottenerne copia.

Nel caso si sia sollevata un'obiezione alla *discovery* o sia stato fatto valere un *privilege*, spetta ai giudici accogliere o meno queste eccezioni, avendo eventualmente ispezionato privatamente i documenti (*private inspection*)³⁴¹.

³³⁹Per 'documento' si intende ogni rappresentazione in qualunque forma di informazioni: "[t]he meaning of 'documents' is not restricted to paper writings, but extends to anything upon which evidence or information is recorded in a manner to be intelligible to the senses or capable of being made intelligible by the use of equipment.", JACOB (ed.) *The Supreme Court Practice* 1982 London, Sweet & Maxwell Ltd., 1981, vol. I, p. 444. Si tratta di una definizione molto simile a quella contenuta nell'art. 22 comma 2 della legge italiana sul procedimento e l'accesso (legge 241/90), sebbene quest'ultima si limiti esclusivamente a documenti amministrativi.

³⁴⁰Cfr. *Rules of the Supreme Court, Order 24 rule 5*. Cfr. BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 320-321.

³⁴¹Cfr. *Rules of the Supreme Court, Order 24 rule 13(2)*.

E' importante notare, però, che un ordine (*order*) diretto ad una parte per sottoporre ai giudici (*production to the court*) o alla controparte (*inspection by the party*) determinati documenti, può essere emesso solo se i giudici sono convinti del fatto che ciò sia necessario "*either for disposing fairly of the cause..or for saving costs.*"³⁴². In particolare, come si vedrà meglio in seguito, nel caso che sia stata fatta valere la *PII* per mezzo di una dichiarazione giurata (*affidavit*) formalmente corretta e i documenti siano stati sufficientemente identificati nella lista e sia stato indicato in modo convincente il *ground* del *privilege*, i giudici di norma accoglieranno l'*affidavit* senza neanche procedere all'ispezione *in camera*³⁴³: "*if it is desired to claim that any documents are privileged from production, the claim must be made in the list of documents with sufficient statement of the grounds of the privilege.*"³⁴⁴.

Occorre a questo punto stabilire cosa si intenda per *privilege against disclosure*, per mezzo del quale è possibile sottrarsi alla *discovery* processuale. Le due ipotesi più importanti di 'privilegio' sono costituite da: 1 *Crown Privilege*, ormai denominato *Public Interest Immunity*; 2 *Legal Professional Privilege (LPP)*³⁴⁵. Con

³⁴²Cfr. *Rules of the Supreme Court, Order 24 rule 13(1)*.

³⁴³Cfr. JACOB (ed.) *The Supreme Court Practice 1982* London, Sweet & Maxwell Ltd., 1981, vol. I, pp. 467-468.

³⁴⁴*Rules of the Supreme Court, Order 24 rule 5(2)*. Va detto, però, che il *Crown Proceedings Act 1947* sec. 28(2) attribuisce ai ministri della Corona il potere di non svelare neppure l'esistenza di un documento, se la conoscenza della esistenza stessa di un documento possa essere contraria all'interesse pubblico.

³⁴⁵Oltre a queste due ipotesi ve ne sono anche altre, come ad esempio il *privilege against self-incrimination*, al quale ci riferisce anche con l'espressione '*right to*

quest'ultima espressione ci si riferisce alla possibilità che certi documenti siano sottratti alla *discovery* processuale in quanto contengano informazioni relative al rapporto tra cliente e avvocato, siano o meno fatte in vista o pendenza di un processo³⁴⁶.

L'espressione '*privilege*' sta ad indicare che il 'diritto al silenzio' deriva, non dal particolare tipo di informazioni protette, ma piuttosto dal soggetto a cui tali documenti sono richiesti. Da ciò consegue che persone diverse dai diretti interessati (cliente e avvocato), non possono ricorrere al *privilege against disclosure* relativamente a documenti concernenti questi ultimi; inoltre il soggetto titolare del *privilege* ha la possibilità di non farlo valere, e una volta sollevato, può successivamente rinunciarvi³⁴⁷. Dati appunto questi caratteri che sono riconducibili all'espressione '*privilege*', dal 1973³⁴⁸ si è deciso di usare l'espressione *Public Interest*

silence'; questo consiste nella possibilità che un soggetto ha di non svelare informazioni, nell'ambito di un interrogatorio o di una *discovery*, che potrebbero incriminarlo per un qualche reato. Cfr. JACOB (ed.) *The Supreme Court Practice* 1982 cit., pp. 456-457; TOMKINS *Public Interest Immunity after Matrix Churchill* cit., p. 662. Per altri casi minori di *privilege against disclosure* si veda JACOB (ed.) *The Supreme Court Practice* 1982 cit., pp. 458-459.

³⁴⁶Cfr. JACOB (ed.) *The Supreme Court Practice* 1982 cit., pp. 451-456; BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 328-332; CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 241.

³⁴⁷Cfr. CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 241.

³⁴⁸ "I think that that expression {Crown Privilege} is wrong and may be misleading. There is no question of any privilege in any ordinary sense of the word. The real question is whether the public interest requires that the letter shall not be produced and whether that public interest is so strong as to override the ordinary right and interest of a litigant that he shall be able to lay before a court of justice all relevant interest. A Minister of the Crown is always an appropriate and often the most appropriate person to assert this public interest, and the evidence and advice which he gives the court is always valuable and may sometimes

Immunity per quello che prima era detto *Crown Privilege*. Infatti chiunque può sollevarla, una volta fatta valere non è rinunciabile, si riferisce ad una caratteristica delle informazioni e non del soggetto che ne è in possesso; infine essa si riferisce ad informazioni relative non solo al *central government (The Crown)*, ma anche alle *local authorities* e a soggetti privi di personalità di diritto pubblico (ad es. *National Society for the Prevention of Cruelty to Children*)³⁴⁹.

Ecco allora chiarita l'essenza della PII: "*Public Interest Immunity (PII) is a doctrine of the law of evidence by which it is possible to seek to withhold material which would otherwise be disclosed during the course of litigation. Formerly known as Crown Privilege, the doctrine of PII allows the courts to order that documents should not be produced where disclosure would be contrary to the public interest.*"³⁵⁰.

be indispensable. But, in my view, it must always be open to any person interested to raise the question and there may be cases where the trial judge should himself raise the question if no-one else has done so.", si tratta di parole di Lord Reid nella sentenza *R. v. Lewes Justices ex parte Secretary of State for the Home Department (1973) AC 388*, riportate in WADE *Administrative Law* cit., p. 839 e BROWN S. *Public Interest Immunity* sta in *Public Law* 1994, pp. 584-585.

³⁴⁹Cfr. CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 241-242. Altro carattere che distinguerebbe la PII da un *privilege against disclosure* potrebbe risiedere nel fatto che relativamente al primo vi è un obbligo per le autorità competenti di sollevarlo, e non una mera possibilità di farlo. Uso, però, il condizionale in quanto su questo punto non vi è concordia tra i giudici e tra gli studiosi; di questo problema me ne occuperò oltre nel testo.

³⁵⁰TOMKINS *Public Interest Immunity after Matrix Churchill* cit., p. 650. Lo scopo di questo istituto è quello di tutelare interessi pubblici che talvolta possono rivelarsi prevalenti su quello all'amministrazione della giustizia. Quest'ultimo è proprio l'interesse che in via immediata viene sacrificato, nel caso che i giudici accolgano la PII; l'interesse del privato alla tutela dei propri diritti, al momento in cui l'interesse pubblico che si oppone alla *disclosure* debba essere preso in considerazione, viene in luce solo in modo indiretto. Va detto che quello che vedremo essere il contenuto della PII viene anche ad essere un limite alla

Un chiaro esempio dell'esigenza di tutelare interessi pubblici prevalenti su quello all'amministrazione della giustizia tramite il ricorso alla *PII*, è costituito dalla vicenda del sottomarino *Thetis*, che condusse alla decisione della *House of Lords*, *Duncan v. Cammell, Laird & Co. Ltd.*³⁵¹. L'episodio era relativo all'affondamento di un sottomarino durante il suo collaudo nel 1939, con la conseguente morte di 99 persone. I familiari delle vittime agirono in giudizio contro i costruttori dell'imbarcazione per ottenere il risarcimento del danno subito in conseguenza della perdita dei loro parenti. Nel corso di questo processo fu avanzata la richiesta di *discovery* per una serie di documenti concernenti tra l'altro le caratteristiche del sottomarino, a cui fu opposto il *Crown Privilege* per mezzo di una dichiarazione giurata (*affidavit*) del *First Lord of the Admiralty*. La Camera dei Pari stabilì che questo *affidavit* non potesse essere messo in discussione, e dunque gli attori soccomberono. Dopo la guerra si scoprì che il sottomarino *Thetis* era dotato di un nuovo modello di lanciasiluri che nel 1942, anno della decisione dei Lord, era ancora segreto. Vari autori considerano questa vicenda come esemplare del fatto che in taluni casi l'esigenza di segretezza a tutela di interessi pubblici rilevanti, può essere tale da richiedere il sacrificio

disclosure di informazioni da parte della p.a. al di fuori di un processo giurisdizionale; in particolare sto pensando alle eccezioni all'accesso, 'permesso' sulla base del *Code of Practice* del 1993, che sono in gran parte riconducibili a quella che nell'ambito di un processo giurisdizionale è detta *PII*. Cfr. in questo senso BIRKINSHAW "I only ask for information"-*The White Paper on open government* cit., pp. 559-561.

³⁵¹(1942) AC 624. Per questa sentenza si veda: WADE *Administrative Law* cit., pp. 834-835; BROWN *Public Interest Immunity* cit., pp. 579-580.

dell'interesse pubblico all'amministrazione della giustizia, e dunque anche quello degli interessi privati coinvolti in un processo³⁵².

La sentenza *Duncan v. Cammell, Laird & Co. Ltd* è, però, importante anche per un altro motivo: essa, infatti, segna l'avvio di un processo evolutivo³⁵³, a cui hanno partecipato i giudici e la stessa amministrazione, che ha condotto alla progressiva limitazione della possibilità di ricorrere alla *PII*. In questa sentenza, infatti, i *Lords* all'unanimità vennero a dettare una regola generale, secondo cui le dichiarazioni della Corona dirette a far valere il *Crown Privilege*, non fossero sindacabili, cioè dovessero essere prese per definitive (*conclusive*). In questa decisione si riconobbe anche la possibilità di ricorrere sia a *content* che a *class claims* al fine di sottrarre determinati documenti dall'obbligo di produzione in giudizio. Con l'espressione '*content claims*' ci si riferiva al fatto che certi atti, a causa del loro specifico contenuto, non potessero essere resi accessibili a meno di danneggiare l'interesse pubblico. Invece la '*class claim*' comportava che determinati documenti non potessero essere esibiti in quanto appartenevano ad una categoria di documenti la cui *disclosure* avrebbe danneggiato il pubblico interesse. L'argomento che più spesso era stato addotto per giustificare da parte della p.a. il *Crown*

³⁵² "The case is a good example of the most genuine type where it seems plain that the interests of litigants must be sacrificed in order to preserve secrets of state.", WADE *Administrative Law* cit., p. 834. "It was therefore clearly a proper case for the interests of the litigants to be sacrificed in the national interest.", BROWN *Public Interest Immunity* cit., p. 579.

³⁵³ Per questo processo si veda in particolare: WADE *Administrative Law* cit., pp. 834-841; BROWN *Public Interest Immunity* cit., pp. 579 e sgg.

Privilege sulla base di categorie di atti (*class claim*), era il *candour argument*³⁵⁴, con cui ci si riferiva alla necessità di tutelare i *civil servants* nella loro posizione di neutralità politica. Cioè si affermava che i pubblici ufficiali avrebbero potuto svolgere in modo libero e franco la loro funzione di consulenza nei confronti del governo, solo evitando il ‘rischio’ che i loro pareri potessero essere esibiti a soggetti estranei³⁵⁵.

La possibilità di ricorrere alla *class claim* e il fatto che l'*affidavit* ministeriale dovesse essere considerato decisivo (*conclusive*), portò al verificarsi di vari abusi da parte della p.a.³⁵⁶, tanto che nel 1956 il

³⁵⁴Per questo argomento, che si identifica spesso con quello della *confidentiality*, cfr. BIRKINSHAW “*I only ask for information*”-*The White Paper on open government* cit., pp. 559-561; CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 246-247; WADE *Administrative Law* cit., pp. 835-836.

³⁵⁵“*The reason why the law sanctions the claiming of Crown privilege on the class ground is the need to secure freedom and candour of communication with and within the public service, so that government decisions can be taken on the best advice and with the fullest information. In order to secure this it is necessary that the class of documents to which privilege applies should be clearly settled, so that the person giving advice or information should know that he is doing so in confidence. Any system whereby a document falling within the class might, as a result of the later decision, be required to be produced in evidence, would destroy that confidence and undermine the whole basis of class privilege, because there would be no certainty at the time of writing that the document would not be disclosed.*”, si tratta di una parte del discorso tenuto alla Camera dei Pari nel giugno del 1956 dal *Lord Chancellor*, riportato in BROWN *Public Interest Immunity* cit., pp. 580-581.

³⁵⁶Famoso fu quello relativo alla vicenda di un detenuto in attesa di processo il quale fu aggredito nella prigione da un condannato malato di mente. L'aggredito agì contro la p.a. per ottenere il risarcimento del danno subito sulla base della *negligence* dell'autorità carceraria nel custodire il malato di mente. Va ricordato infatti che dal 1947 con il *Crown Proceedings Act* si riconobbe la possibilità di agire contro la Corona per responsabilità extracontrattuale (*tort*); ma in quella legge nella sec. 28(1) veniva anche espressamente riconosciuta la possibilità di sottrarsi all'obbligo di *discovery* processuale se così richiedesse il pubblico interesse. In quel caso l'amministrazione fece valere una *class claim* per evitare di esibire alcuni

Lord Chancellor fece una dichiarazione ufficiale in cui si affermò che il ricorso alla *class claim* sarebbe stato limitato per il futuro, ed in particolare si stabilì che essa non si sarebbe più potuta far valere per determinate categorie di atti³⁵⁷.

Uno dei punti di svolta in questa vicenda è costituito dalla sentenza *Conway v. Rimmer*³⁵⁸ in cui la *House of Lords* rigettò l'impostazione per cui l'*affidavit* ministeriale dovesse essere insindacabile da parte dei giudici, ciò specialmente quando il *privilege* si basasse su di una *class claim*. Questa vicenda riguardava una azione per *malicious prosecution* intentata da un ufficiale della

rapporti medici da cui si sarebbe potuto stabilire se l'autorità carceraria sapesse o meno della pericolosità del condannato, e dunque se fosse stata negligente nel sorvegliarlo. Cfr. WADE *Administrative Law* cit., p. 835.

³⁵⁷Ad es. quelli relativi ad incidenti stradali o avvenuti in locali governativi, i rapporti medici nel caso che la Corona fosse stata convenuta per responsabilità extracontrattuale (si trattava proprio del tipo di documenti negati nel caso citato nella nota 356), documenti necessari per la difesa nelle accuse penali, ecc. A questo punto, però, divenne difficile continuare a sostenere il *candour argument* a tutela delle *class claims*; infatti come poteva essere che la franchezza dei pubblici ufficiali non venisse inibita dal fatto che i loro pareri sarebbero potuti divenire di pubblico dominio nell'ambito di un processo penale, mentre questa libertà di parola sarebbe stata ancora inibita dal fatto della loro esibizione nell'ambito di un processo civile? Cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 836-837; BROWN *Public Interest Immunity* cit., pp. 580-582.

³⁵⁸(1968) AC 910. Cfr. WADE *Administrative Law* cit., pp. 837-839; BROWN *Public Interest Immunity* cit., p. 581; CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 245-246. Questa decisione della Camera dei Pari era stata anticipata da un *obiter dictum* della Corte di Appello in cui si era affermato il potere dei giudici di ispezionare i documenti per cui fosse stato sollevato il *Crown Privilege* al fine di stabilire se in realtà il pubblico interesse alla segretezza dovesse prevalere su quello all'amministrazione della giustizia (*Re Grosvenor Hotel (n.2) (1965) Ch 1210*). Inoltre la stessa *House of Lords* aveva stabilito che il principio contenuto nella sentenza *Duncan v. Cammell, Laird & Co. Ltd* non fosse applicabile in Scozia dove i giudici avrebbero potuto rigettare una domanda di privilegio avanzata dalla Corona (*Glasgow Corporation v. Central Land Board (1956) SC 1*).

polizia contro il suo capo (*chief constable*) sulla base del fatto di essere stato pienamente scagionato dall'accusa di furto di una torcia elettrica. In questa occasione l' *Home Secretary* aveva fatto valere una *class claim* per certi rapporti sul conto dell'ufficiale, che avrebbero invece costituito a detta di esso importante prova della responsabilità del *chief constable*. La Camera dei Pari respinse il privilegio invocato dal ministro e statò che spettava alla p.a. valutare quando fosse il caso di sollevare il *Crown Privilege* a tutela di un interesse pubblico, ma che "*it is for the court to weigh the competing public interests involved- the public interest in concealing the documents so as to prevent harm to the nation or the public service, and the rival public interest in having the documents available for the proper administration of justice*"³⁵⁹.

Il fatto che l'ultima parola per decidere se accogliere o meno il privilegio spetti comunque ai giudici, i quali dovranno compiere questo *balancing test* eventualmente avendo prima visionato i documenti *in camera*, vale in particolare nel caso in cui il privilegio si fondi su un generico riferimento ad una categoria di documenti che si pretende protetta da quel *privilege*. Con la sentenza *Conway v. Rimmer* infatti non si escluse la possibilità di ricorrere ad una *class claim*, ma la si ridimensionò di molto; con questa decisione si venne principalmente, come si è detto, ad abbandonare l'impostazione per

³⁵⁹BROWN *Public Interest Immunity* cit., p. 581. Il fatto che il bilanciamento debba essere fatto tra due interessi entrambi pubblici e non tra quello pubblico al segreto e quello privato all'accesso, è ribadito in CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 244; WADE *Administrative Law* cit., p. 838.

cui la dichiarazione giurata del ministro deve essere considerata non sindacabile da parte dei giudici.

Un ulteriore passo avanti fu compiuto dalla giurisprudenza nel 1973 con la decisione *R. v. Lewes Justices ex parte Secretary of State for the Home Department*³⁶⁰, in cui la Camera dei Pari propose di denominare d'ora in poi il *Crown Privilege* come *Public Interest Immunity*, inquanto non di *privilege* si trattava, per il fatto che chiunque lo poteva sollevare, addirittura anche un giudice *ex officio*, e una volta fatto valere non era rinunciabile. Inoltre ciò che rilevava era appunto lo stabilire se il pubblico interesse richiedesse o meno la *disclosure* dei documenti e non se la Corona godesse o meno di una immunità³⁶¹ relativamente a quegli atti.

La sentenza *Burmah Oil Co. Ltd. v. Bank of England*³⁶² della *House of Lords*, è interessante sotto vari aspetti. Per quel che a noi interessa, con essa si è sancito definitivamente che una *class claim* non possa unicamente fondarsi sul *candour argument*³⁶³, ma che occorra dimostrare che la *disclosure* vada a danno del pubblico interesse. In questa sentenza, però, si ritrova anche la *dissenting opinion* di Lord Willberforce, in cui si affermò che “{the candour argument} has

³⁶⁰(1973) AC 388. Cfr. sopra nota 348.

³⁶¹Infatti con l'espressione '*privilege*' ci si riferisce ad una situazione riconducibile ad un determinato soggetto e non ad una caratteristica di un determinato bene.

³⁶²(1980) AC 1090. Per questa sentenza si veda: BROWN *Public Interest Immunity* cit., pp. 586-589; CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 243-244; WADE *Administrative Law* cit., pp. 840-841.

³⁶³Cfr. sopra pp. 169-169.

now...received an excessive dose of cold water.”³⁶⁴. Inoltre in questa sentenza si venne ad affermare che i giudici avrebbero potuto procedere alla *private inspection* dei documenti in ogni caso, ma ciò sarebbe potuto non essere necessario quando la prevalenza del pubblico interesse alla segretezza apparisse in modo chiaro, come ad esempio in relazione ai documenti relativi a *high-level governmental policy* o alle *Cabinet discussions*³⁶⁵.

Sempre in merito all’individuazione dei casi in cui i giudici possono procedere alla *private inspection* dei documenti per i quali è stata sollevata la PII, va ricordata la sentenza *Air Canada v. Secretary of State for Trade*³⁶⁶. In questa la Camera dei Pari adottò un approccio più restrittivo del precedente, venendo a stabilire che un giudice avrebbe dovuto ispezionare privatamente dei documenti, in modo da poter poi bilanciare l’interesse alla segretezza con quello alla *disclosure*, solo se avesse ritenuto che quei documenti fossero di importanza fondamentale per sostenere le ragioni di colui che ne

³⁶⁴BROWN *Public Interest Immunity* cit., p. 586; WADE *Administrative Law* cit., pp. 836-837.

³⁶⁵In questa decisione, come anche nelle successive, la Camera dei Pari non ha escluso né la possibilità di ispezionare *in camera* né di imporre l’esibizione di documenti relativi a questioni politiche di un certo rilievo o relativi a *Cabinet discussions*; essa ha semplicemente affermato che in questi casi i giudici potranno accogliere la richiesta di *disclosure* solo se l’interesse pubblico all’amministrazione della giustizia sia di particolare rilievo, cioè tale da prevalere chiaramente su quello alla segretezza.

³⁶⁶(1983) 2 AC 394. Per questa sentenza si veda: BROWN *Public Interest Immunity* cit., pp. 585-586; CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 243 e 246; WADE *Administrative Law* cit., pp. 840-841.

chiedesse la *discovery*³⁶⁷. Si veniva ad escludere che si potesse procedere alla *inspection* e dunque in fondo anche alla *discovery*, quando fosse apparso al giudice che colui che richiedeva la produzione di determinati atti, tendesse unicamente a fare una '*fishing expedition*'.

Con quest'ultima sentenza si inizia a fare strada il principio secondo cui la p.a. ha l'obbligo, e non la mera possibilità, di sollevare la *PII* quando si verificano le condizioni³⁶⁸. Chiaramente a favore di questa tesi si esprime la sentenza *Makanjuola v. The Commissioner of Police of the Metropolis*³⁶⁹. Questa impostazione è stata, però, ribaltata (*overruled*) con la sentenza *R. v. Chief Constable of the West Midlands Police, ex parte Wiley*³⁷⁰ in cui tra le altre cose è stato affermato che la p.a. non è assolutamente obbligata a sollevare la *PII*. In quest'ultima decisione, anzi, un Lord³⁷¹ ha affermato che il principio vigente in tema di *PII*, è quello per cui la p.a. è obbligata a

³⁶⁷ “[A] judge should inspect documents for which immunity is claimed, only if he is satisfied that they are more likely than not to contain material which would give substantial support to the contentions of the party seeking disclosure.”, CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., p. 243.

³⁶⁸ “The Crown, when it puts forward a public interest immunity objection, is not claiming a privilege but discharging a duty.”, sono parole di Lord Scarman nella sentenza *Air Canada v. Secretary of State for Trade* riportate in BROWN *Public Interest Immunity* cit., pp. 583-4.

³⁶⁹(1992) 3 *All ER* 617. Per questa sentenza, cfr. BROWN *Public Interest Immunity* cit., p. 584; TOMKINS *Public Interest Immunity after Matrix Churchill* cit., pp. 663-664; GANZ G. *Matrix Churchill and Public Interest Immunity* sta in *The Modern Law Review* 1993, pp. 564-565.

³⁷⁰(1994) 3 *WLR* 433. Questa sentenza è commentata in BROWN *Public Interest Immunity* cit., pp. 594-595; GANZ G. *Matrix Churchill and Public Interest Immunity: A Postscript* sta in *The Modern Law Review* 1995, pp. 417-421.

³⁷¹Lord Templeman.

esibire i documenti in suo possesso rilevanti in un processo giurisdizionale, a meno che non sia convinta del fatto che ciò possa andare a danno del pubblico interesse³⁷². Questa sentenza si segnala anche per un altro punto, su cui, però, non è stata raggiunta né l'unanimità né tantomeno la maggioranza dei consensi dei Lord; si tratta della considerazione fatta da alcuni Pari secondo cui se la regola in tema di *discovery* di documenti da parte della p.a. è quella della esibizione salvo che ciò sia contrario al pubblico interesse, allora la distinzione tra *class claims* e *content claims* perderebbe molto del suo significato. Infatti l'elemento da considerare rilevante al fine di sollevare e eventualmente accogliere una richiesta di *PII*, non è né il particolare contenuto di un documento né la categoria alla quale esso appartiene, ma piuttosto il fatto se la sua divulgazione, anche solo alle parti di un processo, possa essere contraria al pubblico interesse³⁷³.

³⁷² “*It has been said that the holder of a confidential document for which public interest immunity may be claimed is under a duty to assert the claim, leaving the court to decide whether the claim is well founded. For my part, I consider that when a document is known to be relevant and material, the holder of the document should voluntarily disclose it unless he is satisfied that disclosure will cause substantial harm. If the holder is in doubt he may refer the matter to the court. If the holder decides that a document should not be disclosed, then that decision can be upheld or set aside by the judge. A rubber stamp approach to the public interest immunity by the holder of a document is neither necessary nor appropriate.*”, sono parole di Lord Templeman nella sentenza *R. v. Chief Constable of the West Midlands Police, ex parte Wiley*, riportate in *GANZ Matrix Churchill and Public Interest Immunity: A Postscript* cit., p. 419.

³⁷³ “[I]f public interest immunity is approached by every litigant on the basis that a relevant and material document must be disclosed unless the disclosure will cause substantial harm to the public interest, the distinction between a class claim and a contents claim loses much of its significance.”, sono parole di Lord Templeman nella sentenza *R. v. Chief Constable of the West Midlands Police, ex parte Wiley*, riportate in *BROWN Public Interest Immunity* cit., p. 594; cfr. anche *GANZ Matrix Churchill and Public Interest*

Un'altra importante evoluzione giurisprudenziale in tema di *PII* è relativa alla sua applicabilità in campo penalistico. Il *leading case* è costituito da *R. v. Governor of Brixton Prison ex parte Osman*³⁷⁴ in cui si venne ad affermare che, sebbene tutte le 'autorità' precedenti, i *Rules of Supreme Court* che disciplinano la *PII* e la sec. 28 del *Crown Proceedings Act 1946*, che fa riferimento alla *PII*, riguardassero *civil cases*, la *PII* non è limitata a questi ultimi, ma può essere sollevata anche nel corso di processi penali³⁷⁵; in questi ultimi però il bilanciamento che i giudici devono compiere tra interesse pubblico al segreto e quello alla *disclosure*, deve essere particolarmente attento a quest'ultimo³⁷⁶.

Immunity: A Postscript cit., pp. 418-419. Già, però, in alcune pronunce giudiziali precedenti si era affacciata l'idea che la distinzione tra *class* e *content claims* dovesse essere per lo meno attenuata; in questo senso era ad es. orientato Lord Keith nella sentenza *Burmah Oil v. Bank of England* (1980) AC 1090, cfr. BROWN *Public Interest Immunity* cit., p. 588.

³⁷⁴(1992) 1 All ER 108. Cfr. in generale su questo problema TOMKINS *Public Interest Immunity after Matrix Churchill* cit., pp. 654-661; BROWN *Public Interest Immunity* cit., pp. 591-594.

³⁷⁵In realtà non era questa la prima volta che il *Crown Privilege* era stato sollevato nell'ambito di un processo penale, esistono infatti varie sentenze della seconda metà dell'800 che affrontano appunto questa problematica. Queste decisioni, però, sia non forniscono alcun chiaro indirizzo sia non sono neanche state citate in *R. v. Governor of Brixton Prison ex parte Osman* né nelle sentenze successive che fanno applicazione del principio ivi stabilito. Per una analisi di queste sentenze cfr. TOMKINS *Public Interest Immunity after Matrix Churchill* cit., pp. 656-658 e BROWN *Public Interest Immunity* cit., pp. 591-593.

³⁷⁶“(W)here the interests of justice arise in a criminal case touching and concerning liberty or conceivably on occasion life, the weight to be attached to the interests of justice is plainly very great indeed.”, sono parole del Lord Justice Mann nella sentenza *R. v. Governor of Brixton Prison ex parte Osman*, riportate in TOMKINS *Public Interest Immunity after Matrix Churchill* cit., p. 655 e BROWN *Public Interest Immunity* cit., p. 591.

Il caso più 'tristemente' famoso in tema di *PII* nell'ambito di un processo penale è costituito dalla vicenda *Matrix Churchill*. Si trattava di un processo criminale nei confronti degli amministratori di una società commerciale (la *Matrix Churchill* appunto) che nel periodo compreso tra il 1987 e il 1989 aveva esportato in Iraq strumentazioni ad uso militare in chiara violazione dell'embargo sancito anche dal governo inglese. Gli amministratori si erano difesi affermando che i ministri interessati conoscessero questa loro attività e anzi l'avessero autorizzata, e anche i servizi segreti ne fossero a conoscenza. Per dimostrare ciò fu richiesta la *discovery* di una serie di documenti in possesso della p.a.; contro questa richiesta fu fatta valere la *PII*. I giudici non accolsero questa immunità per quasi tutti i documenti richiesti, e ne ordinarono l'esibizione; si rivelarono così fondate le tesi della difesa. Probabilmente in conseguenza di ciò, l'accusa fu ritirata da parte del procuratore e venne istituita una commissione di inchiesta, presieduta dal *Lord Justice* Scott, per accertare le eventuali responsabilità del governo. Su questa vicenda sono intervenuti molti autori, che in vario modo hanno messo in evidenza il pericolo che si può annidare dietro una *PII* sollevata nell'ambito di un processo penale; in particolare la possibilità che degli innocenti vengano condannati ingiustamente³⁷⁷.

³⁷⁷A questo proposito viene fatto rilevare che negli Stati Uniti d'America è possibile far valere l'*Executive Privilege* in un processo penale, ma a condizione che il *prosecutor* rinunci all'accusa, lasciando liberi i supposti rei. Cfr. TOMKINS *Public Interest Immunity after Matrix Churchill* cit., pp. 658-659.

Compiuto questo *excursus* sull'evoluzione della giurisprudenza in tema di *PII*, è possibile tentare di individuare l'attuale disciplina dell'istituto.

Esso può essere fatto valere contro la richiesta di *discovery*, nel corso o prima di un processo, da parte di qualunque individuo, anche *ex officio* dal giudice, sebbene la persona più indicata a sollevarlo rimanga un ministro o un dirigente amministrativo. La *PII* viene utilizzata per tutelare un interesse pubblico, che potrebbe essere danneggiato dalla divulgazione, anche se limitata alle parti di un processo, di determinati documenti. L'immunità può essere invocata in relazione allo specifico contenuto dei documenti richiesti (*content claim*) o sulla base dell'appartenenza di essi ad una determinata categoria (*class claim*); la *class claim*, però, non può far più riferimento unicamente all'argomento della necessità di preservare la libertà di discussione nell'ambito di una amministrazione (*candour argument*). Sono valide basi per sollevare una *class claim* il riferimento alle *Cabinet discussions*, alle *high-level government policy discussions*; sono anche generalmente accettate come basi per una *PII* le richieste che facciano riferimento alla sicurezza

nazionale (*national security claims*)³⁷⁸, così come quelle che concernono la tutela dell'anonimato di certe fonti di informazioni³⁷⁹.

Spetta, però, ai giudici accogliere o meno la *PII*, eventualmente dopo aver ispezionato *in camera* i documenti. Specificamente i giudici devono affrontare due ordini di problemi: 1 (*discovery question*) anzitutto devono accertare che i documenti richiesti e per i quali sia stata sollevata la *PII*, siano effettivamente rilevanti nel processo, ed in particolare occorre che stabiliscano l'utilità di essi "*either for disposing fairly of the cause.. or for saving costs*"³⁸⁰. Per verificare ciò, si potrà procedere alla ispezione in privato dei documenti, ma solo se il giudice ritenga che essi *prima facie* possano dare un *substantial support* alle ragioni di colui che ne chiede la *disclosure*³⁸¹. 2 (*Immunity question*) una volta accertata la rilevanza e utilità dei documenti, è compito dei giudici determinare se in effetti l'interesse pubblico alla

³⁷⁸Relativamente a quest'ultime i giudici sono particolarmente rispettosi; infatti nel caso che il governo faccia riferimento alla sicurezza nazionale, la giurisprudenza richiede solo che venga provato che effettivamente la *national security* sia coinvolta, e una volta che i giudici siano stati convinti di questo fatto, accetteranno senza procedere ad una ispezione la *PII*. Cfr. BROWN *Public Interest Immunity* cit., pp. 589-590.

³⁷⁹*Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. v. Commissioner of Customs and Excise* (1974) AC 405; *D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children* (1978) AC 171. Per queste sentenze e il problema della tutela dell'anonimato degli informatori della p.a. e non (la *National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, infatti, non è un ente pubblico), cfr. CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 246-248; WADE *Administrative Law* cit., pp. 841-843. Va detto che la tutela degli informatori è riconducibile alla tematica della *confidentiality*.

³⁸⁰*Rules of the Supreme Court, Order 24 rule 13(1)*.

³⁸¹*Air Canada v. Secretary of State for Trade* (1983) 2 AC 394.

segretezza prevalga su quello alla *disclosure* o viceversa³⁸²; per fare ciò ovviamente sarà necessario procedere ad una ispezione *in camera*, se ciò non sia già stato fatto per accertare la rilevanza dei documenti. A questo punto, cioè dopo aver compiuto il *balancing test*, il giudice sarà in grado di ordinare o meno la *disclosure* dei documenti per cui era stata sollevata la *PII*³⁸³.

³⁸²*Conway v. Rimmer* {1968} AC 910.

³⁸³Cfr. in generale CANE *An Introduction to Administrative Law* cit., pp. 242-245; BIRKINSHAW *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* cit., pp. 323-328.

Stati Uniti d'America

1. La trasparenza dei pubblici poteri nell'evoluzione della forma di governo degli Stati Uniti d'America

1.1 La trasparenza dei pubblici poteri

Il tema della trasparenza (*openness*) negli Stati Uniti d'America è di antichissima tradizione³⁸⁴, se solo si pensa che già James Madison nel 1822 aveva riconosciuto, con specifico riferimento a *“the liberal appropriations made by the Legislature of Kentucky for a general system of Education”*, che *“a popular Government, without popular information, or the means of acquiring it, is but a Prologue to a Farce or a Tragedy; or, perhaps both. Knowledge will forever govern ignorance: And a people who mean to be their own Governors, must arm themselves with the power which knowledge gives”*³⁸⁵.

Ad oltre un secolo di distanza, la stessa Corte Suprema rilevava che *“the effective functioning of a free government like ours depends largely on the force of an informed public opinion. This calls for the widest possible*

³⁸⁴ Cfr. GELLHORN W., BYSE C., STRAUSS P.L. *Administrative law* Mineola, New York, The Foundation Press, 1979, p. 625; MARSH N.S. *Access to Government-Held Information: An Introduction* sta in MARSH (ed.) *Public Access to Government-Held Information: a Comparative Symposium* London, Stevens & Son Ltd., 1987, p. 4.

³⁸⁵ Lettera di James Madison a W. T. Barry, dell'4/8/1822, in J. MADISON, *Writings*, New York, Library of America, 1999, p. 103.

*understanding of the quality of government service rendered by all elective or appointed public officials or employees*³⁸⁶.

Come si comprende dalle citazioni, il tema della trasparenza tocca tutte le funzioni e tutti i poteri dello Stato, anche se si è particolarmente sviluppato in relazione all'azione dell'esecutivo e dei suoi apparati.

Per loro natura o per loro evoluzione storica, infatti, il legislativo e il giudiziario nei paesi di *common law* sono stati esercitati in maniera aperta nei confronti o del pubblico in generale (legislativo) o quantomeno dei soggetti direttamente coinvolti nella relativa funzione (giudiziario). E' viceversa l'esecutivo che per lunga consuetudine, a livello coloniale ancor più che nella madrepatria, è stato esercitato nel chiuso delle cancellerie. Si spiega forse così il motivo per il quale il tema, sebbene di portata certamente generale, è stato soprattutto discusso con riferimento a quest'ultimo potere.

In relazione ad esso, originariamente, la trasparenza(-accesso) è stata letta come strumento diretto principalmente a tutelare gli individui direttamente coinvolti avverso l'esercizio di poteri che venissero ad incidere sui loro diritti e libertà, trovandone il fondamento nella stessa Costituzione e in particolare nella *due process clause*³⁸⁷. Costituisce, infatti, elemento essenziale della *due process* il

³⁸⁶ Si tratta delle parole del giudice Black contenute nella *concurring opinion* in *Barr v. Matteo*, in 360 U.S. (1959), p. 577.

³⁸⁷V e XIV Emendamento della Costituzione, il primo relativo al *Federal Government* e il secondo agli Stati membri. La formulazione dei due emendamenti è diversa, ma la loro interpretazione ha condotto all'individuazione di un unico principio: *Due Process*, cioè l'obbligo di garantire un *fair hearing* tutte le volte che

diritto di conoscere tutti gli elementi in possesso della amministrazione procedente al fine di poter meglio far valere le proprie ragioni.

Con l'estensione della legittimazione alla partecipazione procedimentale ad opera dei giudici e del legislatore, si è poi esteso il diritto di accedere alle informazioni relative al procedimento a soggetti ulteriori rispetto alle *directly affected parties*.

La trasparenza(-controllo) si è ulteriormente sviluppata riscattandosi dalla pendenza di un procedimento amministrativo e dunque dall'esigenza di tutela dei diritti dei singoli individui coinvolti.

Sono state così emanate le prime leggi³⁸⁸ che riconoscono il diritto di accesso ai documenti in possesso di pubbliche autorità, senza alcun limite di tipo soggettivo³⁸⁹(*Freedom of Information Act 1966*), nonché l'accesso alle sedute degli organi collegiali da parte

l'autorità federale o statale venga ad incidere su una *properties* o *liberties* (HAHN *Procedural Adequacy in Administrative Decision-Making: A Unified Formulation* sta in *Administrative Law Review* 1978, nota 61 pp. 479-80). Con questi Emendamenti si è venuto a costituzionalizzare il principio appartenente alla *common law* di *Natural Justice*, ed in particolare quell'aspetto che consiste nel diritto ad un *fair hearing*. Per la correlazione tra *Natural Justice* inglese e *due process clause*, si consideri questo brano: "*The right to a fair hearing has. been used by the Courts as a base on which to build a kind of code of fair administrative procedure, comparable to 'due process of law' under Constitution of the United States.*", WADE W. *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 496.

³⁸⁸Dapprima a livello dei singoli Stati membri. Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* sta in MARSH *Public Access to Government-Held Information: a Comparative Symposium* cit., p. 55.

³⁸⁹Ad esempio l'essere parte di un procedimento amministrativo, o essere interessato ad una azione amministrativa.

dei cittadini (*Federal Advisory Committee Act 1972* e *Government in the Sunshine Act 1976*).

La trasparenza si è infine riepansa a tutti i poteri divenendo principio espresso e cardine non solo dell'azione dell'esecutivo, ma in particolare anche di quello legislativo attraverso l'approvazione di discipline sull'attività dei gruppi di pressione che operano dietro le quinte del Congresso - per la prima volta nel 1941 ed ora nella formulazione del *Lobbying Disclosure Act 1995* (codificato come 2 *U.S.Code* parr. 1601–1612) come recentemente integrato dal *Lobbying Transparency and Accountability Act 2006*³⁹⁰.

Il tema della trasparenza diretta non tanto alla tutela di interessi individuali, quanto piuttosto al controllo e alla partecipazione nell'azione dell'esecutivo, è legato a doppio filo con l'evoluzione che la forma di governo statunitense ha subito tra la fine dell'800 e la metà del '900 con il suo progressivo allontanamento dal modello tradizionale della separazione dei poteri delineato nella costituzione federale e, in particolare, a causa delle

³⁹⁰ Della disciplina del lobbying non mi occuperò per due ragioni. In primo luogo, questa normativa è stata introdotta con lo scopo specifico di combattere la corruzione nella vita pubblica e, solo in via indiretta, con quello di rafforzare la democrazia rendendo più trasparente ogni suo processo decisionale. In secondo luogo, questa disciplina ha influenzato solo in modo relativo la forma di governo americana, anche perché, fin dal suo primo apparire, il legislativo è sempre stato considerato come "il" territorio naturale di manifestazione della trasparenza: il *free speech* nasce e si afferma proprio nelle aule parlamentari. Si vuole dire che la trasparenza, in questa sede, non è stata importata per rimediare ai problemi sorti a seguito di una particolare evoluzione della forma di governo e in funzione di garantire i principi del costituzionalismo, ma è sempre stata ad essa connaturale fin dalla sua nascita: il legislativo è sempre stato (o sarebbe dovuto essere) per sua natura trasparente.

trasformazioni che hanno interessato l'esecutivo federale dalla fine dell'Ottocento fino al *New Deal*³⁹¹.

1.2 Cenni all'evoluzione della forma di governo statunitense

1.2.1 *La costituzione liberale, la forma di governo congressuale e il Transmission Belt Model*

Per comprendere l'affermarsi della trasparenza a livello federale a metà del '900 risulta indispensabile tracciare brevemente le linee di evoluzione della forma di governo statunitense a partire dalla sua nascita.

E' nota a tutti, ma mai sufficientemente sottolineata, l'influenza che la separazione dei poteri³⁹² ha prodotto sulla scrittura della

³⁹¹Cfr. in generale STEWART *The Reformation of American administrative law* sta in 88 *Harvard law Review* 1975, pp. 1667 e sgg.

³⁹² Sulla nozione di questo principio accolta negli Stati Uniti è possibile leggere quanto si scriveva in un giornale della Pennsylvania nel 1784: *"in a government like ours, the authorities delegated by the freemen at large are distributed and lodged with three distinct branches; the legislative, the supreme executive, and the judicial: Each strongly marked and characterised. To the first belongs the right to make and alter the general rules of the society; that is to say the laws. With the second is entrusted the execution of these general rules, by itself, and the subordinate officers of the state, chiefly nominated by this body. And to the third, which is properly but a subdivision of the second, is committed the interpretation and application of the laws to controverted cases, in standing tribunals, circumscribed by solemn and settled rules of proceeding. . . . From this severance of power, essential to free and equal government, we infer, that each of these branches, of right, exercises all authority, devolved by the community, which properly belongs to it, unless the contrary be clearly expressed. And if, in any case, the constitution has assigned jurisdiction to one of these branches, which is not naturally within its resort, the power so misplaced should be construed strictly, and carried no further than barely to satisfy the words, and at the same time accord with common sense"*, riportato in M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the separation of Powers*, Indianapolis, Foundation Press, 1998, p. 153

costituzione del 1787³⁹³ e sulla sua evoluzione successiva³⁹⁴, tanto che ancora oggi la Corte Suprema usa questo principio per risolvere controversie costituzionali³⁹⁵. Peraltro, ai fini che qua interessano, non pare rilevante se il principio venne accolto nella sua formulazione pura –come certamente accadde nelle costituzioni di Virginia, Pennsylvania e Vermont del 1776 – oppure in una forma influenzata dalla *balanced constitution* britannica³⁹⁶; né pare utile verificare se i *checks and balances* previsti dalla carta federale siano strumenti per rafforzare la separazione oppure una violazione di quest'ultima³⁹⁷; ciò che invece non è mai sufficientemente rimarcato

³⁹³ Si è chiarito senza possibilità di dubbio che al momento dell'approvazione della Costituzione: “*in America at the end of the century both sides accepted the separation of powers as the basis of a free constitution*”, M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the separation of Powers*, Indianapolis, Foundation Press, 1998, p. 177.

³⁹⁴ In generale, sulla separazione dei poteri negli stati uniti, cfr. M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the separation of Powers*, Indianapolis, Foundation Press, 1998; B. ACKERMAN, *La nuova separazione dei poteri. Presidenzialismo e sistemi democratici*, Roma, Carocci, 2003 (traduzione dell'originale articolo *The new separation of powers* apparso sulla *Harvard Law Review*, 2000, vol. 113, pp. 633 ss.); BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 41-3.

³⁹⁵ Cfr., ad es., Corte Suprema, *Bowsher v. Synar*, in 487 U.S. (1986), pp. 714 ss.; *Mistretta v. U.S.*, in 488 U.S. (1989), pp. 361 ss.; *Public Citizen v. U.S. Department of Justice*, in 491 U.S. (1989), pp. 440 ss.; *Plaut v. Spendthrift Farm, Inc.*, in 514 U.S. (1995), pp. 211 ss.; *Franklin v. Massachusetts*, in 505 U.S. (1992), pp. 788 ss.; *Touby v. United States*, in 500 U.S. (1991), pp. 160 ss.; *Metropolitan Washington Airports Authority v. Citizens for the Abatement of Aircraft Noise, Inc.*, in 501 U.S. (1991), pp. 252 ss. Di grande interesse anche le sentenze legate al caso *Association of American Physicians and Surgeons v. Hillary Clinton*: Corte distrettuale per D.C., in 997 F.2d (1993), pp. 898 ss.; Corte di Appello, D.C. Circuit, del 24/8/1999. Su questa vicenda, cfr. J.S. BYBEE, *Advising the President: separation of powers and the Federal Advisory Committee Act*, in 104 *Yale Law Journal*, 1994, pp. 51 ss.

³⁹⁶ M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the separation of Powers* cit., pp. 131 ss.

³⁹⁷ Sul punto cfr. G.MARSHALL, *Constitutional Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1971, p. 102.

è la funzione di questo principio, la ragione vitale ed essenziale della sua vivificazione nella costituzione americana, e cioè la tutela della libertà individuale³⁹⁸. Come rilevato anche di recente: “*we have not yet found a better way to preserve freedom than by making the exercise of power subject to the carefully crafted restraints spelled out in the Constitution*”³⁹⁹.

La fede in questa funzione liberale del principio di separazione fu talmente grande che si ritenne superfluo – e anzi addirittura pericoloso⁴⁰⁰ – un *bill of rights* nel quale si elencassero le libertà dei cittadini americani. Queste erano infatti *self evident truths*⁴⁰¹ che non

³⁹⁸ Sul punto cfr. G. GROTTANELLI de' SANTI, *Note Introduttive di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 64 ss. e 91 ss.

³⁹⁹ Corte Suprema, *Immigration and Naturalization Service v. Chadba*, in 462 U.S. (1983), p. 959 (motivazione della Corte redatta dal Presidente Burger).

⁴⁰⁰ Come rilevato nel famoso intervento di Hamilton nel *Federalista* (*paper* n. 84): “*bills of rights, in the sense and to the extent in which they are contended for, are not only unnecessary in the proposed Constitution, but would even be dangerous. They would contain various exceptions to powers not granted; and, on this very account, would afford a colorable pretext to claim more than were granted. For why declare that things shall not be done which there is no power to do? Why, for instance, should it be said that the liberty of the press shall not be restrained, when no power is given by which restrictions may be imposed? I will not contend that such a provision would confer a regulating power; but it is evident that it would furnish, to men disposed to usurp, a plausible pretense for claiming that power*”. Anche Madison, che si era dichiarato “*always been in favor of a bill of rights*”, ne metteva in dubbio l’efficacia e utilità in base alla constatazione che anche laddove sono stati previsti “*repeated violations of these parchment barriers have been committed by overbearing majorities in every States*”. Cfr. Lettera di Madison a Jefferson del 17/10/1788, in J.P. BOYD (ed.), *The papers of Thomas Jefferson*, vol. 14 (8/10/1788-26/3/1789), Princeton, Princeton University Press, 1958, pp. 18-19.

⁴⁰¹ Il riferimento ovviamente è alla Dichiarazione di indipendenza del 4/7/1776: “*When in the course of human events, it becomes necessary for one people to dissolve the political bands which have connected them with another, and to assume among the powers of the earth, the separate and equal station to which the laws of nature and of nature’s God entitle them, a decent respect to the opinions of mankind requires that they should declare the causes which impel them to the separation. We hold these truths to be self-evident: that*

richiedevano di essere enumerate, essendo sufficiente approntare degli strumenti organizzativi che garantissero la limitazione del potere d'imperio.

Si richiamano queste nozioni assolutamente risapute solo per chiarire l'importanza davvero centrale nel diritto pubblico americano e, più in generale, nella cultura giuridica di questo paese, della separazione tra i poteri alla luce della quale devono essere valutate le evoluzioni successive della forma di governo, anche con riferimento al tema della trasparenza.

Fino alla fine dell'800, la costituzione federale è stata in grado di assicurare il funzionamento del modello di governo secondo l'originaria idea dei padri fondatori: un Congresso, ove sedevano i rappresentanti del popolo, che esercitava la funzione legislativa; un giudiziario indipendente che garantiva il rispetto da parte sia del legislativo che dell'esecutivo di limiti giuridici validamente posti; un esecutivo piuttosto limitato nelle sue competenze e nel suo apparato direttamente controllato da un Presidente che rispondeva (indirettamente) nei confronti degli elettori e portava ad esecuzione le leggi; infine, un rinnovo ad intervalli sfalzati e relativamente brevi delle cariche elettive che impediva la concentrazione del

all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness; that, to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed; that whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or to abolish it, and to institute new government, laying its foundation on such principles, and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness" (enfasi aggiunta).

potere, cioè evitava quella che è stata di recente denominata situazione di “piena autorità”⁴⁰².

In questo periodo, ogni potere, indipendente e separato, gestiva la funzione ad esso attribuita in modo totalmente autonomo e gli altri organi esercitavano un controllo meramente esterno, come altrettanti freni⁴⁰³. Il vero motore di questo modello era il Congresso, essendo il Presidente principalmente impegnato a dare mera esecuzione alle leggi del approvate dal primo. Non è un caso che ancora alla fine dell’800, la forma di governo statunitense era definita, dagli stessi americani, come “congressuale” e non “presidenziale”⁴⁰⁴.

In particolare, l’apparato esecutivo, che non era cosa diversa dalla pubblica amministrazione, era di ridottissime dimensioni tanto che, alla metà del 1800, un Presidente poteva ancora affermare che *“I prefer to supervise the whole operations of the government myself rather than entrust the public business to subordinates, and this makes my duties very great”*⁴⁰⁵(enfasi aggiunta).

⁴⁰² Su questo concetto e sulla separazione dei poteri oggi, cfr. B. ACKERMAN, *La nuova separazione dei poteri. Presidenzialismo e sistemi democratici*, Roma, Carocci, 2003 (traduzione dell’originale articolo *The new separation of powers* apparso sulla *Harvard Law Review*, 2000, vol. 113, pp. 633 ss.).

⁴⁰³ Cfr. ad es. G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano: breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. Vol. II. La Costituzione democratica*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 238.

⁴⁰⁴ Cfr. W. WILSON, *Congressional government: a study in American politics*, Mineola, N.Y., Dover Publications, 2006 (pubblicato per la prima volta nel 1885 da Mifflin and company - Boston, New York, Houghton).

⁴⁰⁵ James Knox Polk. Si tratta di un’annotazione sul suo diario poco dopo essere stato eletto Presidente nel 1845: J.K. POLK, *Polk; the diary of a president, 1845-1849, covering the Mexican War, the acquisition of Oregon, and the conquest of California and the Southwest*, London, New York, Longmans, Green, 1952.

Il principio di separazione dei poteri, così come integrato nella formulazione americana da una serie di *checks and balances*, era stato in grado di assicurare lo scopo liberale per il quale era stato posto a fondamento della codificazione costituzionale.

In questo periodo, i poteri autoritativi dell'esecutivo federale erano riconducibili a questo modello originario in quanto limitati dalle leggi del Congresso cui davano semplicemente attuazione e legittimati in base alla considerazione che l'amministrazione non era altro che una fedele esecutrice della volontà di organi eletti democraticamente⁴⁰⁶. Si trattava di quella teoria che è andata sotto il nome di *Transmission Belt Model*⁴⁰⁷ e secondo la quale il popolo eleggeva il Congresso che faceva le leggi che l'esecutivo si limitava ad applicare, traendo dunque la sua legittimazione da quella originaria di *The People*. Il giudiziario controllava che i limiti giuridici, legali e costituzionali, venissero rispettati.

Sulla base di questa teoria risultavano centrali le modalità di esercizio del potere esecutivo, cioè il procedimento che l'amministrazione doveva seguire nell'applicare la volontà degli organi rappresentativi.

⁴⁰⁶Cioè in sostanza si tratta del principio di legalità e di quello di democrazia rappresentativa: "*The Traditional Model of administrative law thus conceives of the agency as a mere transmission Belt for implementing legislative directives in particular cases. It legitimates intrusions into private liberties by agency officials not subject to electoral control by ensuring that such intrusions are commanded by legitimate source of authority - the legislature.*", STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., p. 1675.

⁴⁰⁷Popolo→Congresso→legge→p.a. Cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1671-6 in particolare 1675; MASHAW J.L. *Due Process in the Administrative State* Yale University Press, 1985, pp. 15-18.

Sotto questo profilo, si sostenne che la possibilità di incidere sui diritti degli individui si accompagnasse all'obbligo di applicare la volontà del legislatore nel rispetto di una *fair procedure*. I procedimenti amministrativi individuali (*adjudication*), i quali erano in grado di incidere sui diritti individuali, erano stati modellati per mano della giurisprudenza⁴⁰⁸ sulla falsariga del processo giurisdizionale (*trial-type procedure*), in base alla considerazione che anche all'azione dell'esecutivo si applicasse la *due process clause*, la quale era stata originariamente enunciata al fine di fornire ai cittadini garanzie giurisdizionali⁴⁰⁹ a posizioni giuridiche riconosciute nella *common law*⁴¹⁰.

⁴⁰⁸Cfr. GELLHORN W., BYSE C., STRAUSS P.L. *Administrative law* cit., pp. 152-164; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 546-555.

⁴⁰⁹In questo primo periodo la *due process clause* si ritenne applicabile solo ai procedimenti amministrativi individuali (*adjudication*), non anche a quelli generali (*rule-making*), sulla base del principio per cui: "*Where a rule of conduct applies to more than a few people it is impracticable that every one should have a direct voice in its adoption. The Constitution does not require all public acts to be done in town meetings or an assembly of the whole.*", GELLHORN W., BYSE C., STRAUSS P.L. *Administrative law* cit., p. 154. Per la differenza *rule-making/adjudication* cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 154-5; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 548-50.

⁴¹⁰L'esclusione del *fair hearing* nel caso di *privileges*, la si ritrova sia negli Stati Uniti d'America che in GB, sebbene in questi due ordinamenti si dia maggior rilievo a aspetti diversi del medesimo fenomeno. In particolare in GB si insisté non tanto sulla posizione giuridica tutelata (*right* o *privilege*), quanto piuttosto sulla funzione esercitata dalla p.a. Se si fosse trattato di una *judicial* o *quasi-judicial function* allora si sarebbe dovuto rispettare il *duty to a fair hearing*, proprio perché in quel caso l'amministrazione doveva comportarsi come un giudice. Se invece la funzione fosse stata *administrative* o *purely administrative*, la *Natural Justice* non avrebbe trovato applicazione (cfr. ad es. la sentenza *Cooper v. Wandsworth Board of Works*, (1863) 14 CB (NS) 180). In G.B. il superamento di tale impostazione si ebbe nel 1964 con la sentenza *Ridge v. Baldwin* (1964) AC 40, in cui si affermò che indipendentemente dalla funzione esercitata, si sarebbe dovuto

A sua volta, l'obbligo di procedere correttamente includeva anche quello di rendere accessibili agli interessati tutti i documenti relativi al procedimento (*openess*). Si afferma dunque la trasparenza-accesso ricavandola direttamente dal V e XIV emendamento della Costituzione, cioè dalla *due process clause* nonostante che, fino al 1930, essa fosse stata interpretata in senso *substantial*⁴¹¹, intendendo che i diritti e le libertà⁴¹² non erano eliminabili o limitabili se non in determinati casi, venendosi così a riconoscere al privato e ai suoi interessi una tutela di tipo sostanziale più che procedurale.

Fino al *New Deal*, nell'ambito di uno stato (liberale) caratterizzato dalla non ingerenza nel sistema economico, se non nei

garantire un *fair bearing* tutte le volte che si fosse venuti ad incidere su *rights*. Poi con la sentenza *McInnes v. Onslow-Fane* (1978) 1 WLR 1520, si considerò coperti dalla *Natural Justice*, con diversa intensità, i *legitimate expectation cases* e gli *application cases*, relativi a *privileges*. Negli Stati Uniti d'America invece si è insistito non tanto sulla funzione esercitata, ma soprattutto sulla situazione giuridica su cui venisse ad incidere l'azione amministrativa, al fine di limitare la tutela procedurale solamente a *common law rights and liberties*. L'impostazione per cui, solo questi fossero tutelati dalla *due process clause*, fu superata nel 1970 con la sentenza *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970). Cfr. WADE W. *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 502-529 per la GB e BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 719-727 per gli Stati Uniti d'America.

⁴¹¹Cfr. MASHAW J.L. *Due Process in the Administrative State* cit., pp. 4-6 e 26-28; COMBA M. *Riflessioni sul diritto al giusto procedimento negli Stati Uniti d'America* sta in *Diritto e società* 1992, nota 4 p. 271.

⁴¹²Fino al 1970 (sentenza *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 {1970}) si è ritenuto che la *due process clause* proteggesse solo i *common law right* e non anche gli *entitlement* creati in via legislativa, che viceversa erano configurati come meri *privileges*. D'altra parte gli stessi *common law rights (liberties e properties)* si riteneva che non fossero creati dalla Costituzione, ma solo da essa protetti. Cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 699-718. Per cui occorre distinguere tra diritti procedurali costituzionalmente riconosciuti e diritti sostanziali che non hanno il loro fondamento nella Costituzione.

limiti di evitare turbamenti della libera concorrenza (*laissez-faire*) e preoccupato di garantire le libertà e i diritti dei singoli avverso l'esercizio di poteri autoritativi⁴¹³, la p.a. - per lo più mera esecutrice della legge e di ridotte dimensioni e poteri - si riteneva legittimata ad incidere su quelle posizioni individuali solo nei casi espressamente previsti dalla legge nel rispetto della *due process clause*⁴¹⁴.

Secondo questo modo di intendere la forma di governo e il modello di amministrazione (*Traditional Model*), la trasparenza (*openness*) svolgeva una funzione sì essenziale nella protezione delle posizioni giuridiche individuali nei procedimenti amministrativi

⁴¹³ “lo stato liberale non si preoccupa di perseguire egli stesso direttamente il bene dei singoli, bensì si propone di garantire che ognuno possa realizzare il proprio bene attraverso la libertà e l'autonomia. Perciò lo Stato liberale si limita ad assicurare il coordinamento delle libertà dei singoli: entro i confini richiesti da tale coordinamento il singolo gode di una sfera di autonomia difesa contro il potere dello Stato.”, C. MORTATI *Le forme di governo* Padova, Cedam, 1973, pp. 33-4. Specificamente per la situazione americana fino al *New Deal* cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 26-9.

⁴¹⁴ “Under the *Traditional Model of administrative law*, law was understood as a mechanism for preventing government officials from trespassing on private interests when such incursions have not been authorized by the legislature. The sphere of private interest protected against unauthorized intrusion was defined by the common law. In these circumstances, a trial-type hearing Traditionally was required in order to establish the officer's authority to invade constitutionally recognized interests.”, BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 699. I caratteri che contraddistinguevano il *Traditional Model* erano: 1 la compressione di *liberties* e *properties* doveva essere autorizzata dal Legislatore; 2 il procedimento amministrativo doveva essere tale da garantire la precisa, imparziale e ragionevole applicazione della legge che autorizza l'intrusione nella sfera individuale; 3 il *judicial review* doveva essere disponibile per assicurare il rispetto dei principi 1 e 2; 4 il procedimento amministrativo doveva essere tale da facilitare l'eventuale successivo controllo giudiziale. Cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1673-5 e BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 28-9.

(*fair hearing* □ *Due Process*) – oltre che giurisdizionali (*discovery*)⁴¹⁵ – ma era anche limitata da questa finalità nel senso che era riconosciuta solo e nei limiti nei quali risultasse necessaria o utile a tutelarli.

La trasparenza era dunque un mezzo indispensabile alla tutela dei privati coinvolti in un'azione amministrativa e consisteva nell'obbligo per l'amministrazione (ed il correlativo diritto del privato) di far conoscere tutti gli elementi relativi al procedimento e di aprire questo alla sua partecipazione⁴¹⁶.

1.2.2 La costituzione democratica, la forma di governo presidenziale e l'espansione della pubblica amministrazione

Tra la fine dell'800 e gli anni '30 del '900, la situazione muta radicalmente. Solo per semplicità e per comodità scientifica le trasformazioni di cui si dirà sono tutte riconducibili al *New Deal* rooseveltiano, ma in verità hanno radici ben più risalenti, se solo si

⁴¹⁵A questo proposito si consideri questo brano della sentenza *Ohio Bell Tel. Co. v. Public Utilities Commn.* 301 U.S. 292 (1937): "From the standpoint of due process - the protection of the individual against arbitrary action - a deeper vice is this, that even now we do not know the particular or evidential facts of which the Commission took judicial notice and on which it rested its conclusion. Not only are the facts unknown; there is no way to find them out." Si trova in BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 631.

⁴¹⁶Se la pubblica amministrazione non garantisce ciò, l'interessato può richiedere l'intervento del potere giudiziario (*judicial review*) per ottenere il riconoscimento di questo suo diritto, ed in particolare per conseguire sulla base dei principi di *common law* relativi alla *law of evidence*, la *discovery* dei documenti che non fossero *privileged*. Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* sta in MARSH *Public Access to Government-Held Information: a Comparative Symposium* cit., pp. 55-6.

pensa che la prima amministrazione indipendente risale al 1887, con l'*Interstate Commerce Commission*, e che i poteri presidenziali si rafforzano più o meno negli stessi anni così come la lenta espansione dell'apparato burocratico federale.

In primo luogo, il Presidente da mero organo esecutivo della volontà legislativa si afferma sempre più come motore del sistema⁴¹⁷ per una varietà di ragioni che vanno da ragioni contingenti, quali la guerra civile, a motivi sistemici comuni a tutti i paesi occidentali dove l'intervento nell'economia si rafforza e si espandono le funzioni statali. Non è neppure trascurabile il mutamento del sistema elettorale nel 1803 (XII Emendamento) e il ruolo giocato dalla spiccata personalità di alcuni presidenti a cavallo tra Ottocento e Novecento, come in particolare Theodore Roosevelt e Woodrow Wilson⁴¹⁸.

Ma è soprattutto con Franklin Delano Roosevelt che questo processo tocca il suo apice e un nuovo modello (di governo e di amministrazione) diviene chiaramente identificabile.

Il Presidente assume un ruolo centrale nella forma di governo complessiva e diviene il principale titolare della funzione di indirizzo politico, riuscendo ad imporsi sia sul Congresso, di cui nei fatti indirizza la produzione legislativa, sia addirittura sulla Corte

⁴¹⁷ Cfr. G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano: breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. Vol. II. La Costituzione democratica*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 236 e 240 ss.

⁴¹⁸ Su tale evoluzione, cfr. ampiamente R. E. NEUSTADT, *Presidential Power and the Modern Presidents*, New York, The Free Press, 1964.

Suprema (*court-packing plan*⁴¹⁹). La presidenza si istituzionalizza venendosi a definire, anche normativamente nel 1939, un apparato stabile di funzionari alle dirette dipendenze del Presidente (*Executive Office*) che nel corso degli anni sarà suddiviso e affiancato da ulteriori strutture in una crescita esponenziale degli apparati centrali federali⁴²⁰.

Si può a questo punto certamente parlare di una forma di governo presidenziale, che ovviamente non vuole assolutamente alludere alla supremazia di quest'organo, ma piuttosto al suo ruolo di propulsore del sistema⁴²¹.

In secondo luogo, parallelamente e in stretta connessione all'espansione degli apparati centrali e dei poteri presidenziali, si assiste ad un ampliamento della pubblica amministrazione e dei suoi poteri e funzioni⁴²².

⁴¹⁹ *Judiciary Reorganization Bill* 1937.

⁴²⁰ Per ricordare solo alcuni dei principali: Office of Management and Budget; Council of Economic Advisers; Council on Environmental Quality; Office of National Drug Control Policy; President's Foreign Intelligence Advisory Board; United States National Security Council ; United States Domestic Policy Council; Homeland Security Council; National Economic Council ecc.

⁴²¹ E' ormai comunemente accettato che il primo ministro inglese sia ben più "forte" del Presidente americano il quale non può certo controllare l'attività legislativa come invece accade di là dall'oceano: cfr. ampiamente B. ACKERMAN, *La nuova separazione dei poteri. Presidenzialismo e sistemi democratici*, Roma, Carocci, 2003; G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano: breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. Vol. II. La Costituzione democratica*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 240.

⁴²² M.A. KRASNER – S.G. CHABERSKI, *Il sistema di governo degli Stati Uniti d'America : profili istituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 225 ss.; STEWART *The Reformation of American administrative law* cit.

Già a partire dalla fine dell'800, l'apparato federale estende le sue funzioni soprattutto per quanto riguarda la fissazione di tariffe uniformi e la regolazione di determinate attività economiche principalmente al fine di evitare il formarsi di situazioni di monopolio⁴²³. Vengono così create le prime *Independent Regulatory Commissions*⁴²⁴, autorità indipendenti con poteri discrezionali molto ampi, sia di tipo quasi-legislativo (*rule-making*) che di tipo contenzioso (*quasi-judicial*).

Anche questa evoluzione raggiunge il suo culmine con il *New Deal*, quando per superare la depressione del 1929, si assiste ad un incremento esponenziale dell'amministrazione federale sottoposta al controllo del Presidente, ma anche e soprattutto degli apparati indipendenti, cui vennero attribuiti poteri di regolamentazione del mercato per mezzo di atti amministrativi e normativi generali (*quasi-legislative function*)⁴²⁵ e poteri di risoluzione di controversie individuali (*quasi-judicial function*)⁴²⁶, con lo scopo di "to 'save

⁴²³Il primo settore economico interessato furono le strade ferrate. Analoga situazione la si ritrova in G.B. , dove successivamente al 1840 furono emanate varie leggi per regolare il settore delle ferrovie, soprattutto al fine di evitare il formarsi di situazioni di monopolio, e a questo scopo fu anche creato il *Railway Department*. Cfr. CRAIG P.P. *Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 1989, pp. 34-43.

⁴²⁴ Cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases*, Little, Brown and Co., 1982, pp. 26-29.

⁴²⁵ Si è visto sopra (p.) che già alla fine dell'800, erano state create amministrazioni indipendenti (*Independent Regulatory Commissions*) con poteri quasi-legislativi, ma la novità che caratterizzò il *New Deal* fu la quantità di questi enti, delle loro competenze e l'ampiezza dei poteri discrezionali ad essi attribuiti.

⁴²⁶In questo caso, a differenza che per le funzioni quasi-legislative, si tratta di una vera e propria novità, inquanto in passato, data la rigida concezione del principio di separazione dei poteri e di quello di indipendenza dei giudici, il potere di

*capitalism from itself⁴²⁷ by correcting the most obvious failures of the unregulated market while avoiding the socialist alternative of direct government ownership of business enterprise*⁴²⁷.

Si pongono così le basi per la nascita dello stato sociale (*Welfare State*) negli Stati Uniti d'America⁴²⁸, in cui si abbandona il non interventismo in campo economico, tipico della democrazia liberale, a favore di un intenso intervento nell'economia, soprattutto per mezzo della regolamentazione del mercato, del sistema fiscale e di redistribuzione delle risorse economiche, al fine di conseguire “*una ripartizione del prodotto dei beni economici diversa da quella che deriverebbe dal libero gioco dell'iniziativa economica dei singoli*”⁴²⁹.

Lo strumento principale per realizzare i programmi di intervento delineati dal Congresso e dal Presidente, fu appunto la p.a., sia le amministrazioni già esistenti che quelle create *ad hoc*⁴³⁰, attribuendo ad esse amplissimi poteri discrezionali⁴³¹ sia quasi-legislativi che quasi-giudiziari.

risolvere le controversie individuali (*adjudication*) si riteneva che spettasse in via esclusiva al Potere Giudiziario.

⁴²⁷BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 30.

⁴²⁸Cfr. STEWART *Madison's Nightmare* cit., p. 337.

⁴²⁹C. MORTATI *Le forme di governo* cit., p. 62.

⁴³⁰Ad es. *The Securities and Exchange Commission* creata per regolare il mercato dei capitali, *The National Labor Relation Board* per favorire l'occupazione e lo sviluppo della contrattazione collettiva nell'industria, *The Federal Communication Commission* e *The Civil Aeronautics Board* per controllare questi due settori economici, ecc. Cfr. STEWART *Madison's Nightmare* cit., pp. 338-9, BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 30.

⁴³¹Cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1676-7.

Questo processo di trasformazione della forma di governo e dell'amministrazione federale non si ferma, ma anzi continua ininterrottamente fino alle presidenze repubblicane degli anni '70. L'amministrazione si dilata sempre di più, soprattutto con il *Fair Deal* di Truman e la *Great Society* di Johnson. I presidenti rafforzano la loro influenza nei confronti del legislativo (ma si vedrà, non anche verso gli apparati burocratici). Anche le riforme con cui a partire da Nixon si è cercato di sottoporre ad una drastica cura dimagrante l'apparato burocratico, non sono mai riuscite ad intaccarlo seriamente: ad esempio, dalla prestazione diretta di servizi si è passati alla attività di regolazione; dall'esercizio di funzioni si è passati alla delega tramite atti di diritto privato (*outsourcing*); ecc. Ma è sempre rimasta necessaria la presenza di un apparato, più ristretto certo, non più competente a svolgere funzioni e prestare servizi, ma a sovrintendere alla loro erogazione. Come è stato acutamente osservato con l'occhio puntato al futuro, "*it is important that opponents of the administrative state should not assume that it can be abolished. There is no way to predict how large, or how important, the administration will be in five or fifty years' time: it may be larger, or it may be smaller, but it will be there*"⁴³². Un indice, per quanto approssimativo, dell'estensione dei compiti dello stato, e dunque principalmente della sua amministrazione, può essere trovato

⁴³² M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the separation of Powers*, Indianapolis, Foundation Press, 1998, p. 408.

nell'evoluzione del deficit federale in costante aumento, anche sotto le presidenze più sensibili al tema dell'eccesso di burocrazia⁴³³.

In questo nuovo modello di governo, si manifestano delicatissimi problemi sia di compatibilità con il testo della costituzione sia, soprattutto, con la sua ragione ispiratrice, quella di limitare il potere in funzione della protezione delle libertà individuali.

L'amministrazione infatti è divenuta un quarto potere dello stato, accanto all'esecutivo- Presidente, al Congresso e al giudiziario⁴³⁴, cui vengono affidati poteri amplissimi simil-legislativi e simil-giudiziali. Come riconosciuto dalla stessa Corte suprema, "*the rise of administrative bodies probably has been the most significant legal trend of the last century, and perhaps more values today are affected by their decisions than by those of all the courts, review of administrative decisions apart. They also have begun to have important consequences on personal rights. Cf. United States v. Spector, 343 U. S. 169. They have become a veritable fourth branch of the Government, which has deranged our three-branch legal theories much as the concept of a fourth dimension unsettles our three-dimensional thinking*"⁴³⁵ (enfasi aggiunta).

L'esecutivo e l'amministrazione non sono più meri esecutori della volontà del legislatore, ma ad essi viene delegato il potere

⁴³³ Si vedano i dati reperibili sul sito ufficiale www.treasurydirect.gov. Ad oggi (primavera 2008), il debito complessivo ammonta a circa 9.300 miliardi di dollari.

⁴³⁴ Cfr. M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the separation of Powers* cit., 400 ss.

⁴³⁵ Corte Suprema, *U.S. Supreme Court Federal Trade Commission v. Ruberoid Co.*, in 343 U.S. (1952), p. 487 (*dissenting* di JACKSON).

(legislativo) di perseguire in modo tendenzialmente autonomo proprie politiche⁴³⁶.

A sua volta, il Presidente non è più in grado di controllare gli apparati amministrativi. O perché, per loro atto costitutivo, sono indipendenti⁴³⁷ o perché, anche quando sono assoggettati al suo controllo, diviene praticamente impossibile farlo⁴³⁸. Il numero smisurato di impiegati e degli apparati, la specializzazione di questi ultimi, il reclutamento dei primi per merito e la loro tutela contro le discriminazioni per ragioni politiche⁴³⁹, rendono di fatto inverosimile

⁴³⁶ G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano: breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. Vol. II. La Costituzione democratica*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 259 ss.

⁴³⁷ Tra queste non sono comprese solo le *Independent Authorities* ma anche altre amministrazioni o soggetti pubblici autonomi dall'esecutivo: si pensi alle società pubbliche (*government-owned corporations*) - tra cui vanno ricordate l'AMTRAK (*National Railroad Passenger Corporation*), la *Tennessee Valley Authority*, la *Federal Deposit Insurance Company*, il *US Postal Service* (cfr. M.A. KRASNER – S.G. CHABERSKI, *Il sistema di governo degli Stati Uniti d' America : profili istituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 238 ss.) - oppure ad altre amministrazioni ad ordinamento autonomo, come ad esempio alcuni procuratori (come noto, organi dell'esecutivo e non giudiziari) incaricati di indagare sui reati commessi da ufficiali federali: cfr. ad es. Corte Suprema, *Morrison v. Olson*, in 487 U.S. (1988), pp. 654

⁴³⁸ M.A. KRASNER – S.G. CHABERSKI, *Il sistema di governo degli Stati Uniti d' America : profili istituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, pp.65 ss. Come è stato rilevato, “di fatto, la capacità del Presidente di controllare a fondo le attività delle amministrazioni a lui sottoposte sono limitate, e occorre riconoscere che esse agiscono spesso con spazi non indifferenti di autonomia. Questo è il motivo per cui l'amministrazione federale va oggi considerata, realisticamente, un potere distinto dello stato”, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano: breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. Vol. II. La Costituzione democratica* cit., p. 237.

⁴³⁹ Ad es. M.A. KRASNER – S.G. CHABERSKI, *Il sistema di governo degli Stati Uniti d' America : profili istituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 234 ss.

un effettivo controllo da parte di un'unica persona per quanto ampio possa essere lo staff alle sue dirette dipendenze⁴⁴⁰.

La stessa separazione dei poteri - che, assieme al sistema di *checks and balances*, costituiva in origine il principale strumento di garanzia delle libertà individuali - si attenua fortemente già a partire dalla prima metà del '900 o, forse, viene interpretata e applicata in modo assai diverso tale da permettere continui sconfinamenti di campo.

All'esecutivo e alla pubblica amministrazione sono trasferiti, s'è già detto, poteri sostanzialmente legislativi (*quasi-legislative powers*) e ampiamente discrezionali; alle amministrazioni indipendenti, in particolare, sono attribuiti anche competenze quasi-giurisdizionali (*quasi-judicial functions*); a sua volta il Congresso al momento di delegare il potere legislativo all'esecutivo stabilisce anche una serie, talvolta molto penetrante, di controlli non solo sull'esercizio della relativa funzione ma anche della sua concreta attuazione. Il Congresso, dunque, oltre allo storico e tradizionale controllo sulla spesa (derivante dal principio *no taxation without representation*), si assume anche una funzione di supervisione, detta *administrative* o *congressional oversight*, non solo sull'esercizio del potere normativo delegato all'esecutivo e alla p.a., ma anche sulla funzione esecutiva vera e propria, per lo più attraverso le proprie commissioni o per

⁴⁴⁰ Come noto sia lo *spoils system* che il potere presidenziale di nomina (art. II, sez. 2, par. 2, Costituzione 1787) operano solo nei confronti di un numero relativamente piccolo di funzionari pubblici: M.A. KRASNER - S.G. CHABERSKI, *Il sistema di governo degli Stati Uniti d' America : profili istituzionali* cit., p. 235.

mezzo dell'attività ispettiva svolta in proprio o per il tramite di organismi alle sue strette dipendenze (es. *Government Accountability Office* – istituito già nel 1921 con il *Budget and Accounting Act*)⁴⁴¹. Il Presidente, a sua volta, si ingerisce sempre più nell'attività legislativa e nell'agenda parlamentare dettando un vero e proprio programma legislativo - che sarà poi formalmente fatto proprio da singoli parlamentari - attraverso il messaggio sullo stato dell'Unione (art. II, sez. 3, Costituzione U.S.A.) che ogni anno viene personalmente letto dal Presidente dinanzi al Congresso⁴⁴².

Come si concilia tutto questo con la costituzione del 1787 e con il suo spirito, cioè con lo spirito del costituzionalismo che richiede che ogni potere sia limitato e controllato ?

Questa domanda pone in verità due diversi problemi: quello di compatibilità con il testo della costituzione e quello, ben diverso, di rendere il nuovo sistema in armonia con il suo spirito (liberale e democratico). Pone cioè non solo un problema di legittimità del nuovo assetto, ma anche uno ben più grave della sua legittimazione complessiva.

⁴⁴¹ Sul controllo del Congresso sull'esecutivo e sull'amministrazione in genere, cfr. : M.A. KRASNER – S.G. CHABERSKI, *Il sistema di governo degli Stati Uniti d'America : profili istituzionali* cit., pp. 153 ss. e 248 ss.

⁴⁴² Come noto, prima di F.D. Roosevelt con l'eccezione di Th. Roosevelt e Wilson, i presidenti raramente si recavano personalmente in Congresso per leggere il messaggio annuale, mandando dei delegati al loro posto. Il messaggio a sua volta si limitava a fotografare lo stato dell'Unione e pretendeva di formulare possibili scenari legislativi futuri: cfr. G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano: breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. Vol. II. La Costituzione democratica* cit., pp.241 ss.

Gli strumenti classici, che fino ai primi del '900 s'è visto essere usati per garantire il fine democratico e liberale del funzionamento della forma di governo, non sono più sufficienti. La separazione si è radicalmente trasformata permettendo spesso una promiscuità nell'esercizio delle funzioni statali e non sono previsti *checks and balances* nei confronti della pubblica amministrazione, per la semplice ragione che alla fine del '700 essa non costituiva certo un quarto potere.

Il problema che si è dunque affacciato già durante la presidenza Roosevelt, con riferimento ai cennati mutamenti della forma di governo statunitense, riguarda il fatto che "*effective methods of control must be established to safeguard the rights of the individual to prevent the abuse of power by administrators, as much as by the legislature or the policy branch*"⁴⁴³, cioè, in buona sostanza, di assicurare che il sistema così evolutosi risponda allo spirito del costituzionalismo di cui è intrisa la costituzione americana.

1.3 La trasparenza-accesso e la trasparenza-controllo come possibili risposte ai problemi posti dall'evoluzione della forma di governo statunitense

1.3.1 I problemi posti dall'evoluzione della forma di governo e i profili di legittimità costituzionale

⁴⁴³ M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the separation of Powers*, Indianapolis, Foundation Press, 1998, p. 401.

In verità, i cennati problemi sorsero già alla fine dell'800, con riferimento alla legittimità costituzionale della attribuzione di poteri, sostanzialmente legislativi, alle prime *Independent Regulatory Commissions*.

Ad esempio, l'attribuzione alle amministrazioni indipendenti del potere di fissare tariffe per categorie di attività economiche, fu vista come attribuzione di poteri legislativi a organi diversi dal Congresso, dunque contraria al principio di separazione dei poteri e al principio *delegatus non potest delegare*⁴⁴⁴.

I giudici ritennero che, senza alcun dubbio, il potere legislativo delegato dalla Costituzione al Congresso, non potesse essere subdelegato a soggetti terzi, ma che nei vari casi di specie ad essi sottoposti, ciò non si fosse verificato.

Il Congresso, infatti, poteva attribuire a organi amministrativi una *wide discretion*, anche consistente nella fissazione di regole generali, essendo ciò indispensabile per attuare in concreto le leggi, e ciò non avrebbe comportato la delega di poteri legislativi nei limiti in cui il Congresso avesse fissato dei criteri generali a cui le *federal agencies* si sarebbero dovute conformare nell'esercizio di questi poteri discrezionali⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴Infatti il potere legislativo non spetta 'naturalmente' al *Congress*, ma è la Costituzione che lo ha delegato al Congresso; cfr. art. 1 sez. 1 Cost. Stati Uniti d'America.

⁴⁴⁵Cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 44-9.

Il punto di svolta, però, nell'evoluzione della forma di governo con specifico riferimento ai poteri dell'esecutivo⁴⁴⁶, verso la sempre più ampia affermazione del principio di trasparenza amministrativa (*openness*), è dato dal *New Deal* e dallo sviluppo successivo. Roosevelt si trovava a fronteggiare una gravissima depressione economica che i tre presidenti repubblicani precedenti (Harding, Coolidge, Hoover) non erano riusciti ad impedire prima e a fermare poi, né gli Stati membri si erano mostrati in grado di affrontare⁴⁴⁷.

In questo modo venne messo in discussione il principio di separazione dei poteri⁴⁴⁸, che era sempre stato interpretato in maniera rigida dalla giurisprudenza. Anche se in merito al *power to legislate*, come s'è visto sopra, la *non delegation doctrine*⁴⁴⁹ era stata in

⁴⁴⁶In generale cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1676-81, BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 29-32, MASHAW *Due Process in the Administrative State* cit., pp. 1-4 e 12-15, STEWART *Madison's Nightmare* sta in *57 University of Chicago law review* 1990, pp. 337-9.

⁴⁴⁷Cfr. STEWART *Madison's Nightmare* cit., pp. 336-7.

⁴⁴⁸Cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 41-3 e 64-8 e 127-130, STEWART *Madison's Nightmare* cit., p. 338, MORTATI *Le forme di governo* cit., pp. 305-7, quest'ultimo autore parla di vera e propria 'confusione' di poteri in relazione alle *Independent Regulatory Commissions*.

⁴⁴⁹La *non delegation doctrine* si basa su vari principi: 1) separazione dei poteri ("The Anglo-American separation of powers principle not only distinguishes between those who make general laws and those who implement and apply them, but also reserves a special role for an independent judiciary in this process.", BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 42); 2) il principio appartenente alla *common law* (cfr. WADE W. *Administrative Law* cit., pp. 357-9), *delegatus non potest delegare*, infatti si ritiene che le tre funzioni (legislativa, esecutiva, giudiziaria) siano state delegate dalla Costituzione ai tre Poteri (Congresso, Presidente, Giudici), e dunque non siano sub-delegabili.

parte superata già alla fine dell'800⁴⁵⁰, si ebbe un cambiamento della giurisprudenza a causa della legislazione del *New Deal* con cui venivano attribuiti alle amministrazioni indipendenti poteri quasi-legislativi, senza alcuna limitazione effettiva.

Con le sentenze⁴⁵¹ *Panama Refining Co. v. Ryan*⁴⁵² e *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*⁴⁵³, vennero dichiarati incostituzionali alcuni articoli di leggi emanate nei *first 100 days* della presidenza Roosevelt, a causa del fatto che attribuivano alla

⁴⁵⁰Cfr. la sentenza *ICC v. Cincinnati, New Orleans & Texas Pacific Ry.* 167 U.S. 479 (1897).

⁴⁵¹In entrambe queste decisioni viene preso in considerazione il *National Industrial Recovery Act 1933 (NIRA)*, emanato nei primi 100 giorni della Presidenza Roosevelt. Questa legge, tra le altre cose, prevedeva la costituzione nell'ambito delle industrie di rappresentanze dei lavoratori e dei datori di lavoro e disciplinava la possibilità di adottare da parte di queste rappresentanze *codes of fair competition* destinati a regolare l'orario di lavoro, il salario, l'intensità della produzione, ecc. in modo da tentare di stabilizzare prezzi e salari. I *codes* se approvati dal Presidente venivano ad avere il valore di parametri legali di cosa costituiva *fair competition*, la cui violazione doveva essere considerata metodo scorretto di concorrenza con le conseguenze che a ciò conduceva il *Federal Trade Commission Act*. La sentenza *Panama Refining Co. v. Ryan* verteva sull'interpretazione di un 'codice' (*Petroleum code of fair competition*) e sulla legittimità costituzionale della disposizione del *NIRA 1933* che conferiva al Presidente il potere di vietare il trasporto di petrolio tra gli Stati. Questa norma fu considerata incostituzionale in quanto non dettava criteri certi per l'esercizio di quest'ultimo potere. La sentenza *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States* concerneva direttamente la disposizione del *NIRA 1933* che attribuiva al Presidente il potere di approvare un *code of fair competition* in modo da attribuirgli una rilevanza giuridica. Questa norma fu considerata contraria alla Costituzione perché da una parte assegnava al Presidente il potere di dare valore sostanzialmente legislativo ad atti a carattere privato, dall'altra non individuava i parametri da rispettare nell'esercitare questo potere; si trattava dunque di una delegazione di potere legislativo non consentita dalla Costituzione. Il *NIRA* fu oggetto di molte critiche e di vari interventi giudiziari, soprattutto a causa del fatto che sembrava voler introdurre un qualcosa di simile al corporativismo che si sperimentava in Italia sotto il fascismo.

⁴⁵²293 U.S. 388 (1935).

p.a. una *unfettered discretion* nell'emanare regole generali (*quasi-legislative function*).

Si stabilì che era possibile assegnare poteri sostanzialmente legislativi alla p.a., ma solo nei limiti in cui il Congresso avesse fissato dei criteri direttivi per il loro esercizio⁴⁵⁴. Successivamente al 1936, la *Supreme Court* fu sempre più benevola nei confronti della *New Deal legislation*, anche in seguito alle forti pressioni del Congresso, dei *media* e del Presidente, nonché in seguito alla sostituzione di alcuni dei membri più conservatori di quel consesso da parte del Presidente⁴⁵⁵.

Diversamente che per la delega di poteri legislativi, la *non delegation doctrine* continuò ininterrottamente ad essere in vigore per quanto riguarda la funzione giurisdizionale, che si riteneva spettasse in via esclusiva ai giudici⁴⁵⁶.

Il motivo di questa insistenza sul principio di non delegazione per quanto riguarda la funzione giudiziaria, dipendeva molto dalla particolare posizione di indipendenza, caratteristica del mondo anglosassone⁴⁵⁷, di cui godono i titolari di quel potere. In seguito, però, dopo la sentenza *Crowell v. Benson*⁴⁵⁸, si affermò che la p.a.

⁴⁵³295 U.S. 495 (1935).

⁴⁵⁴Si giunge così ad una impostazione molto simile a quella dell'art. 76 della Costituzione italiana, per la legislazione delegata.

⁴⁵⁵Cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 31-2.

⁴⁵⁶In generale, per quanto riguarda l'evoluzione giurisprudenziale, cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 49-68.

⁴⁵⁷Cfr. il brano riportato sopra nella nota 449.

⁴⁵⁸285 U.S. 22 (1932).

potesse decidere, sempre le controversie tra un privato e la p.a. (relative a *public rights*), ma anche quelle tra privati (relative a *private rights*) nel rispetto dei seguenti limiti ricavati dall'art. 3 Cost.: 1 in merito ai *private rights*, i giudici hanno l'ultima parola (*de novo review*); 2 i *jurisdictional facts*⁴⁵⁹ nelle controversie tra privati e p.a. sono soggetti a *de novo review*; 3 le decisioni (*adjudication*) della p.a. sono sempre soggette al *judicial review* su questioni di diritto⁴⁶⁰.

1.3.2 I problemi posti dall'evoluzione della forma di governo e i profili di legittimazione

Così superato, a livello giurisprudenziale, il problema della legittimità costituzionale, del conferimento di poteri quasi-legislativi e quasi-giudiziali alle amministrazioni federali, si pose quello della "legittimazione" dei poteri di questi organi⁴⁶¹ e dunque della loro armonia con lo spirito della costituzione. Si pose cioè il tema del controllo del potere in funzione di "*secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity*" (preambolo della Costituzione americana).

⁴⁵⁹Nozione controversa, che si riferisce a quei fatti "*that their existence is a condition precedent to the operation of the statutory scheme.*", BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 54. Su questa nozione e su quella di *constitutional facts* sorta successivamente allo stesso scopo (soggezione al *de novo review*), cfr. BREYER and STEWART, cit., pp. 62-66.

⁴⁶⁰Cfr. *Administrative Procedure Act* 1946 sec. 10 (e).

⁴⁶¹Cfr. COMBA *Riflessioni sul diritto al giusto procedimento negli Stati Uniti d'America* cit., pp. 271-6.

Per quanto concerne in particolare⁴⁶² le *Independent Regulatory Commissions*⁴⁶³, si pose il problema del controllo e dunque della responsabilità dell'esercizio dei poteri discrezionali. Ciò che venne rilevato in seguito alla massiccia espansione delle amministrazioni e dei loro poteri, fu che il modello tradizionale di amministrazione (*Transmission Belt Model*), basato sui principi di legalità, separazione dei poteri, democrazia rappresentativa⁴⁶⁴ e sulla tutela giurisdizionale degli individui, non era più sufficiente a legittimare questa 'nuova' forma di amministrazione⁴⁶⁵.

Le *Independent Regulatory Commissions*, non previste dalla Costituzione, sono titolari di ampi poteri diretti a realizzare il benessere della collettività, ma non sono tenute a rendere conto del loro operato, anche se in modo indiretto, al popolo: "*Unlike legislators and the Chief Executive, administrators are not elected by the citizenry and not held accountable to the electorate.*"⁴⁶⁶. Lo stesso vale,

⁴⁶²Il problema della legittimazione degli ampi poteri discrezionali spettanti ad autorità al di fuori di controlli da parte di organi rappresentativi, però, si pose anche per le amministrazioni non indipendenti, che sebbene formalmente fossero controllate dal Presidente o dal Congresso, venivano a godere, come s'è visto, di una amplissima discrezionalità, sostanzialmente priva di limitazioni. Infatti il problema della legittimazione democratica di questi poteri delle amministrazioni, deriva dal fatto che da una parte essi sono esercitabili con ampia discrezionalità, e dall'altra i soggetti che li usano non sono responsabili verso gli elettori o verso gli organi che li rappresentano. Cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 123-5 e nota 1 p. 128.

⁴⁶³Queste amministrazioni indipendenti, per le loro particolari caratteristiche che le differenziavano dalle altre amministrazioni federali, furono dette *Headless Fourth Branch of Government*.

⁴⁶⁴Popolo → Congresso → legge → p.a. e popolo → Presidente → controllo p.a.

⁴⁶⁵Cfr. MASHAW *Due Process in the Administrative State* cit., pp. 15-24.

⁴⁶⁶BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 127-8. Si considerino anche i seguenti brani che non si

anche se in misura minore, per tutte le altre amministrazioni dotate di ampia discrezionalità e non in grado, nei fatti, di essere controllate dal Presidente o dal Congresso.

Questa esigenza di legittimazione della amministrazione e dei suoi poteri, fu dapprima soddisfatta facendo ricorso all'argomento della professionalità degli organi e dei loro titolari, venendo in questo modo ad identificare un nuovo modello di amministrazione (*Expertise Model*)⁴⁶⁷.

Secondo questa teoria la discrezionalità delle amministrazioni, in particolare di quelle indipendenti, era più apparente che reale, inquanto si trattava di realizzare le finalità indicate dal Legislatore, tramite il ricorso alle conoscenze tecniche in possesso degli amministratori e, in questo senso, l'amministrare era considerato

limitano alle amministrazioni indipendenti, il primo di HAHN (*Procedural Adequacy in Administrative Decision-Making: A Unified Formulation* cit., p. 486) e il secondo di GELLHORN, BYSE, STRAUSS (*Administrative law* cit., p. 579): “*The relatively free reign of discretion given to a politically responsive decisionmaker utilizing the legislative Models cannot be justified in the apolitical administrative sphere. When the decisionmaker is politically responsive, the polls are a potential check upon its discretion. When the legislature delegates its lawmaking power to an administrator, either for ease in governing or to remove the area of concern from overt political influences, the removal of the potential political restraint on discretion requires the imposition of other restraints in compensation.*”; “*As a political process, a decision mechanism which works largely in private, under the control of individuals who are at best remotely responsible to the electorate and who in their daily work primarily confront and respond to other government officials and those whom they are assigned to regulate, raises what many see as a large questions of responsiveness and responsibility.*”.

⁴⁶⁷Cfr. MASHAW *Due Process in the Administrative State* cit., pp. 18-22; STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1678 e sgg.; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 31.

una *'apolitical science'*⁴⁶⁸. Cioè l'amministratore avrebbe agito come un professionista, non diversamente che da un medico o un architetto: dati certi scopi da conseguire (il benessere economico della collettività, il benessere fisico degli individui, la costruzione di un edificio), sarebbe stato possibile individuare in modo obbiettivo gli strumenti atti a realizzarli. Gli amministratori sarebbero stati legittimati ad esercitare i poteri loro attribuiti, al di fuori di ogni controllo (effettivo), in base alla loro preparazione tecnica e al fatto che essi erano vincolati in quanto per attuare quei fini occorreva rispettare le regole tecniche della scienza amministrativa⁴⁶⁹.

Questa impostazione già prima della Seconda Guerra Mondiale era stata considerata insoddisfacente a causa del fatto che l'amministrazione della cosa pubblica, e dunque l'esercizio di poteri discrezionali, non può essere considerata una scienza esatta⁴⁷⁰, in cui la individuazione degli strumenti per realizzare determinati scopi sia garantita dall'utilizzo di specifiche conoscenze tecniche⁴⁷¹. Infatti sia la individuazione delle finalità da perseguire⁴⁷², data la generalità

⁴⁶⁸Cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., nota 36 p. 1678 e il testo correlato.

⁴⁶⁹Con le dovute cautele, tenendo conto del diverso sistema politico dei due stati e degli scopi che si prefiggevano, si potrebbe accostare l'*Expertise Model* sostenuto dai difensori del *New Deal*, al modello procedimentale collaborativo sviluppatosi durante il fascismo in Italia. Infatti anche in esso l'individuazione degli interessi da perseguire e degli strumenti da usare per realizzarli, è rimessa unicamente alla p.a., a causa della sua competenza tecnica.

⁴⁷⁰Cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., p. 1702.

⁴⁷¹Una cosa è individuare i farmaci da dare per curare una determinata malattia o i materiali per costruire un determinato edificio, altra cosa è stabilire i mezzi migliori per garantire il benessere della maggior parte dei cittadini.

⁴⁷²In cosa consiste il *national welfare*? Cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., p. 1683.

del linguaggio usato dal Legislatore, sia la scelta degli strumenti per realizzarle, data la ampia gamma di interessi in gioco, sono il frutto di un processo privo di oggettività e, in questo senso, ‘politico’⁴⁷³.

Poiché sia il modello tradizionale (*Transmission Belt Model*) non era più sufficiente per legittimare tutti i poteri di questa ‘nuova’ amministrazione⁴⁷⁴ sia il ricorso all’argomento della professionalità degli amministratori si rivelò fallace, fu così che il Legislatore e soprattutto il potere giudiziario cercarono di offrire una soluzione al problema della legittimazione⁴⁷⁵, ricorrendo appunto alla

⁴⁷³Cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., p. 1684.

⁴⁷⁴Principalmente a causa del fatto che l’amministrazione non era più mero strumento esecutivo della volontà di un Legislatore liberamente eletto e sottoposta al controllo di un Presidente anch’esso liberamente eletto. Inoltre il modello tradizionale era ispirato alla necessità di tutelare i diritti e le libertà degli individui avverso l’esercizio di poteri autoritativi, invece con il *Welfare State* l’esigenza principale diviene quella di intervenire nella sfera giuridica privata al fine di assicurare a tutti determinate utilità (cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., p. 1687). Così alle libertà negative, tipiche dello stato liberale, si vengono ad accostare le libertà positive o diritti pretensivi o *privileges* dello stato sociale (cfr. T. MARTINES *Diritto costituzionale* Milano, Giuffrè, 1990, pp. 679-82).

⁴⁷⁵Le soluzioni che in generale erano state proposte e talvolta accolte in specifici settori, erano: 1 abolizione delle amministrazioni indipendenti e *deregulation* del mercato (cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1689-93); 2 ricorso nuovamente alla *doctrine against delegation*, richiedendo che il Legislatore fissi criteri più precisi nella delega di poteri legislativi e giurisdizionali (cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1693-97); 3 autoregolamentazione della discrezionalità per mezzo di *codes of practice* (cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1698- 1702); 4 ricorso ai criteri di tipo sostanziale della scienza economica nell’esercizio della *administrative discretion* (cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1702- 11).

trasparenza (*openness*) e alla regolamentazione del procedimento amministrativo⁴⁷⁶.

1.3.3 La trasparenza-accesso e l'Administrative Procedure Act 1946: una democrazia partecipata ?

La strada per giungere all'*Administrative Procedure Act* (d'ora in poi *APA*) è stata piuttosto lunga e tortuosa.

Gia nel 1939 alcuni parlamentari democratici⁴⁷⁷, contrari alla politica rooseveltiana e appoggiati dalla potente *American Bar Association*, avevano presentato un disegno di legge per tentare di offrire una soluzione ai problemi ricordati (*Walter-Logan Bill*).

Lo scopo principale del disegno di legge era appunto quello di sottoporre a controllo e limiti il potere nelle mani delle amministrazioni (indipendenti e non indipendenti). Lo strumento escogitato era quello di attribuire ai soggetti coinvolti nell'esercizio di tali poteri, garanzie procedurali maggiori di quelle già assicurate

⁴⁷⁶In realtà ciò che venne fatto per legittimare gli ampi poteri discrezionali, per quanto riguarda i procedimenti amministrativi, fu l'aprire (*to open*) il procedimento a tutti gli interessati, che non è altro che un aspetto dell'*openness*, tanto è vero che vari autori trattano in un medesimo capitolo le varie disposizioni in tema di accesso (*Freedom of Information Act 1967*, *Government in the Sunshine Act 1976*, ecc.) e la disciplina della partecipazione procedimentale secondo l'*Interest Representation Model*. Cfr. in questo senso GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., capitolo VI e BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., capitolo 10.

⁴⁷⁷ Si trattava del deputato Francis E. Walter della Pennsylvania e del senatore William Logan del Kentucky.

dalla *due process clause* nonché una più incisiva possibilità di esperire ricorso giurisdizionale (*judicial review of administrative action*).

Il disegno di legge fu approvato da entrambe le camere, ma il Presidente Roosevelt, nel 1940, appose il veto che non fu superato dal congresso per mancanza delle maggioranze prescritte in costituzione.

In verità, Roosevelt era perfettamente a conoscenza del problema che il *Walter-Logan bill* voleva affrontare, ma non ne condivideva gli strumenti e l'impostazione di fondo, nettamente contraria all'espansione del potere amministrativo e tendente a riaffermare puramente e semplicemente i tradizionali *checks and balances* previsti in costituzione. Nel 1936, infatti, il Presidente aveva incaricato una Commissione di studiare il fenomeno (*Committee on Administrative Management*). La relazione finale servì da fondamento ai lavori di un altro comitato, questa volta formalmente nominato dall'*Attorney General*, Frank Murphy (futuro giudice della Corte Suprema), che si sarebbe dovuto occupare della riforma del procedimento amministrativo. Il Comitato, composto da dodici membri, era presieduto da Walter Gellhorn, famoso docente di diritto pubblico della Colombia.

Si giunse così, nel 1946, all'approvazione unanime da parte del Congresso dell'*Administrative Procedure Act*, che venne a disciplinare secondo due modelli (*formal/informal*) i procedimenti amministrativi

sia a carattere individuale (*adjudication*) che generale (*rule-making*), in modo da fornire garanzie procedurali ai privati⁴⁷⁸.

I giudici per parte loro, dapprima abbandonarono la convinzione che la *due process clause* impedisse di incidere sui diritti se non in casi specifici (*substantive due process*) e affermarono che ciò era sempre possibile se nel farlo si fosse garantito un *fair hearing*⁴⁷⁹ (*procedural Due Process*)⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸L' *APA* disciplina due modelli procedimentali (*formal-informal*), che si distinguono a seconda della maggiore o minore intensità di tutela offerta ai partecipanti. La legge anzitutto, nel titolo 5° del U.S. Code sec. 551(4) e (6) pone una distinzione fondamentale tra due tipi di atti amministrativi (*rule-order*), a cui rispettivamente corrispondono due procedimenti diretti ad emanarli (*rulemaking-adjudication*) (titolo 5° del U.S. Code sec. 551(5) e (7)). L' *APA* in particolare detta una definizione particolareggiata di cosa debba intendersi per *rule* (atto di applicabilità generale o particolare destinato a spiegare i suoi effetti in prospettiva futura) (titolo 5° del U.S. Code sec. 551(4)), mentre chiarisce che *order* deve essere considerato qualunque atto amministrativo finale diverso da un *rule*, ma ricomprensivo anche dei provvedimenti autorizzatori (*licensing*) (titolo 5° del U.S. Code sec. 551(6)). L' *APA* così come interpretato dalla giurisprudenza, stabilisce che il modello normale per l'*adjudication* sia quello formale, che deve essere seguito tutte le volte che uno *statutes* richieda, in modo esplicito od implicitamente (ad es. procedimenti a carattere sanzionatorio), che la decisione venga presa unicamente sulla base dei documenti raccolti nel corso del procedimento (*on the record*). Invece la procedura normale per il *rulemaking* è quella informale, detta anche *notice and comment*, a meno che una legge esplicitamente richieda che si decida *on the record*. La procedura *informal (notice and comment)* è stata formulata esclusivamente per il *rulemaking*, infatti nell' *APA* per l'*adjudication*, nel caso non si debba seguire la *formal procedure*, non è disciplinato alcun procedimento informale. Per la stragrande maggioranza delle *adjudications* non è richiesto che si proceda *on the record* e la loro disciplina si ritrova al di fuori dell' *APA*, in: 1 in varie leggi settoriali, 2 in regole interne all'amministrazione, 3 nella Costituzione (*due process clause*), 4 nell'ambito della *judge made law*. Il modello formale è strutturato sul modello del processo giurisdizionale, è dunque simile al *Due Process model* configurato in precedenza dalla giurisprudenza (cfr. oltre nota 490), e si caratterizza oltre che per il gran numero di strumenti a tutela delle parti, per il fatto che la decisione finale può fondarsi unicamente sui documenti

Successivamente la giurisprudenza nell'ambito del *judicial review*, sulla base dell' *APA 1946*, ritenendo che questa legge fosse specificazione della *due process clause* costituzionale⁴⁸¹, estese la legittimazione⁴⁸² a partecipare ai procedimenti amministrativi anche a soggetti diversi dalle *directly affected parties*⁴⁸³, impose all'amministrazione di prendere in dovuta considerazione (*adequate consideration*) tutti gli interessi coinvolti e le alternative possibili

raccolti nel corso del procedimento e deve contenere una motivazione dettagliata. Dove la *formal adjudication* trova applicazione, essa ha soppiantato il modello procedimentale creato dalla giurisprudenza sulla base del V e XIV Emendamento (*trial type bearing*). I giudici hanno ritenuto che questa sostituzione non contrasti con la Costituzione in quanto il *formal model* disciplinato nell' *APA* soddisfa gli standard di procedura richiesti dalla *due process clause*; vale a dire che l' *APA*, per quanto riguarda il modello formale, può essere considerato una specificazione a livello legislativo del V e XIV Emendamento. Il modello informale (*notice and comment rulemaking*) invece si allontana dal *Due Process model* (*trial type procedure*) e si avvicina al *legislative model*, cioè al procedimento normalmente seguito per la formazione di atti legislativi. In esso sono previste garanzie procedimentali minori rispetto a quello formale (ad es. le parti di norma non vengono ascoltate oralmente, ma normalmente possono solo sottoporre all'amministrazione delle memorie per scritto), ma soprattutto la decisione finale non deve unicamente fondarsi sui documenti raccolti nel corso del procedimento, può infatti basarsi su qualunque informazione l'amministrazione ritenga utile. E' inoltre sufficiente un '*concise general statement of the {rule's} basis and purpose*' (titolo 5° del U.S. Code sec. 553). Si può dunque affermare che una delle differenze più importanti tra il modello formale e quello informale riguarda la necessità o meno che la decisione finale (*rule or order*) si fondi unicamente sui documenti (prove raccolte, pareri espressi, valutazioni fornite, ecc.) raccolti e formati nel corso del procedimento. La presenza di una documentazione dettagliata su cui debba insistere il provvedimento finale, viene a facilitare il *judicial review* dell'attività amministrativa, ma soprattutto permette di far luce sul modo in cui i poteri amministrativi siano esercitati; in questo senso il modello formale può essere visto come ulteriore manifestazione del principio di trasparenza amministrativa (*openness*). Cfr. in generale BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 561-593 e 618-633; HAHN *Procedural Adequacy in Administrative Decision-Making: A Unified Formulation* cit., pp. 482-485; GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp.

(*bard look review*)⁴⁸⁴, ritenne tutelate dal V e XIV emendamento anche posizioni diverse dalle *common law liberties and properties*⁴⁸⁵, estese il contenuto delle formalità necessarie per la validità dei procedimenti amministrativi (*hybrid rule-making procedure*)⁴⁸⁶. Infine nel 1990 è stata introdotta una legge con cui si è ancor di più assimilato il procedimento amministrativo di approvazione di provvedimenti generali al procedimento legislativo (*Negotiated Rulemaking Act*).

164-168.

⁴⁷⁹Problemi analoghi (*fair hearing* e procedimento amministrativo) si ritrovano negli Stati Uniti d'America e G.B. Si è visto anzitutto che con l'estensione delle competenze e dei poteri delle amministrazioni negli Stati Uniti d'America, si pose il problema della legittimità costituzionale dell'attribuzione di funzioni sostanzialmente giurisdizionali alla p.a. Si ammise questa possibilità entro determinati limiti (cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 49-68) e a questo punto, però, ci si chiese come la p.a. dovesse agire in questi casi e si ricorse al *procedural Due Process (Natural Justice)*: è sempre possibile limitare *properties* e *liberties* se si garantisce un *fair hearing*. In G.B. invece, non si mise in discussione la possibilità che la p.a. potesse svolgere funzioni sostanzialmente giurisdizionali, a causa sia della assenza di una netta divisione dei poteri (si pensi ai *justices of peace* successivamente all'abolizione della *Star Chamber* nel 1642 fino al 1800, al *board system* dell'800 e agli *administrative tribunals* del 1900) che della assenza di una costituzione rigida. Però si pose il problema di come dovesse agire la p.a. nell'esercizio di questi poteri e si ricorse appunto ai principi di *Natural Justice* (ad es. *Cooper v. Wandsworth Board of Works*, (1863) 14 CB (NS) 180).

⁴⁸⁰Cfr. MASHAW *Due Process in the Administrative State* cit., pp. 4-6 e 24-28; COMBA *Riflessioni sul diritto al giusto procedimento negli Stati Uniti d'America* cit., p. 270.

⁴⁸¹Cfr. sopra nota 478. Cfr. D'ALBERTI M. *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 113; HAHN *Procedural Adequacy in Administrative Decision-Making: A Unified Formulation* cit., nota 76 p. 482, pp. 493-4 e HAHN G. *Procedural Adequacy in Administrative Decision-Making: A Unified Formulation* sta in *Administrative law Review* 1979, pp. 38-9.

⁴⁸²La legittimazione di cui qui si parla è quella 1 a dare l'avvio ad un procedimento amministrativo, 2 a intervenire nel corso di un procedimento amministrativo. Questa legittimazione si distingue, oltre naturalmente che dal

Così ad opera del legislatore e della giurisprudenza⁴⁸⁷, si è venuto ad individuare un nuovo modello di amministrazione (*Interest Representation Model*)⁴⁸⁸, che contribuisce a garantire nell'ottica della trasparenza⁴⁸⁹, la legittimazione di cui si è detto.

Questo modello procedimentale partecipativo, si è sviluppato da una parte per mezzo dell'estensione del modello classico

diritto ad un *fair hearing*, dallo *standing* processuale (*legitimatio ad causam*), con cui si individua il soggetto che ha la possibilità di far valere in giudizio un interesse giuridicamente rilevante. Deve essere però precisato il fatto che l'estensione del diritto a partecipare ad un procedimento amministrativo a favore di un numero sempre più grande di individui, è stata operata dalla giurisprudenza proprio tramite l'estensione dello *standing* processuale. Ad es. si è conferito a coloro che avessero inutilmente richiesto all'amministrazione di partecipare o di dare l'avvio ad un procedimento amministrativo, la legittimazione ad impugnare la decisione amministrativa di rifiutare l'intervento o di non dare l'avvio al procedimento o l'atto finale del procedimento svolto senza la loro partecipazione. Per cui lo *standing* nell'ambito del *judicial review* e il *right to initiation and to intervention* nei procedimenti amministrativi, sono venuti di fatto a sovrapporsi, anche se conservano una loro individualità giuridica. Relativamente allo *standing processuale*, l'evoluzione giurisprudenziale è stata la seguente: originariamente era riconosciuta unicamente ai titolari di *common law rights*, successivamente si ritennero legittimati ad esperire il *judicial review* anche coloro i cui interessi fossero riconosciuti in una legge (*statute*). In un primo momento si richiese che gli interessi protetti da una legge fossero *directly affected* da una azione amministrativa per poter aver diritto ad adire i giudici; successivamente invece si ritenne necessario solo che: 1 gli interessi rientrassero '*within the zone of interests to be protected or regulated under a relevant statute*', 2 i titolari di essi avessero sofferto un *injury in fact*. In questo modo si è venuti a riconoscere una legittimazione processuale sia ad organizzazioni portatrici di interessi collettivi (dell'ambiente, dei consumatori, ecc.) che a singoli portatori di interessi diffusi (*surrogate standing*), cioè che sono condivisi con altri membri di una collettività, ma non riconducibili ad un centro organizzatorio stabile quale un'associazione. Le disposizioni usate dai giudici per operare questa estensione sono state quelle dei vari *statutes* che riconoscevano il diritto al *judicial review* per certe azioni amministrative, ma soprattutto la norma generale contenuta nell'*APA* sec. 10(a) (titolo 5° del U.S. Code sec. 702), in cui si afferma: "*A person suffering legal wrong*

contenzioso (*trial-type hearing*)⁴⁹⁰ a posizioni giuridiche diverse dalle *liberties and properties*⁴⁹¹, dall'altra tramite l'estensione del diritto di partecipare ad un procedimento amministrativo a soggetti diversi dai titolari di interessi *directly affected* dall'azione amministrativa.

Per quanto riguarda il primo punto si è però stabilito che le garanzie procedurali (che hanno appunto a modello quelle processuali) dovessero essere graduate a seconda dell'*interest at stake*: più grave è il pregiudizio, maggiore protezione deve essere

because agency action, or adversely affected or aggrieved by agency action within the meaning of a relevant statute, is entitled to judicial review thereof." Per quanto concerne l'estensione della legittimazione procedimentale si è ricorsi in particolare ad interpretazioni estensive delle sec. 4(b) e 5(b) dell' *APA* ('codificate' come titolo 5° del U.S. Code sec. 553(c) e 554(c)), in cui si riconosce a tutte le *interested persons* il diritto di intervenire nei procedimenti amministrativi ivi disciplinati. Cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1723-1756;; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1186-1211; D'ALBERTI *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 116; STEWART *Madison's Nightmare* cit., pp. 344-346; ARENA G. *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo: analisi dell'esperienza americana* sta in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1976, pp. 283-287; FERRARI G.F. *Il procedimento amministrativo nell'esperienza angloamericana* sta in *Diritto processuale amministrativo* 1993, pp. 436-437.

⁴⁸³Cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1711-16 e pp. 1723-56; MASHAW *Due Process in the Administrative State* cit., pp. 26-28; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1186-1228.

⁴⁸⁴Cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1756-1760; D'ALBERTI *Diritto amministrativo comparato*, cit., pp. 116-120.

⁴⁸⁵*Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970). In questo processo alcuni abitanti di *New York city* avevano agito contro la città e lo stato di *New York* per il fatto che questi avevano cessato o erano in procinto di cessare senza garantire un *pre-deprivation hearing*, benefici economici accordati sulla base di due programmi di assistenza (*Aid to Families with Dependent Children* e *New York State's general Home Relief Program*); ciò si affermava fosse contrario al XIV Emendamento. La Corte Suprema confermando la sentenza del giudice inferiore, ritenne che un *fair hearing* dovesse essere garantito prima di privare questi soggetti dei benefici in questione, e venne ad individuare, per mezzo del *balancing test*, il contenuto che in

assicurata. Si tratta del *balancing test*, individuato nella sentenza *Goldberg v. Kelly* e poi ripreso in successive decisioni⁴⁹²; questo test (*two-stage test*) serve per stabilire, anzitutto, se l'interesse giuridico in gioco rientri tra quelli protetti dal V o XIV emendamento e dunque sia bisognoso di tutela procedimentale, e successivamente per determinare l'intensità della tutela da riconoscere, operando un

questo caso dovesse avere l'*hearing* in modo che fosse rispettato il XIV Emendamento. La sentenza è riportata in BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 719-727. In generale cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1717-22; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 718-772.

⁴⁸⁶Per *hybrid procedure* o *paper hearing* si fa riferimento ad un tipo di procedimento (o sarebbe più corretto parlare di 'procedimenti') creato sulla base del titolo 5° del U.S. Code sec. 553 (*informal rulemaking*) nell'ambito di un orientamento giurisprudenziale degli anni '70 delle *lower courts*, rigettato dalla Corte Suprema, ma accolto settorialmente dal Legislatore e talvolta anche dall'amministrazione (*agency rule of procedure*). I giudici, con particolare riferimento ad aree delicate quali quella della tutela dell'ambiente o della salute dei consumatori, si erano trovati ad affrontare il problema della inadeguatezza dei modelli procedurali configurati nell'*APA*, a causa in particolare della loro eccessiva rigidità. Da una parte, infatti, la procedura formale viene ad offrire ampie garanzie ai soggetti coinvolti a scapito però dell'efficienza della p.a.; ciò può trovare una giustificazione solo laddove importanti interessi privati sono coinvolti nell'azione amministrativa, ma certamente non in ogni caso. Dall'altra parte la procedura informale va a vantaggio dell'efficienza amministrativa, pur riconoscendo una certa protezione degli interessi coinvolti; questa tutela però è insufficiente per interessi di particolare rilievo, ma non tanto da giustificare l'uso della *formal procedure*. La giurisprudenza, per quanto riguarda il *rulemaking*, trovò una soluzione flessibile, venendo appunto a configurare un *hybrid procedure*, vale a dire un modello che sta a metà tra quello formale e informale. Si era affermato che la sec. 553 del titolo 5° del U.S. Code (*notice and comment rulemaking*) individuasse una soglia minima di tutela, tale che se le circostanze, alla luce della *due process clause*, l'avessero richiesto, i giudici avrebbero potuto imporre all'amministrazione il rispetto di formalità ulteriori rispetto a quelle contenute nel titolo 5° del U.S. Code sec. 553 a tutela degli interessi coinvolti. La giurisprudenza stabilì che se le

bilanciamento tra tre interessi⁴⁹³. In questo modo, però, si viene a modificare il modello classico (*trial-type hearing*), soprattutto per adattarlo alle esigenze della *mass justice* dello stato sociale. Infatti ci si accorge che il modello contenzioso non è adatto alla tutela dei *privileges*, anche perché viene a creare un atteggiamento di contrapposizione tra amministrati e amministratori (*'us against them attitude'*⁴⁹⁴).

parti di un procedimento avessero dovuto avere una effettiva *opportunity to participate* (titolo 5° del U.S. Code sec. 553(c)), anzitutto avrebbero dovuto avere la possibilità di conoscere tutti gli elementi su cui l'amministrazione intendesse fondare la decisione finale. Si affermò inoltre che la motivazione di un *rule* adottato con il procedimento informale (*a concise general statement of rule's basis and purpose*) dovesse individuare tutti gli elementi alla base del provvedimento, in particolare si sarebbe dovuto mostrare di aver tenuto in debito conto le memorie presentate dai privati. Per fare ciò, però, e perché i giudici lo potessero accertare, sarebbe stato necessario che la decisione si fondasse unicamente *on the records* (prove, memorie difensive, repliche dell'amministrazione, ecc.). Si venne così ad individuare un procedimento da svolgersi *on the record*, ma che si differenziava da un *formal proceeding* in quanto erano assenti le intense e 'dispendiose' garanzie procedurali tipiche di quest'ultimo, prima tra tutte l'oralità: *testimony, cross-examination*, ecc. In questo senso l' *hybrid procedure* può essere considerata anche espressione del principio di *openness* dato appunto l'importanza che in essa ha la possibilità di conoscere come e perché l'amministrazione agisce in un determinato modo (motivazione dettagliata e decisione *on the record*). Con la sentenza *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council* 435 U.S. 519 (1978), la Corte Suprema rigettò in parte questo orientamento delle *lower courts* affermando che i giudici non potessero, salvo circostanze eccezionali, imporre requisiti procedurali ulteriori rispetto a quelli disciplinati nell'*APA*, il quale già di per sé rispettava il principio costituzionale contenuto nel V e XIV Emendamento. Era invece senza dubbio riconosciuto il potere del Congresso e della stessa p.a. di fissare procedure più complesse, più garantiste di quelle disciplinate nell' *APA*. Ed infatti varie leggi settoriali e vari atti amministrativi hanno configurato procedimenti 'ibridi', in cui non basta la comunicazione dell'avvio del procedimento e la possibilità di commento da parte degli interessati (*notice and comment*), ma neanche è richiesto un *oral hearing* sul modello del processo giurisdizionale (*formal procedure*). Questi ibridi si

Per quanto riguarda poi l'altro punto, quello cioè relativo all'estensione della legittimazione a partecipare a procedimenti amministrativi, per lo più generali, a soggetti titolari di interessi diversi dai *directly affected*, viene configurato un nuovo modello (*Interest Representation Model*), in cui qualunque interessato può partecipare al procedimento amministrativo. La differenza fondamentale tra il modello tradizionale (*trial-type*) e quello partecipativo (*Interest Representation Model*), riguarda lo scopo della

caratterizzano per un *paper hearing*, cioè un contraddittorio svolto per mezzo di memorie scritte dei privati, repliche scritte della p.a., controrepliche dei privati, ecc., e dunque per una decisione che si fonda unicamente *on the record*. Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 189-206; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 592-618; ARENA G. *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo: analisi dell'esperienza americana* cit., p. 426; HAHN *Procedural Adequacy in Administrative Decision-Making: A Unified Formulation* cit., pp. 486-496.

⁴⁸⁷In una specie di moto circolare, infatti le novità legislative sono state sviluppate dalla giurisprudenza e le posizioni dei giudici sono a loro volta state accolte dal Legislatore in nuove leggi, e così via.

⁴⁸⁸Per il quale cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1711 ss.; D.H. ROSENBLOOM, *Retrofitting the administrative state to the constitution: congress and the judiciary's Twentieth-Century progress*, in *60 Public Administration Review*, 2000, pp. 41 ss.

⁴⁸⁹Anzi lo stesso modello partecipativo (*to open the administrative procedure to all the interested parties*) può essere considerato un aspetto della trasparenza amministrativa, intesa come *citizens' access to administrative agencies*. Vedi sopra nota 476

⁴⁹⁰Questo modello classico era stato ricavato dalla giurisprudenza dal V e XIV Emendamento. L'insegnamento tradizionale era il seguente: occorre distinguere tra *rulemaking* e *adjudication*, inquanto solo la seconda attività amministrativa richiede il rispetto della *due process clause* (*Bi-Metallic Investment Co. v. Colorado* 239 U.S. 441 (1915)): "Where a rule of conduct applies to more than few people it is impracticable that every one should have a direct voice in its adoption. The Constitution does not require all public acts to be done in town meeting or an assembly of the whole. General statutes within the state power are passed that affect the person or property of individuals, sometimes to the point of ruin, without giving them a chance to be heard. Their rights are

partecipazione procedimentale. Infatti, mentre nel modello contenzioso⁴⁹⁵ la finalità è quella di tutelare i diritti (*common law rights*) avverso l'esercizio di poteri autoritativi, nel modello partecipativo il fine è quello di permettere agli interessati di partecipare alla gestione della cosa pubblica, e dunque di legittimare i poteri dell'amministrazione⁴⁹⁶.

L'*Interest Representation Model* si fonda sempre sulla *due process clause* applicata all'azione dell'amministrazione federale, ma secondo

protected in the only way that they can be in a complex society, by their power, immediate or remote, over those who make the rule." (si tratta di uno dei brani più citati della sentenza). Dunque la differenza tra *rulemaking* e *adjudication*, secondo l'impostazione della giurisprudenza, dipende dalla specificità o meno del procedimento, vale a dire dalla applicabilità del provvedimento amministrativo finale solo a determinati soggetti o ad una generalità. Nel caso di procedimenti amministrativi individuali (*adjudications*) deve essere sempre garantito un *fair hearing* (*Londoner v. Denver* 210 U.S. 373 (1908)), a meno che si verifichino situazioni di urgenza o necessità tali da permettere solo una *post-deprivation protection* (*North American Cold Storage Co. v. Chicago* 211 U.S. 306 (1908)). Secondo questa ricostruzione tradizionale il *fair hearing* consisteva nell'assicurare nell'ambito di un procedimento amministrativo, garanzie analoghe a quelle che si hanno nel corso di un processo giurisdizionale (*trial type hearing*). Inoltre aveva diritto a tale tutela solo chi fosse stato titolare di *common law rights or liberties*. La situazione cambiò anzitutto con l'emanazione da parte del *Federal Government* dell'*APA*, che da una parte venne a recepire dalla giurisprudenza il modello tradizionale per lo più per quanto riguarda l'*adjudication* (infatti è il *formal model* che normalmente deve essere seguito nei procedimenti individuali, cfr. retro nota 478) e dall'altra riconosce garanzie procedurali, prima sconosciute, nell'ambito del *rulemaking*. L'*APA* trova applicazione solo nei confronti del *Federal Government*, non anche dei singoli Stati (titolo 5° del U.S. Code sec. 551(1)), ed inoltre, come si è detto sopra (nota 478), questa legge non disciplina le *informal adjudication*, che sono la maggior parte dei procedimenti amministrativi individuali. La *due process clause*, dunque, continua a trovare diretta applicazione a livello dei singoli Stati (XIV Emendamento) e talvolta anche a livello federale nell'ambito delle *informal adjudication*. Inoltre, come s'è visto nella nota 478, lo stesso *Administrative Procedure Act* è stato considerato specificazione a livello legislativo della *due process clause*. Successivamente nel corso degli anni '70, per quanto concerne l'*adjudication* (infatti il *rulemaking* continua ad essere

una nuova interpretazione del V e XIV emendamento: *structural Due Process*⁴⁹⁷, in opposizione a *substantial* del modello tradizionale e *procedural* del periodo successivo al *New Deal*⁴⁹⁸. Cioè la partecipazione di qualunque interessato, riconosciuta nella Costituzione (V e XIV emendamento) e regolamentata dal Legislatore e dalla giurisprudenza, ai procedimenti amministrativi (in particolare a quelli generali), in cui si sostanzia l'esercizio di quei

considerato al di fuori della tutela della *due process clause*: *Bi-Metallic Investment Co. v. Colorado*) la giurisprudenza venne a ritenere tutelati dalla clausola costituzionale anche posizioni giuridiche diverse dai *common law rights*, in particolare i vari *privileges* dello stato sociale ('diritto' a diversi tipi di sovvenzione, 'diritto' alla stabilità del posto di lavoro, benefici vari, ecc.) (*Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970)), ma contemporaneamente venne ad affermare che non fosse sempre necessario assicurare un *full oral hearing*, essendo talvolta sufficiente, a seconda delle circostanze, fornire anche garanzie minori. Venne così individuato il *two stages test* con cui si determina: 1 se l'interesse in gioco debba essere protetto dalla *due process clause* (*what interest is entitled to procedural protection*); 2 con che intensità debba esserlo (*what process is due*). Questa ultima valutazione deve fondarsi su di un *balancing test*, che tenga conto di tre elementi: 1 l'interesse pubblico all'efficienza dell'amministrazione (in particolare *to save costs*), 2 l'interesse privato coinvolto nel procedimento, 3 il rischio di un'erronea limitazione dell'interesse privato. Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 147-164; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 699-806; HAHN *Procedural Adequacy in Administrative Decision-Making: A Unified Formulation* cit., pp. 479-482.

⁴⁹¹Cfr. STEWART *Madison's Nightmare* cit., pp. 344-5.

⁴⁹²Cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 719 e sgg.

⁴⁹³1 l'interesse pubblico, soprattutto con riferimento all'esigenza di limitare i costi dell'azione amministrativa; 2 quello relativo al rischio di una erronea limitazione dell' *interest at stake*; 3 l'interesse privato in gioco. Cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 772-789.

⁴⁹⁴Cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 841.

poteri discrezionali di cui si sentiva l'esigenza di legittimazione, viene appunto a legittimarli⁴⁹⁹.

1.3.4 L'insufficienza della trasparenza-accesso a risolvere i problemi posti dall'evoluzione della forma di governo statunitense e l'affermazione della trasparenza-controllo

⁴⁹⁵Si ricordi sviluppatosi nell'ambito di una forma di stato liberale.

⁴⁹⁶Cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1711-1760.

⁴⁹⁷Questa espressione fa riferimento ad una particolare interpretazione della *due process clause* costituzionale. Secondo essa il contenuto del V e XIV Emendamento risponderebbe all'esigenza di legittimazione della posizione di supremazia dell'esecutivo, ed in particolare delle *Independent Regulatory Commissions*. Infatti non essendo più possibile ricondurre i vasti poteri della p.a. al principio di delega di potere da parte del Congresso, a causa soprattutto della quantità enorme di funzioni svolte dall'amministrazione, si è ritenuto di poterli giustificare sulla base della partecipazione dei cittadini all'esercizio di tali poteri. Questa visione della *due process clause* si distingue nettamente dalle precedenti due interpretazioni della clausola costituzionale (*substantive and procedural*); infatti mentre quest'ultime sono dirette a rispondere all'esigenza di tutela dei diritti e libertà dei cittadini, la prima è stata proposta al fine di trovare una risposta al diverso, ma poi non troppo, problema della legittimazione della posizione di supremazia dell'esecutivo nei confronti degli amministrati nell'ambito del *Welfare State*. Cfr. COMBA *Riflessioni sul diritto al giusto procedimento negli Stati Uniti d'America* cit., pp. 269-276.

⁴⁹⁸Cfr. MASHAW *Due Process in the Administrative State* cit., pp. 21-4; COMBA *Riflessioni sul diritto al giusto procedimento negli Stati Uniti d'America* cit., pp. 271-6.

⁴⁹⁹ Con particolare riferimento alle *quasi-legislative function*, si consideri il seguente brano di STEWART (*The Reformation of American administrative law* cit., p. 1712): "Implicit in this development is the assumption that there is no ascertainable, transcendent 'public interest', but only the distinct interests of various individuals and groups in society. Under this assumption, legislation represents no more than compromises struck between competing interest groups. This analysis suggests that if agencies were to function as a forum for all interests affected by agency decisionmaking, bargaining leading to compromises generally acceptable to all might result, thus replicating the process of legislation. Agency

Anche in seguito al ricorso a questo nuovo modello di azione amministrativa (*Interest Representation Model*), che viene a risolvere in parte il problema della legittimazione democratica dei poteri amministrativi nel *Welfare State*, si è continuato a parlare di fallimenti (*failures*) del sistema amministrativo americano⁵⁰⁰. Queste sono le critiche mosse: 1 la p.a. (in particolare le *Independent Regulatory Commissions*) è controllata (*captured*) proprio da quei soggetti (*lobbies*) che essa avrebbe dovuto controllare e regolare⁵⁰¹; 2 la p.a. è sempre meno efficiente a causa dei costi e del tempo necessario per conformarsi in pieno alle regole procedurali, di

decisions made after adequate consideration of all affected interests would have, in microcosm, legitimacy based on the same principle as legislation and therefore the fact that statutes cannot control agency discretion would become largely irrelevant."

⁵⁰⁰Cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 35-40 e 131-161.

⁵⁰¹In realtà questo problema è antecedente alla nascita dell' *Interest Representation Model*. Esso va ricondotto al periodo immediatamente successivo al *New Deal*, in cui lo stato federale venne ad ingerirsi nell'economia e a sua volta i gruppi economici cercarono di dirigere a loro vantaggio questa ingerenza. Però, il problema si acui negli anni '60-'70 ("Since the 1960s, it has been popular wisdom that regulatory agencies are typically 'captured' by the industries that they are supposed to regulate.", STEWART *Madison's Nightmare* cit., p. 341), cioè in corrispondenza con la estensione della legittimazione a partecipare ai procedimenti amministrativi, in particolare generali, e dunque con la nascita del nuovo modello amministrativo. L' *Interest Representation Model* è stato appunto usato al fine di limitare questo '*captured scenario*' (STEWART *Madison's Nightmare* cit., p. 345), infatti si pensò che permettendo a qualunque interessato, in particolare ai portatori di interessi collettivi e diffusi, di prendere parte ad un procedimento amministrativo, si venisse a sottoporre gli amministratori ad un controllo diffuso da parte della collettività. Le cose, però, sono andate diversamente, infatti per poter partecipare ai procedimenti amministrativi, occorre sostenere alti costi, e dunque avere sufficienti risorse economiche, per cui a partecipare per lo più sono le *lobbies*, ora non più solo economiche, ma anche espressione di altri interessi (ambientali, dei consumatori, dei gruppi religiosi, ecc.). Cfr. STEWART *Madison's Nightmare* cit., pp. 341-2.

origine legislativa e giurisprudenziale⁵⁰²; 3 la discrezionalità della p.a. è sempre più estesa⁵⁰³.

Per ovviare a questi sviluppi critici⁵⁰⁴ dell'amministrazione nel *Welfare State*, sono state fatte varie proposte dalla dottrina⁵⁰⁵, sono intervenuti il legislatore, la giurisprudenza e la stessa amministrazione⁵⁰⁶.

⁵⁰²Anche questa critica era già presente prima della nascita dell'*Interest Representation Model*, fin da quando, in via giudiziale (ad es. sentenza *Londoner v. Denver* 210 U.S. 373 (1908)), sulla base del V e XIV emendamento e poi legislativamente (*APA* 1946), si era imposto il rispetto di determinate forme nei procedimenti amministrativi. La critica, però, viene ad alzare il tiro dagli anni '60, a causa della sottoposizione di tutte le azioni amministrative, in particolare *rule-making*, a procedimenti formalizzati, a causa della estensione dei requisiti procedurali, della dilatazione della legittimazione a partecipare a procedimenti amministrativi, dell'estensione della tutela procedimentale anche ai titolari di *privileges*, ecc. Si parla di *over formalization* dei procedimenti amministrativi, dunque di eccessivi costi e ritardi. La giurisprudenza ha cercato di porre un limite a questa *over formalization* e conseguente lievitazione di costi e tempi necessari per terminare un procedimento amministrativo. Ad es. con la sentenza *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council* 435 U.S. 519 (1978) (cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 607-618), la Corte Suprema ha rigettato l'orientamento delle *lower courts*, che avevano creato l'*hybrid rule-making procedure*, imponendo nelle ipotesi di *informal rule-making* disciplinate dall' *APA* 1946, il rispetto di ulteriori requisiti procedurali (cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 189-192). Inoltre al problema della possibile paralisi dell'azione amministrativa a causa dei costi e ritardi dovuti all'estensione della legittimazione procedimentale a tutti gli interessati, i giudici hanno risposto individuando l'esistenza di un limite di fatto, un filtro, all'intervento: i costi che devono essere sostenuti da chi vuole partecipare. Si tratta però, di una soluzione criticata dalla dottrina, cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 637-9; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1191, 1193, 1198.

⁵⁰³Infatti con la estensione della partecipazione procedimentale a qualunque interessato, si sono accresciuti anche gli interessi che devono essere presi in

Di questi la più importante⁵⁰⁷ può sicuramente essere considerata l'affermazione del principio di trasparenza-controllo⁵⁰⁸. Il consolidarsi di questa è frutto sia di innovazioni legislative⁵⁰⁹ che di evoluzioni giurisprudenziali⁵¹⁰ che di rielaborazioni dottrinali.

Si può parlare, in generale, di trasparenza delle amministrazioni federali facendo riferimento a vari istituti giuridici: dall'apertura dei procedimenti amministrativi a qualunque interessato secondo,

considerazione al momento della decisione (*poli-centricity*), e dunque la discrezionalità di che deve compiere la scelta nell'ambito di quella pluralità di interessi (cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1777-9). Inoltre a causa dei costi dell'intervento nei procedimenti amministrativi e al fine di permettere la più ampia partecipazione possibile, sia in leggi settoriali sia in atti amministrativi generali sia talvolta in decisioni giudiziali (ma per queste ultime, cfr. sopra nota 502 in fondo), è stata riconosciuta la possibilità di sovvenzionare da parte della p.a. le *interested parties* che altrimenti non potrebbero partecipare. In questo modo, però, la p.a. viene a godere di una discrezionalità grandissima in ordine all'individuazione dei beneficiari, soprattutto per il fatto che coloro che avrebbero titolo, sono una moltitudine e difficilmente potrebbero essere fissati criteri obbiettivi per determinare chi meglio rappresenti determinati interessi diffusi o collettivi: è più rappresentativa degli interessi ambientali l'associazione x o la y ? Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 659-74.

⁵⁰⁴Oltre a quelli indicate ve ne sono anche altri, cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 35-40.

⁵⁰⁵Cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1790-1813; STEWART *Madison's Nightmare* cit., pp. 348-356; HAHN *Procedural Adequacy in Administrative Decision-Making: A Unified Formulation* sta in *Administrative law Review* 1978, pp. 508-518; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 161-181.

⁵⁰⁶Tra le proposte della dottrina e gli interventi legislativi più interessanti, si può ricordare:

1. un maggiore controllo delle amministrazioni, in particolare di quelle indipendenti, da parte dei tre Poteri: a) controllo delle amministrazioni da parte del Congresso per mezzo del *legislative veto*, cioè “*a clause in a statute which says that a particular Executive action (and by 'Executive' we mean to include the so-called independent agencies.) will take effect only if Congress does not nullify it by resolution within a specified period of time.*” (BREYER and STEWART

appunto, l'*Interest Representation Model*⁵¹¹, all'accesso ai documenti amministrativi (*Freedom of Information Act 1966*), per giungere all'accesso alle sedute degli organi collegiali delle amministrazioni federali (*Government in the Sunshine Act 1976*)⁵¹². Dalla trasparenza-accesso dunque si arriva alla trasparenza-controllo, sulla base della medesima convinzione di fondo: che l'apertura dei processi decisionali pubblici ai diretti interessati (trasparenza-accesso) e al pubblico in generale (trasparenza-controllo) serva da limite alla

Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases cit., p. 96; in generale su questa soluzione cfr. BREYER and STEWART cit., pp. 96-109 e 175-6; MASHAW *Due Process in the Administrative State* cit., p. 30.); b) maggiori poteri di controllo diretti del Presidente, in particolare nei confronti dei dirigenti degli enti pubblici e tramite ad es. l'*Office of Management and Budget* per quanto riguarda le previsioni di spesa (cfr. *Executive Order 12, 291, 46 Fed. Reg. 13193*) (su questo tipo di proposte cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 109-122 e 176-8); c) estensione qualitativa e quantitativa del *judicial review* da parte dei giudici federali (cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1781-9 e 1693-7; STEWART *Madison's Nightmare* cit., pp. 348-9; BREYER and STEWART cit., pp. 178 e 181-3 e 836-7).

2. Un'altra soluzione è la *deregulation* dei settori economici soggetti alla regolamentazione dell' *executive branch* (cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp.1689-1693; STEWART *Madison's Nightmare* cit., pp. 351-2; BREYER and STEWART cit., pp. 162-8).

3. Ancora sono state avanzate proposte relative a nuovi istituti giuridici: un sistema di giustizia amministrativa 'alla francese', l'*ombudsman*, uffici tecnici di valutazione dell'operato delle amministrazioni, figure di amministratori più stabili non soggetti ai cambiamenti di Presidenza (qualcosa di simile ai dirigenti nei dicasteri inglesi), nuovi enti che tutelino interessi diffusi (ad es. un *Consumer Advocate*), l'elezione degli amministratori o la loro designazione da parte degli *interested groups*, ecc. (cfr. BREYER and STEWART cit., pp. 179-181 e 145-149; STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1790-7).

4. Si è anche sostenuta la possibilità di una riorganizzazione della amministrazione secondo il modello dell'impresa privata (qualcosa di simile a *The Next Steps Agencies Initiative* inglese del 1988) (cfr. BREYER and STEWART cit., pp. 172-5).

discrezionalità e alle funzioni, *unchecked* e *unbalanced*, del Quarto Potere⁵¹³.

L'*openness*, così intesa, tende allora realizzare una pluralità di scopi: 1 Anzitutto con l'accesso del pubblico ai documenti amministrativi, alle sedute degli organi collegiali, ai procedimenti amministrativi si viene a realizzare un controllo diffuso degli

5. Si è affermata l'esigenza di una maggiore professionalità dei pubblici impiegati, soluzione troppo vicina all'*Expertise Model* del *New Deal* per essere accolta (cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1702-1711; BREYER and STEWART cit., pp. 168-172).

6. Sono state avanzate anche proposte drastiche, quali l'abolizione completa della regolamentazione del mercato (si tratta di una forma estrema di *deregulation*) e dunque delle *Independent Regulatory Commissions*, o anche lo smantellamento dello stato sociale (cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1689-1693; STEWART *Madison's Nightmare* cit., pp. 349-51; BREYER and STEWART cit., p. 37).

⁵⁰⁷Cfr. D'ALBERTI M. *Diritto amministrativo comparato* cit., p. 173.

⁵⁰⁸Si ricordi che lo stesso modello partecipativo (*to open the administrative procedure to all the interested parties*) viene considerato un aspetto della trasparenza, cfr. sopra nota 489. Il principio di *openness*, nel senso di conoscibilità di informazioni in relazione all'amministrazione (accesso ai documenti amministrativi e alle riunioni degli organi amministrativi collegiali) è normalmente ricondotto al I Emendamento della Costituzione, laddove si garantisce la libertà di parola e di stampa. Questa impostazione, seguita anche dal Congresso al momento dell'adozione del *Government in the Sunshine Act 1976*, si fonda su due principali argomenti, di cui il primo più generale, l'altro più specifico: 1 per poter liberamente parlare e scrivere è essenziale poter conoscere ciò di cui si vuole parlare o scrivere; 2 la libertà di stampa e di parola sono state riconosciute allo scopo principale di rafforzare la democrazia, intesa come governo del popolo. Cioè ognuno deve poter liberamente discutere su come sia gestita la cosa pubblica, allo scopo di poter compiere le migliori scelte politiche; ma per poter far ciò è indispensabile sapere come in effetti sia governata la *res publica*, e dunque deve essere garantita la più ampia possibilità di conoscere come agisce ed è organizzata la p.a.: "How can we govern ourselves if we know not how we govern?"; sono parole dell'*Attorney General* nel 1967 riportate in STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 205 nota n.

amministratori⁵¹⁴ e dunque si viene a limitare una delle maggiori *failures* del *regulatory system*, cioè la parzialità (*bias*) dei pubblici ufficiali a favore dei gruppi di pressione⁵¹⁵. Si viene così ad assicurare una legittimazione democratica agli ampi poteri delegati alle amministrazioni da parte del Congresso, per mezzo del controllo e della partecipazione diretta degli amministrati alla gestione della cosa pubblica⁵¹⁶. 2 La trasparenza contribuisce a rendere più

226. Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 203-206; MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 55.

⁵⁰⁹ *Administrative Procedure Act 1946; Freedom of Information Act 1966; Federal Advisory Committee Act 1972; Government in the Sunshine Act 1976; ecc.*

⁵¹⁰ *Hybrid rule-making procedure; Interest Representation Model; ecc.*

⁵¹¹ La partecipazione procedimentale è vista da parte della dottrina come una forma di trasparenza dell'azione amministrativa (cfr. sopra nota 508), nel senso che questa non solo viene resa visibile a tutti coloro che vi partecipano, ma anche ne viene resa accessibile la conduzione. Inoltre l'esigenza di trasparenza amministrativa è nata proprio nell'ambito della disciplina del procedimento amministrativo, a favore limitatamente dei soggetti che avevano diritto a partecipare in quanto *directly affected* (cfr. sopra p. 195). Infatti sulla base della *due process clause (fair hearing)*, i titolari di posizioni giuridiche (*liberties and properties*) interessate dall'esercizio di un potere autoritativo, avevano diritto ad accedere alle informazioni in possesso della p.a. al fine di poter meglio tutelare i loro diritti, con la possibilità di adire gli organi giudiziari, in caso di inadempimento da parte della p.a., per ottenere la *discovery* dei documenti stessi (MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., pp. 55-8). In generale cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 579 e sgg.; STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1754 e 1761.

⁵¹² Esistono altri istituti che possono essere ricondotti al tema della trasparenza amministrativa, ad es.: *whistleblowing* (per il quale cfr. nota 557), la disciplina delle *ex parte communications* (per la quale cfr. oltre nota 643), i caratteri distintivi dell' *hybrid procedure* (per cui cfr. retro nota 486), ecc.

⁵¹³ L'evoluzione successiva ha mostrato una sorte differente per questi strumenti di trasparenza. Mentre, infatti, l'interesse verso la partecipazione procedimentale è venuto pian piano a indebolirsi (Cfr. STEWART *Madison's Nightmare* cit., pp. 346-8), anche in seguito alle critiche che la dottrina ha mosso nei confronti di

efficiente l'attività amministrativa⁵¹⁷: infatti da una parte, sapendo di essere osservati dall'esterno si tenderà ad agire in modo più accurato, dall'altra, soprattutto per mezzo della partecipazione procedimentale, viene introdotta nel procedimento una pluralità di interessi e dunque si avrà la possibilità di fare scelte più elaborate. 3 La trasparenza amministrativa non viene meno alla sua 'tradizionale' finalità⁵¹⁸, cioè quella di contribuire a assicurare la tutela delle *affected parties* ed ora anche delle *interested parties* nei confronti

questo modello di azione amministrativa (Cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1802-1813; STEWART *Madison's Nightmare* cit., pp. 346-8), invece il FOIA 1966 non solo è stato bene accolto ma tuttora risulta assai apprezzato ed utilizzato.

⁵¹⁴Cfr. MARSH *Access to Government-Held Information: An Introduction* cit., pp. 4-5; HAHN G. *Procedural Adequacy in Administrative Decision-Making: A Unified Formulation* sta in *Administrative Law Review* 1979, pp. 34-5; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1235-6 e 1257-8 e 1228.

⁵¹⁵"{administrative agencies} had been 'captured' by the very firms they were supposed to regulate and had failed to act vigorously to protect the interests of consumers, workers, and other supposed beneficiaries of regulatory programs.", BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 36.

⁵¹⁶Cfr. MASHAW *Due Process in the Administrative State* cit., pp. 15-16 e 22-4; GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 579. "Under our system of government, the very legitimacy of general policymaking performed by unelected administrators depends in no small part upon the openness, accessibility, and amenability of these officials to the needs and ideas of the public from whom their ultimate authority derives, and upon whom their commands must fall.", si tratta di un brano di una sentenza del 1981, riportata in BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 657.

⁵¹⁷Cfr. MASHAW *Due Process in the Administrative State* cit., pp. 197-198; MARSH *Access to Government-Held Information: An Introduction* cit., pp. 4-5; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 601 e 1228. ".we suspect that, the larger the bureaucracy, the more need there is for instituting procedures of communication and participation for those it is intended to serve - as a means of making better decisions in a more tranquil atmosphere.", è un brano della sentenza *Hahn v. Gottlieb* 430 F.2d 1243 (1st Cir. 1970) riportata in BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem,*

dell'esercizio di poteri autoritativi, e dunque anche di ridurre la possibilità di abusi di potere⁵¹⁹. Infatti per poter far valere le proprie ragioni al fine di evitare che un proprio interesse (privato, collettivo, diffuso) venga sacrificato, magari ingiustamente, è essenziale che si conoscano tutti gli elementi sulla base dei quali si intende giustificare l'esercizio di quel potere⁵²⁰.

La trasparenza ha forse operato come il principale correttivo nei confronti dei maggiori problemi che hanno interessato e tuttora interessano l'evoluzione della forma di governo statunitense⁵²¹, sebbene essa stessa, poi, sia stata fonte di ulteriori problemi, come ad es. quello legato alla tutela della *privacy* dei privati o all'utilizzo degli strumenti di accesso a fini di speculazione economica, ecc.

Texts and Cases cit., pp. 798-801.

⁵¹⁸Cfr. sopra p. 195.

⁵¹⁹Parlando di 'abusi di potere' intendo riferirmi non solo ai poteri esercitati volontariamente in modo arbitrario, ma anche a poteri esercitati involontariamente in modo arbitrario e cioè erroneamente. In questo senso si consideri la sentenza *Goss v. Lopez* 419 U.S. 565 (1975) riportata in BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 746-751, in particolare pp. 746-7.

⁵²⁰ "only if a party knows the arguments presented to a decisionmaker can the party respond effectively and ensure that its position is fairly considered.", è il brano di una sentenza del 1982 riportata in BREYER and STEWART cit., pp. 635-640, e si trova a p. 637. In generale a proposito di questa finalità della trasparenza amministrativa (la tutela di posizioni soggettive) si vedano: MASHAW *Due Process in the Administrative State* cit., pp. 175-177; MARSH *Access to Government-Held Information: An Introduction* cit., pp. 2-3; BREYER and STEWART cit., pp. 596-7, 630-1, 812-3.

⁵²¹Esigenza di legittimazione democratica dei poteri amministrativi in particolare delle *independent agencies*, varie *failures* dell'amministrazione americana.

2. La trasparenza-controllo nella disciplina del Freedom of Information Act 1966

2.1 Un inquadramento generale

Il *Freedom of Information Act 1966* (d'ora in poi FOIA)⁵²² è stato emanato sotto forma di emendamento all'*Administrative Procedure Act 1946* Sec. 3.

Quest'ultima legge, infatti, già disciplinava alcune ipotesi di accesso extraprocedimentale, cioè non derivanti, almeno in modo diretto, dal principio di *fair hearing* da applicare nel corso di un procedimento amministrativo. In particolare l'*APA 1946* Sec. 3 prevedeva⁵²³ a carico delle amministrazioni, l'obbligo di pubblicazione sul *Federal Register* determinate informazioni ed il diritto di accedere a determinati documenti indipendentemente dalla pendenza di un procedimento amministrativo⁵²⁴. Il diritto di

⁵²² Sul quale, cfr., ad es. AA.VV., *Government information and the rights of citizens*, in 73 *Michigan Law Review*, 1975, pp. 971 ss.; H.C. RELYEA, *Opening government to public scrutiny: a decade of federal efforts*, in 35 *Public Administration Review*, 1975, pp. 3 ss.

⁵²³ Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., pp. 56-57; GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 581; FERRARI G. F. *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* sta in ARENA G. (a cura di) *L'accesso ai documenti amministrativi* Il Mulino, Bologna, 1991, p. 127; STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 204.

⁵²⁴ Cioè si trattava di un diritto di accesso diverso da quello che qualunque partecipante ad un procedimento amministrativo possiede sulla base della *due process clause* (*fair hearing*) e dall'*APA 1946* sec. 4 e sgg. (accesso endoprocedimentale).

accesso era limitato da un punto di vista soggettivo, perché solo coloro che fossero stati in grado di dimostrare di avere un interesse, consistente nel fatto che i documenti richiesti fossero stati rilevanti per la tutela di un diritto in una futura azione amministrativa, avrebbero avuto diritto ad accedere a quei *records*⁵²⁵. Il *FOIA* invece viene a riconoscere a chiunque un diritto di accesso a tutti i documenti in possesso della p.a., indipendentemente dalla esistenza di un qualunque interesse legittimante⁵²⁶: gli unici limiti infatti sono di tipo oggettivo, cioè relativi alle informazioni contenute nei documenti.

Il *FOIA*, come parte dell'*APA*, è stato inserito nel titolo 5° della raccolta U.S.Code sec. 552 ed ha subito nel corso degli anni varie modificazioni (nel 1974, 1976, 1980, 1984, 1986, 1987)⁵²⁷ quasi tutte tese ad ampliare il principio di trasparenza ed ad offrire a

⁵²⁵Come rileva MICHAEL (*Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 57), si trattava di un istituto analogo a quello della *pre-trial discovery*, cioè della possibilità secondo la *common law*, di ottenere in via giudiziale, con un procedimento che potrebbe essere ricondotto ai nostri di istruzione preventiva (artt. 692 e sgg. c.p.c., art. 670 n. 2 c.p.c., ecc.), la *disclosure* dei documenti in possesso della controparte in vista di un futuro processo giurisdizionale. La differenza consisteva nel fatto che la sec. 3 dell'*APA* 1946 era dettata nell'ottica del procedimento amministrativo e non del processo giurisdizionale.

⁵²⁶L'assenza di limiti soggettivi è un importante differenza del *FOIA* rispetto alla nostra legge n. 241/90, la quale, salvo per quanto concerne l'accesso a pubblicazioni (art. 26), richiede sempre un interesse legittimante l'accesso (artt. 10 lett. a) e 22).

⁵²⁷Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., pp. 57-58; FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., p. 127; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1229-1230.

questo una più ampia tutela⁵²⁸. Il *FOIA* si applica a tutte le *Federal Agencies (independent e executive)* (titolo 5° del U.S. Code sec. 551(1) e sec. 552(f)). Non sono previsti limiti soggettivi all'accesso, giacché questo diritto è riconosciuto a chiunque. Il *FOIA* prevede tre forme di trasparenza: 1 la pubblicazione sul *Federal Register* delle regole relative all'assetto organizzativo e funzionale dell'ente pubblico (titolo 5° del U.S.Code sec.552(a)(1)); 2 la disponibilità per la visione e l'estrazione di copie di vari atti amministrativi, con la previsione di un indice di questi materiali (titolo 5° U.S.Code sec.552 (a)(2)); 3 l'accesso su richiesta di tutti i *records* in possesso dell'amministrazione (titolo 5° U.S.Code sec. 552(A)(3)). L'oggetto del diritto (i documenti accessibili) dipende dunque dalla forma di accesso. La legge disciplina il procedimento per accedere ai documenti amministrativi secondo criteri di informalità e celerità (titolo 5° U.S.Code sec. 552(a)(6)). Il *FOIA* prevede nove ipotesi in cui è escluso l'accesso (titolo 5° U.S.Code sec.552(b)), che non hanno carattere soggettivo (infatti chiunque può accedere, anche il *quisque de populo*), ma oggettivo, riguardano cioè il contenuto delle

⁵²⁸Ad esempio nel 1974, superando il veto del Presidente Ford, il Congresso introdusse la tutela giurisdizionale del diritto di accesso, disciplinò il procedimento di accesso secondo criteri di celerità, regolò il procedimento disciplinare ad opera della *Civil Servant Commission* a carico dei funzionari che avessero arbitrariamente rifiutato l'accesso, prevede la possibilità per i giudici di imporre alla p.a. soccombente il pagamento di tutte le spese processuali, ecc. Ancora, il *Government in the Sunshine Act 1976* contiene anche alcuni emendamenti al *FOIA*, in particolare vengono individuati i parametri da rispettare da parte di uno *statute* al fine di poter determinare l'esclusione dell'accesso per determinati documenti (titolo 5° del U.S. Code sec. 552 (b)(3)), venendo in questo modo a capovolgere l'impostazione data dalla Corte Suprema nella decisione *Robertson v. Butterfield* 422 U.S. 255 (1975).

informazioni; esse sono poste a tutela di interessi giuridici che la legge configura come prevalenti su quello all'accesso. Il *FOIA* disciplina il ricorso giurisdizionale in caso di violazione delle norme in tema di trasparenza e attribuisce alle *Federal Courts* poteri di merito (*de novo review*) e il potere di ispezionare i documenti che si afferma coperti da una delle nove eccezioni (*private inspection*) (titolo 5° U.S.Code sec.552 (a)(4)(B)). Il *FOIA* prevede anche la supervisione da parte del Congresso sull'attuazione della legge (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(f)), tramite l'invio di una serie di *reports* alle Camere.

Prima di passare ad analizzare nei dettagli questa legge, pare opportuno considerare brevemente alcune delle critiche che le sono state mosse⁵²⁹. 1 Sono stati evidenziati gli alti costi che l'amministrazione federale è tenuta a sostenere per l'attuazione delle norme sull'accesso⁵³⁰. 2 La possibilità, salvo eccezioni, che qualunque documento sia visionato da chiunque priva il governo federale di importanti 'fonti' di informazioni, infatti spesso chi vuole cooperare con il *Federal Government* è trattenuto dal farlo a causa del fatto che la sua identità potrebbe essere scoperta. 3 Il *FOIA* è stato usato in gran parte dei casi per scopi diversi da quelli per cui era stato

⁵²⁹In generale su questo problema cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., pp. 83-85; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1230 e 1245-1246.

⁵³⁰Circa 50 milioni di dollari nel 1983 e tra 60 e 100 milioni di dollari nel 1988; cfr. BIRKINSHAW P. *Reforming the Secret State* Milton Keynes-Philadelphia, Open University Press, 1991, p. 65.

emanato⁵³¹; in particolare l'accesso è stato esercitato da imprese commerciali, spesso tramite prestanome, a fini di speculazione economica e di spionaggio industriale⁵³², si sono anche verificati casi di criminali che sono ricorsi al *FOIA* per ottenere informazioni utili per sottrarsi alla giustizia⁵³³. In generale, però, il *FOIA* è stato bene accolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, e il Legislatore stesso non ha fatto molti passi indietro nella realizzazione del principio di trasparenza (*openness*).

Nell'analizzare il *FOIA* seguiremo la seguente ripartizione: soggetto passivo del diritto (amministrazioni soggette alle disposizioni della legge), soggetto attivo (titolare del diritto), varie forme di accesso (pubblicazioni, consultabilità, a richiesta), oggetto (informazioni accessibili), procedimento d'accesso, limiti all'accesso,

⁵³¹Questi consistono principalmente, come si è visto nel par. 1., nell'assicurare un controllo diffuso della p.a. da parte degli amministratori. “.{T}he avowed purpose of the FOIA is to promote public oversight of the conduct of government.”; “.the FOIA can be viewed as a mechanism for correcting agency ‘failure’ by providing broader public knowledge and scrutiny of administrative practices.”, sono brani di BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1230 e 1245.

⁵³²Per mezzo dell'accesso a documenti in possesso della p.a. relativi al *know-how* di altre imprese. Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., pp. 84-85; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1230; GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 606.

⁵³³Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 84. E' anche per questo motivo che nel 1986, sotto le pressioni esercitate dal *Federal Bureau of Investigation*, sono stati emanati degli emendamenti diretti ad ampliare l'eccezione all'accesso relativa ai *law enforcement records* (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b)(7)); cfr. BIRKINSHAW P. *Reforming the Secret State* Milton Keynes-Philadelphia, Open University Press, 1991, p. 59.

tutela giurisdizionale del diritto, supervisione sull'attuazione della legge.

Per quanto concerne il **soggetto passivo**, va detto che sottostanno alle disposizioni del *FOIA* tutte le amministrazioni federali, così come definite nel titolo 5° del U.S. Code sec. 551(1) e sec. 552(f). Con questa espressione (*Federal Agencies*) si fa riferimento a qualunque soggetto pubblico federale⁵³⁴, salve le specifiche esclusioni: ad es. il Congresso, il Potere Giudiziario, ecc. (titolo 5° del U.S. Code sec. 551(1)(A-D)). Il *FOIA* trova applicazione anche nei confronti dell'amministrazione militare (*military departments*), degli enti economici controllati dal governo e di ogni altro ufficio dotato di una qualche autonomia creato all'interno dell'*executive branch* (ad es. *Executive Office of the President*) (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(f))⁵³⁵. Per cui il *FOIA* si applica a 'tutte le amministrazioni'⁵³⁶ federali, salvo limitatissime eccezioni.

⁵³⁴Secondo l'interpretazione giurisprudenziale del titolo 5° del U.S. Code sec. 551(1), per poter parlare di soggetto pubblico (*authority of the Government of the United States*), occorre stabilire se questo goda o meno di una sufficiente autonomia nello svolgimento dei suoi compiti. Cfr. FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., p. 131.

⁵³⁵Nella decisione *Kissinger v. Reporters Committee for Freedom of the Press* 445 U.S. 136 (1980), però, la Corte Suprema stabilì che il *FOIA* non si applicasse al personale alle immediate dipendenze del Presidente e a coloro che nell'ambito dell'*Executive Office* svolgevano esclusivamente funzioni di consulenza e di assistenza del Presidente, come ad es. i membri del *Council of Economic Advisers*. Cfr. FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., p. 131; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1230-1231.

⁵³⁶Questa espressione viene usata nell'art. 27 comma 6 legge 241/90 al fine appunto di far riferimento, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, ad ogni soggetto pubblico. In questo senso cfr. ARENA G. *La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi* cit., p. 36.

Per quanto riguarda il **soggetto attivo** non vi è molto da dire: infatti *'any person'* (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(3)) ha diritto di accedere alle varie informazioni in possesso della p.a. L'assenza di limitazioni soggettive è conforme allo scopo di questo *open government statute*, cioè il controllo diffuso dell'attività e dell'organizzazione amministrativa da parte di qualunque cittadino⁵³⁷.

Il *FOIA* disciplina tre diverse forme di accesso⁵³⁸, rispettivamente nel titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(1); titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(2); titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(3).

1. La prima ipotesi consiste nell'accesso a pubblicazioni che le amministrazioni sono tenute ad effettuare nel *Federal Register* (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(1))⁵³⁹. In queste disposizioni viene imposto alla p.a. di determinare e poi pubblicare certe informazioni al fine di fornire una guida per il pubblico. Queste informazioni concernono: A) la

⁵³⁷ "A cardinal principle of 'open government' statutes is that the person seeking information is not required to provide any reason for inquiring. The inquirer's status as a citizen (or simply as a person, under many laws) in a democracy is a legally sufficient basis for the right of access.", MICHAEL J. *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 56.

⁵³⁸ In generale cfr. FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., p. 128; MICHAEL J. *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 59.

⁵³⁹ Si tratta di un'ipotesi analoga a quella prevista dall'art. 26 legge 241/90, sia per quanto attiene al tipo di accesso (pubblicazione), che per quanto concerne il tipo di informazioni da pubblicare e dunque accessibili (regole organizzative, procedurali, ecc.). Il caso, però, contemplato nel titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(1)(A), ritengo sia riconducibile agli artt. 4 e 5 legge 241/90 (individuazione e comunicazione al pubblico del responsabile del procedimento).

descrizione dell'assetto organizzativo, con particolare riferimento alle strutture centrali e periferiche, all'ufficio e ai funzionari addetti alle relazioni con il pubblico (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(1)(A)); B) le regole procedurali e tutto ciò che attiene allo svolgimento delle funzioni di competenza di quella amministrazione (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(1)(B)); C) le regole *substantive* ed interpretative, di applicabilità generale usate dalle amministrazioni e autorizzate dalla legge (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(1)(C)); D) qualunque integrazione, modifica e revoca delle suddette informazioni (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(1)(D)).

2. La seconda ipotesi riguarda la messa a disposizione del pubblico, in sale di lettura⁵⁴⁰, per la visione e l'estrazione di copie, di determinate informazioni di cui deve essere fatto e mantenuto aggiornato un indice, anch'esso accessibile per la visione e l'estrazione di copie. La mancata accessibilità ed indicizzazione di un determinato atto, o l'assenza della sua notificazione personale alle parti interessate⁵⁴¹, rende quello inutilizzabile, privo di effetto nei confronti di coloro verso cui era destinato a produrre effetto. I documenti che devono

⁵⁴⁰Cfr. MICHAEL J. *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 59; BIRKINSHAW *Reforming the Secret State* cit., p. 55.

⁵⁴¹Infatti la legge al fine della produzione degli effetti giuridici da parte di uno di quegli atti individuati nel titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(2), equipara la loro accessibilità e indicizzazione alla comunicazione personale tempestiva ai soggetti interessati da un azione amministrativa.

in questo modo essere resi accessibili, sono quelli che contengono: A) giudizi, anche quelli concorrenti e dissenzienti (*concurring and dissenting opinions*) se provenienti da un organo collegiale, e decisioni finali di un procedimento amministrativo individuale (*adjudication*); B) determinazioni generali di condotta (*policy-making decisions*) e regole di interpretazione non pubblicate sul *Federal Register*; C) direttive ed istruzioni per il personale che siano rilevanti anche nei confronti del pubblico. Se, in relazione ad alcune di queste informazioni, sorge un'esigenza di tutela della *privacy*, la conseguenza non è quella della non accessibilità, ma della accessibilità degli atti una volta eliminati gli elementi che possono permettere di identificare quell'individuo⁵⁴². In questo caso l'amministrazione è tenuta a giustificare per iscritto e compiutamente questa *deletion*.

3. La terza possibilità di accesso è quella su richiesta (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(3)). La richiesta deve descrivere in modo ragionevole (*reasonably*) il documento e rispettare le regole procedurali fissate dalle amministrazioni. Questa ipotesi di accesso è a carattere residuale⁵⁴³ e di portata generale, perché non si individua il tipo di documenti

⁵⁴²Si tratta di una soluzione simile a quella accolta nella giurisprudenza del Consiglio di Stato in Italia (ad es. decisioni 1036/93 e 21/94), nell'ipotesi di documenti che contengono anche informazioni relative a soggetti terzi.

⁵⁴³ "Except with respect to the records made available under paragraphs (1) and (2) of this subsection, each agency, upon any request, shall make the records promptly available to any person.", titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(3).

accessibili, come nei precedenti casi, ma ci si riferisce genericamente a *'records'*.

Per quanto concerne l'oggetto del diritto, va anzitutto detto che esso consiste in via diretta non tanto in informazioni, ma nei documenti che le contengono⁵⁴⁴. Va poi considerato il fatto che il tipo di documenti accessibili dipende dalla forma di accesso a cui si ricorre. Nelle prime due ipotesi (accesso a pubblicazioni e accesso a documenti consultabili in luoghi determinati), l'oggetto è individuato in modo specifico (paragrafi (1) e (2) della subsec. (a) sec. 552 del titolo 5° del U.S. Code); si tratta cioè di casi in cui solo determinati documenti sono accessibili⁵⁴⁵. Invece l'accesso su richiesta, come si è detto, si riferisce genericamente ai documenti (*records*) in possesso della p.a., senza alcuna ulteriore delimitazione oggettiva. I giudici federali più volte sono intervenuti al fine di precisare il significato del termine *'record'*, che a differenza di molti altri⁵⁴⁶ presenti nel *FOIA* e nell'*APA*, non è ivi definito. Anzitutto è stato detto che per *'agency records'* ci si riferisce unicamente a

⁵⁴⁴In questo senso cfr. MARSH *Access to Government-Held Information: An Introduction* cit., p. 25; MARSH *Public Access to Government-Held Information: A Select Comparative Survey* sta in MARSH (ed.) *Public Access to Government-Held Information: a Comparative Symposium* cit., p. 295. Una situazione analoga la ritroviamo in Italia, in cui oggetto immediato è un documento, ma l'accesso è principalmente diretto alle informazioni in esso contenute. Cfr. *retro* nel capitolo sull'Italia par. 2., la parte relativa all'oggetto del diritto di accesso.

⁵⁴⁵Da questo punto di vista (oggettivo), queste prime due ipotesi sono accostabili a quelle disciplinate negli artt. 26 e 10 lett. a) della legge 241/90 e infatti questi articoli prevedono che solo determinati documenti siano accessibili: quelli da pubblicare a cura dell'amministrazione (art. 26), quelli relativi al procedimento amministrativo in corso (art. 10 lett. a)).

⁵⁴⁶Ad es. *'agency'*, *'person'*, *'party'*, *'rule'*, *'order'*, ecc.

documenti e non ad altri oggetti materiali in possesso della p.a.⁵⁴⁷; inoltre i documenti devono essere attualmente in possesso della p.a. a cui viene fatta la richiesta di accesso⁵⁴⁸.

Come si è detto, in modo diretto il diritto di accesso ha per oggetto dei documenti, ma è chiaro che ciò che è rilevante in sostanza sono le informazioni in essi contenute; è per questo che il *FOIA* prevede la possibilità di frazionare (*segregability*) gli atti amministrativi, nel caso in cui solo alcune delle informazioni in essi racchiuse siano accessibili, mentre le altre no. Ad esempio *ex* titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(2) i documenti contenenti informazioni relative a soggetti terzi sono comunque accessibili una volta eliminate le informazioni concernenti quei soggetti, a tutela della loro *privacy*. Inoltre nella subsec. (b) relativa ai limiti all'accesso, si

⁵⁴⁷In particolare si trattava del caso di una richiesta di accesso ad oggetti relativi all'assassinio del Presidente Kennedy. Cfr. FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., pp. 130-131.

⁵⁴⁸Questa seconda precisazione fu fatta in occasione delle richieste di accesso da parte di vari soggetti alle trascrizioni delle telefonate fatte da Henry Kissinger nel periodo che fu consigliere e poi Segretario di Stato sotto le Presidenze Nixon e Ford. Questi documenti erano stati portati via da Kissinger al momento in cui abbandonò il suo incarico e donati alla *Library of Congress* con la condizione di limitare la loro accessibilità. Nella sentenza *Kissinger v. Reporters Committee for Freedom of the Press* 445 U.S. 136 (1980), la Corte Suprema stabilì che sebbene la rimozione dei verbali fosse illegale, l'*agency* che ne era stata depositaria e che aveva ricevuto le richieste di accesso, non fosse tenuta a recuperare i documenti in modo poi da esibirli ai richiedenti. Infatti per '*agency records*', ed in particolare per '*withholding agency records*' (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(4)(B)), si deve intendere solo quei documenti che sono tuttora in possesso della p.a., per cui se detti atti non lo sono più, allora non si potrà neanche parlare di 'rifiuto di esibire i documenti dell'amministrazione'. Cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1230-1231; FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., p. 131.

stabilisce che “{a}ny reasonably segregable portion of a record shall be provided to any person requesting such record after deletion of the portions which are exempt under this subsection.”⁵⁴⁹. Cioè di fronte ad una richiesta d'accesso, dovrà essere stabilito quali siano le informazioni coperte da una delle eccezioni e quali non, e di queste ultime dovrà essere assicurato l'accesso al richiedente⁵⁵⁰.

Con gli emendamenti al *FOIA* del 1974 si è venuti a regolare, secondo criteri di celerità e semplicità, il **procedimento** d'accesso (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(6))⁵⁵¹. La richiesta del privato deve essere fatta nel rispetto delle regole individuate dall'amministrazione⁵⁵² e deve contenere una descrizione ragionevole dei documenti richiesti, cioè non è necessario il

⁵⁴⁹Si tratta di una soluzione analoga a quella adottata in Italia dal Consiglio di Stato. Cfr. *retro* nota 542.

⁵⁵⁰Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 583.

⁵⁵¹Cfr. FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., p. 129; GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 583-4.

⁵⁵²Queste regole devono essere emanate nel rispetto del procedimento informale (*notice and comment*) previsto dall'*APA* per il *rule-making* (sec. 4), e per poter essere efficaci nei confronti dei destinatari, devono essere pubblicate secondo ciò che prescrive il *FOIA* (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(1)). In queste regole devono essere indicati anche i costi di ricerca e duplicazione, che non possono essere superiori a quelli strettamente necessari. La p.a. deve inoltre determinare criteri e procedure per stabilire quando i costi possono essere ridotti o eliminati a carico del richiedente. La legge indica tre criteri da rispettare: 1 i costi devono ragionevolmente coprire la richiesta, la duplicazione, l'esame dei documenti, quando la richiesta è fatta per scopi commerciali; 2 devono invece limitarsi a quelli che sono ragionevolmente necessari per la duplicazione, se la richiesta è fatta non per scopi commerciali, ma di studio, educativi, di informazione; 3 in ogni altro caso i costi devono ragionevolmente riferirsi alla ricerca e duplicazione. Niente è dovuto se l'accesso viene a contribuire in modo significativo alla comprensione dell'agire amministrativo. Cfr. titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(4)(A) così come modificata dagli emendamenti del 1986.

riferimento a specifici estremi degli atti. Dal momento del ricevimento della richiesta l'ufficio competente ha dieci giorni per rispondere al richiedente per mezzo di comunicazione personale, che deve contenere la motivazione e, in caso di rifiuto d'accesso, anche l'indicazione del funzionario responsabile e del diritto di proporre ricorso gerarchico avverso la decisione (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(6)(A)(i)). Il ricorso gerarchico deve essere deciso entro venti giorni dalla sua proposizione ed in caso di conferma, anche solo parziale, del rifiuto d'accesso, occorre comunicare insieme alla decisione il nome del responsabile del diniego e l'indicazione del diritto di proporre ricorso giurisdizionale (*judicial review*) contro la deliberazione, secondo le regole del titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(4)(B-G) (cfr. titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(6)(A)(ii)). I termini di 10 e 20 giorni possono essere estesi, con tempestiva notificazione all'interessato, nel caso si verificano circostanze eccezionali, quali la necessità di ricercare i documenti in altre sedi, la quantità di atti richiesti, l'esigenza di consultare altre amministrazioni che abbiano interesse a quei documenti, e simili (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(6)(B)). In caso invece di decisione favorevole, i documenti devono essere tempestivamente esibiti al richiedente (*promptly available*) (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(3)).

La **supervisione** da parte del Congresso sullo stato di attuazione delle norme contenute nel *FOIA* è stata disciplinata con

gli emendamenti del 1974 (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(e))⁵⁵³. Prima del 1° di marzo di ogni anno, tutte le amministrazioni soggette al *FOIA* devono far pervenire ai Presidenti di Congresso (*Congress' speaker*) e Senato (*Senate's President*) un rapporto, riferito all'anno precedente, contenente una serie di informazioni relative alle richieste d'accesso, con particolare riferimento a quelle respinte. Inoltre il Ministro della Giustizia (*Attorney General*), entro lo stesso termine, deve presentare un rapporto a carattere generale sullo stato di attuazione della legge, indicando anche i passi compiuti dal *Department of Justice* per incentivare la completa affermazione dei principi contenuti nel *FOIA*⁵⁵⁴. Questa supervisione del Congresso “*is to detect irresponsible denials of access to information, not to inappropriate disclosures.*”⁵⁵⁵.

2.2 Le principali eccezioni all'accesso

La più vasta casistica giurisprudenziale e la maggior parte delle indagini dottrinali sono relative alle **eccezioni** disciplinate nella subsec. (b), titolo 5° del U.S. Code sec. 552. Questa circostanza può essere spiegata sulla base del fatto che, mancando qualunque limite

⁵⁵³Cfr. BIRKINSHAW *Reforming the Secret State* cit., pp. 63-65; GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 584.

⁵⁵⁴Ad es. il Ministero della giustizia organizza conferenze per i funzionari dell'amministrazione, pubblica raccolte di casi giudiziari relativi al *FOIA*, pubblica 'manuali di istruzioni' ad uso dei responsabili per l'accesso, ecc. Cfr. BIRKINSHAW *Reforming the Secret State* cit., p. 60.

⁵⁵⁵GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 584.

di tipo soggettivo all'accesso, le varie amministrazioni sono spesso ricorse a quell'unica arma che avevano a disposizione per limitare l'accesso, cioè appunto i nove limiti oggettivi regolati nella subsec. (b). Inoltre il linguaggio usato dal Legislatore in questa *subsection* è molto generico⁵⁵⁶, per cui spesso la dottrina è intervenuta per chiarirne il senso e molte volte è stato necessario ricorrere al Potere Giudiziario in modo che venisse data una precisa interpretazione delle suddette norme.

Le nove eccezioni disciplinate nel *FOIA* non impongono all'amministrazione di vietare l'accesso nel caso in cui i fatti in esse descritti si verificano, ma semplicemente riconosce a questa la possibilità di sottrarsi alle disposizioni sull'accesso. Da questo fatto è sorto il problema delle *Reverse FOIA Suits*⁵⁵⁷ (per le quali cfr. oltre).

⁵⁵⁶In questo senso cfr. MICHAEL J. *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 59.

⁵⁵⁷A questo proposito pare opportuno far riferimento a tre situazioni in cui può trovarsi un pubblico impiegato: 1 la 'divulgazione' di informazioni coperte da una delle eccezioni, ma comunque non vietata dal *FOIA* (*briefing*); 2 la 'divulgazione' di informazioni coperte da una delle eccezioni, ma vietata da norme diverse dal *FOIA* (*leaking*); 3 la 'divulgazione' di informazioni coperte da una delle eccezioni del *FOIA* e vietata da norme diverse da quest'ultima legge, ma compiuta per soddisfare un interesse pubblico (*whistleblowing*). La prima ipotesi ha dato luogo anche al fenomeno delle *Reverse FOIA Suits*, cioè azioni giudiziali che per lo più si fondono sull'*APA* e che tendono ad impedire all'amministrazione di diffondere informazioni personali al fine di tutelare la *privacy* del soggetto a cui si riferiscono (per queste azioni cfr. oltre nota 615). In relazione alla seconda situazione sorge l'esigenza di una repressione sul piano penale, disciplinare e contrattuale (*contract of employment*), di questa *unauthorized disclosure of informations* a tutela dell'amministrazione. Infine relativamente al *whistleblowing*, è intervenuto il *Civil Service Reform Act 1978*. Questa legge si applica nei casi in cui un pubblico impiegato sveli, in violazione di qualche legge, informazioni che egli ragionevolmente ritenga che possano evidenziare *"a violation of any law, rule, or regulation. {or} mismanagement, a gross waste of funds, an*

Prima di passare a considerare le varie ipotesi di esclusione dell'accesso, va fatto un breve cenno al *Federal Privacy Act 1974*. Infatti lo stesso *Privacy Act* prevede una specifica ipotesi di diritto di accesso a dati personali, con relative eccezioni, ma a differenza del *FOIA*, disciplina anche il diritto di ottenere la correzione e integrazione di essi. Inoltre il *Privacy Act* non è tanto una legge diretta ad escludere o limitare l'accesso per determinate informazioni⁵⁵⁸, né una legge generale a tutela della *privacy*, bensì

abuse of authority, or a substantial and specific danger to public health or safety.”, (*Civil Service Reform Act, sec. 8*). In questo caso la p.a. non può operare ‘rappresaglie’ nei confronti del *whistleblower*, in particolare non può irrogargli sanzioni disciplinari. Lo *Special Counsel*, che viene a sostituire la *Civil Service Commission*, ha il compito di far rispettare questa previsione a tutela dell’impiegato pubblico che ha ‘spifferato’ fatti di malgoverno. Quest’ultimo, oltre che rimanere in silenzio, in realtà ha due possibilità: 1 ‘spifferare’ al pubblico le informazioni che lui ritiene che mostrino fatti di *maladministration*, 2 comunicarle, invece che al pubblico, all’*Office of Special Counsel*, che si occuperà di compiere indagini in merito. In questa seconda ipotesi, diversamente che se le divulga al pubblico, l’impiegato è tutelato anche nel caso di informazioni che costituiscano Segreto di Stato, cioè che siano classificate segrete (*confidential, secret, top secret*) da una legge o da un *Executive Order*, a tutela della difesa interna e delle relazioni internazionali. Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., pp. 79-83; BIRKINSHAW P. *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation* London, Butterworths, 1990, p. 50; BIRKINSHAW P. “*I only ask for information*”-*The White Paper on open government* sta in *Public Law* 1993, p. 561.

⁵⁵⁸Infatti il limite all’accesso relativo alla *privacy* è disciplinato direttamente nel *FOIA* subsec. (b)(4, 6).

viene a disciplinare l'uso di informazioni a carattere personale da parte di una amministrazione⁵⁵⁹.

La prima eccezione⁵⁶⁰ è relativa ad uno degli aspetti principali di quello che è detto *executive privilege*⁵⁶¹, cioè il 'segreto di Stato'. Si tratta delle informazioni non accessibili in quanto: 1 classificate segrete (*confidential, secret, top-secret*) in base ad un *Executive Order*, 'autorizzato' dalla legge, a tutela dell'ordine interno e della politica

⁵⁵⁹Cfr. in questo senso MICHAEL J. *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 74; GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 622. Il *Privacy Act*, inserito nel titolo 5° della raccolta U.S.Code sec. 552a, si fonda su cinque principi di *fair information practice*, elaborati nell'ambito di un rapporto congiunto del Ministro della Sanità (*Secretary of Health*) e dell'*Education and Welfare's Advisory Committee on Automated Personal Data System Records, Computers, and the Rights of Citizens*: 1 non ci devono essere archivi relativi a dati personali, la cui esistenza sia mantenuta completamente segreta; 2 deve essere assicurato ad un individuo di sapere quali informazioni che lo concernono, sono contenute in un determinato documento e come sono usate; 3 deve essere garantito ad un individuo di impedire che informazioni fornite per uno scopo siano usate per scopi diversi senza il suo consenso; 4 deve essere garantito ad un individuo il diritto di avere corrette o modificate le informazioni che lo riguardano, quando esse siano errate o non più attuali; 5 chi raccoglie, conserva, usa, comunica informazioni personali, deve assicurare la loro attendibilità in relazione a quel determinato uso e deve garantire che non siano utilizzate scorrettamente. Il *Privacy Act* riguarda qualunque tipo di *data*, sia conservato in computer che in archivi cartacei; il *Privacy Act*, però, si applica solo alle informazioni relative a persone fisiche e non anche a quelle giuridiche o ad associazioni; infine questa legge detta una disciplina a cui è soggetta solo l'amministrazione federale e non qualunque *data users*. Il *Privacy Act* conferisce un diritto di accesso a dati personali solo a cittadini americani e agli stranieri che abbiano la residenza in America e non a *any person* come fa il *FOIA*. Soggetto passivo sono solo le amministrazioni federali, con notevoli eccezioni: la *Central Intelligence Agency (CIA)*; il *Federal Bureau of Investigation (FBI)* e altre *criminal law enforcement agencies*. L'oggetto delle disposizioni del *Privacy Act* non è qualunque documento (*record*), ma solo un *system of records* che sia riconducibile ad un determinato soggetto. Il *Privacy Act* contiene tre principali gruppi di disposizioni: 1 quelle previsioni che disciplinano l'accesso e il diritto di emendamento dei documenti da parte di coloro a cui questi si riferiscono; 2 quelle che limitano la

internazionale; 2 sempre che quei dati siano stati in concreto correttamente classificati.

L'attuale formulazione del titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b)(1) è frutto di uno degli emendamenti del 1974⁵⁶², con cui si volle ribaltare l'impostazione della giurisprudenza, secondo cui doveva considerarsi definitiva (*conclusive*)⁵⁶³ la classificazione fatta dall'amministrazione⁵⁶⁴. Secondo l'attuale formulazione l'*Executive*

possibilità per l'amministrazione di raccogliere informazioni relative ad individui (ad es. è possibile raccogliere unicamente informazioni 'rilevanti') e di comunicarle all'interno o all'esterno della p.a.; 2 quelle che impongono all'amministrazione, al momento di raccogliere informazioni personali, di informare gli individui a cui vengono richieste, degli scopi della richiesta, se sia obbligatorio rispondere, se le informazioni saranno comunicate a terzi. Le informazioni raccolte non possono essere trasferite ad altre amministrazioni senza il consenso dell'interessato, salve undici eccezioni. Per quanto riguarda il primo gruppo di norme (quelle relative al diritto di accesso e emendamento), va detto che sono previste sette eccezioni che riguardano: 1 informazioni da mantenere segrete a tutela della difesa nazionale; 2 materiale investigativo da usare per scopi di *law enforcement* (si ricordi, però, che gran parte delle *criminal law enforcement agencies* non sono soggette al *Privacy Act* e dunque neanche a questo primo gruppo di disposizioni); 3 informazioni che servano per la tutela del Presidente; 4 informazioni che una legge richiede di conservare ed usare solo per scopi statistici; 5 informazioni che permettano di svelare l'identità di *confidential sources*; 6 informazioni che siano usate esclusivamente per compiere valutazioni in rapporto alla carriera di un impiegato pubblico (promozioni, trasferimenti, ecc.); 7 informazioni del tipo di quelle sub 6, ma relative all'amministrazione militare. Col *judicial review* è possibile: 1 impugnare il rifiuto di garantire l'accesso a informazioni personali, 2 il rifiuto di correggerle o modificarle, 3 l'aver conservato scorrettamente un documento personale, 4 la violazione di qualunque altra disposizione del *Privacy Act*. L'onere della prova per ottenere la correzione grava sul privato. Quest'ultimo può anche agire per ottenere il risarcimento dei danni, se riesce a dimostrare di aver subito un danno e sempre che l'amministrazione abbia agito intenzionalmente o volontariamente. Come per il *FOIA*, il giudice può imporre il pagamento delle spese e dei costi del processo all'amministrazione sostanzialmente soccombente. Si deve dire che nella pratica l'accesso a dati personali è stato quasi sempre richiesto congiuntamente sia sulla base del *FOIA* che del *Privacy Act*, al fine di conseguire i vantaggi dell'uno e

Order deve contenere dei criteri di classificazione⁵⁶⁵ delle informazioni e queste in effetti devono rispettare quei parametri; la valutazione della correttezza di tale classificazione è rimessa in ultima istanza al Potere Giudiziario⁵⁶⁶.

Questa eccezione, come si vedrà in seguito, ha costituito il fondamento di una serie di provvedimenti governativi con i quali si sono estese le informazioni sottratte all'accesso per rispondere alle

dell'altro *statute*. Infatti il *FOIA* si applica a qualunque amministrazione, anche alla *CIA*, alla *FBI* e alle altre *criminal law enforcement agencies*, escluse invece dall'applicazione del *Privacy Act*; il *FOIA* riconosce a chiunque (*any person*) il diritto di accesso, invece il *Privacy Act* solo ai *citizens* e ai *resident aliens*; il *FOIA* si applica in relazione a qualunque *record* e non a *system of records*; il *Privacy Act*, però, prevede il diritto di correzione e modificazione delle informazioni personali che invece non è riconosciuto nel *FOIA*; infine le eccezioni del *Privacy Act* sono più limitate di quelle del *FOIA*. Dunque queste due leggi, per quanto concerne il diritto di accesso, sono tra loro complementari, non si escludono a vicenda. Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., pp. 74-78; FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., pp. 127-128; GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 621-623.

⁵⁶⁰Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., pp. 59-61; FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., pp. 132-133; GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 585-599; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1231-1232; STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 175-176.

⁵⁶¹L'altro è rappresentato dalle eccezioni n. 5 e 7, S. T. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* sta in 26 *The American University Law Review* 1976, p. 175 e nota n. 55 p. 168; GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 592. Ricorrendo alla terminologia usata in Italia si potrebbe parlare di 'segreto di Stato' per l'eccezione n.1 e di 'segreto amministrativo' o 'd'ufficio' per quelle n. 5 e 7. L'*executive privilege* non è disciplinato direttamente dalla Costituzione, ma è stato fatto derivare da essa. In particolare la giurisprudenza ha affermato che dalla netta separazione dei Poteri e delle correlative Funzioni configurata nei primi tre articoli della Costituzione, derivasse il principio per cui un Potere (ad es. *President*) nell'esercizio delle

esigenze di sicurezza emerse a seguito degli attentati dell'11/9/2001⁵⁶⁷.

La seconda eccezione si riferisce ai documenti che attengono in modo esclusivo alle regole interne dell'amministrazione relative al personale e alla prassi seguita⁵⁶⁸. Anche a causa delle divergenze interpretative di Camera e Senato⁵⁶⁹, l'individuazione della precisa categoria di atti a cui l'eccezione si applica, è stata spesso incerta. Sicuramente rientrano nella previsione del titolo 5° del U.S. Code

proprie funzioni non debba essere disturbato dalle ingerenze di altro Potere (ad es. *Judiciary*). Per cui dalla Costituzione, ed in particolare dal principio di rigida separazione dei poteri, deriverebbe la possibilità per il Presidente di invocare il *privilege against disclosure* nei confronti della controparte in un processo, al fine di impedire che i giudici si ingeriscano nella sua sfera di autonomia costituzionalmente riconosciuta. Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 167-168.

⁵⁶²Proprio quello a causa del quale il Presidente Ford aveva posto il suo veto.

⁵⁶³Cioè *not subject to review*.

⁵⁶⁴Così la sentenza *Environmental Protection Agency v. Mink* 410 U.S. 73 (1973), per cui cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 593; MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 60.

⁵⁶⁵Nel *Carter's executive order 12.065*, si affermava la accessibilità di ogni documento salvo che ciò potesse produrre un danno determinabile (*identifiable*) alla sicurezza nazionale; spettava ai pubblici impiegati operare un bilanciamento tra l'interesse all'accesso e quello alla tutela della sicurezza nazionale. Invece con il *Regan's executive order 12.356*, si eliminò la presunzione di accessibilità, la possibilità per i pubblici ufficiali di operare loro direttamente un bilanciamento tra interessi, si eliminò la qualificazione del danno (*identifiable*) e si introdusse la cosiddetta *mosaic theory*, che consiste nel fatto che la dannosità o meno di un'informazione non va valutata in se, ma in relazione al contesto di tutte le altre informazioni conosciute o conoscibili (*in the context of other information*). Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 61; FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., p. 133; BIRKINSHAW *Reforming the Secret State* cit., pp. 58-9; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1232 nota 39.

⁵⁶⁶I giudici, come nelle altre ipotesi, possono conoscere nel merito la decisione amministrativa con cui si rifiuta l'accesso (*de novo review*) ed hanno la possibilità di

sec. 552(b)(2) le 'norme interne' di minore importanza, come ad esempio quelle relative al servizio mensa, ai parcheggi, ecc.⁵⁷⁰; si pongono invece problemi per altri documenti relativi al personale⁵⁷¹ e al significato di 'rule of practice'. Queste incertezze si acuiscono se si viene a considerare gli interessi alla cui tutela è diretta l'eccezione in esame: 1 tutela della *privacy* degli impiegati federali⁵⁷²; 2 protezione del Buon Andamento dell'attività amministrativa contro 'molestie' (*harassment*) da parte dei privati⁵⁷³. Per quanto riguarda il primo

visionare in Camera di Consiglio i documenti controversi (*in camera inspection*). I giudici, però, sono sempre stati molto restii nell'utilizzare questi poteri in particolare in relazione a questa eccezione. Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 61; FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., p. 133; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1232; GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 594.

⁵⁶⁷ Cfr. *Executive Order* 12958 e il *Memorandum* emanato dal Dipartimento per la Giustizia, organo che sovrintende alla corretta applicazione del FOIA, in data 19/3/2002, reperibile all'indirizzo: www.usdoj.gov/oip/index/html

⁵⁶⁸ Noi probabilmente si parlerebbe di 'prassi amministrativa' e di 'norme interne', cfr. SANDULLI *Manuale di diritto amministrativo* cit., pp.80 e 87-89.

⁵⁶⁹ La prima considerava l'eccezione di ampia portata, mentre l'altra Camera proponeva nella relazione alla legge un'interpretazione restrittiva. Cfr. FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., p. 133; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1233; STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 176-177 nota n. 84.

⁵⁷⁰ Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 62; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1233.

⁵⁷¹ Ad es. le raccolte di decisioni disciplinari nell'ambito di un'Accademia militare.

⁵⁷² Tutelata, però, in modo più incisivo anche dalla eccezione n. 6, relativa in generale alla *privacy*.

⁵⁷³ “[T]he general thrust of the exemption is simply to relieve agencies of the burden of assembling and maintaining for public inspection matters in which the public could not reasonably be expected to have an interest.”, si tratta di un brano della sentenza *Department of Air Force v. Rose* 425 U.S. 352 (1976), riportata in GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 618-621, in particolare p. 619.

problema, relativo cioè a quali informazioni interne relative al personale oltre a quelle di minore importanza (parcheggi, mensa, ecc.) siano coperte dall'eccezione (2), è intervenuta la Corte Suprema con la sentenza *Department of Air Force v. Rose* 425 U.S. 352 (1976)⁵⁷⁴. Il Supremo Consesso ritenne che i documenti in questione non rientrassero nella previsione del titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b)(2), inquanto essa si riferisce unicamente a 'routine matters' e ad informazioni che non hanno alcuna rilevanza esterna, la cui accessibilità dunque costituirebbe solo un inutile aggravio del lavoro dell'agency e inutile violazione della privacy del personale dell'amministrazione⁵⁷⁵. La seconda incertezza interpretativa, relativa cioè al significato di 'rule of practice', riguarda in particolare la riconducibilità o meno alla suddetta eccezione dei *law enforcement manuals*, che sono degli atti amministrativi che determinano la prassi da seguire nell'applicazione di una legge. Questi 'manuali', infatti,

⁵⁷⁴Si trattava di un caso in cui degli studiosi avevano richiesto al *Department of Air Force* alcune raccolte di decisioni relative a procedimenti disciplinari nei confronti di cadetti dell'Accademia Aeronautica e l'amministrazione aveva negato loro l'accesso sulla base di varie eccezioni tra cui appunto la (2), cioè anche sulla base del fatto che si trattava di "matters solely related to the internal personnel rules of agency".

⁵⁷⁵Dunque la posizione della Corte Suprema si basa sull'impostazione restrittiva del Senato, per cui solo le materie di secondaria importanza rientrano nell'eccezione in esame. Il riferimento alla Relazione del Senato e non a quella della Camera, deriva dal fatto che solo la prima venne presa in considerazione da entrambi i rami del Congresso. Infatti Il *Senate bill* fu approvato dalla Camera senza modifiche e dunque il Senato non ebbe la possibilità di considerare la relazione (che conteneva interpretazioni divergenti da quella del Senato) della *House of Representatives*. Dunque la Corte Suprema ha affermato che in caso di ricorso ai lavori preparatori del FOIA, nell'ipotesi di divergenze interpretative, prevalga il *Senate report*. Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 173-174 nota n. 76.

essendo relativi alla *practice* seguita dalle amministrazioni, sembrerebbero ricompresi nel titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b)(2), ma occorre anche tener conto del fatto che lo scopo del FOIA è proprio quello di svelare al pubblico il modo in cui agisce la p.a. Una soluzione fornita dalla giurisprudenza⁵⁷⁶, consiste nel determinare se: 1 le informazioni contenute nei *law enforcement manuals* abbiano rilevanza meramente interna, mancando totalmente un interesse pubblico alla loro accessibilità; 2 l'accessibilità di dette informazioni possa produrre un rischio di aggiramento di regolamenti o leggi. Se si verifica uno di questi due presupposti i 'manuali' saranno legittimamente sottratti all'accesso sulla base del titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b)(2)⁵⁷⁷.

L'eccezione (3) fu modificata dal Congresso nel 1976 con il *Government in the Sunshine Act*, al fine di capovolgere l'impostazione della Corte Suprema nella sentenza *FAA v. Robertson*⁵⁷⁸, secondo cui tutte le leggi antecedenti al FOIA che prevedessero casi di segreto non erano state abrogate implicitamente, come le *lower courts* avevano ritenuto fino al 1975, ma erano tuttora in vigore proprio per il rinvio contenuto nell'eccezione in esame⁵⁷⁹. L'attuale

⁵⁷⁶*Department of Air Force v. Rose* 425 U.S. 352 (1976). Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 178.

⁵⁷⁷Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 62; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1234-1235; FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., p. 133; STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 178.

⁵⁷⁸422 U.S. 255 (1975).

⁵⁷⁹In particolare il problema riguardava quelle leggi che concedevano all'amministrazione un potere discrezionale di vietare l'accesso alle informazioni

formulazione della norma invece richiede che uno *statute*, perché possa effettivamente imporre la segretezza per specifici atti, rispetti i seguenti requisiti: 1 non deve lasciare alcuna discrezionalità all'amministrazione nello stabilire il rifiuto all'accesso; 2 detti criteri per determinare il diniego o individui specificamente le materie da mantenere segrete⁵⁸⁰. Proprio per mezzo di una di queste leggi è stato operato il tentativo più importante di limitare la portata del *FOIA*⁵⁸¹: si tratta del *Central Intelligence Agency Records Act 1984*⁵⁸², con cui si sono venuti a proteggere tutti gli *operational files* della CIA.

L'eccezione (4) viene a tutelare insieme alla (6) la *privacy* dei soggetti privati, relativamente ai quali la p.a. per qualche motivo possieda informazioni. Il titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b)(4) viene in particolare a permettere alla p.a. di rifiutare l'accesso a quei dati che costituiscano segreto commerciale e a quelli che avendo carattere commerciale o finanziario siano stati ottenuti da un

in esse tutelate. In questo caso appunto la Corte Suprema ritenne che l'eccezione (3) venisse a sottrarre queste informazioni alle previsioni del *FOIA*, proprio in base al rinvio contenuto nel limite in esame. Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 63; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1235; FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., pp. 133-134; SLOAT R. W. *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* sta in 14 *Harvard Journal on Legislation* 1977, nota n. 39 pp. 627-628.

⁵⁸⁰Questa eccezione tramite rinvio ad altre leggi è simile a quella contenuta nell'art. 24 comma 1 legge 241/90, in cui però, come nell'originario testo del titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b)(3), non vengono determinati i parametri a cui deve conformarsi la legge per imporre il segreto su determinate informazioni.

⁵⁸¹Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., pp. 64-65 e 85-86.

⁵⁸²Inserito nel titolo 50° del U.S. Code sec. 431.

soggetto in modo riservato (*confidentially*) o privilegiato (*in a privileged way*). Lo scopo della norma è duplice: 1 incoraggiare la futura cooperazione dei privati con il ‘governo’; 2 evitare gli svantaggi economici derivanti a soggetti privati dalla pubblicità di informazioni economiche relative a loro⁵⁸³. Perché dette informazioni ricadano nell’eccezione in parola, devono poter essere riconducibili ad una di queste due fattispecie: A ‘*trade secret*’, B informazioni che sono a) a carattere commerciale o finanziario, b) ottenute da una persona, c) in forma privilegiata o confidenziale. A Per quanto concerne il segreto commerciale, i giudici non hanno utilizzato la definizione presente nel *Restatement of Torts Act 1939*⁵⁸⁴, ma ne hanno fornito una più restrittiva⁵⁸⁵. B Perché una

⁵⁸³ “*Apart from encouraging cooperation with the Government by persons having information useful to officials, Section 552(b)(4) serves another distinct but equally important purpose. It protects persons who submit financial or commercial data to government agencies from the competitive disadvantages which would result from its publication.*”, si tratta di un brano della sentenza *National Parks and Conservation Association v. Morton* 498 F. 2d 765 (D.C. Cir. 1974) riportata in GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 600-604, in particolare p. 602. Sempre nella stessa sentenza più oltre si dice: “.{there is} a twofold justification for the exemption of commercial material: (1) encouraging cooperation by those who are not obliged to provide information to the government and (2) protecting the rights of those who must.”. Cfr. anche STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 180.

⁵⁸⁴Secondo il quale costituisce *trade secret* ogni “*formula, pattern, device, or compilation of information which is used in one’s business, and which gives him an advantage over competitors who do not know it or use it.*”, *Restatement of Torts Act 1939* sec. 757.

⁵⁸⁵ “.*a secret, commercially valuable plan, formula, process, or device that is used for making, preparing, compounding, or processing of trade commodities and that can be said to be the end of product of either innovation or substantial effort.*” Cioè il significato di *trade secret* è stato limitato ad informazioni che sono il prodotto di invenzioni o di uno rilevante sforzo lavorativo e che sono utilizzate direttamente nella fabbricazione e produzione di beni. Il brano citato si trova in MICHAEL *Freedom of Information in*

informazione possa ricadere nella seconda fattispecie, occorre che siano rispettati tre requisiti: a) si deve trattare di dati a carattere commerciale o finanziario, per cui ad esempio non ricadono nell'eccezione in esame le informazioni fornite in modo confidenziale da parte di una associazione senza scopi di lucro⁵⁸⁶; b) le informazioni devono essere fornite, spontaneamente o meno, da una 'persona', espressione che i giudici hanno ritenuto riferibile esclusivamente a soggetti estranei alla p.a.⁵⁸⁷; c) infine bisogna che l'informazione sia stata ottenuta in modo confidenziale o privilegiato. Con l'espressione '*confidential information*'⁵⁸⁸ ci si riferisce alle informazioni ricevute con la promessa dell'amministrazione di mantenerle riservate o ottenute in modo coatto, ma in circostanze che facessero presupporre che in merito ad esse si sarebbe mantenuto il segreto⁵⁸⁹. Con la sentenza *National Parks and Conservation Association v. Morton*⁵⁹⁰, si stabilì che si ha *confidential information* nel caso in cui la loro accessibilità: 1) andrebbe a detrimento della capacità dell'amministrazione di ottenere per il

the United States of America cit., p. 65. Cfr. anche BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1230.

⁵⁸⁶Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 605-606.

⁵⁸⁷Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 66; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1236.

⁵⁸⁸Parlando in questo caso di *confidentiality* sarebbe opportuno precisare '*from outside the government*', infatti esiste un diverso tipo di '*confidentiality*' (*within the government*, o *from inside*), che ha attinenza con i rapporti interni tra funzionari amministrativi, la cui tutela si fonda sull'eccezione (5), sulla base di quello che in G.B. verrebbe detto *candour argument*.

⁵⁸⁹Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 601-603.

⁵⁹⁰498 F. 2d 765 (D.C. Cir. 1974).

futuro informazioni utili, 2) verrebbe a procurare un danno sostanziale alla posizione economica del soggetto da cui sono state ottenute⁵⁹¹. Invece le informazioni ottenute in modo 'privilegiato', sono quelle relativamente alle quali si goda di un *privilege against disclosure* sulla base della *common law*⁵⁹². Questa eccezione⁵⁹³ ha dato luogo al fenomeno delle *Reverse FOIA Lawsuits*⁵⁹⁴, cioè a quelle azioni giudiziali da parte dei soggetti a cui le informazioni si riferiscono al fine di impedire all'amministrazione di mostrarle a soggetti estranei che le avessero richieste.

L'eccezione (5), insieme alla (1) e (7), viene a proteggere, al di fuori di un processo, il *common law privilege* del governo consistente nel 'diritto' di sottrarsi all'obbligo di esibire dei documenti in suo

⁵⁹¹Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp.600-606; MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 66; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1236; FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., p. 134. La dottrina ha criticato questo orientamento giurisprudenziale, inquanto ritiene che il danno economico sia irrilevante e che si abbia *confidential informations* e dunque esigenza di tutela, semplicemente quando quei dati non sono normalmente resi pubblici in modo spontaneo da parte del soggetto che li ha forniti all'amministrazione. Questa critica si fonda sui lavori preparatori del FOIA, cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., nota n. 102 p. 180.

⁵⁹²O della Costituzione o della legge. Ad esempio si pensi all'*attorney-client privilege* o al *doctor-client privilege*, ecc.

⁵⁹³Insieme a quella prevista nel paragrafo (6).

⁵⁹⁴Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 606-617; MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., pp. 66-68, 71 e 80; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1248-1253; FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., pp. 136-137; BIRKINSHAW *Reforming the Secret State* cit., p. 59. Di queste azioni giudiziali ce ne occuperemo oltre, in merito all'eccezione (6).

possesto prima di un processo (*executive privilege*)⁵⁹⁵. In realtà i giudici hanno interpretato la previsione contenuta nel titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b)(5)⁵⁹⁶ nel senso che essa si riferisca a tutti i 'privilegi' contro la *discovery* che la p.a. ha la possibilità di opporre nell'ambito di un processo giurisdizionale: 1 *executive (deliberative process) privilege*⁵⁹⁷; 2 *attorney-client privilege*; 3 *attorney work-product privilege*; 4 *working papers privilege*⁵⁹⁸. 1 La prima ipotesi concerne la fase decisoria dei procedimenti amministrativi e viene a tutelare quasi esclusivamente i *pre-decisional documents* che non consistano in *factual information*⁵⁹⁹. Queste informazioni non sono tutelate per un

⁵⁹⁵In G.B. esso era detto fino agli anni '70 *Crown privilege* e successivamente si adottò la denominazione *Public Interest Immunity*. La caratteristica delle eccezioni (1), (5) e (7) consiste nel fatto che esse vengono ad aver valore non in occasione di un processo giurisdizionale, ma in qualunque occasione in cui si richieda l'accesso alle informazioni tutelate da questi limiti.

⁵⁹⁶Oltre a quelle dei paragrafi (1) e (7).

⁵⁹⁷Cioè appunto, quello che viene propriamente detto *executive privilege*, posto a tutela del Buon Andamento dell'attività amministrativa: ".*deliberative process' privilege [is] sometimes called the 'executive' or 'governmental' privilege.*", è un brano della sentenza *Taxation with Representation Fund v. IRS* 646 F. "d 666 (D:C: Cir, 1981), riportata in BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1240-1241, in particolare p. 1240.

⁵⁹⁸Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 585-599; MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., pp. 68-69, 71 e 80; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1237-1242; FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., pp. 134-135; BIRKINSHAW *Reforming the Secret State* cit., p. 56 e nota 11 p. 70.

⁵⁹⁹Cioè in sostanza, l'eccezione in esame, viene a coprire esclusivamente i pareri, le valutazioni, le decisioni preliminari, ecc. antecedenti alla decisione finale, che non siano relativi esclusivamente a fatti, ma ad es. consistano in 'pareri politico-amministrativi' (cfr. CERULLI IRELLI *Corso di diritto amministrativo III*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 67). In questo senso si sono espressi i giudici ad esempio nelle sentenze *National Labor Relations Board v. Sears, Roebuck & Co.* 421 U.S. 132 (1975) e *Mead Data Central, Inc. v. United States Department of the Air Force* 566 F.

qualche loro valore intrinseco, ma in quanto e nei limiti in cui siano funzionali ad un efficiente e regolare corso dell'attività amministrativa. Ciò che caratterizza i *pre-decisional documents* non è solo l'elemento cronologico dell'essere, cioè, relativi alla fase procedimentale antecedente al momento in cui una decisione amministrativa finale venga presa⁶⁰⁰, ma anche il dato funzionale. Cioè perché un documento sia coperto da questa 'immunità' (*executive privilege*), occorre che sia stato posto in essere in vista dell'adozione di un determinato provvedimento amministrativo. Questo elemento è importante per il fatto che l'eccezione in esame, per quanto concerne l'*executive privilege*, è diretta a garantire che all'interno della p.a. gli scambi di informazioni tra ufficiali si svolgano in modo libero e franco (*candour argument*⁶⁰¹)⁶⁰². Per cui, in

2d 242 (D.C. Cir. 1977), sentenze riportate in GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 586-592 e 594- 599.

⁶⁰⁰ "Predecisional materials are not exempt merely because they are predecisional; they must also be a part of the deliberative process within a government agency.", si tratta di un brano della sentenza *Mead Data Central, Inc. v. United States Department of the Air Force* 566 F. 2d 242 (D.C. Cir. 1977), riportata in BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1237-1240, in particolare p. 1239 e GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 594-599, in particolare p. 597.

⁶⁰¹In realtà questa espressione è usata soprattutto in G.B., negli Stati Uniti d'America invece si parla di *fishbowl argument*, cioè gli amministratori devono poter discutere tra loro in modo libero senza che siano continuamente controllati come se si trovassero in una boccia di vetro per pesci. Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 192.

⁶⁰²Cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1237; STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 192-194. Si fa riferimento anche ad altri due scopi: 1 evitare che l'accesso prematuro a informazioni relative alla programmazione di determinate attività generali, prima che esse siano state definitivamente adottate, possa turbare la loro individuazione; 2 evitare la

certi casi, anche i documenti contenenti *purely factual information* possono essere legittimamente esclusi dall'accesso, se ciò sia necessario per tutelare il processo decisionale prima dell'adozione di una determinazione definitiva⁶⁰³. Normalmente, però, i documenti esclusi sulla base di questo 'privilegio' sono quelli contenenti pareri, valutazioni, raccomandazioni, ecc. che sono state formulate in ordine all'adozione di una determinata decisione amministrativa. Sono invece soggetti all'accesso i *post-decisional documents*, cioè tutti quelli che seguono l'adozione di un provvedimento amministrativo e tendono a 'spiegarlo', così come anche i documenti o parti di documenti antecedenti ad una decisione, contenenti *purely factual information*, con la precisazione fatta sopra. 2 La seconda ipotesi viene a proteggere i documenti relativi al rapporto tra l'ufficio legale di una amministrazione e l'amministrazione destinataria della consulenza (cliente), sempre che le informazioni in questione consistano in pareri legali relativi alle implicazioni di un determinato procedimento amministrativo e abbiano carattere

confusione che si realizzerebbe nel pubblico, se si rendessero accessibili motivazioni di atti, per lo più a carattere generale, che non siano quelle definitive. Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 68.

⁶⁰³ "In some circumstances, however, the disclosure of even purely factual material may so expose the deliberative process within an agency that it must be deemed exempted by § 552(b)(5).", si tratta di un brano della sentenza *Mead Data Central, Inc. v. United States Department of the Air Force* 566 F. 2d 242 (D.C. Cir. 1977), riportata in BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1237-1240, in particolare p. 1239 e GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 594-599, in particolare p. 597.

confidenziale⁶⁰⁴. 3 La terza ipotesi concerne l'*attorney work-product privilege*, che viene a tutelare “*memoranda prepared by an attorney in contemplation of litigation which set forth the attorney’s theory of the case and his litigation strategy*”⁶⁰⁵, cioè i documenti preparati da un ufficio legale in vista di un processo⁶⁰⁶. 4 La quarta ipotesi concerne gli atti amministrativi antecedenti alla conclusione di un contratto attinenti alle valutazioni interne, alla considerazione delle alternative possibili, alla negoziazione⁶⁰⁷. Vanno fatte ancora due notazioni relativamente all’eccezione in parola. Anzitutto il titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b)(5) si applica solo alle informazioni relative ai rapporti tra uffici di una stessa amministrazione (*intra-agency*) o di amministrazioni diverse (*inter-agency*), ma non a quelli tra questi e soggetti estranei all’amministrazione⁶⁰⁸. Infine va detto che con

⁶⁰⁴Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 596-597; MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 69; FERRARI *L’accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., p. 135.

⁶⁰⁵Si tratta di un brano della sentenza *National Labor Relations Board v. Sears, Roebuck & Co.* 421 U.S. 132 (1975), riportata in GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 586-592, in particolare p. 589.

⁶⁰⁶Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 69.

⁶⁰⁷Questo ultimo ‘privilegio’ in realtà è più limitato di quello che si potrebbe pensare, a causa delle regole procedurali dell’APA 1946 che nella stragrande maggioranza dei casi devono essere rispettate dalla p.a. nei procedimenti di sua competenza, anche quelli diretti alla conclusione di un contratto. Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., pp. 69-70 e GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 597-598.

⁶⁰⁸Si consideri ad es. il seguente brano: “*Predecisional material are not exempt merely because they are predecisional; they must also be a part of the deliberative process within a government agency. Vaughn v. Rosen (Vaughn II), 523 F.2d 1136, 1144 (D.C. Cir. 1975). The documents in this case which would reveal the Air Force’s internal self-evaluation of its contract negotiations, including discussion of the merits of past efforts, alternatives currently available, and recommendation about the ‘deliberative’ or negotiating*

particolare riferimento a questa eccezione è stata usata la previsione finale della subsec. (b), relativa alla frazionabilità dei documenti contenenti anche informazioni non accessibili⁶⁰⁹.

L'eccezione (6) è relativa alla tutela della *privacy*⁶¹⁰ e concerne tutti i dati relativi ad individui (*personal files*)⁶¹¹, in particolare quelli clinici (*medical files*) ed ogni altra informazione di questo tipo (*similar files*). Perché possa trovare applicazione l'eccezione in esame, non basta essere alla presenza di dati che possiedono i suddetti caratteri,

process outside an agency, between itself and an outside party, does not.”, si tratta di un brano della sentenza *Mead Data Central, Inc. v. United States Department of the Air Force* 566 F. 2d 242 (D.C. Cir. 1977), riportata in BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1237-1240, in particolare p. 1239.

⁶⁰⁹ “*Any reasonably segregable portion of a record shall be provided to any person requesting such record after deletion of the portions which are exempt under this subsection.*”, titolo 5° del U.S. Code sec. 552 (b).

⁶¹⁰ Si è già accennato al fatto che il *Federal Privacy Act* 1974 non sia tanto una legge posta a tutela in generale della *privacy* e dunque anche diretto a limitare ulteriormente, rispetto a ciò che è già disposto nel titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b), il diritto di qualunque cittadino ad accedere alle informazioni in possesso della p.a., quando esse concernano un soggetto terzo. Il *Privacy Act* 1974 è piuttosto orientato alla regolamentazione dell'uso di informazioni personali da parte della p.a., venendo esso stesso a riconoscere ai soggetti interessati un diritto di accesso e di correzione dei dati che li riguardano. Cfr. retro nota 559. Va detto che sebbene non siano stati formalmente coordinati il *Privacy Act* 1974 e l'eccezione (6) del *FOIA*, i giudici hanno tentato di farlo per esigenze di coerenza del sistema: “*Agencies are now faced with a dilemma. If they refuse to disclose the material they risk being sued by the party who requested the files under the FOIA. Under the FOIA the court may award to a successful plaintiff his costs and attorney's fees. If on the other hand, agencies release material, they risk being sued under the Privacy Act by the person who is the subject of the file. In that case, the plaintiff might win by showing that the file was exempt from disclosure under the FOIA. A successful Privacy Act plaintiff can collect not only his costs and attorney's fees but also actual damage sustained because of the disclosure. Thus the agencies open themselves to possible liability for damages, either by honoring, or refusing to honor, an FOIA request.*”, BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1243. Nella maggior parte dei casi dunque se un'informazione è considerata non

ma occorre che la loro *disclosure* sia tale da produrre un'invasione chiaramente ingiustificata della *privacy* di coloro a cui si riferiscono le informazioni (*clearly unwarranted invasion of personal privacy*). Dunque l'amministrazione, in presenza di una richiesta di accesso a informazioni personali, dovrà accertare se l'accessibilità di queste sia una invasione 'chiaramente ingiustificata' della *privacy*. Per fare ciò si dovrà operare un bilanciamento⁶¹² tra l'interesse su cui si fonda la richiesta di accesso e quello alla riservatezza, e solo nel caso in cui quest'ultimo appaia chiaramente prevalente sarà legittimo il rifiuto di esibire i documenti: “*..Exemption 6 does not protect against disclosure every incidental invasion of privacy - only such disclosures as constitute 'clearly unwarranted' invasions of personal privacy.*”⁶¹³. In questa ipotesi e solo in questa, dunque, vengono ad essere rilevanti i motivi in base ai quali si richiede l'accesso a determinate informazioni, laddove la regola generale è quella per cui il diritto di accesso è riconosciuto a qualunque cittadino indipendentemente dal fatto che abbia o meno

accessibile sulla base della sesta eccezione del *FOIA*, è probabile che la sua *disclosure* venga considerata una violazione del *Privacy Act*. Cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1242-1243.

⁶¹¹Si deve trattare di persone fisiche in vita, per cui l'eccezione non tutela i dati relativi a persone giuridiche e ad individui defunti. Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 70. Da questo punto di vista la previsione dell'art. 24 comma 2 lett. d) legge 241/90 è più ampia.

⁶¹²Questo bilanciamento deve ovviamente essere compiuto dall'amministrazione ed in sede di *judicial review* da parte del giudice.

⁶¹³Si tratta della parte finale della sentenza *Department of Air Force v. Rose* 425 U.S. 352 (1976), riportata in GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 618-621, in particolare p. 620.

un interesse giuridicamente rilevante⁶¹⁴. Anche in questo caso, come per l'eccezione (4) sorge il problema dell'ammissibilità delle *Reverse FOIA Suits*⁶¹⁵, anche se in concreto non si sono avuti casi giurisprudenziali⁶¹⁶.

L'eccezione (7)⁶¹⁷ concerne la tutela dei documenti relativi alla funzione di *law-enforcement*⁶¹⁸, che si riferisce non solo all'attività di applicazione della legge penale, ma anche di quella civile e

⁶¹⁴Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 70.

⁶¹⁵Per *Reverse FOIA Lawsuits* si intendono le azioni giudiziali proposte dai soggetti a cui determinate informazioni si riferiscono, dirette ad impedire all'amministrazione la loro *disclosure* a soggetti terzi. Il problema sorge dal fatto che il *FOIA* è una legge che ha come scopo quello di garantire l'accesso alle informazioni amministrative da parte del pubblico e non a limitarlo. Cioè le eccezioni disciplinate nella subsec. (b) non vincolano l'amministrazione nel senso di imporle di vietare l'accesso, ma semplicemente vengono ad autorizzarla a rifiutare l'accesso quando lo ritenga opportuno, e ciò appunto perché il *FOIA* 'is exclusively a disclosure statute'. "Subsection (b), 5 U.S.C. § 552(b), which lists the exemptions, simply states that the specified material is not subject to the disclosure obligations set out in subsection (a). By its terms, subsection (b) demarcates the limits of the agency's obligation to disclose; it does not foreclose disclosure.", si tratta di un brano della sentenza *Chrysler Corp. v. Brown* 441 U.S. 281 (1979), riportata in GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 608-617, in particolare p. 609 e BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1249. Inoltre il *FOIA* non disciplina la possibilità che un soggetto agisca al fine di impedire ad una amministrazione l'esibizione di *confidential informations*. I giudici dapprima hanno escluso che queste azioni (*reverse FOIA suits*) possano fondarsi anche implicitamente sul *FOIA* o sul *Trade Secret Act* (18 U.S.C. sec. 1905), ed hanno poi affermato che esse possono essere proposte sulla base della previsione generale dell'*APA* sec. 10 (titolo 5° del U.S. Code sec. 701) che disciplina il *judicial review* delle azioni amministrative. Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 608-617; MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., pp. 66-68, 71 e 80; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1248-1253; FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., pp. 136-137; BIRKINSHAW *Reforming the Secret State* cit., p. 59; SLOAT *Government in the Sunshine Act: a*

amministrativa⁶¹⁹. La norma precisa che il rifiuto di esibire determinati documenti è legittimo solo se e nei limiti in cui sia diretto ad evitare⁶²⁰ che si produca un'interferenza nell'applicazione del diritto, la privazione di un soggetto di un *fair hearing*, un'ingiustificata invasione della *privacy*, la possibilità di identificare degli informatori (*confidential sources*), la possibilità che si vengano a

Danger of Overexposure cit., pp. 644-645. Va infine detto che con l'amministrazione Regan, si è venuti a disciplinare il procedimento da seguire in caso di richiesta di accesso a informazioni relative a soggetti terzi: notificazione della richiesta al *submitter* (cioè colui a cui l'informazione si riferisce), possibilità per questo di opporsi alla *disclosure* nel termine di 10 gg., accurata considerazione delle ragioni del *submitter* da parte della p.a., notificazione al *submitter* della decisione finale favorevole, corredata di una dettagliata motivazione per lo meno entro 10 gg. prima dell'accesso per permettere l'eventuale proposizione del *judicial review*, notificazione al *submitter* di tutte le istanze giudiziali dirette ad ottenere coattivamente l'accesso alle informazioni che lo concernono. Cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1253 nota 61.

⁶¹⁶Questo dipende in particolare dal fatto che: 1 a differenza che per l'eccezione (4), in questo caso non sono coinvolti interessi economici, 2 l'amministrazione sarà attenta a concedere l'accesso a informazioni personali inquanto, come si è visto (sopra nota 610), se si fosse potuti ricorrere all'eccezione (6), ma non lo si è fatto, è probabile che i giudici riterranno che l'aver concesso l'accesso in questo caso sia contrario al *Privacy Act* e dunque condanneranno al pagamento dei danni l'amministrazione.

⁶¹⁷Come si è detto, questa eccezione insieme alla (1) e alla (5), viene a tutelare quelle informazioni che nel corso di un processo giurisdizionale sarebbero protette dall'*executive privilege*. Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 592-594.

⁶¹⁸Si tratta di un limite simile a quello previsto nell'art. 24 comma 2 lett. c) legge 241/90.

⁶¹⁹Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 71.

⁶²⁰Si tratta cioè di un approccio funzionale: le informazioni relative all'attività di applicazione della legge sono riservate non per una loro caratteristica intrinseca, ma per il fatto che la loro accessibilità sia in grado di produrre un danno agli interessi indicati nel titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b)(7).

conoscere tecniche e procedure di investigazione, la messa in pericolo della vita o sicurezza di qualunque individuo⁶²¹.

L'eccezione (8)⁶²² è diretta alla tutela della stabilità delle istituzioni finanziarie, venendo ad autorizzare l'amministrazione a rifiutare l'accesso alle informazioni relative ai rapporti delle *federal agencies* concernenti le *financial institutions*, come ad es. banche, società di intermediazione mobiliare, holding finanziarie, ecc.⁶²³.

Infine l'eccezione (9) riguarda i dati geologici e geofisici relativi a pozzi, soprattutto petroliferi. Si tratta di una norma inserita in seguito alle pressioni del Presidente Johnson, ma che non ha dato luogo a controversie in quanto le informazioni qui previste sono comunque riconducibili all'eccezione (4).

Terminata l'analisi relativa alle varie eccezioni, occorre prendere in considerazione gli strumenti posti a tutela del diritto di

⁶²¹A proposito di questa eccezione ci sono state molte pronunce giudiziali, a causa soprattutto degli abusi che in particolare dal *Federal Bureau of Investigation* sono stati commessi ricorrendo appunto a questo limite. Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 72; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1244. Va detto che con gli emendamenti del 1986 è stata introdotta una nuova *subsection*, collocata nel titolo 5° del U.S. Code sec. 552(c) (facendo così scorrere tutte le successive sottosezioni), con cui è stata esclusa l'applicabilità del *FOIA* a gran parte dei *records*, che siano riconducibili a questa eccezione, in possesso di *criminal law enforcement agencies* (ad es. *CIA*, *FBI*, ecc.).

⁶²²Da taluni questa eccezione è stata ritenuta superflua essendovi già la (4).

⁶²³Cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., pp. 72-73; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1244-1245.

accesso: 1 la tutela giurisdizionale; 2 la supervisione del Congresso⁶²⁴.

Colui che ha infruttuosamente richiesto l'accesso a certe informazioni, prima di proporre ricorso giurisdizionale, deve aver esperito tutti i rimedi amministrativi (*to have exhausted his administrative remedies*), ma a ciò è equiparata l'inerzia dell'amministrazione protratta per un periodo superiore ai termini imposti dal FOIA per dare una risposta alla richiesta o al ricorso amministrativo (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(6)(C))⁶²⁵. I giudici hanno poteri di merito (*de novo review*) e possono ispezionare in Camera di Consiglio i documenti di cui si rifiuta l'esibizione (*in camera inspection*). L'onere di provare la fondatezza del rifiuto spetta all'amministrazione, che deve costituirsi entro 30 gg. Prima degli emendamenti del 1986 era previsto che il processo si svolgesse secondo principi di celerità⁶²⁶, infatti era disposto che le cause relative al FOIA avessero precedenza su tutte le altre, salvo quelle ritenute più importanti, e dovessero essere trattate il prima possibile e '*expedited in every way*' (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(4)(D)). I

⁶²⁴L'impostazione del FOIA relativa alla tutela del diritto di accesso è simile a quella della nostra legge 241/90, in cui accanto ad una tutela diretta costituita dal ricorso al giudice amministrativo (art. 25), vi è una forma di protezione indiretta costituita dal controllo operato dalla Commissione sull'Accesso (art. 27). Cfr. par. 2. del capitolo sull'Italia.

⁶²⁵Si tratta di 10 gg. per il procedimento di primo grado e 20 gg. per il ricorso gerarchico (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(6)(A)), cfr. sopra p. 247. I giudici possono dichiararsi privi di competenza e concedere all'amministrazione un ulteriore termine se quest'ultima riesce a dimostrare che si sono verificate circostanze eccezionali e che essa ha agito con la dovuta diligenza.

⁶²⁶Nello stesso senso cfr. art. 25 commi 5 e 6 legge 241/90.

giudici possono vietare all'amministrazione di trattenere presso di sé i documenti richiesti, ordinarle di produrli, condannarla alle spese e agli altri costi del processo se risulti soccombente. Inoltre in questo ultimo caso (condanna per soccombenza alle spese) l'organo giudiziario, se ritiene che i funzionari dell'amministrazione in quell'occasione abbiano agito in modo arbitrario o capriccioso (*arbitrarily or capriciously*), ne deve dare conto nella decisione. In questa ipotesi la *Special Counsel* darà l'avvio ad un procedimento disciplinare. Infine in caso di mancato adempimento da parte della p.a. dell'ordine del giudice di esibizione dei documenti, l'impiegato responsabile può essere punito per il reato di *contempt to court* (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(a)(4)(G)). Relativamente alla tutela giurisdizionale del diritto di accesso ed in particolare alla competenza di merito e al potere di ispezionare i documenti *in camera*, sono stati sollevati vari dubbi. Infatti 1 la *in camera inspection* viene considerata un *inquisitorial device*, dunque non conforme al tipo di processo giurisdizionale esistente negli Stati Uniti d'America (*adversarial system*); 2 la competenza di merito (*de novo review*) comporta che il Potere Giudiziario compia delle valutazioni che non ha le conoscenze ed i mezzi per fare⁶²⁷, per cui vi è il pericolo che le decisioni dei giudici in questi casi siano arbitrarie o soggettive⁶²⁸. Al fine di evitare tali problemi, i giudici hanno cercato di individuare

⁶²⁷ "Does national security justify secret classification of given documents? Will public disclosure seriously hamper the government's ability to acquire given types of information from private firms?", sono tutte domande a cui i giudici devono dare una risposta nella loro competenza di merito. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1246.

dei criteri di tipo procedimentale da rispettare da parte della p.a., al fine di controllare il suo operato in modo meramente 'esterno'. Così ad esempio è stato individuato il *Vaughn index*⁶²⁹, vale a dire un indice dei documenti esclusi dall'accesso che ogni amministrazione deve compilare, corredato di giustificazioni dettagliate di tali esclusioni. I documenti devono essere classificati e indicati in modo tale da permettere di correlare la giustificazione con essi o le parti di essi escluse dall'accesso. I giudici in questo modo, salvo il caso di malafede dell'amministrazione, potranno visionare gli indici e le giustificazioni, anziché direttamente i documenti, al fine di determinare la legittimità del rifiuto di esibizione. Così si viene a contemperare l'esigenza di tutelare il diritto di accesso con quella di non 'violare' inutilmente l'*adversary system*⁶³⁰.

⁶²⁸Cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1246-1247.

⁶²⁹Espressione che deriva dalla decisione *Vaughn v. Rosen* 415 U.S. 977 (1974).

⁶³⁰ L'*Attorney General's manual of practice* viene a disciplinare anche un '*oral Vaughn index*', consistente in un procedimento orale in cui l'avvocato del ricorrente e il funzionario responsabile per il rifiuto all'accesso, siedono insieme a impiegati che hanno familiarità con i documenti in questione. Viene poi fornita al ricorrente una descrizione orale delle informazioni contenute negli atti e una giustificazione della loro esclusione dall'accesso, a sua volta il ricorrente può fare domande in merito a detti documenti. In questo modo si cerca di far accettare più di buon grado il rifiuto dell'amministrazione. Cfr. BIRKINSHAW *Reforming the Secret State* cit., pp. 61-62; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1246-1247; FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., p. 132.

3. La trasparenza-controllo nella forma dei Public meetings disciplinati dal Federal Government in the Sunshine Act 1976

3.1 Un inquadramento generale

Il *Government in the Sunshine Act 1976 (GISA)* introduce a livello federale una disciplina dei *public meetings*⁶³¹.

Per *meetings* si intendono le sedute di un organo collegiale competente a determinare la condotta di una *Federal Agency*. La legge si applica solo alle *Federal Agencies* che abbiano al loro vertice un organo collegiale di cui per lo meno due membri siano di nomina presidenziale con il consenso del Senato. La legge disciplina le modalità di svolgimento dei *meetings*: pubblicazione dell'ordine del giorno per lo meno una settimana prima, accesso alla seduta, redazione di un resoconto della seduta, accessibile a chiunque. Sono previste dieci ipotesi in cui è possibile agire a porte chiuse e il procedimento necessario per poterlo fare. E' disciplinato il ricorso alle *Federal Courts* in caso di violazione delle disposizioni sui *public meetings* e vengono attribuiti ai giudici poteri di merito e il potere di visionare gli atti che la p.a. afferma coperti da una delle eccezioni.

Il *Government in the Sunshine Act 1976 (GISA)* è stato preceduto da una serie di leggi a livello statale, alcune delle quali anche molto

⁶³¹ Sul quale cfr. ad es. B.S. BAIRD, *Government in the Sunshine Act – an overview*, in *Duke Law Journal*, 1977, pp. 565 ss.

risalenti nel tempo⁶³², con cui si è imposta la pubblicità delle sedute degli organi, per lo più collegiali, delle amministrazioni locali. A livello federale, poi, nel 1972 era stato emanato il *Federal Advisory Committee Act*⁶³³, con il quale si era previsto che le riunioni degli organi a carattere consultivo dovessero essere aperte al pubblico⁶³⁴. Il *GISA* viene ad estendere il contenuto e a conferire una maggiore intensità al principio di *openness* dell'amministrazione; si pone cioè sulla strada individuata dai giudici e dal Legislatore. Le tappe essenziali di questo percorso sono l'accessibilità dei documenti di un procedimento amministrativo alle parti di esso (*Due Process*), l'apertura dei procedimenti amministrativi a tutti i soggetti interessati (*Interest Representation Model*), la conoscibilità di tutte le informazioni in possesso della p.a. da parte di qualunque interessato

⁶³²Ad esempio in STEPHENSON (*Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 169 nota n. 56) si fa riferimento ad una legge dello stato dell' Utah del 1898, che richiedeva che ogni 'consiglio municipale' (*city council*) sedesse 'a porte aperte' (*with open doors*). Per un elenco dei vari *sunshine statutes* statali cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 154-155 nota n. 3.

⁶³³Questa legge non è stata abrogata dal *Government in the Sunshine Act 1976*, che invece è venuto a coordinarla con la propria disciplina. Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 163 nota n. 36.

⁶³⁴Nel *Federal Advisory Committee Act 1972* si viene anche a disciplinare il numero, la composizione, le nomine dei componenti degli organi consultivi. Per questa legge cfr. MICHAEL *Freedom of Information in the United States of America* cit., p. 78; FERRARI *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni* cit., p. 137; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1256; GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 634; STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 154 nota n. 2.

(*Freedom of Information Act 1966*)⁶³⁵. L'estensione operata dal *GISA* consiste nel fatto che viene ad essere sottoposta al pubblico esame la fase decisionale, nel suo compiersi, di un'azione amministrativa. Si viene così a completare l'*openness* nell'ambito dell'attività amministrativa: infatti con l' *APA* e gli interventi giurisprudenziali diretti a configurare l'*Interest Representation Model*, si è aperta alla visione e partecipazione di qualunque interessato la fase istruttoria e tutte le altre fasi predecisionali; con il *FOIA* poi si sono resi accessibili tutti i documenti amministrativi ed in particolare i *post-decisional* e i *factual pre-decisional documents*; infine con il *GISA* si è resa pubblica la fase deliberativa dei procedimenti amministrativi (*decisional process*)⁶³⁶. La sempre maggiore 'apertura' al pubblico della (organizzazione e attività della) p.a. è diretta⁶³⁷ principalmente a rafforzare la democrazia, che viene anche definita come il governo del potere visibile⁶³⁸, in particolare tramite la possibilità di

⁶³⁵ Su di un percorso simile (*openness* della attività legislativa) si è mosso il Congresso quando nel 1975 ha adottato regolamenti parlamentari che prevedono la pubblicità della maggior parte delle sue sedute e di quelle delle varie Commissioni. Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 632; STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 193 nota n. 165.

⁶³⁶La distinzione tra procedimento (*proceeding*) e la sua fase decisoria (*deliberative process*) è evidenziata in HAHN G. *Procedural Adequacy in Administrative Decision-Making: A Unified Formulation* sta in *Administrative Law Review* 1978, pp. 498-499 nota n. 179. STEPHENSON (*Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 157 nota n. 13 e p. 194) pone invece l'accento sulla distinzione tra *final opinion*, a cui ci si riferisce anche con l'espressione *post-decisional document*, accessibili sulla base del *FOIA*, e *decisionmaking process* che il *GISA* vuole rendere pubblico.

⁶³⁷Per gli scopi in generale a cui tende la trasparenza, cfr. sopra par. 1.

⁶³⁸Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 157; SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of*

controllare come in effetti agiscono coloro a cui è affidata la gestione della cosa pubblica, e dunque in questo modo di assicurare sia una migliore scelta dei propri rappresentanti che una maggiore fiducia nei confronti del 'government'⁶³⁹. Infatti senza dubbio l'eliminazione (parziale) della segretezza nella conduzione della *res publica* viene ad attenuare il senso di diffidenza che i cittadini spesso hanno nei confronti dello Stato. Un altro scopo che viene evidenziato nei lavori preparatori del *GISA*, è la maggiore efficienza amministrativa che dovrebbe derivare dalla pubblicità delle sedute degli organi amministrativi, sia per il fatto che i pubblici impiegati saranno indotti ad agire in modo più accurato sapendo di essere controllati dagli amministrati, che per la maggiore cooperazione da parte dei cittadini dovuta all'aumento di fiducia nei confronti dell'amministrazione⁶⁴⁰.

"[I]t is hereby declared to be the policy of the United States that the public is entitled to the fullest practicable information regarding the decisionmaking processes of the Federal Government. It is the purpose of this Act to provide the public with such information while protecting the rights of individuals and the ability of the Government to carry out its

Overexposure cit., pp. 621 e 624.

⁶³⁹Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 156-159; SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., pp. 623-624; GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 625.

⁶⁴⁰Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp.158-159; SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., pp. 623-624.

responsibilities.”⁶⁴¹. Da questa dichiarazione di intenti (*declaration of policy*) si possono chiaramente individuare tre interessi che la legge si propone di tutelare: 1 l’interesse pubblico diretto alla conoscibilità dell’attività decisionale dell’amministrazione federale (*to provide the public with information regarding the decisionmaking process of federal Government*); 2 gli interessi privati coinvolti in un procedimento amministrativo (*to protect the rights of individuals*); 3 l’interesse pubblico al Buon Andamento dell’attività amministrativa (*to protect the ability of the Government to carry out its responsibilities*). Il *GISA* tenta di operare un coordinamento di questi interessi per mezzo delle previsioni sulla pubblicità delle sedute degli organi amministrativi e tramite il ricorso a dieci ipotesi eccezionali in cui le riunioni possono essere condotte a porte chiuse.

Il *GISA* ha un contenuto vario, infatti oltre che a regolare le riunioni degli organi amministrativi collegiali⁶⁴², viene anche ad introdurre diversi emendamenti al *FOIA* e, per quanto riguarda la disciplina delle *ex parte communications*⁶⁴³, all’ *APA*.

⁶⁴¹*Government in the Sunshine Act, Pub. L. No. 94-409, § 2, 90 Stat. 1241 (1976).*

⁶⁴²Disciplina ‘codificata’ nel titolo 5° del U.S. Code sec. 552b.

⁶⁴³Questa disciplina è stata inserita nell’ *APA* nel titolo 5° del U.S. Code sec. 551(14), sec. 557(d), sec. 556(d) quarto periodo. Per ‘*ex parte communications*’ o ‘*off the record communications*’ si intendono gli scambi di informazioni (pareri, valutazioni, ecc.) tra un pubblico impiegato che abbia un qualche ruolo nell’ambito di un procedimento amministrativo, in particolare nella fase decisionale, ed un soggetto estraneo all’amministrazione. Contro le *ex parte communications* sono state sollevate varie obiezioni: 1 esse privano i soggetti coinvolti in un procedimento amministrativo della possibilità di far efficacemente valere le proprie ragioni; infatti esse non sono conoscibili dalle parti del procedimento per il fatto che non si trovano nei documenti da esse visionabili (*off the record communication*), ma non essendo conoscibili, non è neppure possibile

#A questo proposito sarebbe interessante notare che il *GISA* non riconosce mai in modo espresso il diritto di qualunque amministrato di partecipare alle riunioni degli organi amministrativi, ma solo impone vari obblighi alle amministrazioni e principalmente quello di “*to open to public observation*” (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(b)) le sedute dei suoi collegi. Anche le disposizioni in tema di ricorso giurisdizionale (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(h)) vengono a riconoscere a ‘*any person*’ il diritto di

metterle in discussione. 2 La pratica delle *ex parte communications* viene ad accrescere negli amministrati il senso di sfiducia nei confronti della p.a., come avviene per ogni altra prassi improntata alla ‘segretezza’. La definizione delle *ex parte communications* è contenuta nel titolo 5° del U.S. Code sec. 551(14); invece la sec. 557(d) del titolo 5° del U.S. Code, è la disposizione centrale in tema di *ex parte communications*, essa dispone che queste comunicazioni sono vietate nell’ambito dei *formal proceedings (formal adjudication and formal rulemaking)*, inquanto essi devono fondarsi unicamente sui documenti raccolti e formati nel corso del procedimento (*on the record procedure*) (cfr. retro nota 478). In particolare si vieta a qualunque soggetto interessato (*interested person*) estraneo all’amministrazione di fare *ex parte communications* rilevanti per il merito della decisioni (titolo 5° del U.S. Code sec. 557(d)(1)(A)); si vieta a qualunque impiegato che abbia un qualche ruolo nel procedimento, di ricevere *ex parte communications* che abbiano rilievo per la decisione (titolo 5° del U.S. Code sec. 557(d)(1)(B)); si impone a qualunque impiegato che abbia ricevuto una comunicazione di questo tipo, di renderla pubblica (titolo 5° del U.S. Code sec. 557(d)(1)(C)). Sebbene, come si è visto, le *ex parte communications* siano vietate solo in relazione ai *formal proceedings*, i giudici, spesso nell’ambito di quell’orientamento giurisprudenziale diretto a configurare un *hybrid procedure*, hanno affermato che relativamente a quegli *informal proceedings (rulemaking and adjudication)* in cui siano in gioco ‘*competing claims to a valuable privilege*’, le *ex parte communications* devono essere rese pubbliche in modo da mettere le parti del procedimento in condizione di far valere efficacemente le proprie ragioni. La disciplina delle *ex parte communications*, contenuta infatti nel *Government in the Sunshine Act*, può essere ricondotta al tema della trasparenza (*openness*) per il fatto che tende a rendere visibile all’esterno il modo in cui agisce e decide la p.a. Cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 633-661.

agire, non a tutela di un proprio diritto, ma per far valere la violazione del *GISA* da parte della p.a. (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(h)(2)) o per imporre all'amministrazione il rispetto della legge (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(h)(1)). Si potrebbe allora pensare che la sec. 552b (h) venga ad individuare, più che un'azione a tutela di interessi di spettanza individuale, un'azione popolare di tipo correttivo, diretta cioè ad eliminare errori in cui l'amministrazione sia incorsa.⁶⁴⁴

3.2 La disciplina dell'accesso ai *Public Meetings*

La sec. 552b del titolo 5° del U.S. Code include: varie definizioni (sec. 552b(a)); l'obbligo per gli organi collegiali di tenere le loro riunioni in pubblico (sec. 552b(b)); i casi in cui è possibile procedere a porte chiuse a tutela di determinati interessi (sec. 552b(c)); il procedimento necessario per poter discutere in privato (sec. 552b(d)); quello che va seguito in tutte le ipotesi in cui un organo collegiale si riunisce (sec. 552b(e)); i controlli relativi alla decisione di procedere a porte chiuse e gli adempimenti da rispettare nel caso di riunioni non accessibili al pubblico (sec. 552b(f)); i rimedi giurisdizionali messi a disposizione dei cittadini in caso di violazione della legge (sec. 552b(h)e(i)); l'obbligo di inviare annualmente al Congresso un *report* da parte di ogni amministrazione soggetta al *GISA* (sec. 552b(j)); la previsione

⁶⁴⁴ Cfr. SANDULLI *Manuale di diritto amministrativo* cit., pp. 1420-1421.

finale, con cui si stabilisce che il titolo 5° del U.S. Code sec. 552b non autorizza in alcun modo la p.a. a rifiutare di esibire informazioni al Congresso⁶⁴⁵ e a procedere a porte chiuse quando altre leggi comunque impongano la pubblicità (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(l))⁶⁴⁶.

Il *GISA* si applica 1 a tutte le amministrazioni così come definite nel *FOIA* (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(f)), 2 che siano dirette da organi collegiali (*multibeaded agencies*), 3 la maggioranza dei cui membri siano nominati dal Presidente con il parere e il consenso del Senato (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(a)(1)), secondo cioè la procedura prevista nella Costituzione (art. II sez. 2 primo capoverso) per la nomina dei funzionari amministrativi. La individuazione del **soggetto passivo** è stata fatta per mezzo di una clausola generale e non tramite un'elencazione casistica delle varie amministrazioni soggette⁶⁴⁷, al fine di garantire la massima estensione possibile dei principi contenuti nel *GISA*⁶⁴⁸. In questo

⁶⁴⁵Disposizione analoga a quella contenuta nel titolo 5° del U.S. Code sec. 552(f) relativa al *FOIA*.

⁶⁴⁶Questa ultima disposizione comporta che le eccezioni contenute nel *GISA* valgano unicamente in relazione a questa legge e non ad altri *statutes* che dispongono la pubblicità degli organi amministrativi federali.

⁶⁴⁷Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp.163-164; SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., p. 625 nota n. 24.

⁶⁴⁸ "In virtù della loro grande generalità esse [clausole generali] permettono di sottomettere un maggior numero di rapporti concreti di fatto ad una conseguenza giuridica in maniera esauriente, cioè priva di lacune, e suscettibile di adattamenti alle varie circostanze. La casistica è sempre esposta al pericolo di dominare una materia giuridica soltanto in modo frammentario e provvisorio. Tale pericolo viene evitato facendo ricorso alle clausole generali.", ENGISCH K. *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 197; in questo stesso

modo però si è rimesso al Potere Giudiziario il compito di determinare con precisione l'ambito di applicazione della legge in esame⁶⁴⁹.

1 L'indicazione del soggetto passivo anzitutto viene compiuta per mezzo del rinvio alla definizione contenuta nel *FOIA* (titolo 5° del U.S. Code sec.552(f))⁶⁵⁰, che fa riferimento a qualunque ente controllato o indipendente dal *Chief Executive (executive and independent bodies)*, compresa l'amministrazione militare, gli enti pubblici economici, ecc. 2 La sec. 552b(a)(1) indica però un ambito di impiego più ristretto rispetto al *FOIA*, infatti alla definizione di 'agency' del titolo 5° del U.S. Code sec. 552(f) aggiunge la qualificazione di 'headed by a collegial body'⁶⁵¹. Il *GISA* dunque trova applicazione solo nei confronti delle *multihheaded agencies*⁶⁵², e non anche delle *singleheaded*. Le ragioni che il Congresso ha offerto⁶⁵³ per questa disparità di trattamento sono le seguenti: a) negli organi

senso cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 163-164.

⁶⁴⁹Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 164.

⁶⁵⁰Cfr. sopra p. 241.

⁶⁵¹E' irrilevante il fatto che nell'organo collegiale il Presidente abbia una responsabilità maggiore degli altri membri, basta che le attività da sottoporre a pubblico scrutinio siano di competenza del collegio nel suo complesso e non del solo Presidente.

⁶⁵²Cioè appunto le amministrazioni, così come definite nel *FOIA* (titolo 5° del U.S. Code sec.552(f)), che siano dirette da organi collegiali.

⁶⁵³ "Multihheaded agencies operate on the principle of give-and-take discussion between agency heads. There is a tradition of public dissent; though the agency takes a final action it does not necessarily speak with one voice. The agency heads are high public officials, having been selected and confirmed through a process very different from that used for staff members. Their deliberative process can be appropriately exposed to public scrutiny in order to give citizens an awareness of the process and rationale of decisionmaking.

collegiali, a differenza che per quelli individuali, esiste una tradizione di *'public dissent'*, infatti anche quando viene presa una decisione finale, in essa possono essere presenti posizioni differenziate (*dissenting and concurring opinions*); b) differente è la responsabilità dei membri di un collegio, che si riparte tra gli stessi, e quella di un organo individuale; diversa dunque è anche l'esigenza di controllo da parte del pubblico. 3 Di queste *multibeaded agencies* sono soggette alle disposizioni del *GISA* solo quelle in cui la maggioranza dei membri degli organi collegiali di vertice siano nominati dal Presidente con l'*advice and consent* del Senato⁶⁵⁴. La sec. 552b(a)(1) ultima proposizione relativamente alla disciplina in tema di pubblicità delle sedute degli organi collegiali, equipara le *multibeaded agencies* alle suddivisioni di queste che abbiano la capacità di agire in rappresentanza dell'*agency* (*any subdivision thereof authorized to act on behalf of the agency*)⁶⁵⁵.

The single-beaded agency operates differently. Only the single bead is ultimately responsible for agency actions, while the staff functions as extensions of the bead.”, si tratta di una parte della relazione del Senato all *GISA*, cfr. SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., p. 625. STEPHENSON (*Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 164-167) ritiene che le esigenze di controllo diffuso poste alla base dell'apertura delle riunioni degli organi amministrativi valgano sia per le *multibeaded* che per le *singlebeaded agencies*; nessuna valida distinzione dunque può essere compiuta tra questi due tipi di enti per giustificare la disparità di trattamento presente nel *GISA*. Secondo l'autrice in realtà il problema che il Congresso si è trovato a fronteggiare è stato quello della definizione da dare ai *'meetings'* (tra dirigente e il suo staff) che, in una *singlebeaded agency*, si sarebbero dovuti svolgere *'alla luce del sole'*.

⁶⁵⁴Si tratta dunque di un'ulteriore qualificazione che viene a delimitare l'ambito di applicazione della legge.

⁶⁵⁵Ad es. tra queste suddivisioni sono ricompresi i consigli regionali (*regional board*) di un ente pubblico che si occupino di prendere decisioni preliminari. Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings*

Per quanto riguarda l'oggetto del diritto di accesso previsto dal *GISA*, la disposizione che interessa è quella contenuta nel titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(a)(2). Questa norma infatti viene a dare una definizione al termine 'meeting', che è appunto l'oggetto dell'accesso *ex* titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(b) (*any portion of any meeting of an agency shall be open to public observation*). Perché una riunione di un organo collegiale debba essere tenuta in pubblico, occorre che si tratti di 1 una deliberazione, 2 a cui siano presenti per lo meno un numero di soggetti tali da essere in grado di prendere una decisione per conto dell'ente (quorum strutturale), 3 quando tali deliberazioni siano dirette a determinazioni 4 congiunte (*joint*) della condotta dell'ente, 5 sempre che non si tratti di determinate deliberazioni. Gran parte delle controversie ruotano attorno alla individuazione di quali riunioni delle *multibeaded agencies* debbono essere aperte al pubblico⁶⁵⁶; è proprio questo infatti l'elemento a cui le varie amministrazioni sono ricorse per affermare la non applicabilità in molti casi del *GISA*⁶⁵⁷. Va detto che le *Federal Courts* spesso hanno potuto contare sulla esperienza, talvolta pluridecennale, della giurisprudenza statale che ha dovuto risolvere problemi analoghi

cit., p. 163.

⁶⁵⁶Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 168-169; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1255-1256; GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 631-632.

⁶⁵⁷Ciò dipende soprattutto dal fatto che, diversamente che per il significato di 'meeting', i contenuti delle varie eccezioni (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(c)), per lo più coincidenti con quelle del *FOIA*, sono univoci, e dunque non sono utili per sottrarsi alle disposizioni del *GISA* oltre i chiari limiti in esse individuati.

quali appunto l'ambito (oggettivo) di applicazione delle *sunshine law* statali⁶⁵⁸.

1 Il *GISA* anzitutto dispone che il collegio si riunisca per una 'deliberazione', viene cioè a richiedere che vi sia il rispetto di una qualche formalità⁶⁵⁹. 2 A questa riunione deve essere presente il numero di membri richiesto perché il collegio possa prendere decisioni in nome dell'ente amministrato (quorum strutturale⁶⁶⁰). 3 Perché si possa parlare di '*meeting*', le deliberazioni adottate nel corso di tali riunioni devono consistere nella determinazione od avere come conseguenza la gestione oppure la disposizione degli affari rimessi alla competenza dell'ente. In conclusione solo le sedute a cui sia presente il quorum strutturale di organi collegiali a cui sia rimessa la determinazione della volontà di un ente pubblico e in cui

⁶⁵⁸Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 631-632; STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 169 note n. 56-57.

⁶⁵⁹Non costituirà dunque '*meeting*' un incontro casuale nel corridoio di un palazzo tra membri di un organo di vertice di una amministrazione, in cui si venga a parlare anche in merito alla gestione dell'ente (; STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 170); o anche non sarà '*meeting*' l'incontro organizzato da soggetti estranei ad un'amministrazione e non da essa controllato a cui vengano a partecipare anche membri del collegio a capo dell'ente. Quest'ultimo caso è stato così deciso nella sentenza *FCC v. ITT World Communications, Inc.* 104 S.Ct. 1936 (1984), cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1255-1256. Invece ad es. sono soggetti alla disciplina del *GISA*, in quanto consistono in '*meetings*', i pranzi d'affari (*luncheon*) e le discussioni fatte per telefono (due membri in un collegio composto di tre possono configurare un quorum strutturale), se ovviamente possiedono anche gli altri caratteri richiesti da titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(a)(2). Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 632.

⁶⁶⁰Cfr. SANDULLI *Manuale di diritto amministrativo* cit., pp. 228-229.

effettivamente si decida in merito a questa⁶⁶¹, devono svolgersi in pubblico⁶⁶². 4 La legge però richiede un ulteriore elemento, vale a dire che l'atto di volontà sia riconducibile al collegio e non ai singoli individui; per cui il *GISA* prescrive che solo le decisioni che contengono o abbiano come conseguenza una gestione congiunta (*joint*) degli affari dell'amministrazione, siano sottoposte al pubblico scrutinio⁶⁶³. Con ciò ci si vuole riferire al fatto che la decisione deve venire dibattuta tra i membri del collegio proprio perché la caratteristica di questi organi, che è posta alla base della disparità di trattamento tra *singleheaded* e *multibeaded agencies*⁶⁶⁴, è proprio lo scambio di opinioni, la '*give-and-take discussion*' nelle parole del Senato. E' solo questo processo decisionale condotto in modo congiunto (*jointly*) che deve essere aperto al pubblico⁶⁶⁵. 5 Il titolo 5°

⁶⁶¹ ".discussion which effectively predetermine official action.", *SLOAT Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., p. 626 nota n. 27. Nella decisione *FCC v. ITT World Communications, Inc.* 104 S.Ct. 1936 (1984), si è anche affermato che un incontro tra la maggioranza dei membri di un organo collegiale, in grado di impegnare la *Federal Communication Commission*, e rappresentanti di autorità straniere competenti per le telecomunicazioni, non costituirebbe '*meeting*' ai fini del *GISA* in quanto le materie trattate in esso non rientravano formalmente nella competenza di quell'organo. Cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., pp. 1255-1256.

⁶⁶² Cfr. *SLOAT Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., p. 626.

⁶⁶³ Il *GISA* viene inoltre ad imporre ai membri di un collegio che abbia i caratteri suddetti, di non gestire congiuntamente (*jointly*) gli affari dell'amministrazione se non nel rispetto di ciò che dispone titolo 5° del U.S. Code sec. 552b (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(b)).

⁶⁶⁴ Cfr. sopra nota 653.

⁶⁶⁵ Per cui non sarà da rendere pubblico un pranzo d'affari (*luncheon*) in cui siano presenti la maggioranza dei consiglieri, ma in cui viene a parlare degli affari dell'amministrazione il solo Presidente. Neanche sarà soggetta alle disposizioni del *GISA* quella procedura decisionale consistente nella predisposizione da parte di un consigliere di un testo contenente le indicazioni per la gestione degli affari

del U.S. Code sec. 552b(a)(2) prevede infine che non sono ‘*meetings*’ ai fini del *GISA* quelle riunioni⁶⁶⁶ che pur rispondendo a tutti i requisiti suesposti, siano dirette solo a determinare l’ordine del giorno, il luogo, la data, ecc. di futuri *meetings* (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(e)) o a stabilire che questi siano condotti a porte chiuse (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(d))⁶⁶⁷.

Il titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(b) è la norma centrale del *GISA* con cui si impone che un *meeting* che abbia i caratteri suddetti, debba svolgersi in pubblico⁶⁶⁸ nel rispetto del procedimento *ex* titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(e), a meno che in esso si debbano discutere alcuni degli argomenti esclusi *ex* titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(c). Vi è una presunzione a favore dell’accessibilità dei

dell’ente, che venga fatto circolare tra gli altri membri del collegio perché esprimano per scritto il loro parere in merito e lo approvino o meno (*annotation voting*). Manca infatti in questo caso quella *give-and-take discussion*, in cui consiste il *joint management* degli affari dell’ente, essenziale perché la disciplina del *GISA* possa trovare applicazione. Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 633; STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 171-172.

⁶⁶⁶Oppure parti di riunioni.

⁶⁶⁷Cfr. SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., p. 634 nota n. 75.

⁶⁶⁸Seduta aperta al pubblico significa che chiunque ha diritto di assistervi, ma non anche di parteciparvi attivamente. “*Agencies are required only to allow outsiders to attend; the Act does not confer upon the public a right of participation.*”, SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., p. 625. Da questo punto di vista si vede come la disciplina in esame sia differente da quella italiana relativa alla partecipazione istituzionale. Diversi sono anche gli scopi, infatti la pubblicità delle sedute degli organi amministrativi è diretta a sottoporre l’attività amministrativa al controllo dei cittadini, laddove invece la partecipazione istituzionale ha il fine di rendere partecipi della gestione della cosa pubblica i rappresentanti di determinati interessi.

meetings e la loro chiusura non è obbligatoria⁶⁶⁹, ma è rimessa alla valutazione discrezionale della p.a., la quale anche nel caso in cui nella riunione si verrà a trattare una delle materie escluse, potrà comunque decidere di non procedere a porte chiuse nel caso lo ritenga a vantaggio del pubblico interesse (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(c) prima proposizione)⁶⁷⁰.

Il **procedimento** che deve essere seguito tutte le volte in cui si abbia intenzione di convocare una riunione che sia configurabile come *meeting*, sia a porte aperte che chiuse, è disciplinato nel titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(e). Deve essere fatto un pubblico annuncio⁶⁷¹ per lo meno una settimana prima della riunione; in questa comunicazione devono essere contenute varie informazioni: data, luogo, ordine del giorno, indicazione se il *meeting* si svolgerà pubblicamente o meno, nome e numero telefonico dell'impiegato responsabile per le relazioni con il pubblico. Se non è possibile dare l'annuncio entro una settimana prima, occorre che il collegio, a

⁶⁶⁹Nello stesso modo si ricordi che non sono vincolanti per la p.a. le eccezioni contenute nel *FOIA*.

⁶⁷⁰Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 629; STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 172-173; SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., pp. 632-633.

⁶⁷¹Il '*public announcement*' può essere fatto tramite affissione alla bacheca degli annunci dell'ente pubblico (*posting on agency's public notice board*); con pubblicazione; tramite invio per posta ai soggetti che hanno richiesto di essere informati sulla base della loro registrazione in *mailing lists*; per mezzo di ogni altro '*reasonable means*'. Queste indicazioni si ritrovano nelle relazioni del Congresso alla legge, cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 178 nota n. 197; SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., p. 634 nota n. 78.

maggioranza dei suoi membri, deliberi nel senso che la situazione sia tale da richiedere una riunione senza attendere i 7 gg. ordinari; questa votazione deve essere verbalizzata (*recorded vote*)⁶⁷², e deve comunque essere fornita al pubblico, *at the earliest practicable time*, una comunicazione contenente tutti gli elementi sopra indicati. Una volta comunicato al pubblico l'annuncio relativo alla riunione, la data e il luogo di essa possono essere modificati solo tramite altro pubblico annuncio da fare al più presto possibile. Invece l'ordine del giorno e il fatto di procedere a porte chiuse o aperte possono essere cambiati solo se: a) la maggioranza assoluta del collegio delibera, con voto da verbalizzare, a favore del mutamento e accerta che non sia stato possibile avvertire prima il pubblico, b) l'amministrazione dà al più presto comunicazione al pubblico di queste modificazioni e rende pubblici i voti di ciascun membro (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(e)(2))⁶⁷³.

La possibilità di procedere a porte chiuse dipende dal rispetto delle subsec. (c) e (d), titolo 5° del U.S. Code sec. 552b, vale a dire seguendo una procedura particolarmente onerosa⁶⁷⁴ nei casi espressamente previsti. Si è detto che le **eccezioni** (titolo 5° del U.S.

⁶⁷²Lo scopo naturalmente è quello di facilitare l'eventuale *judicial review* relativo alla correttezza del procedimento.

⁶⁷³Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 196-197; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1254; GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 629.

⁶⁷⁴In questo senso cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 203; SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., p. 633.

Code sec. 552b(c)) non vincolano l'amministrazione a procedere in privato, infatti come nel caso dei limiti all'accesso contenuti nel *FOIA* (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b))⁶⁷⁵, è rimessa alla valutazione discrezionale dell'amministrazione la decisione di ricorrervi o meno. La subsec. (c) titolo 5° del U.S. Code sec. 552b richiede che la p.a. nel prendere questa deliberazione consideri: 1 se la futura riunione avrà attinenza con una delle materie individuate nei 10 *paragraphs* del titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(c); 2 se procedere a porte chiuse sia contrario al pubblico interesse⁶⁷⁶. Entrambe queste considerazioni devono essere fatte dal collegio, infatti proprio nel caso in cui si ritenga che un *meeting* sia riconducibile ad una delle dieci eccezioni, l'amministrazione dovrà tener conto se il procedere 'alla luce del sole' possa comunque andare a vantaggio del pubblico interesse e dunque deliberare in questo senso. Le eccezioni configurate nel *GISA* sono dieci e di queste sette (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(c)(1)-(4) e (6)-(8)) sono analoghe ai paragrafi (1)-(4) e (6)-(8) della subsec. (b) del *FOIA* (titolo 5° del U.S. Code sec.552) e tre invece rispondono ad esigenze proprie degli *open meeting statutes*. Le eccezioni del *FOIA* che non hanno corrispondenti nel *GISA* sono quella relativa alle comunicazioni interne all'amministrazione (*confidentiality within*) (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b)(5)) e quella relativa ai dati

⁶⁷⁵Cfr. sopra nota 615.

⁶⁷⁶Cfr. SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., pp. 633-634; STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 173.

geologici e geofisici (titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b)(9)). Le tre eccezioni peculiari del *GISA* riguardano: 1 informazioni relative a procedimenti penali o sanzionatori (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(c)(5)); 2 informazioni la cui prematura divulgazione potrebbe frustrare l'attività amministrativa (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(c)(9)); 3 informazioni relative alla partecipazione dell'amministrazione a processi giurisdizionali o procedimenti amministrativi formali (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(c)(10)). I limiti contenuti nel *GISA* analoghi a quelli del *FOIA* sono per lo più formulati con lo stesso linguaggio usato in quest'ultima legge, in modo che la giurisprudenza gli attribuisca un medesimo significato⁶⁷⁷.

Come per il *FOIA* anche nel *GISA* le eccezioni all'*openness* sono dirette alla tutela di interessi, pubblici e privati, che il Legislatore in certe ipotesi ha ritenuto prevalenti su quello alla pubblicità: "*It is the purpose of this Act to provide the public with such information while protecting the rights of individuals and the ability of the Government to carry out its responsibilities.*"⁶⁷⁸(enfasi aggiunta).

L'eccezione (1) è parallela alla (1) del *FOIA*, e conferisce all'amministrazione la possibilità di chiudere le porte di quelle sedute (o parti di sedute) in cui vengono discusse materie che

⁶⁷⁷Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 173 nota n. 76; SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., p. 627 nota n. 36.

⁶⁷⁸*Government in the Sunshine Act, Pub. L. No. 94-409, § 2, 90 Stat. 1241 (1976).* In questo senso cfr. SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., pp. 626-632.

abbiano attinenza con la difesa nazionale o la politica internazionale e siano coperte da quello che noi chiameremo 'Segreto di Stato'⁶⁷⁹.

L'eccezione (2) fa riferimento, al pari del titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b)(2), a quelle informazioni che attengono in modo esclusivo alle norme interne relative al personale e alla prassi seguita dalla p.a. (*solely related to the internal personnel rules and practices of an agency*). Come per la previsione parallela del FOIA, anche questa è diretta alla tutela della *privacy* degli impiegati pubblici e soprattutto a garantire l'efficienza amministrativa tramite il risparmio di tempo e denaro quando si venga a trattare materie che non abbiano alcuna rilevanza esterna. La giurisprudenza, in relazione a titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b)(2)⁶⁸⁰, ha stabilito che l'eccezione si riferisca esclusivamente a '*minor trivial matters*' che non siano di alcun interesse per il pubblico⁶⁸¹. A questo punto, però, va notato che

⁶⁷⁹Anche in questo caso come per il FOIA, si richiede che la segretezza di tali informazioni sia disposta per mezzo di una classificazione (*confidential, secret, top secret*) secondo i criteri determinati in un *Executive Order*. I giudici come per il FOIA hanno la possibilità, non solo di accertare che l'*Executive Order* individui dei criteri di segretezza, ma anche che le informazioni da discutere siano state in concreto correttamente classificate secondo quei criteri. Cfr. retro p. 254-255 e STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 175-176.

⁶⁸⁰*Department of Air Force v. Rose* 425 U.S. 352 (1976).

⁶⁸¹Per quanto riguarda le riunioni in cui si discute a proposito di *law enforcement manuals*, probabilmente la soluzione da seguire per quanto concerne il GISA è diversa da quella proposta in relazione alla parallela eccezione del FOIA dalla giurisprudenza (*Department of Air Force v. Rose*) che ha stabilito che le notizie relative a tali 'manuali' sono tutelate dall'eccezione (2) quando la loro accessibilità sia in grado di permettere un aggiramento di leggi o regolamenti. Infatti lo scopo del GISA è proprio quello di estendere il più possibile la supervisione dei cittadini sull'amministrazione della cosa pubblica; ma allora è proprio nei casi in cui viene determinata la pratica da seguire per tale gestione che più intensa è l'esigenza di controllo diffuso. In questo senso cfr.

l'eccezione in parola è probabilmente inutile, almeno in relazione alla finalità di garantire il Buon Andamento dell'attività amministrativa, consistendo appunto nella possibilità di chiudere quei *meetings* che trattino materie assolutamente irrilevanti verso l'esterno dell'amministrazione. Se infatti per il *FOIA* è vero che escludere l'accesso per determinate materie comporti un notevole risparmio di tempo e denaro, altrettanto non può dirsi per il *GISA*; difatti chiudere una riunione al pubblico è molto più oneroso in termini di tempo e denaro che tenerla 'alla luce del sole'⁶⁸².

Anche l'eccezione (3) è parallela alla terza del *FOIA*, anzi sarebbe meglio dire il contrario, inquanto è il *GISA* che ha

STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 177-178. Un problema che invece è sorto specificamente in relazione al *GISA* attiene alle deliberazioni concernenti la determinazione del bilancio preventivo (*budgetary planning*), infatti sia al momento dell'approvazione della legge che successivamente, varie *Regulatory Commissions* fecero notare che rendendo pubbliche tali riunioni si sarebbe venuti a rivelare quali attività quella amministrazione ritiene prioritarie e dunque si sarebbe venuti a ".{to} diminish the deterrent effect provided by uncertainty of what practices are to be investigated and what areas are to be subject to the most careful regulation." (STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 177). Il Legislatore non ha però accolto la proposta di includere nel titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(c)(2) uno specifico riferimento al '*internal budgetary planning*', avanzata dalla *Federal Trade Commission* (STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 178 nota n. 88). La giurisprudenza con la sentenza *Common Cause v. NRC F.2d 921 (D.C.Cir. 1982)* ha stabilito che gli '*agency budget meetings*' non sono coperti dall'eccezione in esame. Cfr. BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1256.

⁶⁸²Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 178 e 203; SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., pp. 633 e 642-643. Dunque se anche le materie trattate in una riunione fossero riconducibili a questa eccezione, l'amministrazione dovrebbe tener conto *ex* titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(e) che probabilmente esiste un interesse pubblico (quello all'efficienza dell'amministrazione) che richiede comunque la trattazione a porte aperte.

emendato titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b)(3) al fine di capovolgere l'impostazione della giurisprudenza relativa al testo originario⁶⁸³. L'eccezione fa rinvio ad altre leggi che in modo specifico escludano l'accessibilità di determinate informazioni senza lasciare alcuna discrezionalità all'amministrazione nell'imporre il segreto, a questo scopo venendo a dettare criteri da seguire per tale secretazione o elencando direttamente le materie escluse⁶⁸⁴.

L'eccezione (4), corrispondente al titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b)(4), autorizza l'amministrazione a riunirsi in privato quando si venga a discutere informazioni relative a segreti commerciali oppure dati a carattere commerciale o finanziario ottenuti da una persona in modo privilegiato o confidenziale⁶⁸⁵⁶⁸⁶.

⁶⁸³ *FAA v. Robertson* 422 U.S. 255 (1975).

⁶⁸⁴ Lo scopo è dunque quello di abrogare tutte le precedenti disposizioni legislative in cui si fosse rimesso alla p.a. il potere discrezionale di mantenere il segreto per determinate informazioni. Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 179.

⁶⁸⁵ Cfr. anche sopra p. 262 e in particolare nota 591.

⁶⁸⁶ “‘Confidential’ has been defined as encompassing information which if disclosed is likely either ‘1) to impair the Government’s ability to obtain necessary information in the future; or 2) to cause substantial harm to the competitive position of the person from whom the information was obtained.’”, STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 180 nota n. 101. Secondo l’autrice questa eccezione, per quanto riguarda la tutela della *confidentiality from outside*, ma non per quanto attiene a quella dei *trade secrets*, sarebbe criticabile per il fatto che l’esigenza di controllo diffuso delle *Regulatory Commissions*, al fine di evitare rapporti di eccessiva benevolenza verso le imprese da regolare (*cozy relationship*, ci si riferisce cioè al *captured scenario* di cui sopra nota 501) è da considerarsi prevalente su quello delle imprese consistente nel non subire svantaggi economici dalla divulgazione di informazioni confidenziali che le riguardino. Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 181-182; *contra* SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., p. 631.

L'eccezione (5) non trova riscontri nel *FOIA* e concerne quelle riunioni in cui si proceda alla incriminazione di un soggetto o si venga a muovere contro di lui censure formali. Il fondamento di questa norma è la tutela della *privacy*, perché se ad esempio il *Department of Justice* (o chi per esso) decidesse successivamente di non procedere⁶⁸⁷ contro quel soggetto, la sua reputazione sarebbe stata violata irreparabilmente. Parlando di 'soggetto' (*person*), secondo ciò che dispone titolo 5° del U.S. Code sec. 551 (2)⁶⁸⁸, ci si riferisce sia ad una persona fisica che giuridica, sia ad associazioni riconosciute che non⁶⁸⁹. Diversa, però, sarà la tutela accordata dall'eccezione a seconda che si tratti di una persona fisica o giuridica (e associazioni), giacché il danno che può subire la reputazione di un individuo, di norma, è più grave di quello concernente l'immagine di una società⁶⁹⁰.

L'eccezione (6) è posta a tutela della *privacy*⁶⁹¹ e corrisponde al titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b)(6); viene dunque a permettere all'amministrazione di procedere a porte chiuse quando la discussione possa comportare la rivelazione di informazioni personali

⁶⁸⁷ Infatti l'azione penale non è obbligatoria.

⁶⁸⁸ "(2) 'person' includes an individual, partnership, corporation, association, or public or private organization other than an agency.", titolo 5° del U.S. Code sec. 551(2).

⁶⁸⁹ Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 187 nota 132.

⁶⁹⁰ E' per questo motivo che nella Relazione del Senato al *GISA* si afferma che l'eccezione in esame non è tale da permettere la chiusura di ogni riunione '*placing a company in a bad light*'; cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 187.

⁶⁹¹ Cfr. *contra* SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., p. 629.

tali da produrre un'invasione chiaramente ingiustificata della riservatezza del soggetto a cui i dati si riferiscano (*a clearly unwarranted invasion of personal privacy*). Anche in questo caso come per il *FOIA*, l'organo collegiale nel decidere se agire 'alla luce del sole' o meno, dovrà operare un bilanciamento⁶⁹² tra l'interesse del privato alla riservatezza e quello pubblico all'*openness* dell'attività amministrativa, e solo se il primo apparirà chiaramente prevalere allora si potrà disporre che la seduta si svolga a porte chiuse⁶⁹³.

Dunque, come si è visto, sia l'eccezione (5) che la (6), oltre alla (4), sono dirette alla tutela della *privacy*; si pone allora come per il *FOIA*⁶⁹⁴ il problema della possibilità che i privati agiscano in giudizio per impedire alla p.a. di far conoscere informazioni che li riguardino (*Reverse GISA Suits*)⁶⁹⁵. Infatti da una parte le eccezioni non vincolano l'amministrazione a ricorrervi quando si verificano i fatti in esse descritti, e dall'altra il *GISA* non conferisce alcuna

⁶⁹²Infatti la legge richiede che l'invasione della *privacy* sia '*clearly unwarranted*'. Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 182.

⁶⁹³Il disegno di legge del *GISA* prevedeva che questa eccezione non si sarebbe dovuta applicare quando le informazioni avessero riguardato un pubblico impiegato relativamente alle sue competenze e doveri d'ufficio, mentre avrebbe trovato applicazione per quanto concerne la sua vita privata. L'esigenza a base di questa disposizione era quella di rendere gli amministratori responsabili verso gli amministrati sottoponendoli al loro controllo. Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 182-183.

⁶⁹⁴Cfr. sopra nota 615.

⁶⁹⁵Cfr. SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., pp. 643-648; GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 631 nota n. 39.

azione a favore dei privati⁶⁹⁶ per la tutela della loro *privacy*. Inoltre , a differenza che per il *FOIA*, il *GISA* è costruito in modo tale che le riunioni a porte chiuse siano molto più onerose in termini economici e temporali di quelle svolte 'alla luce del sole', e in più la legge prevede molti incentivi a favore delle sedute pubbliche e varie misure che sfavoriscono quelle riservate⁶⁹⁷. Per cui l'amministrazione stessa tenderà a preferire le deliberazioni pubbliche anche laddove vi fossero interessi privati che facessero sorgere l'esigenza di riservatezza⁶⁹⁸.

L'eccezione (7), parallela al titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b) (7), concerne le informazioni, contenute o meno in documenti, 1 che siano relative all'attività di *law enforcement* e 2 la cui conoscibilità sia tale da interferire con l'applicazione del diritto o tale da privare un soggetto del diritto ad un *fair hearing*⁶⁹⁹ o da produrre una invasione

⁶⁹⁶La legge infatti prevede esclusivamente che un privato possa chiedere all'amministrazione di procedere a porte chiuse, ma questa richiesta non vincola in alcun modo l'amministrazione, neanche nel senso di imporle di prenderla in considerazione, cfr. titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(d)(2).

⁶⁹⁷Cfr. SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., pp. 633-642.

⁶⁹⁸SLOAT (*Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., pp. 643-648) propone di seguire in parte la strada indicata dalla giurisprudenza per le *Reverse FOIA Lawsuits*, per cui le *Reverse GISA Suits* potrebbero essere ricondotte alla norma generale dell' *APA* sec. 10 relativa al *judicial review* delle azioni amministrative. In particolare ".the policies behind this exemptions provide a sound basis for determining whether release of the documents in question would be 'arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law.' Those policies will be applied." (SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., pp. 644-645). Inoltre secondo l'autore sarebbe anche possibile, a differenza che per il *FOIA*, ricorrere al *Privacy Act 1974* o al *Trade Secret Act* (18 U.S.C. sec. 1905).

⁶⁹⁹Sia nell'ambito di un processo giurisdizionale (*trial*) che di un procedimento amministrativo individuale (*adjudication*).

chiaramente ingiustificata della *privacy*, o ancora tale da svelare l'identità di *confidential sources* o di tecniche investigative e procedure di investigazione o infine tale da mettere in pericolo la vita o la sicurezza del personale addetto al *law enforcement*⁷⁰⁰.

L'eccezione (8), analoga all'ottava del *FOIA*, permette all'amministrazione di chiudere le porte quando si discute di informazioni relative al controllo e regolazione delle istituzioni finanziarie da parte di una *Regulatory Commission* (ad es. *Federal Reserve Board*), al fine di evitare gravi ripercussioni sul sistema economico⁷⁰¹.

La nona e la decima eccezione non hanno corrispondenti nel *FOIA* e sono dirette a rispondere ad esigenze che sorgono specificamente in relazione all'accesso alle sedute di organi amministrativi e non anche ai documenti amministrativi.

L'eccezione (9) è stata formulata, oltre che a tutela del sistema finanziario, principalmente al fine di assicurare l'effettività di una decisione amministrativa e non tanto di proteggere il processo

⁷⁰⁰STEPHENSON (*Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 184-185) individua varie incertezze interpretative relative a questa norma. Ad es. non viene specificata l'importanza che può avere il momento in cui si intende procedere al *law enforcement* rispetto a quello in cui si tiene la riunione relativa a questa attività; non viene specificata l'intensità dell'interferenza che legittima la chiusura di una seduta, ecc. Va detto che relativamente alle tecniche e procedure investigative, l'eccezione non può essere fatta valere per quelle già ben conosciute dal pubblico, come ad es. i test balistici o quelli relativi alle impronte digitali, a meno che non consistano in nuovi sviluppi o perfezionamenti di queste.

⁷⁰¹Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 186.

decisionale che conduce ad essa⁷⁰², come accade nel titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b)(5). La norma autorizza a condurre una riunione a porte chiuse quando in essa si venga a parlare di informazioni la cui prematura conoscenza da parte del pubblico: (A) possa condurre a speculazioni di un certo rilievo o mettere in grave pericolo la stabilità delle istituzioni finanziarie, in caso di amministrazioni che si occupano della regolamentazione del sistema economico o finanziario; (B) in ogni altro caso (prematura conoscenza) possa essere tale da frustrare la realizzazione (*implementation*) di un'azione amministrativa. Il punto importante da notare è che il par. (B) (tutela della effettività delle azioni amministrative) non trova applicazione in ogni caso in cui la p.a. abbia già reso di pubblico dominio il contenuto o la natura dell'azione amministrativa da intraprendere o le sia imposto dalla legge di renderla pubblica prima dell'adozione della decisione di intraprendere l'azione (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(c)(9)). L'importanza di questa precisazione dipende dal fatto che la maggior parte dei procedimenti amministrativi devono essere pubblicizzati prima del loro avvio sulla base della disciplina dell' *APA*⁷⁰³, e dunque le riunioni, via via che il procedimento si svolge, dovranno svolgersi 'alla luce del sole'. I *predecisional non factual documents*, però, non sono

⁷⁰²Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 630.

⁷⁰³Ad es. si pensi al *notice and comment rule making* che costituisce il modello della maggioranza dei procedimenti amministrativi generali. Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 630-631; STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 189.

accessibili in base alla quinta eccezione del *FOIA*⁷⁰⁴ e dunque, da una parte, le riunioni in cui viene presa una determinata decisione devono normalmente svolgersi in pubblico⁷⁰⁵ e invece, dall'altra, le comunicazioni scritte tra i membri del collegio e tra essi e altri pubblici ufficiali che non abbiano carattere meramente fattuale e attengano al processo decisionale⁷⁰⁶, sono escluse dall'accesso *ex* titolo 5° del U.S. Code sec. 552(b)(5) (*confidentiality within the government*), sulla base del *candour* o *fishbowl argument* che dir si voglia. Non si tratta, però, di una 'svista' del Legislatore, perché l'uso o meglio l'abuso che era stato fatto della quinta eccezione del *FOIA* aveva condotto il Congresso a decidere a favore dell'*openness* anche e forse soprattutto della fase deliberativa dell'attività amministrativa⁷⁰⁷, in modo da rendere più responsabili e dunque

⁷⁰⁴Questa eccezione come si è visto non è stata riprodotta nel *GISA*.

⁷⁰⁵Salvo ovviamente il caso in cui il contenuto o la natura di quel procedimento non siano già conosciute dal pubblico e non debbano essere resi pubblici dalla p.a.; varrebbe infatti in questo caso l'eccezione (9) par. (B) del *GISA*. Si pensi ad es. alla decisione di adottare un embargo economico nei confronti di una società estera, che se conosciuta frustrerebbe con ogni probabilità tale azione; ancora si consideri la decisione relativa alla compravendita di proprietà che se conosciuta potrebbe portare a speculazioni economiche sui prezzi. Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 630; STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 188.

⁷⁰⁶Infatti l'eccezione (5) del *FOIA* non riguarda specificamente solo le comunicazioni attinenti alla decisione di un procedimento amministrativo individuale (*adjudication*) o generale (*rulemaking*), ma in generale qualunque processo deliberativo, cfr. sopra pp. 263-264. Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 192-194.

⁷⁰⁷Ovviamente limitatamente alle *multibeaded agencies* e sempre che la deliberazione si svolga nell'ambito di un *meeting*, come definito nel titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(a)(2). E' stato fatto notare che una decisione presa congiuntamente (*jointly*) dai membri di un collegio al di fuori di una riunione (*meeting*) al fine di sottrarsi al *GISA* verrebbe a violare questo *statute*. Cfr.

efficienti i pubblici ufficiali nello svolgimento delle loro mansioni ed in modo da infondere negli amministrati una maggiore fiducia nei confronti dell'amministrazione⁷⁰⁸. L'eccezione in esame sia per quanto riguarda la previsione del par. (A) che per quella contenuta nel par. (B), si applica in riferimento sia a procedimenti già avviati che a quelli ancora in fase di preparazione⁷⁰⁹.

L'eccezione (10) autorizza a riunirsi a porte chiuse quando sia in gioco l'emissione di un mandato (*subpoena*) da parte dell'amministrazione o la sua partecipazione ad un processo civile e procedimento amministrativo o la proposizione di un arbitrato o di una azione presso giurisdizioni straniere e internazionali oppure lo svolgimento di un procedimento amministrativo secondo il modello formale. Gli scopi della norma sono quelli di: 1 evitare i danni derivanti dalla prematura conoscenza da parte del pubblico della strategia legale che l'amministrazione intende seguire in una procedura contenziosa, sia essa giurisdizionale che amministrativa; 2

STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 168-172; GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 631.

⁷⁰⁸ "Under the FOIA, a 'final opinion', which is subject to disclosure, primarily looks back on and explains a decision already reached or a policy already adopted; it provides both an explanation of the decision made and some guidelines for future action. Nevertheless, it does not affect the uninhibited giving of advice important to the decisionmaking process. This argument is paternalistic in that it assumes the public is the only interested in knowing what standards of conduct are set down for them and not how the standards are developed.", STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 194. La posizione assunta dal Congresso con il GISA è stata proprio quella di rigettare questa impostazione paternalistica. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 194-195.

⁷⁰⁹Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 188.

assicurare che un successivo processo si svolga in modo corretto (*Due Process*)⁷¹⁰; 2 tutelare la reputazione dei soggetti coinvolti in una procedura sanzionatoria. L'eccezione trova perciò applicazione nel caso in cui per esempio l'amministrazione, dopo aver compiuto delle indagini⁷¹¹, sia giunta al punto di deliberare se procedere o meno contro quel soggetto con un'azione civile o un *formal administrative proceeding*, o ancora se chiedere al *Department of Justice* di dare avvio ad una azione penale⁷¹².

Per poter riunirsi a porte chiuse occorre seguire la **procedura** disciplinata nel titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(d) e (f)⁷¹³. Bisogna anzitutto che la maggioranza assoluta del collegio voti a favore della chiusura di un *meeting* o di quella parte di esso in cui si abbia intenzione di prendere in considerazione una delle materie tutelate dalle eccezioni suesposte. Questa votazione deve avvenire specificamente in relazione ad ogni singola riunione o parte di riunione che si intende svolgere riservatamente; la possibilità infatti di deliberare la segretezza di una serie determinata di riunioni è limitata al caso in cui si debba discutere una 'stessa questione' (*same*

⁷¹⁰Questo secondo punto è particolarmente riferito ai casi in cui la divulgazione delle informazioni relative alla *prosecution* di un individuo potrebbe venire ad influenzare i giurati che dovranno decidere il processo. Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 190-191.

⁷¹¹Queste potranno essere ricondotte all'eccezione (7).

⁷¹²Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 190.

⁷¹³Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 197-200; GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 629-630; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1254; SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., pp. 633-637.

particular matter)⁷¹⁴ e le riunioni si svolgano entro un termine massimo di trenta giorni⁷¹⁵. Il voto di ogni singolo membro del collegio deve essere verbalizzato e non sono ammessi voti per procura (*proxy vote*) (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(d)(1)). I soggetti alla tutela della cui *privacy* sono dirette le eccezioni (5), (6) e (7) possono chiedere che l'amministrazione si riunisca in privato, ma solo se uno dei membri del collegio accoglie la richiesta e la rivolge al collegio, quest'ultimo sarà obbligato a procedere a votare la chiusura o meno del *meeting* (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(d)(2))⁷¹⁶. Il giorno successivo alla votazione deve essere messo a disposizione del pubblico il verbale che contiene l'indicazione di come ciascun membro si è espresso e, nel caso in cui si sia deliberato di procedere a porte chiuse, ne deve essere fornita una dettagliata giustificazione per scritto e deve essere acclusa una lista di coloro che sono legittimati ad intervenire alla riunione pur non essendo membri del collegio e il motivo alla base di tale intervento (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(d)(3)). Ogni volta che si decide di riunirsi in

⁷¹⁴Per '*same particular matter*' è da intendersi non una mera analogia di contenuto delle riunioni, ma una singola medesima questione. Cfr. STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 197 nota n. 179.

⁷¹⁵Il titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(d)(4) stabilisce che, per quanto riguarda le eccezioni (4), (8), (9)(A), (10), certe amministrazioni possono adottare una regolamentazione generale in cui vengano indicati i tipi di riunioni da svolgere riservatamente. Cfr. SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., pp. 636-637 nota n. 87; STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 199 nota n. 188.

⁷¹⁶Per cui se nessuno dei membri del collegio concorda con la posizione del privato e dunque non avanza la richiesta di riunirsi a porte chiuse, l'amministrazione non sarà neanche tenuta a votare per stabilire l'eventuale chiusura della riunione.

privato il *General Counsel* o il *chief legal officer* deve certificare che secondo il suo parere il *meeting* può svolgersi riservatamente e indicare le specifiche eccezioni applicabili (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(f)(1)). Questa attestazione svolge la funzione di controllo della correttezza della decisione dell'amministrazione di riunirsi a porte chiuse⁷¹⁷. Del *meeting* che si svolga in privato deve essere formato e conservato, per due anni minimo, un verbale integrale o una registrazione elettronica, salvo che per le riunioni chiuse sulla base delle eccezioni (8), (9)(A) e (10), per le quali è sufficiente un resoconto dettagliato (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(f)(1)). Questi documenti (verbali, registrazioni, *minutes*) devono essere prontamente messi a disposizione del pubblico in un luogo facilmente accessibile, una volta eliminate le informazioni coperte da una delle eccezioni e per la tutela delle quali si è proceduto a porte chiuse. La funzione di tali documentazioni è duplice: 1 rendere accessibili al pubblico le discussioni, che non attengano ad una delle materie escluse, tenute nel corso di una riunione riservata; 2 assicurare agli amministrati, nel caso di violazione del *GISA*, un rimedio effettivo consistente nella possibilità di chiedere al Potere Giudiziario di imporre all'amministrazione di esibire i verbali, le registrazioni delle riunioni illegalmente svolte in privato⁷¹⁸.

⁷¹⁷In questo senso cfr. SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., p. 635.

⁷¹⁸Cfr. SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., pp. 635-636. STEPHENSON (*Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 200-203) fa notare che la previsione relativa all'obbligo di 'registrare' le sedute private è stata una delle più dibattute; contro di essa erano

Nella subsec. (h) titolo 5° del U.S. Code sec. 552b, sono disciplinati due diversi tipi di **ricorsi giurisdizionali**⁷¹⁹. Il primo paragrafo riconosce al Potere Giudiziario la competenza ad accertare le violazioni del *GISA* e gli riconosce la possibilità di adottare qualunque rimedio sembri opportuno⁷²⁰(titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(h)(1)), ma non il potere di annullare un atto o di impedire lo svolgimento di un'azione amministrativa, salvo che si tratti della decisione di procedere a porte chiuse o di rifiutare l'accesso a documenti. I giudici non possono neanche condannare la p.a. al risarcimento dei danni (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(h)(2)). Il ricorso è proponibile da chiunque entro 60 gg. dalla riunione relativamente alla quale si sia verificata la violazione, non occorre avere preventivamente esaurito gli eventuali rimedi amministrativi come invece disposto nel *FOIA*. L'onere della prova grava sull'amministrazione che deve costituirsi entro 30 gg. dalla

stati avanzati i seguenti argomenti: 1 la disposizione impone all'amministrazione oneri ingenti a tutto scapito dell'efficienza; 2 queste registrazioni non sono utili per il pubblico una volta che la riunione si è svolta; 3 vanno invece a vantaggio esclusivo delle *lobbies* interessate ad interferire nell'attività amministrativa. L'autrice invece ritiene che questa disposizione sia essenziale nella struttura del *GISA*, per i seguenti motivi: 1 l'unico rimedio effettivo per il pubblico in caso di una riunione illegalmente chiusa, è quello di poter comunque conoscere cosa è stato discusso; 2 il *judicial review* sarebbe estremamente difficoltoso se i giudici non fossero in grado di sapere quali argomenti siano stati effettivamente trattati in una riunione a porte chiuse.

⁷¹⁹Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., pp. 629-630; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1255; SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., pp. 638-642.

⁷²⁰Ad es. vietare future violazioni, imporre l'esibizione di verbali, annullare la decisione di riunirsi a porte chiuse, ecc.

presentazione del ricorso. I giudici hanno poteri di merito (*they may take such additional evidence as it deems necessary*) e possono ispezionare in Camera di Consiglio (*in camera inspection*) le registrazioni, i verbali, le *minutes* delle riunioni svolte in privato (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(h)(1)). Questo primo tipo di ricorso è un'azione autonoma che si fonda unicamente sul *GISA*; quello invece previsto nel titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(h)(2) è complementare ad altra azione che si fonda su altro *statute*, non potrebbe cioè essere proposto in modo autonomo⁷²¹. Questa seconda disposizione prevede che nel corso di una azione giudiziale, che non si fonda sul *GISA*, sia possibile chiedere, da parte di qualunque parte del processo, che venga accertata l'eventuale violazione del *GISA*. In questa ipotesi il giudice ha la possibilità anche di annullare qualunque decisione amministrativa⁷²².

L'organo giudiziario in entrambi i casi deve accertare: 1 che la riunione sia stata correttamente indetta, nel rispetto cioè del procedimento *ex* titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(e); 2 se sia stata seguita la procedura *ex* titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(d) e (f), nel caso di riunioni riservate; 3 che in questo ultimo caso nella deliberazione amministrativa sia stata condotta la *two stage*

⁷²¹Cfr. SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., pp. 638-639.

⁷²²Cioè anche diverse da quelle di procedere a porte chiuse e di rifiutare l'accesso a verbali, ecc. Cfr. Cfr. SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., p. 639.

investigation richiesta da titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(c)⁷²³; 4 se la decisione di rifiutare l'accesso ai verbali sia conforme a titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(f).

I giudici in entrambe le ipotesi possono imporre il pagamento delle spese e degli altri costi del processo all'amministrazione sostanzialmente soccombente (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(i)).

Anche nel *GISA* come per il *FOIA*, è prevista la supervisione del Congresso sullo stato di attuazione della legge, per mezzo dell'invio annuale di *reports* alle Camere ad opera di ogni amministrazione soggetta al *GISA* (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(j)).

Terminata l'analisi delle disposizioni più importanti contenute nel *GISA*, è opportuno fare un accenno alle **critiche** che sono state mosse all'istituto della pubblicità delle sedute degli organi amministrativi e specificamente a come questo è stato disciplinato nel *GISA*.

Le censure a carattere generale sono le seguenti: 1 l'osservazione esterna di una discussione viene a distorcerla⁷²⁴; 2 di fronte al pubblico si tende ad estremizzare le proprie posizioni e da ciò deriva una minore possibilità di accordo⁷²⁵; 3 i pubblici impiegati

⁷²³Questa indagine come si è visto consiste nel determinare: 1 se la materia da trattare rientri tra una di quelle escluse; 2 se anche in questo caso il procedere pubblicamente non sia richiesto dal pubblico interesse. Cfr. sopra p. 291.

⁷²⁴Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 633.

⁷²⁵Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 633; STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 159.

sapendo di essere controllati dagli amministrati nello scambio di informazioni, pareri, valutazioni, ecc., saranno meno franchi e si sentiranno meno liberi di esprimere le loro vere convinzioni (*candour argument*)⁷²⁶; 4 per sottrarsi al pubblico scrutinio si ricorrerà sempre più spesso a *paper proceeding (annotation vote)*, permessi dal GISA, ma che si caratterizzano per una mancanza di dialogo tra soggetti chiamati a deliberare, per cui minore possibilità di analizzare a fondo la questione da decidere e dunque infine peggiore qualità delle decisioni⁷²⁷; 5 i soggetti che più traggono vantaggio dalla pubblicità delle sedute degli organi amministrativi sono i giornalisti per i loro *scoops* e le *lobbies* per cercare di conoscere le intenzioni dell'amministrazione nei loro confronti e per poterla poi influenzare a proprio vantaggio⁷²⁸.

⁷²⁶Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 633; STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 159; BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1257.

⁷²⁷Cfr. GELLHORN, BYSE, STRAUSS *Administrative law* cit., p. 633; STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., p. 159.

⁷²⁸ "But, by and large, the ones who will be taking advantage of the bill's provisions will be corporate and other special interests attempting to stave off what they deem to be unfavorable Government action. We have seen too many cases where agency action was unnecessarily protracted due to long, drawn-out court battles. This bill gives the special interests just one more forum in which to fight the agency.", sono parole di un deputato al momento del dibattito parlamentare per l'approvazione del GISA, riportate in BREYER and STEWART *Administrative law and Regulatory Policy. Problem, Texts and Cases* cit., p. 1258. A questa critica in particolare però, può essere obiettato che occorre distinguere tra il valore della norma e il fatto della sua concreta utilizzazione: l'aver chiunque il diritto di assistere alle riunioni di organi amministrativi ha una rilevanza democratica grandissima che non viene più di tanto scalfita dal fatto che questo diritto sia utilizzato in concreto per scopi non poi troppo 'nobili'.

La principale critica mossa invece alla disciplina concreta che il *GISA* detta per l'istituto dell'accesso ai *meetings* delle *multiheded agencies*, riguarda principalmente il fatto che la legge non ha offerto sufficiente tutela a interessi pubblici e privati altrettanto importanti rispetto a quello dell'*openness* della p.a.⁷²⁹. Le eccezioni all'accesso sono dirette a tutelare determinati interessi, per mezzo del ricorso al 'segreto'⁷³⁰, che in certi casi⁷³¹ appunto è da considerarsi un'esigenza prevalente su quella all'*openness*⁷³². Anzitutto il *GISA*, però, non impone all'amministrazione il ricorso alle eccezioni quando gli interessi ivi tutelati siano in procinto di essere discussi in un *meeting* e inoltre tutta questa legge è costruita in modo da incentivare l'amministrazione a procedere pubblicamente e da disincentivarla a ricorrere alle eccezioni⁷³³. La conseguenza è che spesso quegli interessi ricompresi nel titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(c)(1)-(10)

⁷²⁹In generale in questo senso cfr. SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit.

⁷³⁰Nel senso di 'non accessibilità delle sedute in cui si discute di quegli interessi'.

⁷³¹Appunto quelli in cui vi sia l'esigenza di tutelare interessi prevalenti.

⁷³²In questo senso cfr. anche STEPHENSON *Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings* cit., pp. 157 e 172.

⁷³³SLOAT (*Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., pp. 633-642) configura come ostacoli alla chiusura di una riunione sia il procedimento di 'segretazione' (titolo 5° del U.S. Code sec. 552b(d), (f)), ulteriore rispetto a quello di indizione di un *meeting*, sia la possibilità che una volta chiuse le porte si ricorra al *judicial review* che comporta spese, perdita di tempo, rischio di risultare soccombente con varie conseguenze negative. "An agency member contemplating a vote to close a meeting will be aware of the costs of closure. First, he must consider the additional procedures needed to close a meeting under the Act. Second, an agency member will recognize the potential expense of litigation and the risk of reversal.", SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., p. 633.

saranno sacrificati, anche laddove risultassero prevalenti su quello all'*openness*⁷³⁴.

Concludendo l'analisi di questa legge, si può considerare che l'estensione del principio di trasparenza amministrativa anche all'accessibilità delle riunioni degli organi amministrativi collegiali posti al vertice di alcune delle maggiori amministrazioni federali, era essenzialmente diretto a quattro finalità interdipendenti tra di loro: 1 accrescere la conoscenza di come viene gestita la cosa pubblica 2 rendere così più comprensibile tale gestione 3 incrementare la fiducia dei cittadini nei confronti del governo e 4 rendere più responsabili gli amministratori per il fatto di essere esposti al pubblico controllo.

La concreta attuazione della legge ha in parte realizzato questi scopi, ma ha anche offerto il fianco a varie critiche⁷³⁵: 1 coloro che principalmente ricorrono al diritto di accesso disciplinato nel *GISA*, sono giornalisti e gruppi di pressione, specialmente economica (*lobbies*), i primi per cercare materiale per i loro scoop, i secondi per tentare di conoscere e dunque influenzare le decisioni delle amministrazioni preposte a controllarli e regolarli. 2 Le decisioni di vertice nelle amministrazioni soggette al *GISA* sono sempre più

⁷³⁴Cfr. SLOAT *Government in the Sunshine Act: a Danger of Overexposure* cit., pp. 642-643 e 648-650.

⁷³⁵Per una analisi si veda la ricerca commissionata dall'*Administrative Conference of the United States*, contenuta in WELBORN, LYON & THOMAS *Implementation and Effects of the Federal Government in the Sunshine Act*, 1984, alcune parti di essa sono riportate in GELLHORN W., BYSE C., STRAUSS P.L. *Administrative law* Mineola, New York, The Foundation Press, 1987, pp. 787-793.

spesso prese al di fuori di riunioni collegiali. Inoltre in queste sempre meno si seguono *give-and-take discussions*⁷³⁶, infatti soprattutto la preoccupazione di sbagliare o di essere fraintesi spinge i membri degli organi collegiali di vertice a non discutere liberamente delle questioni più importanti. Le conseguenze sono quelle di processi decisionali sempre più individualizzati e incompleti, venendo a mancare quello scambio di battute e risposte fondamentale al miglioramento di una determinata posizione.

La conseguenza che è stata tratta da tale situazione è che “..clearly the Sunshine Act has proved to be no panacea for the ills besetting the relationship between the American administrative state and the American people.”⁷³⁷. Si può dunque affermare che il *GISA* abbia avuto una storia meno ‘brillante’ del *Freedom of Information Act*, che tuttora continua ad essere una legge molto apprezzata e sempre al centro di dibattiti anche all'estero⁷³⁸.

⁷³⁶Cfr. sopra note 653 e 665.

⁷³⁷ è un brano di WELBORN, LYON & THOMAS *Implementation and Effects of the Federal Government in the Sunshine Act*, 1984, riportato in GELLHORN W., BYSE C., STRAUSS P.L. *Administrative law* Mineola, New York, The Foundation Press, 1987, p. 790.

⁷³⁸Si pensi in particolare all'influenza che il *FOIA* esercita sul dibattito tuttora in corso in G.B. relativamente all'esigenza di maggiore trasparenza all'interno dell'amministrazione centrale inglese. Cfr. il capitolo sulla G.B.

4. Recenti sviluppi in tema di trasparenza-controllo e nuove problematiche

4.1 Nuove esigenze e nuove risposte normative: gli emendamenti e le integrazioni del FOIA diretti ad accrescere la trasparenza-controllo

Negli ultimi decenni un numero molto ampio di novità, normative, politiche e giurisprudenziali, hanno interessato la disciplina della trasparenza-controllo, ma nessuna di queste ne ha intaccato la filosofia di fondo. Si è per lo più trattato di interventi puntuali diretti a chiarirne il senso, renderne più efficiente il funzionamento e adattarlo alle mutate condizioni nazionali e internazionali in cui gli Stati Uniti si sono venuti a trovare.

Pare anzitutto utile partire dalle novità che si sono registrate sul piano normativo e della prassi applicativa per poi passare ad esaminare alcune importanti decisioni giurisdizionali.

Un primo gruppo di disposizioni sono dirette ad aggiornare, estendere e rendere più efficace la disciplina del 1966.

Nel 1996, alla luce delle innovazioni tecnologiche che si erano prepotentemente affermate nel corso dei primi anni '90, il Congresso ha deciso di aggiornare il FOIA al fine di rendere disponibili le informazioni in possesso delle pubbliche autorità mediante la rete internet. Venne così approvato l'*Electronic Freedom of Information Act* (EFOIA) che ha apportato al FOIA una serie di

emendamenti diretti ad adeguarlo con le moderne tecnologie disponibili.

Con questa legge si sono perseguiti due grandi obiettivi: da un lato, una maggiore accessibilità delle informazioni con conseguente beneficio per il pubblico dei richiedenti; dall'altro, una riduzione dei tempi e dei costi, sia burocratici che economici, con vantaggio per lo stesso apparato statale.

Le principali innovazioni introdotte con gli emendamenti del 1996 riguardano:

a – l'obbligo delle autorità di rendere disponibili, senza necessità di specifica richiesta, tutte quelle informazioni che sono state oggetto di specifiche richieste di accesso in passato e che, per la loro natura, probabilmente potranno formare oggetto di nuove richieste;

b – tutte le informazioni create dopo il 1/11/1996 devono essere rese accessibili per mezzo di strumenti di comunicazione elettronica e, in particolare, ciascuna autorità federale deve creare apposite "*electronic reading rooms*" per permettere al pubblico di accedere ai propri archivi e *databases*;

c – se le informazioni o i documenti sono stati in parte soppressi per garantire interessi pubblici prevalenti (nel rispetto delle eccezioni fissate nel FOIA), occorre indicarne a margine in modo esplicito e per scritto le ragioni e l'entità;

d – le richieste di accesso a specifici documenti o informazioni, non già resi disponibili al pubblico, devono essere evase

preferibilmente mediante la trasmissione degli stessi in formato elettronico;

e – il termine per evadere una richiesta di accesso è stato portato da dieci a venti giorni lavorativi, ma contemporaneamente è stata drasticamente ridotta la discrezionalità dell'amministrazione nell'estendere tale termine per "*unusual circumstances*" e sono stati previsti casi nei quali, viceversa, la risposta deve essere immediata;

f – la relazione annuale che ciascuna autorità pubblica deve redigere, non è più trasmessa al Presidente della Camera, ma all'*Attorney General* il quale a sua volta dovrà predisporre una relazione generale;

g – ogni autorità pubblica è tenuta a predisporre e rendere disponibile una guida all'accesso dei documenti e delle informazioni in suo possesso.

Sempre ispirata all'esigenze e alle problematiche poste dalla *Information Technology* è la legislazione introdotta nel 2002 con l'*E-government Act*.

Questa legge, per la prima volta in via generale, ha regolato l'utilizzo delle tecnologie informatiche a livello degli apparati federali, introducendo novità anche con riferimento alla trasparenza-controllo.

In particolare, per quel che qua interessa, è stato creato all'interno dell'*Office of Management and Budget* (d'ora in poi OMB) un ufficio per *E-government* il cui direttore viene nominato dal Presidente con la procedura dell'*advice and consent* del Senato.

A questa struttura, tra le altre cose, è stato affidato il compito di predisporre progetti per integrare e rendere maggiormente disponibili per il pubblico gli archivi elettronici esistenti a livello federale. Sotto questo profilo, si prescrive ad esempio che ciascun apparato federale metta a disposizione su internet il massimo numero di informazioni e documenti predisponendone altresì appositi elenchi. Viene anche imposto di mettere a confronto gli archivi federali per eliminare duplicazioni di dati e creare interazioni tra gli stessi in modo da facilitare l'accesso.

Nonostante queste innovazioni tese a migliorare la disciplina dell'accesso e ad aggiornarla alle nuove tecnologie, diversi studi hanno evidenziato che nel corso dei primi anni del 2000, forse anche per i profili legati alla sicurezza nazionale che si esamineranno in seguito, il FOIA mostrava un elevato margine di inattuazione⁷³⁹.

In particolare, risultava fortemente incrementato l'arretrato di gran parte delle agenzie federali, solo in parte dovuto all'aumento delle richieste d'accesso; quasi il 30% dei soggetti tenuti ad inviare all'Attorney General una relazione sullo stato di attuazione della disciplina sull'accesso non avevano ottemperato a questo obbligo; le amministrazioni con competenza di tutela della sicurezza nazionale (ad es. FBI, CIA, Dipartimenti della Difesa, ecc.) avevano

⁷³⁹ Cfr. THE NATIONAL SECURITY ARCHIVE, *The knight open government survey*, George Washington University, 2007, reperibile all'indirizzo internet www.nsarchive.org; OPENTHEGOVERNMENT.ORG, *FOIA's 40th Anniversary: Agencies Respond to the President's Call for Improved Disclosure of Information*, 2006, reperibile all'indirizzo internet <http://www.openthegovernment.org>

fortemente ridotto il numero di richieste evase; molteplici previsioni dell'EFOIA risultavano inattuate.

Per far fronte a questa situazione, è stato anzitutto emanato un regolamento dalla Presidenza Bush (*Executive Order* n.13392 del 14/12/2005) con il quale si è stabilito di nominare in ogni agenzia federale un funzionario responsabile per la disciplina del FOIA e un ufficio *ad hoc* (*FOIA Requester Service Center*) per facilitare l'accesso alle informazioni da parte del pubblico.

Sempre con lo stesso regolamento si è prescritto che il dipartimento della giustizia controlli il rispetto del FOIA da parte delle singole amministrazioni stabilendo a tal fine che queste ultime inviino all'*Attorney General*, entro sei mesi dall'entrata in vigore del regolamento, una relazione sullo stato e grado di attuazione del FOIA.

Nonostante l'*Executive Order*, e i provvedimenti di attuazione⁷⁴⁰, l'entità delle richieste rimaste inevase risultava eccessivo e di conseguenza si è giunti all'approvazione, il 31/12/2007, di una legge diretta ad affrontare i problemi rilevati negli ultimi anni: l'*Openness Promotes Effectiveness in Our National Government Act 2007* o, più brevemente, *OPEN Government Act 2007*.

Le principali innovazioni introdotte da questa legge riguardano:

a – il rafforzamento dei diritti di accesso a favore dei media ;

⁷⁴⁰ In particolare, cfr. *Memorandum* emanato dall'*Office of Management and Budget* (Kaplan's Memorandum) del 30/12/2005, M-06-04.

b – l'introduzione di "sanzioni" nei confronti degli apparati che hanno violato le previsioni del FOIA, tra le quali ad esempio si possono ricordare: l'obbligo di pagare sempre le spese processuali laddove l'amministrazione risulti perdente in una causa nella quale si faccia questione del diritto di accedere a determinate informazioni; azioni disciplinari nei confronti dei funzionari responsabili; ecc.

c – l'aver reso più stringente il termine di venti giorni entro i quali la richiesta di accesso deve essere evasa, fissando anche le conseguenze in caso dell'eventuale inottemperanza o elusione;

d – l'introduzione di un numero di protocollo per ciascuna richiesta tramite il quale il soggetto possa facilmente conoscere lo stato della sua domanda;

e – la specificazione e l'aumento delle informazioni da inserire nella relazione annuale che ciascun apparato pubblico è tenuto a redigere.

Un'innovazione di grandissima portata, tenuto conto dei recenti sviluppi che l'organizzazione degli apparati pubblici ha subito negli ultimi anni anche negli Stati Uniti a seguito delle privatizzazioni e dell'attribuzione di funzioni e servizi pubblici a soggetti privati, riguarda l'inclusione, tra le informazioni accessibili da parte del pubblico, di tutti quei documenti che sono nella disponibilità di soggetti diversi da una pubblica autorità (*OPEN Government Act*, sec. 10). Questa disposizione però ha una portata limitata sotto due diversi profili. In primo luogo, in quanto riguarda unicamente le

informazioni di una pubblica autorità (*agency records*) le quali, per ragioni contrattuali siano conservate da un soggetto privato, non estendendosi, viceversa, a tutte le informazioni create e processate dallo stesso soggetto privato nell'esercizio delle funzioni o dei servizi pubblici ad esso assegnati. In secondo luogo, poiché riguarda solo le informazioni che siano conservate dal soggetto privato in base ad un rapporto contrattuale con la pubblica autorità.

4.2 Nuove esigenze e nuove risposte normative e amministrative: la limitazione del FOIA per ragioni di sicurezza nazionale

Un secondo gruppo di disposizioni hanno avuto l'obiettivo di conciliare il controllo diffuso operabile tramite la disciplina sulla trasparenza e le esigenze legate alla sicurezza nazionale evidenziatesi in particolare dopo l'11/9/2001.

Il primo provvedimento in questo senso è stata un atto di indirizzo a carattere non normativo emanato dal Dipartimento di giustizia, che è l'organo cui è affidata la supervisione in materia di trasparenza⁷⁴¹. Si tratta dell'*Ashcroft's memorandum* (2001) emanato il 12/10/2001 dall'allora *Attorney General* John Ashcroft.

Con questo atto si sono date istruzioni a tutte le strutture federali di ridurre al minimo gli accessi ai documenti pubblici

⁷⁴¹ Il provvedimento è stato emanato in attuazione della norma del FOIA (5 U.S.C. § 552(e)(5)) che attribuisce all'*Attorney General* il potere di "*to encourage agency compliance with [the Freedom of Information Act]*".

ottenibili sulla base del FOIA, applicando in via estensiva le eccezioni disciplinate dalla stessa legge.

In particolare, si è imposto agli organi pubblici dinanzi a qualunque richiesta di accesso, prima di evaderla, di valutare attentamente gli interessi legati alla sicurezza nazionale, all'effettività dell'azione penale e alla *privacy*⁷⁴². Nelle precedenti istruzioni dettate in materia (*Reno's Memorandum*, dal nome dell'allora *Attorney General* Janet Reno, in vigore dall'ottobre 1993), così come in base alla giurisprudenza consolidata⁷⁴³, era viceversa fissato il principio della presunzione a favore dell'accesso (*presumption of disclosure*). Ma la reazione a questo tentativo di involuzione operata con l'*Asbcraft's memorandum* non è tardata ad arrivare se si pensa che nel recentissimo *OPEN Government Act 2007* si è prescritto legislativamente e a chiare lettere che "*the American people firmly believe that our system of government must itself be governed by a presumption of openness*" (sec. 2, par. 2).

⁷⁴² Si legge nell'*Asbcraft's memorandum* che "*I encourage your agency to carefully consider the protection of all such values and interests when making disclosure determinations under the FOIA. Any discretionary decision by your agency to disclose information protected under the FOIA should be made only after full and deliberate consideration of the institutional, commercial, and personal privacy interests that could be implicated by disclosure of the information*".

⁷⁴³ Sulla "*strong presumption in favor of disclosure*", cfr. Corte Suprema, *United States Department of State v. Ray*, in 502 U.S. (1991), pp. 164 ss.. Si tratta di una presunzione che opera nei confronti di tutti gli apparati soggetti al FOIA. In senso analogo, già pochi anni dopo l'approvazione del FOIA la Corte Suprema aveva affermato che "*disclosure, not secrecy, is the dominant objective of the Act*": *Department of Air Force v. Rose*, in 425 U.S. (1976), pp. 352 ss.

Sempre con il Memorandum del 2001, il dipartimento di giustizia ha fatto sapere alle agenzie federali che esso le avrebbe supportate nel negare l'accesso, anche in eventuali procedimenti legali, essendo sufficiente che si indicasse genericamente una base giuridica per il rifiuto, anche se di minimo fondamento (“*sound legal basis*”)⁷⁴⁴; laddove, viceversa, nel *Reno's Memorandum*, il dipartimento della giustizia aveva chiarito che avrebbe supportato un rifiuto al rilascio di informazioni solo se l'apparato pubblico avesse adeguatamente giustificato tale scelta indicando un pericolo attuale per gli interessi tutelati dalle eccezioni dettate dal FOIA (“*foreseeable harm*”).

Pochi mesi dopo, sono stati emanati altri *Memoranda* con i quali si è prescritta un'attenta considerazione da parte di ogni agenzia federale degli interessi legati alla sicurezza nazionale, soprattutto con riferimento al pericolo che alcune informazioni siano usate per la preparazione, fabbricazione o uso di armi di distruzione di massa⁷⁴⁵. In particolare, con questi provvedimenti si sono estesi sia il numero che il tempo di classificazione delle informazioni “segrete”

⁷⁴⁴ Si legge nell'*Ashcroft's memorandum* che “*when you carefully consider FOIA requests and decide to withhold records, in whole or in part, you can be assured that the Department of Justice will defend your decisions unless they lack a sound legal basis or present an unwarranted risk of adverse impact on the ability of other agencies to protect other important records*”.

⁷⁴⁵ In particolare, *Memorandum for heads of executive departments and agencies* del 19/3/2002 avente ad oggetto “*Action to Safeguard Information Regarding Weapons of Mass Destruction and Other Sensitive Documents Related to Homeland Security*” nonché il *Memorandum for departments and agencies* emanato dall'*Information Security Oversight Office* avente ad oggetto “*Safeguarding Information Regarding Weapons of Mass Destruction and Other Sensitive Records Related to Homeland Security*”, reperibili all'indirizzo www.usdoj.gov/oip/index/html

in base alla prima eccezione del FOIA (titolo 5° del *U.S. Code* sec. 552(b)(1)).

E' però con il *Patriot Act 2001* che si sono posti i presupposti per una contrazione della portata del diritto di accesso alle informazioni possedute dalle pubbliche autorità⁷⁴⁶.

Come noto questa legge doveva avere carattere temporaneo, ma la sua efficacia, con specifico riferimento alle disposizioni che qua interessano, è stata recentemente prorogata con l'*USA PATRIOT Act Additional Reauthorizing Amendments Act 2006*.

Il *Patriot Act* non ha direttamente introdotto modificazioni nella legislazione in materia di trasparenza-controllo (FOIA e GISA), ma molte delle sue disposizioni hanno avuto un impatto indiretto molto rilevante nell'applicazione di quelle leggi. Per quanto interessa in questa sede, le informazioni concernenti la sicurezza nazionale sono state sottoposte ad un regime "speciale" con una tutela rinforzata e soggette ad un principio opposto a quello valido per qualunque altra informazione (*presumption of disclosure*). Questo regime riguarda qualunque sede nella quale questo genere di informazioni è suscettibile di essere divulgata: processi civili e penali, procedimenti amministrativi, ecc.

⁷⁴⁶ Su questa disciplina, anche con riferimento al problema di come è stata limitata indirettamente la normativa sulla trasparenza, cfr. N.C. HENDERSON, *The Patriot Act's impact of the government's ability to conduct electronic surveillance of ongoing domestic communications*, in 52 *Duke Law Journal*, 2002, pp. 179 ss.; D. COLE, *Judging the next emergency: judicial review and individual rights in times of crisis*, in 101 *Michigan Law Review*, 2003, pp. 2565 ss.; R. EHRENREICH BROOKS, *War everywhere: rights, national security law, and the law of armed conflict in the age of terror*, in 153 *University of Pennsylvania Law Review*, 2004, pp. 675 ss.

In particolare, è stata fortemente limitata la possibilità per i giudici di ordinare il rilascio di informazioni che un'amministrazione sostiene di non dover fornire per motivi di sicurezza nazionale. Si è stabilito che un giudice adito per sindacare un "*non disclosure order*" possa incidere su tale provvedimento solo se riesce a dimostrare che non vi sia alcuna ragione per credere che il rilascio delle informazioni possa mettere in pericolo la sicurezza nazionale o interferire con l'esercizio dell'azione penale o con attività di intelligence o possa mettere a rischio le relazioni diplomatiche o la sicurezza di una persona.

Anche laddove riesca a fornire una tale prova diabolica, la decisione del giudice può essere bloccata mediante una "*certification*", da parte dell'*Attorney General* o del direttore dell'*FBI*, con la quale si attesti che quelle informazioni potrebbero mettere in pericolo la sicurezza nazionale o le relazioni diplomatiche. In questo caso, l'autorità giudiziaria può superare il rifiuto solo dimostrando il dolo (*bad faith*) del funzionario.

Sempre in relazione alle esigenze di tutela della sicurezza interna e internazionale degli Stati Uniti sono state avviate una serie di politiche, implementate con una serie molto ampia di atti di diversa natura, che hanno inciso sul funzionamento del FOIA rendendo più difficile il rilascio di determinate categorie di informazioni.

La più ampia di queste misure è contenuta nell'*Homeland Security Act* 2002, il quale oltre a creare un dipartimento per la

Sicurezza nazionale (*Department of Homeland Security* - DHS), la legge ha individuato due categorie di informazioni suscettibili di essere sottratte dalla disciplina sull'accesso per la rilevanza che esse possono avere nella tutela di interessi primari: le informazioni relative alle infrastrutture di rilevante interesse (*Critical Infrastructure Information* - CII) e altre informazioni sensibili ma non specificamente classificabili (*Sensitive But Unclassified* - SBU). Mentre l'estensione della prima categoria di informazioni è piuttosto definita sia nell'*Homeland Security Act* 2002 sia nelle norme secondarie emanate in attuazione di questa legge; le SBU non sono determinabili *a priori*, ma la loro individuazione è rimessa alla discrezionalità del DHS.

Tutte queste leggi e politiche di sicurezza fin qua ricordate hanno determinato, spesso in modo indiretto, una compressione, certamente comprensibile ma non per questo pienamente giustificabile, della disciplina sulla trasparenza-controllo.

Questa situazione è stata fortemente criticata dalle associazioni a tutela delle libertà civili e da altri organismi che si occupano specificamente di trasparenza. Di recente, come s'è già notato, a queste critiche ha dato una (parziale) risposta lo stesso Congresso cercando di dare nuova linfa e nuova spinta al processo di apertura al pubblico dei pubblici poteri: *OPEN Government Act* 2007.

Proprio queste vicende manifestano la fortissima tensione che in questi ultimi anni esiste, non solo a livello della società civile americana, ma anche delle istituzioni pubbliche, anzitutto

Congresso, da un lato, e Presidenza, dell'altro, tra la richiesta di maggiore sicurezza e la mai sopita volontà di rendere pienamente trasparenti e *accountable* i pubblici poteri.

Dopo il terribile impatto degli attentati dell'11/9/2001 che ha condotto, tra le altre cose, ad operare un giro di vite a favore delle esigenze della sicurezza e segretezza, sembrerebbe però che abbiano cominciato ad emergere, anche a livello istituzionale, quegli anticorpi, così fortemente radicati in questo paese, che altro non sono che la linfa tuttora estremamente vitale del costituzionalismo americano.

4.3 Il difficile ruolo dei giudici federali tra la garanzia della trasparenza-controllo e la sicurezza nazionale

Come già si è notato esaminando la disciplina del FOIA e del GISA, i giudici federali e, in particolare, la Corte Suprema hanno fin da subito manifestato un chiaro atteggiamento a favore delle esigenze della trasparenza, fornendo interpretazioni restrittive delle eccezioni all'accesso e imponendo alle agenzie federali di rendere disponibili le informazioni negate⁷⁴⁷.

In particolare, prima del 2001, la giurisprudenza federale sembra chiaramente mostrare il passaggio da una concezione, si potrebbe dire privatistica, della trasparenza basata sul diritto

⁷⁴⁷ Cfr. ad es. Corte Suprema, *United States Department of State v. Ray*, in 502 U.S. (1991), pp. 164 ss.; *Department of Air Force v. Rose*, in 425 U.S. (1976), pp. 352 ss.

individuale d'accesso in funzione di garanzia del primo emendamento, ad una nozione più ampia, si potrebbe dire pubblicistica, fondata sulla libera circolazione delle informazioni tra pubbliche autorità e società civile⁷⁴⁸. In questa nuova prospettiva, più che calcare sul diritto del singolo ad accedere a determinate informazioni, la Corte si concentra sul dovere di ogni apparato pubblico di garantire un costante e libero flusso di informazioni che costituisce l'humus fondamentale per la democrazia.

Si deve alla giurisprudenza federale l'individuazione e la ripetuta affermazione di un principio generale, costituzionalmente garantito, di trasparenza con i corollari consistenti, ad esempio, in un obbligo di costruire restrittivamente le eccezioni all'accesso, imponendo una loro interpretazione letterale⁷⁴⁹, nell'impossibilità per l'amministrazione di chiedere al privato di fornire una giustificazione alla sua richiesta⁷⁵⁰, nell'irrilevanza dell'identità del richiedente⁷⁵¹.

⁷⁴⁸ Cfr. in questo senso P.J. COOPER, *The Supreme Court, the first amendment and freedom of information*, in 46 *Public Administration Review*, 1986, pp. 622 ss.

⁷⁴⁹ Cfr. ad es. *Department of Interior v. Klamath Water Users Protective Ass'n*, in 121 *S.Ct.* (2001), pp. 1060 ss.; *U.S. Department of Defense v. Federal Labour Relations Authority*, in 114 *S.Ct.* (1994), pp. 1006 ss.; *John Doe Agency v. John Doe Corp.*, in 110 *S.Ct.* (1989), pp. 471 ss.; *U.S. Department of Justice v. Tax Analyst*, in 109 *S.Ct.* (1989), pp. 2841 ss.; *GTE Sylvania, Inc. v. Consumers Union of U.S., Inc.*, in 100 *S.Ct.* (1980), pp. 1194 ss.; *N.L.R.B. v. Robbins Tire & Rubber Co.*, in 98 *S.Ct.* (1978), pp. 2311 ss.; *Department of Air Force v. Rose*, in 96 *S.Ct.* (1976), pp. 1592 ss.

⁷⁵⁰ Cfr. ad es. *National Archives and Records Admin. V. Favish*, in 124 *S.Ct.* (2004), pp. 1570 ss.

⁷⁵¹ Cfr. ad es. *U.S. Department of Defense v. Federal Labour Relations Authority*, in 114 *S.Ct.* (1994), pp. 1006 ss.; *U.S. Department of Justice v. Reporters Committee for freedom of Press*, in 109 *S.Ct.* (1989), pp. 1468 ss.

Questo atteggiamento sembra stato messo a dura prova dal clima creatosi a seguito degli attentati del 2001 e in particolare dalla legislazione approvata per fronteggiare l'emergenza terrorismo.

Per rendersi conto del difficile compito cui sono stati chiamati i giudici federali a seguito di questi eventi, pare utile richiamare una vicenda che ha contrapposto una famosa associazione per i diritti civili (*American Civil Liberties Union*, d'ora in poi ACLU) al Dipartimento della Giustizia, cui è rimesso, come noto, di sovrintendere sul funzionamento del FOIA. La controversia è addirittura giunta alla Corte Suprema la quale, dopo una lunghissima fase preliminare e molteplici interventi esperiti dagli interessati e da altri soggetti (*amici curiae*), il 19/2/2008 ha respinto *in limine* la richiesta di *certiorari* senza dunque affrontarne il merito⁷⁵².

L'ACLU, utilizzando il FOIA, aveva chiesto all'FBI una serie di documenti ed informazioni legate all'utilizzo da parte di quest'ultima dei poteri eccezionali ad essa conferiti dal *Patriot Act*. Su tali informazioni era stata fatta valere dal Dipartimento della Giustizia la prima eccezione del FOIA relativa ad informazioni coperte da "segreto di stato".

In una prima causa, la Corte Distrettuale per il Distretto di Colombia dette ragione all'esecutivo rigettando la richiesta

⁷⁵² Docket n. 07-468, reperibile presso il sito della Corte suprema: <http://www.supremecourtus.gov/docket/docket.html>

dell'ACLU⁷⁵³. Successivamente al grade clamore provocato da questa vicenda, l'Attorney General emanò un provvedimento per declassificare alcune delle informazioni richieste dall'ACLU la quale presentò una nuova richiesta di accesso.

Contro il silenzio prestato dall'amministrazione, l'ACLU ha intentato una nuova causa dinanzi alla Corte Distrettuale per il Distretto di Colombia⁷⁵⁴, la quale se da un lato ha riconosciuto il diritto dell'ACLU di ottenere una risposta immediata alla sua richiesta venendo in luce interessi assolutamente primari per il pubblico americano, dall'altra ha ritenuto che la maggior parte delle informazioni richieste, nonostante la declassificazione operata dal Dipartimento di Giustizia, fossero nella sostanza da ritenere sensibili per le esigenze di sicurezza nazionale e dunque non accessibili⁷⁵⁵.

Le due sentenze della Corte Distrettuale, così come l'atteggiamento tenuto dalla Corte Suprema in questa vicenda, mostrano chiaramente l'estrema difficoltà che i giudici federali hanno nel bilanciare le esigenze di trasparenza e dunque di controllo diffuso dei poteri pubblici con quelle di sicurezza nazionale recentemente e prepotentemente venute alla luce.

⁷⁵³ *American Civil Liberties Union v. Department of Justice*, in 265 *F.Supp.2d* (2003), pp. 20 ss. (ACLU 1)

⁷⁵⁴ *American Civil Liberties Union v. Department of Justice*, in 321 *F.Supp.2d* (2004), pp. 24 ss. (ACLU 2).

⁷⁵⁵ *American Civil Liberties Union v. Department of Justice*, in 321 *F.Supp.2d* (2004), p. 35.

CONCLUSIONI

La trasparenza, in particolare quella che si è detta trasparenza-controllo, può essere considerata un tema assolutamente centrale degli ordinamenti costituzionali contemporanei. Questo principio in alcuni paesi (Stati Uniti d'America) ormai da lungo tempo ha assunto carattere generale, in altri (Regno Unito) solo di recente.

In ognuno degli stati considerati, però, sia la dottrina che il legislatore tendono a riconoscere un'importanza vitale alla trasparenza soprattutto in relazione alle esigenze di rinnovamento del sistema istituzionale, presenti in diverso grado in ognuno di questi stati.

La trasparenza, oltre a condizionare e ad essere condizionata dalla forma di governo, come si è visto, mostra molteplici implicazioni con 'forma di stato' affermatasi a partire dalla metà del secolo scorso sia negli Stati Uniti d'America che Gran Bretagna.

In questi paesi lo stato 'sociale', spesso non a caso denominato 'stato amministrativo', è lungi dall'essere abbandonato. Le riforme, anche radicali, che negli ultimi anni hanno interessato gran parte dell'occidente hanno spesso avuto lo scopo di mantenere in vita, almeno nella sua essenza di fondo, questa forma di stato al fine di garantire *“una ripartizione del prodotto dei beni economici diversa da quella che deriverebbe dal libero gioco dell'iniziativa economica dei singoli”*⁷⁵⁶.

⁷⁵⁶ C. MORTATI, *Le forme di governo* Padova, Cedam, 1973, p. 62

Lo strumento principale per realizzare gli scopi di questa forma di stato è stata e tuttora è, anche se con forme diverse, la p.a., la quale nel corso del '900 ha visto una grandissima estensione delle sue dimensioni, competenze, poteri e funzioni. Questa evoluzione è stata di tale entità che ormai si può affermare che gli “*administrators make decisions that affect us before the cradle to beyond the grave*”⁷⁵⁷.

L'amministrazione non si limita più a difenderci verso l'esterno e a garantire l'ordine pubblico interno in esecuzione della volontà di un legislatore democraticamente eletto, ma si occupa di educarci, di curarci, di aiutarci economicamente in caso di bisogno, di farci viaggiare, di recapitare la nostra corrispondenza, di trasmettere i nostri messaggi, ecc.

Per realizzare tutte queste finalità sono stati creati nuovi enti pubblici, sono state estese le competenze di quelli esistenti, si sono accresciuti i poteri discrezionali amministrativi ed è stata ampiamente delegata all'esecutivo la funzione legislativa, non essendo in grado da solo il legislatore a provvedere per ogni fattispecie.

In seguito a questa evoluzione la p.a., oltre che continuare a dare esecuzione alla legge, viene a decidere controversie come se fosse un giudice, detta discipline ad applicabilità generale, prende decisioni ampiamente 'libere', nel senso di non consistenti in mera esecuzione della legge. A ciò si accompagna il fatto che coloro che

⁷⁵⁷ J.L. MASHAW, *Due Process in the Administrative State* Yale University Press, 1985, p. 12

adottano questi vari atti sono di fatto sempre meno soggetti al controllo e dunque sempre più autonomi rispetto ai vertici politici il quali sono responsabili nei confronti dei cittadini o in modo mediato, tramite la responsabilità ministeriale (Gran Bretagna), o direttamente, come negli Stati Uniti d'America.

Tutto ciò ha condotto ad una pressante richiesta di controllo di questi apparati pubblici, dotati di sempre maggiori poteri e sempre meno vincolati dalla legge. Finché la p.a., non molto estesa, si è limitata alla mera esecuzione della volontà di un legislatore liberamente eletto, nell'ambito di uno Stato in cui fosse vigente il principio di separazione dei poteri, sebbene diversamente accolto ai due lati dell'oceano, si era ritenuto sufficiente, per soddisfare la richiesta di controllo democratico, assicurare quest'ultimo a livello di funzione legislativa e eventualmente al vertice dell'apparato esecutivo. Il fatto poi che la p.a. fosse organizzata in modo autoritario, secondo principi gerarchici, e soprattutto che agisse con poteri di supremazia nei confronti dei privati, non era considerato contrario alla vigenza del principio liberal-democratico. L'amministrazione e i suoi poteri di imperio trovavano la loro legittimazione in quella che, negli Stati Uniti d'America, era definita la *Transmission Belt Theory*: il popolo elegge liberamente il Parlamento, questo emana delle leggi che la p.a. si limita ad eseguire, a loro volta i giudici, indipendenti da qualunque altro Potere, controllano che l'amministrazione non esca dai confini tracciati dalla legge (eccesso di potere, incompetenza e violazione di

legge per l'Italia e *ultra vires* nel mondo anglosassone). Per cui sulla base del fatto che la p.a. fosse un mero strumento di attuazione della volontà dei rappresentanti del popolo, l'uso da parte di essa di poteri di supremazia trovava una ampia base di legittimazione democratica.

Inoltre questo schema si inseriva all'interno di Stati che intervenivano nella sfera privata dei cittadini solo quando ciò fosse stato reso necessario dall'esigenza di coordinare le libertà dei singoli; la principale preoccupazione essendo quella di limitare l'ingerenza statale e dei privati nella sfera di libertà di ciascuno.

Tutta questa impostazione è venuta meno dal momento che lo Stato ha iniziato ad intervenire sempre di più al fine di assicurare il benessere di ciascuno; per fare ciò ampi poteri discrezionali sono stati attribuiti alla p.a., che è stata correlativamente estesa per far fronte alle nuove esigenze. Essa, come si è detto, non può più essere considerata una mera 'esecutrice' della volontà di un organo liberamente eletto dai cittadini e dunque legittimata democraticamente per il suo tramite. E' per questo che sia in G.B. che negli Stati Uniti d'America si è avvertita l'esigenza di controllo e di democrazia anche all'interno della p.a. e soprattutto nei rapporti tra questa e i cittadini.

L'idea a cui si è per lo più fatto riferimento è stata quella di 'partecipazione' degli amministrati alla funzione amministrativa, e si è parlato in questo senso di 'democrazia partecipativa' (*participatory democracy*). Il presupposto indispensabile della partecipazione alla

funzione amministrativa è appunto la trasparenza amministrativa, che appare così essere un momento essenziale nella estensione dei principi democratici all'interno della p.a.

Andando poi ad analizzare in modo più specifico l'attuale struttura della p.a. nell'ambito dello Stato amministrativo, condiviso in modi e gradi differenti da Stati Uniti d'America e G.B., si arriva comunque a riconoscere la trasparenza amministrativa come una delle esigenze fondamentali degli ordinamenti contemporanei.

A questo proposito è possibile far riferimento a due modelli fondamentali di amministrazione: 1 'amministrazione di regolazione' che si occupa per lo più di applicare regole, create dalla stessa amministrazione o da altri Poteri, che vengono ad incidere nella sfera giuridica degli amministrati (autorizzazioni, licenze, ordini, divieti, sanzioni, ecc.); 2 'amministrazione di servizi' che si occupa di fornire i servizi più vari agli amministrati (servizio postale, servizio sanitario e scolastico, assistenza sociale, previdenza sociale, trasporti, ecc.), e che oramai prevale quantitativamente su quella di regolazione.

Questi due modelli di amministrazione agiscono in maniera diversa: in particolare mentre l'amministrazione di regolazione per lo più fa ricorso a poteri autoritativi, quella di servizi per lo più copia attività materiali e agisce, o sarebbe più opportuno dire che dovrebbe agire, facendo ricorso a strumenti fondati sul consenso e la partecipazione, per lo più di diritto privato. Si tratta però non di una relazione di reciprocità, ma di prevalenza, per cui anche

l'amministrazione di servizi ricorre all'uso di poteri di supremazia per svolgere i propri compiti, così come quella autoritativa talvolta si rivolge a strumenti paritetici.

Le esigenze che sorgono in relazione a questi due modelli sono diverse; in particolare mentre per l'amministrazione autoritativa rimane fondamentale la necessità di tutelare gli interessi degli individui coinvolti nella sua azione, in quella di servizi, non venendosi normalmente ad imporre alcunché, diviene essenziale assicurare l'imparzialità e l'efficienza, nel senso di "*capacità del fine, e non di un fine economicistico o di redditività*"⁷⁵⁸.

In entrambi i casi, però, presupposto indispensabile è appunto la trasparenza amministrativa, ora diretta alla tutela individuale ora al controllo diffuso.

Dunque le profonde trasformazioni che nel corso della seconda metà del secolo appena trascorso hanno interessato, e stanno tuttora interessando, gli Stati Uniti d'America e la Gran Bretagna, come anche gli altri paesi 'occidentali', sembrerebbero mostrare un abbandono della netta separazione tra governanti e governati (partecipazione) a favore di un avvicinamento ulteriore del potere pubblico ai cittadini.

La sempre maggiore accessibilità delle informazioni in possesso della p.a. sembra costituire un chiaro indice di questo cambiamento.

⁷⁵⁸ U. ALLEGRETTI, *Valori costituzionali e Pubblica Amministrazione: un nuovo inizio ?* sta in AA.VV. *Valori costituzionali e Pubblica Amministrazione* cit., p. 17.

Questa evoluzione dovrà condurre ad un nuovo equilibrio del rapporto tra autorità pubblica e libertà individuale, in cui l'autonomia individuale avrà un peso molto maggiore che in passato. Non sarà, però, possibile eliminare del tutto il momento del potere, così come non sarà possibile avere un'amministrazione totalmente trasparente, simile ad una 'casa di vetro', ma tutt'al più potremo sperare in una p.a. simile ad una 'casa di vetro con molte finestre schermate e schermabili'.

E il grado con cui è garantita la trasparenza in un dato paese può essere considerato come uno degli indici di questa evoluzione dei rapporti tra governanti e governati.