

ESTRATTO

RIVISTA TICINESE DI DIRITTO
I-2015

*Originalità della legislazione e
della giurisprudenza ticinesi*

*Omaggio a Guido Corti
Consulente giuridico del Consiglio di Stato*

a cura di Gibi e Marco Borghi

Edy Salmina

**Protezione della sfera privata
in una società trasparente?**

Direzione e responsabilità editoriale:

Prof. Dr. Marco Borghi
e-mail: marco.borghi@unifr.ch

Redazione della parte fiscale:

Dr. Andrea Pedroli, Presidente della Camera di diritto tributario
e-mail: andrea.pedroli@ti.ch

incaricati dal Consiglio di Stato

Edita da: Cancelleria dello Stato del Cantone Ticino e
Helbing Lichtenhahn, Basilea (www.helbing.ch)

Distribuzione: – Ufficio della legislazione, delle pari opportunità e della trasparenza,
6501 Bellinzona (e-mail: rtid@ti.ch)
– Schweizer Buchzentrum, Industriestrasse Ost, 4614 Hägendorf

Coordinamento e allestimento: Gibi Borghi
e-mail: gibi.borghi@unifr.ch

Stampa: Tipografia Mazzoni Moduli SA - 6595 Riazzino
e-mail: mazzoni-moduli@ticino.com

Copertina: riproduzione da Cornelia Forster

ISSN 1661-0954 – ISBN 978-3-7190-3697-3 (Helbing Lichtenhahn)
ISBN 978-88-6303-043-3 (Repubblica e Cantone Ticino)

Protezione della sfera privata in una società trasparente?

*Edy Salmina**

1. Sintesi
2. Accenni al quadro normativo
 - 2.1. Alcuni esempi giurisprudenziali
3. Trasparenza: dal diritto al mito?

1. Sintesi

In questi ultimi anni è andato progressivamente configurandosi una sorta di «diritto della trasparenza». Per le autorità si tratta di un dovere di messa a disposizione, su richiesta, di documenti e, per il cittadino, di un diritto all'accesso ai medesimi. La legge federale sul principio di trasparenza dell'amministrazione (LTras) del 17 dicembre 2004¹ e, alcuni anni dopo, la legge cantonale ticinese sull'informazione e sulla trasparenza dello Stato (LIT) del 15 marzo 2011² ne costituiscono la concretizzazione legislativa a livello federale e cantonale. Come quasi sempre accade in ambito codificatorio, anche le norme sulla trasparenza danno un esito giuridico positivo a una precedente e molto più ampia evoluzione politica, sociale culturale. Si tratta, in sostanza, del progressivo spostamento dalla «riservatezza» alla «pubblicità» dei confini della vita collettiva e individuale.

I due richiamati atti normativi rovesciano, anche se ovviamente non in modo completo, il previgente principio di segretezza dell'attività dei poteri pubblici. In questo contributo, oltre a riassumere alcuni principi

* Avvocato.

¹ LTras (RS 152.3); OTras del 24 maggio 2006 (RS 152.31).

² LIT (RL 1.6.3.1); RLIT del 5 settembre 2012 (RL 1.6.3.1.1).

delle due leggi in questione e evidenziare alcune scelte giurisprudenziali ad esse connesse, vorrei tematizzare criticamente due aspetti. Il primo è che sia la LTras che la LIT devono essere inserite e comprese in un contesto sociale, tecnologico e culturale complessivo che ha ormai condotto, in pratica, alla tendenziale fine di ogni ambito di riservatezza. Di questa evoluzione, al di là delle aspettative che le hanno accompagnate, esse non sono né la causa principale né un fattore significativo di ulteriore sviluppo. Il tutto sommato contenuto effetto pratico che LTras e LIT hanno fino ad ora avuto è, a mio avviso, significativo soprattutto di una cosa: non sono state le leggi a produrre una trasparenza che si era già imposta da sola e che da sola si espande. Anzi, paradossalmente, gli atti normativi qui in discussione arrischiano di soprattutto servire a chiarire alcuni limiti dell'accessibilità degli atti pubblici. Il secondo interrogativo sul quale vorrei provare a riflettere è il rapporto intrinsecamente conflittuale tra la «trasparenza» e la «difesa della privacy». L'illusione che sia possibile avere una società che sia idealmente totalmente trasparente e, al contempo, proteggere la sfera privata delle persone deve, a mio parere, essere evidenziata come tale. Una buona occasione per farlo mi è sembrato un contributo centrato sul tema della trasparenza, questione che mi sta a cuore e sulla quale sto preparando un testo specifico.

Questo articolo è dedicato, oltre che a Guido Corti, anche al compianto dottor Michele Albertini³, giurista che della protezione dei dati e della legge sulla trasparenza è stato, in Ticino, il motore intellettuale e il fulcro operativo. Ho avuto il piacere di conoscerlo e apprezzarlo: con affetto e tristezza, voglio qui sottolinearne la determinazione, il coraggio, l'intelligenza e la dolcezza. Non si tratta però soltanto di ricordare una persona che pure manca molto. In un momento storico nel quale l'approssimazione contraddistingue spesso la vita collettiva e la privacy sta scomparendo, la lezione di Michele Albertini deve infatti non solo essere difesa dall'oblio ma trovare una continuità necessaria come mai.

³ Il lavoro di Guido Corti e quello di Michele Albertini, d'altronde, si è spesso incrociato. Un esempio tra i molti è quello citato nella decisione di cui alla nota 56 di questo testo, relativa appunto all'accessibilità ai sensi della normativa sulla trasparenza di un parere del consulente giuridico del Consiglio di Stato.

2. Accenni al quadro normativo

La Legge federale sul principio di trasparenza dell'amministrazione e quella ticinese sull'informazione e la trasparenza dello Stato si inseriscono in un'evoluzione legislativa che, dalla metà degli anni '90 del secolo scorso in poi, ha via via visto sorgere, prima in molti Cantoni, poi al livello federale, molte codificazioni di questo tipo⁴. Se il Canton Berna si mosse già nel 1995, il Ticino ha chiuso, per ora, il gruppo, attivandosi soltanto nel 2013, dopo un percorso parlamentare durato oltre 20 anni⁵. L'accesso concreto dei cittadini alla LIT è peraltro ampiamente favorito da apposite pubblicazioni della Cancelleria dello Stato, in pratica dei «Vademecum» esplicativi e operativi per chi appunto voglia avvalersi dei diritti che la normativa assicura⁶. Alla Legge sull'informazione e la trasparenza è dedicato anche un apposito sito web cantonale⁷. Una scelta, questa, simile a quella fatta a livello federale dove, proprio per diffondere la conoscenza delle norme della LTras e agevolare i potenziali utilizzatori, l'Ufficio federale di giustizia e l'Incaricato federale per la protezione dei dati hanno pubblicato tutta una serie di documenti esplicativi, formulari e linee guida⁸. Le disposizioni sulla trasparenza, in sostanza, non sono solo state adottate ma anche debitamente e opportunamente pubblicizzate. A livello nazionale, un'associazione è particolarmente attiva nello stimolare, in ambito giornalistico, il ricorso alle legislazioni sulla trasparenza⁹. È ovviamente troppo presto per fare un bilancio della LIT. Nel 2013, suo primo anno di validità, non vi è certo stata quella coda di richieste che alcuni temevano e altri auspicavano: il totale delle

⁴ Per una panoramica dell'evoluzione codificatoria vedere Il Rapporto 2013 sulla Legge sull'Informazione e sulla trasparenza dello Stato, pubblicato nel dicembre 2014, in www.ti.ch/trasparenza, di seguito Rapporto 2013 LIT.

⁵ Rapporto 2013 LIT, pag. 4-5.

⁶ Cfr. Guida alla legge sull'informazione e sulla trasparenza dello Stato, Cancelleria dello Stato.

⁷ www.ti.ch/trasparenza.

⁸ Cfr. Leitfaden für die Gesuchsbeurteilung, in www.bj.admin.ch; Empfehlungen des EDOB, in www.edoeb.admin.ch. Sul sito dell'IFPDT una sezione apposita è dedicata alla legge sulla trasparenza.

⁹ Cfr. www.oeffentlichkeitsgesetz.ch.

domande di accesso presentate è stato di 131, di cui 109 a livello comunale, 19 riferite all'amministrazione cantonale e 3 ad altri enti¹⁰. Le domande accettate sono state 100, quelle respinte 16: 13 casi sono stati oggetto di mediazione da parte della apposita Commissione indipendente¹¹. Alla Commissione cantonale di ricorso in materia LIT¹² sono stati presentati 5 ricorsi, tre dei quali sono stati evasi con sentenze non impugnate¹³. Il dato 2014, perlomeno per quanto si possa valutare dal punto di vista della Commissione indipendente di mediazione LIT, non dovrebbe essere molto diverso.

Tanto la LTras quanto la LIT perseguono obiettivi analoghi: «*promuovere la trasparenza sulle attribuzioni, l'organizzazione e l'attività dell'amministrazione*»¹⁴ rispettivamente «*la trasparenza sui compiti, l'organizzazione e l'attività dello Stato*»¹⁵. La LTras, creando un diritto all'accesso ai dati amministrativi ha prodotto un «cambio di paradigma» relativamente all'attività della pubblica amministrazione¹⁶. Oltre a rafforzare la fiducia nell'amministrazione, la legge dovrebbe anche aumentare la comprensione dei cittadini relativamente alle necessità e al funzionamento amministrativo, quindi l'accettazione dell'agire statale¹⁷. Tanto la normativa federale quanto quella ticinese statuiscono un diritto di accesso di «ogni persona» ai documenti ufficiali¹⁸. La giurisprudenza su quest'ultimo aspetto è già importante¹⁹ e chiarisce che il diritto alla consultazione, spettando a chiunque, non presuppone alcun interesse particolare del richiedente²⁰. Ciò significa tra l'altro che sono le autorità a dover dimostrare l'esistenza di ragioni ostative alla concessione dell'accesso a de-

¹⁰ Rapporto 2013 LIT, pag. 13.

¹¹ Art. 17 LIT.

¹² Art. 20 LIT.

¹³ Rapporto 2013 LIT, pag. 16.

¹⁴ Art. 1 LTras.

¹⁵ Art. 1 cpv. 2 LIT.

¹⁶ DTF 133 II 209 consid. 2.1 con riferimenti.

¹⁷ DTF 133 II 209 consid. 2.3.1.

¹⁸ Art. 6 cpv. 1 LTras e 9 cpv. 1 LIT

¹⁹ Ad es. STF 136 II 399 consid. 2.1; 133 II 209 consid. 2.3.1

²⁰ DTF 136 II 399 consid. 2.1; DTAF A-4962/2012 del 22 aprile 2013 consid. 4.

terminati documenti. Per i documenti ai quali le due leggi si applicano il diritto alla consultazione è dunque presunto: l'eccezione va motivata a cura dell'autorità che intende prevalersene²¹. Il principio di trasparenza non è però assoluto²². Da notare che è sempre e solo la LTras, e non le varie leggi settoriali, che si applica a ogni richiesta di accesso ad atti della pubblica amministrazione fondata sul principio di trasparenza²³.

Tanto la LTras quanto la LIT prevedono eccezioni al diritto di accesso: o escludendo determinati atti dal perimetro di applicazione delle due leggi²⁴ oppure, trattandosi di documenti ai quali di per sé l'accesso dovrebbe essere garantito, prevedendo criteri materiali di restrizione²⁵. La casistica di limitabilità prevista dai due testi normativi è sostanzialmente analoga e riconducibile tanto al principio di proporzionalità quanto all'abituale tutela di prevalenti interessi pubblici o privati. Sia la LTras che la LIT evocano d'altronde espressamente la protezione della sfera privata di terzi tra i criteri di restrizione dell'accesso che, in questi casi, può appunto essere ridotto, differito o negato «se può ledere la sfera privata di terzi». Anche in caso di violazione della sfera privata «*eccezionalmente può tuttavia prevalere l'interesse pubblico all'accesso*²⁶. Tanto la LTras quanto la LIT prevedono comunque, ogni qualvolta sia possibile, che si debbano anonimizzare i dati personali contenuti nei documenti resi accessibili²⁷. Per i casi nei quali, ciononostante, il conflitto tra privacy di terzi e accesso rimane, le ordinanze di applicazione della LTras e della LIT²⁸ tentano, significativamente, di precisare meglio le ipotesi nelle quali l'interesse pubblico alla consultazione prevale sulla protezione della privacy, ovvero ne giustifica una lesione altrimenti non ammissibile.

²¹ DTAF A-3403/2013 del 17 gennaio 2014 consid 3.2, con riferimenti; DTAF 24 novembre 2014 A-3122/2014 consid 4.3. con riferimenti.

²² Cfr. B. COTTIER/R.J. SCHWEIZER/N. WIDMER, in Brunner/Mader (ed.), *Öffentlichkeitsgesetz*, 2008, Art. 7 N. 76.

²³ Ad esempio DTFA del 17 novembre 2014 A-3403/2013.

²⁴ Cfr. artt. 2 cpv. 2 e 3 LTras e artt. 2 cpv. 2 e 3 LIT.

²⁵ Cfr. art. 7 LTras e artt. 10 e 12 LIT.

²⁶ Art. 7 cpv. 2 LTras e art. 10 cpv. 1 lett. e LIT.

²⁷ Art. 9 cpv. 1 LTras e art. 12 cpv. 1 LIT.

²⁸ Cfr. OLTras del 24 maggio 2006, art. 6; RLIT del 5 settembre 2012, art. 14.

A questo proposito, il primo criterio menzionato da entrambi i testi è quello del rilievo della fattispecie, della protezione di interessi pubblici specifici quali l'ordine e la salute pubblica. La normativa cantonale aggiunge il riferimento, non presente a livello federale, a un «*particolare e urgente bisogno di informazione del pubblico, in particolare in seguito a nuovi eventi*»²⁹. Il rimando ai «*nuovi eventi*» connesso a un «*particolare e urgente bisogno di informazione da parte del pubblico*» non contribuisce certamente a chiarire la formulazione. Ove il «nuovo evento» fosse di rilievo effettivo, legittimerebbe da solo la divulgazione. Il pericolo che una forte pressione politica e/o mediatica sia confusa per un «particolare e urgente» bisogno di informazione non può certo essere accantonato a priori: sul tema tornerò. Una riflessione deve essere fatta su un ulteriore criterio che tanto la OLTras quanto la RLIT menzionano tra quelli che legittimano la concessione dell'accesso anche se da ciò risulti una lesione della sfera privata di terzi. Si tratta di quelle casistiche ove «*la persona, la cui sfera privata potrebbe essere lesa dalla pubblicazione, ha un rapporto di diritto o di fatto con una delle autorità sottoposte alla legge, dalla quale ricava vantaggi considerevoli*»³⁰. Si pensi ad esempio ai casi nei quali è in gioco l'attribuzione di vantaggi economici, a titolari di concessioni o autorizzazioni oppure di contratti con lo Stato³¹.

2.1. Alcuni esempi giurisprudenziali

La LTras ha già dato luogo a una giurisprudenza abbastanza copiosa: segnalo qui solo alcune decisioni che illustrano meglio quanto precede. Diverso, ovviamente, il discorso per la LIT, in vigore solo da due anni e quindi giocoforza con molto minore seguito giudiziario. In una sentenza del 25 maggio 2007³², la prima pubblicata in riferimento alla LTras, il Tribunale federale si è occupato di un tema che lo riguardava direttamente: la richiesta di un giornalista di accedere ai verbali del plenum del Tribunale rispettivamente della Commissione amministrativa in riferi-

²⁹ Art. 14 cpv. 2 lett. a RLIT.

³⁰ Art. 14 cpv. 2 lett. c RLIT; art. 6 cpv. 2 lett. c OLTras.

³¹ Cfr. Messaggio CF sulla LTras., FF 2003, pag. 2013, di seguito Messaggio CF.

³² DTF 133 II 209.

mento all'assegnazione dei casi a singoli giudici o a determinate Corti, così come all'adozione del regolamento del TF medesimo. Il TF ha ritenuto che la richiesta di accedere ai verbali relativi all'adozione del suo regolamento rientrasse tra gli ambiti previsti dalla LTras³³ diversamente dagli altri documenti ai quali era stato postulato l'accesso³⁴. Nella decisione, come detto la prima pubblicata in tema di LTras, il TF ha tuttavia anche analizzato alcune casistiche di limitabilità dell'accesso, ricordando a questo proposito che l'invocata lesione dell'interesse pubblico o privato deve essere probabile e non può sussistere in una mera conseguenza spiacevole o indesiderata³⁵. Il confine tra una «conseguenza spiacevole» e la lesione di un interesse pubblico o privato potrebbe, nella pratica, non risultare sempre di agevole individuazione, lasciando quindi ampissimo margine di apprezzamento alle varie autorità che devono definirlo.

Nella sentenza – anch'essa pubblicata – del 19 maggio 2010³⁶ il TF ha deciso che le cosiddette «convenzioni di partenza», *in casu* quelle tra la Confederazione e il Segretario generale del Dipartimento federale di giustizia e polizia, non rientrano, neppure se vi sono annesse, tra i documenti ai quali si applichi l'eccezione che la LTras prevede per atti della cosiddetta procedura di «corapporto» del Consiglio federale. Quest'ultimi sono infatti sottratti al diritto all'accesso ai sensi della LTras, a protezione del principio di collegialità e del segreto delle deliberazioni governative³⁷. Con questa decisione, in sostanza, il TF evita che il mero inserimento di un documento amministrativo nella procedura di corapporto ex art. 8 cpv. 1 LTras ne produca l'inaccessibilità. Facile comprendere la portata concreta della scelta operata dai giudici losannesì.

³³ DTF 133 II 209 consid. 4.2: «(...) es handelt sich dabei (...) um einen Justizverwaltungsakt, der als materielle Gesetzgebung in keinem unmittelbaren Zusammenhang zur Rechtsprechungsfunktion des Gerichts und damit zu seiner vom Öffentlichkeitsgesetz ausgenommenen Primäraufgabe steht».

³⁴ DTF 133 II 309 consid. 4.1.

³⁵ DTF 133 II 309 consid. 2.3.2.

³⁶ DTF 136 II 399.

³⁷ DTF 136 II 399 consid. 2.3.

Nella decisione 24 novembre 2014, il TAF³⁸ si è per contro occupato di documenti relativi alla vigilanza sul Servizio di informazioni della Confederazione, il cosiddetto SIC ovvero il servizio segreto svizzero, analizzando se si applicasse agli stessi uno dei motivi limitanti ex art. 7 cpv. 1 LTras. Evidente il rilievo della tematica. La sentenza del TAF, confrontato con un diniego complessivo di accesso del Dipartimento federale interessato, ha ricordato l'importanza, seppure in un ambito così delicato, del principio di proporzionalità, rendendo parzialmente consultabili almeno quelle parti di documenti non tali da minacciare la sicurezza interna³⁹. Il Tribunale amministrativo federale ha per contro negato – ai sensi appunto dell'art. 7 cpv. 1 lett. c LTras – l'accesso a tutte quelle informazioni concrete e operative (obiettivi, metodi, contatti, programmi di ricerca, elenchi di osservazioni e simili) la conoscenza delle quali potrebbe mettere in pericolo la sicurezza interna o esterna della Svizzera⁴⁰. Nella sua decisione il TAF ha, in sostanza, ammesso l'accesso a tutte quelle informazioni che, seppure attinenti all'attività del servizio informazioni della Confederazione, non contengono elementi tali da porre a rischio la sicurezza del Paese. Il che significa evidenziare come, all'interno del perimetro di applicazione della LTras, non esistono ambiti di attività pubblica sottratti di per sé alla regola della trasparenza.

Di atti ritenuti segreti si è occupata anche la decisione 16 giugno 2014 del TAF⁴¹ concernente la richiesta di accesso al dossier presso l'Archivio federale relativo a tre simpatizzanti della «RAF» e delle «Brigate rosse» nel periodo tra il 1969 e il 1992. La documentazione in questione proveniva dal Ministero pubblico della Confederazione e dalla Polizia federale. Trattandosi di materiale allestito prima dell'entrata in vigore della LTras

³⁸ DTAF A-3122/2014.

³⁹ DTAF A-3122/2014 consid. 5.4: «Aus dem gesagten folgt, dass die Vorinstanz bezüglich der einzelnen Berichten spätestens in ihrer Vernehmlassung zwar nachweisen konnte, dass eine oder mehrere Ausnahmegestimmungen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 BGO erfüllt sind. Gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip ist dem Beschwerdeführer jedoch dennoch eingeschränkt Zugang zu den einzelnen Berichten zu gewähren».

⁴⁰ DTAF A-3122/2014 consid. 5.

⁴¹ DTAF A-6490/2013.

quest'ultima non ha però potuto essere applicata, giacché il suo art. 23 ne esclude la validità per documenti stilati o ricevuti prima della 1 luglio 2006. Il caso è stato risolto applicando la Legge sull'archivio federale, che d'altronde prevede criteri di valutazione non dissimili da quelli della LTras. Si ricorda, comunque, che all'accesso a documenti che non possono essere anonimizzati a protezione dei dati personali si applicano, se i dati concernono il richiedente l'accesso, non i criteri della LTras ma quelli della Legge federale sulla protezione dei dati⁴².

Sempre in tema di tutela della segretezza, nella decisione del TAF del 27 febbraio 2014⁴³ si chiarisce che l'apposizione della dicitura «segreto», «confidenziale» o «interno» ai sensi dell'ordinanza 4 luglio 2007 sulla protezione delle informazioni della Confederazione⁴⁴ non basta, da sola, a escludere un accesso ai sensi della LTras⁴⁵. Nonostante l'intervenuta classificazione del documento, deve quindi essere verificata nel merito se davvero esistano quegli elementi di limitazione dell'accesso previsti dalla LTras. Si ritrova qui, in sostanza, la portata della differenziazione tra segreto formale e segreto materiale ben nota in ambito penale, ad esempio in riferimento all'art. 293 CP⁴⁶. Una delle conseguenze della LTras potrebbe perciò essere la pratica abrogazione della citata norma penale, giacché non avrebbe alcun senso condannare ex art. 293 CP la divulgazione di un documento formalmente segreto ma al quale si sarebbe potuto accedere in virtù della normativa sulla trasparenza.

Giusta l'art. 8 cpv. 4 LTras, è in ogni caso escluso il diritto di accesso a documenti ufficiali concernenti negoziati in corso o futuri. La dottrina restringe la portata di questa norma a quelle sole informazioni che sono effettivamente rilevanti per la strategia negoziale o lo sviluppo della

⁴² LPD (RS 235.1). Il rinvio alla LPD è operato dall'art. 19 cpv. 1 LTras.

⁴³ DTAF A-4500/2013, sul tema si veda la nota di B. COTTIER, in *Medialex* 2014, pag. 84.

⁴⁴ RS 510.411.

⁴⁵ DTAF A-4500/2013 consid. 3.6.4: «Il s'ensuit que l'éventuelle classification secret, confidentiel ou interne d'un document (...) n'a pas d'effet préjudiciel: dans la mesure où elle est applicable, la LTrans détermine *seule* si et à quelles conditions l'accès à un document officiel peut être octroyé (...)» (corsivo del TAF).

⁴⁶ Cfr. ad es. DTF 126 IV 236 consid. 2a.

trattativa stessa⁴⁷. La DTAF del 14 febbraio 2014⁴⁸ si è confrontata con questi temi in riferimento alla richiesta di una associazione di tutela della popolazione residente attorno all'aeroporto militare di Buochs. La superficie in questione è appunto oggetto di discussione tra la Confederazione e il Cantone in punto alle condizioni di utilizzo e di cessione della cosiddetta «sleeping base» militare, di cui una parte dovrebbe essere venduta a Nidvaldo. Nella sua decisione il TAF rileva la differenza tra i documenti sui quali si fonda una posizione o una strategia negoziale e atti dei quali non si comprende invece come e perché potrebbero mettere in pericolo le trattative: nel secondo caso l'eccezione di cui all'art. 8 cpv. 4 LTras non si applica⁴⁹.

Il diritto all'accesso è escluso giusta l'art. 7 cpv. 1 lett. a LTras anche qualora potrebbe ledere in modo considerevole la libera formazione dell'opinione e della volontà di un autorità. Analogo criterio prevede l'art. 10 cpv. 1 lett. a della LIT. I materiali legislativi⁵⁰ e la dottrina⁵¹ evidenziano che si tratta qui di garantire alle autorità la possibilità di pianificare, fissare strategie, discutere alternative o accordi senza essere esposti alla pressione dei media o della pubblica opinione. Il TAF⁵² ha tuttavia ribadito che il mero rischio di provocare una controversia pubblica accesa non basta a limitare l'accesso ad un documento⁵³. Ci si deve qui chiedere, in definitiva, quando la limitazione della LTras (e quindi anche della LIT) che protegge la libera formazione delle decisioni amministrative e

⁴⁷ Cfr. ad es. MAHON/GONIN, in Brunner/Mader, Öffentlichkeitsgesetz, Bern 2008, Art. 8 Rz. 50

⁴⁸ DTAF A-2186/2013.

⁴⁹ DTAF A-2186/2013 consid. 6.1.

⁵⁰ Messaggio CF, pag. 2007: «Diese Bedingung ist nicht erfüllt, wenn z.B. die Veröffentlichung eines Dokuments das blosse Risiko beinhaltet, eine heftige öffentliche Auseinandersetzung zu provozieren, oder dazu führt, dass ein besonders sensibles Problem auf die politische Agenda gesetzt wird. Nicht jede Verzögerung oder Erschwerung im Entscheidungsprozess, welche sich aus der öffentlichen Auseinandersetzung ergibt, ist automatisch als wesentliche Beeinträchtigung der freien Meinungs- und Willensbildung einer Behörde zu betrachten».

⁵¹ Ad es. COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in Kommentar BGO, Art. 7 Rz. 13.

⁵² DTAF A-1135/2011 del 7 dicembre 2011 consid. 6.1.5.

⁵³ Principio confermato ad esempio da DTAF A-2186/2013 consid. 6.3.

giudiziarie possa essere ammessa, ovvero quando possa trovare concreta applicazione l'art. 7 cpv. 1 lett. a LIT.

Vanno evidenziate anche alcune prime pronunce cantonali ticinesi. La LIT⁵⁴ prevede che contro decisioni dell'autorità alle quali è stato chiesto l'accesso ad un determinato documento sia dato ricorso alla Commissione cantonale per la protezione dei dati (CPD) e, successivamente, al TRAM. Nel 2013 e nel 2014 le decisioni della CPD sono state in totale 6 e nessuna è stata oggetto di impugnativa. Nella sua sentenza 25 novembre 2013 la CPD si è occupata di una richiesta di accesso ai pareri forniti dal Consulente giuridico del Consiglio di Stato a una Commissione parlamentare in merito alla ricevibilità di due iniziative popolari costituzionali. Ricordando che la LIT⁵⁵ permette di restringere l'accesso a documenti anche a tutela della libera formazione della volontà dell'autorità, con il che la presa di conoscenza può appunto essere differita fino a che tale volontà non si sia determinata, ha precisato che se i testi in questione non possono essere accessibili al momento della loro consegna alla Commissione lo devono però diventare quando la stessa rassegna il suo rapporto al Parlamento, ovvero ha concluso il suo operato⁵⁶. Nella decisione 23 dicembre 2013, la CPD si è invece confrontata con il criterio limitativo della tutela della sfera privata di terzi⁵⁷ e ha evidenziato come l'anonimizzazione di un documento costituisca una significativa garanzia al riguardo⁵⁸. La Sentenza CPD dell'11 novembre 2014 si è occupata invece del concetto di documenti «destinati a scopi personali» ex art. 8 cpv. 2 LIT, sottratti all'ambito di applicazione della legge in questione, riprendendo la restrittiva interpretazione del Messaggio governativo⁵⁹. Nella medesima pronuncia la CPD ha anche analizzato il criterio di limitazione all'accesso di cui all'art. 10 cpv. 1 lett. g LIT (analogo all'art. 7 cpv. 1 lett. h LTras) ovvero il fatto che l'informazione sia stata fornita

⁵⁴ Art. 20 LIT.

⁵⁵ Art. 10 cpv. 1 lett. a LIT.

⁵⁶ CPD 25 novembre 2013, pag. 6, pubblicata in RtiD II-2014 n. 3.

⁵⁷ Art. 10 cpv. 1 lett. e LIT.

⁵⁸ CPD 23 dicembre 2013, pag. 7, pubblicata in RtiD II-2014 n. 4.

⁵⁹ CPD 11 novembre 2014, pag. 4.

all'autorità con garanzia di segreto. La CPD ha al proposito ricordato che quest'ultima deve essere stata richiesta e accordata in modo esplicito, dovendosi comunque ammettere una tale ipotesi solo con la massima cautela⁶⁰ e nemmeno essendo lecite garanzie concesse «a posteriori». Un ambito del quale, come si vedrà, si sono già occupate anche le istanze federali.

La protezione della sfera privata di terzi è stata oggetto, fra le altre, anche di una decisione 8 ottobre 2013 del TAF⁶¹ confrontato con la domanda, respinta dall'Autorità amministrativa, di accedere ad un elenco di aziende nel contesto di una decisione di conferimento dell'obbligatorietà generale di una convenzione collettiva di lavoro. Nella citata sentenza il TAF, ricordate sue precedenti pronunce, sottolinea come la lesione della personalità derivante dalla pubblicazione deve superare il livello del semplice disappunto o della mera conseguenza spiacevole⁶². Viene qui ripresa una già citata giurisprudenza federale in tema⁶³.

La decisione TAF del 9 dicembre 2013⁶⁴ ha affrontato tra gli altri il tema di un eventuale abuso di diritto riferito a una domanda di accesso atti in applicazione della LTras. Nella fattispecie, la Weltwoche Verlag AG aveva chiesto al SECO di ricevere tutti i conteggi delle commissioni paritarie per l'anno 2010. 21 di dette Commissioni si erano opposte alla decisione della SECO di concedere alla Weltwoche quanto richiesto. Uno dei loro argomenti consisteva nell'affermare che quanto fino ad allora pubblicato dal settimanale dimostrava non un interesse alla trasparenza nel senso della LTras ma solo la volontà di usare la legge per ottenere documenti privati. Obiezione ritenuta infondata dal TAF, con una decisione che, in pratica, rende difficilmente ipotizzabile una censura di abuso di diritto riferita a una domanda di accesso atti fondata sulla LTras⁶⁵.

⁶⁰ *Ibid.*, pag. 5.

⁶¹ DTAF 8 ottobre 2013 A-5489/2012.

⁶² DTAF 8 ottobre 2013 A-5489/2012 consid. 7.3 con riferimenti.

⁶³ Vedi nota 35.

⁶⁴ DTAF A-2434/2013.

⁶⁵ «Selbst wenn das Zugangsgesuch (...) allein dazu dienen sollte, in den Besitz der Abrechnungen (...) zu gelangen sowie diese zu veröffentlichen, und die Beschwer-

Analoga sorte il TAF aveva riservato all'eccezione di abuso di diritto riferite ad una richiesta di due privati cittadini accesso a dati di SWISS-MEDICS relativi alla messa in commercio di un determinato farmaco⁶⁶.

In tema limitabilità dell'accesso è opportuno indicare anche due altre decisioni. Il Tribunale federale aveva già stabilito che eventuali promesse di confidenzialità fatte dall'amministrazione a terzi (in casu in occasione di uno studio demoscopico) non bastano a escludere l'accessibilità di determinati documenti⁶⁷. Principio ripreso nella raccomandazione⁶⁸ 27 febbraio 2014 dell'Incaricato federale della protezione dei dati (IFPDT) nella nota questione relativa ad una cattedra presso l'EPFL sponsorizzata dalla Nestlé. Il Politecnico federale di Losanna aveva negato al giornalista l'accesso alla documentazione richiesta, facendo riferimento a una clausola di confidenzialità contrattualmente pattuita tra l'amministrazione e un terzo. Una tale eventualità, evidenzia la raccomandazione dell'IFPDT, non permette, da sola, di escludere il diritto all'accesso, che sarebbe sennò limitabile in modo eccessivo⁶⁹. Restano naturalmente da valutare le altre eventuali cause ostative all'accesso, quali ad esempio la tutela del segreto di affari o di dati personali.

La LTras, significativamente, impone al Consiglio federale di prevedere una procedura di accesso ai documenti che tenga conto dei «bisogni particolari dei media»⁷⁰. La normativa cantonale, di contro, non si occupa di

degegnin nicht an der Transparenz über die Verwaltungstätigkeit (...) interessiert wäre, könnte darin noch kein rechtsmissbräuchlichen Verhalten erblickt werden. (...) Denn sollte die Beschwerdegegnerin im Fall eines Zugangs Unregelmässigkeiten in den Abrechnungen feststellen und darüber berichten, würde damit gleichzeitig auch die aufsichtsrechtliche Tätigkeit der Vorinstanz beleuchtet werden»: DTAf A-2434/2013 consid. 7.3.

⁶⁶ DTAf del 28 febbraio 2013 A-4307/2010 consid. 7.

⁶⁷ STF 1C_284/2010 consid. 3.3.

⁶⁸ Ex art. 14 LTras.

⁶⁹ «Es gilt zu beachten, dass bei den Vertragsverhältnissen zwischen Behörden und Privaten weder alleine im Machtbereich der einen noch der anderen Vertragspartei liegen darf (...) den Inhalt des jeweiligen Vertrages vollständig dem Öffentlichkeitsgesetz zu entziehen (...):» cfr. Raccomandazione IFPDT del 27 febbraio 2014 consid. 24. Sul tema la nota di B. COTTIER in *Medialex* 2014, pag. 86. Vedi anche alle note 59 e 60.

⁷⁰ Art. 10 cpv. 4 lett. a LTras.

questo tema⁷¹. L'ordinanza di applicazione⁷² dispone infatti che l'autorità riduca di almeno il 50% l'emolumento richiesto per una domanda di accesso presentata da professionisti dei media: può tuttavia rinunciare a tale diminuzione se la domanda richiede un trattamento particolarmente dispendioso. Evidente la giustificazione di queste norme preferenziali. Il TF si è già occupato di questo tema, dovendo giudicare il ricorso di una rivista per consumatori contro una tassa di 250 CHF richiesto dell'Ufficio federale dell'energia per l'accesso a un documento di ca. 30 pagine, dal quale l'autorità aveva dovuto era eliminare solo l'indirizzo. Troppo poco dispendio per giustificare quanto richiesto dall'amministrazione ma abbastanza per spingere il TF a pubblicare la sua decisione⁷³ e precisare l'importanza di favorire in modo economicamente concreto il lavoro dei media⁷⁴. In una successiva decisione⁷⁵ l'Alta corte, sempre nello stesso contesto, ha inoltre evidenziato come non si debba sopravvalutare, nei confronti dei media, il valore economico dei dati ai quali il giornalista ottiene l'accesso in virtù della LTras⁷⁶. In discussione, in questo caso, un emolumento di CHF 700 per la documentazione relativa ai 1500 controlli annui operati dall'Ispettorato federale degli impianti a corrente forte. A prescindere da questioni di emolumento, l'applicazione della LTras è d'altronde assai favorevole nei confronti dei media: in oltre il 90% dei casi l'autorità accoglie le loro richieste e, in caso di diniego, nella proce-

⁷¹ Va però notato che la LTras (art. 17) sottopone ad emolumento l'accesso ai documenti, la LIT (art. 16 cpv. 1) no, salvo che siano rilasciate copie o se l'accesso comporti oneri amministrativi di una certa importanza (art. 16 cpv. 2). Il che riduce notevolmente la portata del principio di gratuità.

⁷² Art. 15 cpv. 4 OTras.

⁷³ DTF 139 I 114. Sul tema D. KÄMPFER/A. SCHWEGLER, Öffentlichkeitsgesetz: Bundesgericht befreit Medienschaffenden von Gebühren-zu Unrecht?, Medialex 2013, pag. 167 segg.

⁷⁴ DTF 139 I 114 consid. 4.1-4.4. Giacché, afferma il TF «(...) Die Medien zur seriösen Wahrnehmung ihrer Funktion (...) regelmässig auf den Zugang zu amtlichen Dokumenten angewiesen sind und die Kumulation von (für sich allein bescheidenen) Gebühren sich als tatsächliche Zugangsbeschränkung auswirken könnte.»: cfr. DTF 139 I 114 consid. 4.3.

⁷⁵ STF 1C_550/2013 del 19 novembre 2103 consid. 3.2.

⁷⁶ STF 1C_550/2013 del 19 novembre 2103 consid. 3.2.: «(...) Dieses Kriterium tritt aber unter Vorbehalt (...) besonderer Umstände in den Hintergrund, wenn es um den Zugang zu amtlichen Dokumente für Medienschaffenden geht. (...)».

dura successiva di mediazione davanti all'IFPD, quest'ultimo accoglie nella stragrande le loro domande di accesso⁷⁷.

3. Trasparenza: dal diritto al mito?

Come detto in esordio di questo contributo, tanto la LTras quanto la LIT nascono e si inseriscono in un contesto complessivo che supera di gran lunga il loro effetto concreto. Se della trasparenza amministrativa esse sono l'albero, non dobbiamo dimenticarci della foresta circostante. È anzitutto evidente – ma è anche sempre opportuno ricordarlo – che una democrazia e uno Stato di diritto devono essere trasparenti, così come è chiaro che la segretezza può costituire il rifugio di ciò che si «preferisce» nascondere oltre che di quanto deve effettivamente esserlo a tutela di effettivi interessi pubblici o privati prevalenti. Tuttavia, se una società libera deve essere trasparente, la trasparenza, da sola, non garantisce la libertà. In suo interessante contributo il compianto prof. Winfried Hassemer⁷⁸ ha ben riassunto questo concetto: «*Die Vorstellung einer totalen Transparenz ist totalitär – gerade dann, wenn sie von gutem gewissen oder gar von Sendungsbewusstsein befeuert wird*». Da questo punto di vista, non sono evidentemente né la LTras né la LIT a destare preoccupazione. Si tratta di testi equilibrati e l'aver codificato il diritto alla trasparenza dell'attività statale è stato senz'altro opportuno: semmai si deve dire che il Ticino è stato più lento di molti altri Cantoni svizzeri nel procedere.

Lo scenario complessivo attuale, quello della cosiddetta «Transparenzgesellschaft» è però un altro⁷⁹. Le leggi che codificano la trasparenza dell'attività statale non si inseriscono infatti, come astrattamente sembrerebbero supporre, nel contesto di una diffusa segretezza amministrativa che, appunto, debba finalmente essere superata tramite norme legali.

⁷⁷ Cfr. Neue Zürcher Zeitung, 26 dicembre 2014, dati forniti dalla Verein Öffentlichkeitsgesetz (vedi nota 9).

⁷⁸ W. HASSEMER, Die Risiken der Transparenzgesellschaft, Berlino 2012, in www.eiad-berlin.de.

⁷⁹ Cfr. ad es. BYUNG-CHUL HAN, Transparenzgesellschaft, Berlino 2014.

Come ognuno può vedere, e da tempo ormai, non è il segreto ma piuttosto la diffusione delle informazioni a contraddistinguere l'operato dei poteri pubblici, sulla scia d'altronde di quanto fanno anche le aziende e i vari gruppi di interesse. Nell'odierna «Mediengesellschaft» il «fare sapere» è almeno importante quanto il «fare» medesimo, di cui spesso diventa anzi il surrogato. I poteri odierni non «secretano»: informano, divulgano, indirizzano, mediatizzano, in una parola comunicano. La grande presenza di politici sulle reti sociali, si pensi a Facebook o Twitter, non è che l'ultimo, per ora, segnale di questa evoluzione.

D'altro canto, ciò che non diventa pubblico per volontà del detentore della notizia è generalmente comunque divulgato – ora indebitamente, ora intempestivamente – tramite indiscrezioni, fughe di notizie, risposte a critiche, anticipazioni e via elencando. L'esempio delle procedure penali predibattimentali, che pure la legge vuole segrete⁸⁰ e che sono escluse dal campo di applicazione della LTras e della LIT⁸¹ è, al proposito, evidente.

Tutto ciò si produce nel contesto – e al contempo per effetto – di una serie di fattori tecnologici, culturali ed economici molto potenti e certo non attivi solo in Ticino. Si pensi (a) alla mediatizzazione senza precedenti della vita sociale (b) alla latente trasformazione, tramite il web e le reti sociali, di ogni individuo in un potenziale massmedia (c) all'enorme diffusione di strumenti, si consideri solo gli oltre 3,2 milioni di «Smartphones» oggi attivi in Svizzera e che permettono a ognuno di raccogliere, conservare e trasmettere dati di ogni tipo. Le leggi sulla trasparenza, quindi, operano oggi in uno scenario nel quale, a dover essere gestita e superata, non è una mancanza di trasparenza ma, al contrario, una sua sostanziale ubiquitarità, che va ben al di là del sacrosanto controllo del lavoro dei pubblici poteri. Senza dimenticare che la verifica pubblica dell'attività statale è astrattamente nelle mani dei singoli cittadini ma, in realtà, è esercitata dai media. Quest'ultimi però, oltre ad essere evidentemente degli indispensabili «controllori del potere» sono anche, a loro

⁸⁰ Art. 73 cpv. 1 e 69 cpv. 1 CPP.

⁸¹ Art. 3 cpv. 1 lett. a LTras e art. 2 lett. c LIT.

volta, dei «poteri». Argomenti che mi limito qui a ricordare ma sui quali si dovrebbe, ovviamente, riflettere ben oltre lo spazio qui a disposizione.

Nello scenario appena ricordato vi è in sostanza il rischio che la trasparenza, da diritto di stampo liberale inserito nel classico schema di «*check and balances*» tra poteri, si vada trasformando in una sorta di dogma. In forza di questa evoluzione, in sostanza, tutto ciò che non è reso pubblico è automaticamente considerato sospetto. Ogni diniego di pubblicità è quindi ritenuto un abuso che, sommato al precitato effetto di sospetto, giustifica la riprovazione pubblica, vale a dire mediatica. Questa, a sua volta, fa nascere il clamore e innesca reazioni che, alla fine, o fanno apparire giustificato l'interesse pubblico alla comunicazione oppure producono, in altro modo, la «*discovery*» auspicata. Un circolo vizioso qui ovviamente fin troppo semplificato ma che credo renda l'idea di una situazione invero non infrequente.

In questo panorama è fin troppo evidente che la violazione della «privacy» corre il rischio di essere considerata come un «Kollateralschaden» da mettere purtroppo in conto, una sorta di sacrificio necessario sull'altare di una società trasparente, della sicurezza collettiva o dell'evoluzione tecnologica. Nella cosiddetta società del rischio, l'elemento pericoloso sembra essere diventata la sfera privata. Non a caso c'è chi parla della nostra come dell'epoca della «post-privacy»⁸² e chi ha dichiarato che l'evoluzione tecnologica ha reso obsoleto il concetto stesso di sfera privata⁸³. Un'evoluzione molto preoccupante, giacché senza garanzia della sfera privata non vi è libertà individuale⁸⁴. Negli ultimi decenni del secolo scorso, ad esempio in Svizzera in seguito al cosiddetto scandalo delle schedature o in Germania per la controversia sul censimento nazionale, la sensibilità sul tema era molto maggiore eppure la privacy, perlomeno nei paesi democratici correva, in realtà, rischi minori rispetto ad oggi. Nel 1983, quando gli archivi erano ancora cartacei, Internet, il telefono cellulare, Google e Facebook di là da venire, il Bundesverfassungs-

⁸² Cfr. CH. HELLER, *Post-Privacy*, Monaco 2011.

⁸³ «Get over it» affermò nel 1999, in riferimento alla privacy, Scott Mc Nealy, CEO di Sun Microsystems.

⁸⁴ Sul tema ad esempio W. SOFSKY, *Verteidigung des Privaten*, Monaco 2007.

gericht tedesco pose le basi per quel «Recht auf informationelle Selbstbestimmung»⁸⁵ oggi molto più in pericolo di allora ma purtroppo, però, molto meno al centro delle preoccupazioni dei cittadini. Ben vengano dunque norme come quelle codificate dalla LTras o dalla LIT, ma senza chiudere gli occhi davanti a ciò che succede. La «trasparenza», come ogni risorsa, produce anche rischi ed effetti collaterali. Come ogni principio, anch'essa è sempre esposta all'abuso. Tutti temi che, ovviamente, abbisognano di spazi di riflessione che vanno ben oltre quelli di questo contributo. Sarà comunque interessante, a questo proposito, seguire anche la prassi applicativa e la giurisprudenza relativa ai testi legislativi sulla trasparenza dei pubblici poteri. Per capire, ad esempio, se e fino a che punto le autorità amministrative e quelle giudiziarie sapranno conservare al concetto di «interessi pubblici o privati prevalenti» sul diritto all'accesso a un documento uno spazio non puramente simbolico.

⁸⁵ Cfr. BVerfG 65, 1. Vale la pena rileggere un passaggio di quella decisione di oltre 30 anni fa ma che nulla ha perso, anzi, della sua attualità. «Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihm betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umfeld bekannt sind (...) kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt sein (...). Wer unsicher ist ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert uns als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen»: cfr. *ibid.*, Erw. II.