

## **Il Consiglio di Stato si pronuncia per la prima volta sui rapporti tra accesso ai documenti amministrativi ed accesso civico**

Elena Cogo<sup>1</sup>

*Nota a:*

*Consiglio di Stato - VI Sezione - 10 settembre 2013, n. 5515 - Baccarini Presidente - De Michele Estensore - Università Cattolica del Sacro Cuore (avv.ti Bazzani e Vaiano) c. Salvatore Laganà*

*(Riforma t.a.r. Lombardia - Milano, IV Sezione, n. 1904/2013).*

*Pubblica Amministrazione (p.a.) - Accesso ai documenti amministrativi - d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 - Finalità e differenze.*

*(l. 241/1990, artt. 22 e ss.; d.lgs. 33/2013)*

*Pubblica Amministrazione (p.a.) - Accesso ai documenti amministrativi - Esercizio del diritto - Interessi coinvolti - Bilanciamento - Limiti.*

*(l. 241/1990, art. 24, c. 7)*

*Concorsi a pubblici impieghi - Concorsi universitari - Dottorato di ricerca - Titolo - Rilascio - Procedimento - Pubblicità - Limiti.*

*Le nuove disposizioni, dettate con d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle Pubbliche Amministrazioni disciplinano situazioni, non ampliative né sovrapponibili a quelle che consentono l'accesso ai documenti amministrativi, ai sensi degli articoli 22 e seguenti della l. 7 agosto 1990, n. 241, come successivamente modificata ed integrata. Col citato d.lgs. n. 33/2013, infatti, si intende procedere al riordino della disciplina, intesa ad assicurare a tutti i cittadini la più ampia accessibilità alle informazioni, concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, al fine di attuare « il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche », quale integrazione del diritto « ad una buona amministrazione », nonché per la « realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio*

del cittadino». Detta normativa - avente finalità dichiarate di contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione - intende anche attuare la funzione di "coordinamento informativo, statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera r) della Costituzione": quanto sopra, tramite pubblicazione obbligatoria di una serie di documenti (specificati nei capi II, III, IV e V del medesimo d.lgs. e concernenti l'organizzazione, nonché diversi specifici campi di attività delle predette amministrazioni) nei siti istituzionali delle medesime, con diritto di chiunque di accedere a tali siti « direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione »; solo in caso di omessa pubblicazione può essere esercitato, ai sensi dell'art. 5 del citato d.lgs., il cosiddetto « accesso civico », consistente in una richiesta - che non deve essere motivata - di effettuare tale adempimento, con possibilità, in caso di conclusiva inadempienza all'obbligo in questione, di ricorrere al giudice amministrativo, secondo le disposizioni contenute nel relativo codice sul processo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104). Diversamente, l'accesso ai documenti amministrativi, disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della l. 7 agosto 1990, n. 241 è riferito, invece, al « diritto degli interessati di prendere visione ed estrarre copia di documenti amministrativi », intendendosi per « interessati ... tutti i soggetti ... che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso »; in funzione di tale interesse la domanda di accesso deve essere opportunamente motivata. Benchè sommarie, le indicazioni fornite appaiono sufficienti per evidenziare la diversificazione di finalità e di disciplina dell'accesso agli atti, rispetto al cosiddetto accesso civico, pur nella comune ispirazione al principio di trasparenza, che si vuole affermare con sempre maggiore ampiezza nell'ambito dell'amministrazione pubblica (1).

È vero che, in via generale, le necessità difensive - riconducibili ai principi tutelati dall'art. 24 della Costituzione - sono ritenute prioritarie rispetto alle richieste ostensive e in tal senso il dettato normativo richiede l'accesso sia garantito « comunque » a chi debba acquisire la conoscenza di determinati atti per la cura dei propri interessi giuridicamente protetti (art. 20, comma 7, l. n. 241/90 cit.); la medesima norma tuttavia - come successivamente modificata tra il 2001 e il 2005 (art. 22 l. n. 45/01, art. 176, c. 1, d.lgs. n. 196/03 e art. 16 l. n. 15/05) - specifica con molta chiarezza come non bastino esigenze di difesa genericamente enunciate per garantire l'accesso, dovendo quest'ultimo corrispondere a una effettiva necessità di tutela di interessi che si assumano lesi e ammettendosi solo nei limiti in cui sia « strettamente indispensabile » la conoscenza di documenti, contenenti « dati sensibili e giudiziari » (2).

È vero che il d.m. n. 224/1999 assicura, nell'art. 6, comma 10, « la pubblicità degli atti delle procedure di valutazione, ivi compresi i giudizi sui singoli candidati », ma tale pubblicità non può che intendersi, ragionevolmente, prevista nel modo più ampio nell'ambito di ogni singolo corso di dottorato di ricerca, con ulteriori possibilità di accesso per concrete esigenze che venissero manifestate anche in via successiva, ma in termini compatibili con la normativa vigente, non potendosi non ravvisare - in richieste non adeguatamente motivate e implicanti sia ricerche che produzioni documentali ponderose - proprio quella forma di atipico controllo sull'operato dell'amministrazione (e/o di organi tecnici alla stessa riconducibili) non consentita nel contesto normativo di riferimento (3).

Massima ufficiale<sup>2</sup>.

**Sommario: 1. Il caso. - 2. Questioni sottoposte al Consiglio di Stato e loro soluzione. - 3. Inquadramento generale: il principio di trasparenza. 4. (Segue). L'affermazione del modello di open government e il diritto a conoscere. - 5. (Segue). L'evoluzione del modello italiano. - 6. (Segue). Gli obblighi di pubblicazione. - 7. L'accesso civico. - 8. (Segue). I profili problematici dell'accesso civico, in particolare i rapporti con l'accesso tradizionale. L'elaborazione dottrinale. - 9. (Segue). La natura giuridica della posizione soggettiva di colui che propone l'istanza di accesso. -10. (Segue). La legittimazione all'accesso. - 11. (Segue). La tutela giurisdizionale dell'accesso. - 12. (Segue). L'oggetto dell'istanza di accesso. - 13. (Segue). Le modalità di esercizio dell'accesso. - 14. (Segue). La ratio dell'accesso. -15. (Segue). Considerazioni conclusive: il diritto a conoscere è riconosciuto pienamente nell'ordinamento italiano? - 16. Rapporti tra accesso civico ed accesso documentale: sovrapposizione ovvero alternatività? - 17. La sentenza del Consiglio di Stato: riflessioni conclusive.**

## **1. Il caso.**

Prima di affrontare il *thema decidendum* occorre esaminare alcuni elementi di fatto che hanno portato alla decisione in esame.

La vicenda all'origine della decisione qui pubblicata è quella del dottorando Salvatore Laganà escluso per ragioni non ben chiare dal corso di dottorato di ricerca che frequenta in Diritto commerciale interno e internazionale presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

In seguito all'esclusione il dottorando inizia ad indagare sulle ragioni di essa e così presenta all'Università alcune istanze di accesso ai sensi degli artt. 22 e ss., l. 241/1990 in tempi diversi. Ammesso all'ostensione di numerosi documenti, di fronte a una richiesta di accesso ritenuta preordinata al controllo generalizzato dell'operato dell'Università riceve inaspettatamente un rifiuto da parte della stessa. Il dottorando però non si dà per vinto e, forte di un'evoluzione in atto nell'ordinamento sempre più a favore della trasparenza, dunque della più ampia divulgazione delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, avvia un'azione legale al fine di conseguire l'accesso ai documenti negati. Accesso ammesso sia pure parzialmente dal giudice di prime cure, ma rifiutato in secondo grado.

## **2. Questioni sottoposte al Consiglio di Stato e loro soluzioni.**

Il Consiglio di Stato si confronta con un quesito principale: se il diritto affermato dal dottorando di accedere a tutta la documentazione richiesta trovi fondamento in una fonte normativa. Più precisamente, è chiamato a esprimersi se il diritto sia riconosciuto dalla nuova disciplina in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione d'informazioni da parte delle Pubbliche Amministrazioni introdotta con il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 con la conseguenza di poter evincere dalla stessa la regola secondo cui nel procedimento speciale attivato ai sensi degli artt. 22 e ss., l. 7 agosto 1990, n. 241 sia applicabile la successiva legislazione e i principi ad essa sottesi. E in definitiva ad interrogarsi per la prima volta sui rapporti esistenti tra l'accesso ai documenti amministrativi che trova la propria *sedes materiae* nella legge 241/1990 e il c.d. accesso civico introdotto nell'ordinamento amministrativo italiano dal d.lgs. 33/2013.

La soluzione del Consiglio di Stato ruota intorno all'affermazione del principio secondo cui "le nuove disposizioni, dettate con d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione d'informazioni da parte delle Pubbliche Amministrazioni disciplinano situazioni non sono ampliative né sovrapponibili a quelle che consentono l'accesso ai documenti amministrativi, ai sensi degli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, come successivamente modificata e integrata atteso che, pur nella comune ispirazione al principio di trasparenza che si vuole affermare con sempre maggiore ampiezza nell'ambito dell'Amministrazione Pubblica", numerosi elementi rivelano "la diversificazione di finalità e di disciplina dell'accesso agli atti rispetto al cosiddetto accesso civico" sussistendo dunque piani separati di operatività e di rito degli istituti *de quibus*.

Il Consiglio di Stato, evidenziati sia pure sommariamente i principali profili di differenza esistenti tra le due forme di accesso, esclude che nel caso prospettato il diritto di accesso affermato dal dottorando trovi fondamento nel d.lgs. 33/2013. Addiviene così ad una prima conclusione, affermando che "per quanto riguarda la documentazione richiesta nel caso di specie ... deve ritenersi evidente che la procedura attivata sia da ricondurre in via esclusiva alla citata legge n. 241/1990 ..." e dunque l'istanza deve essere esaminata ai sensi dell'art. 24, c. 7. La formulazione contenuta nell'istanza di accesso del resto si esprime in tal senso; inoltre una così ampia divulgazione di atti non sembra imposta dal d.lgs. 33/2013. E anche ove trovasse fondamento nella nuova disciplina in tema di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni da parte delle P.A., in ogni caso non potrebbe intendersi riferita anche a procedure antecedenti all'emanazione del decreto.

Ricostruiti i fondamenti della disciplina dell'accesso tradizionale, il Consiglio di Stato si esprime nel senso che alla luce dell'art. 24, c. 7, l. 241/1990 il diritto del dottorando di accedere alla documentazione richiesta non ha fondamento alcuno, "non potendosi non ravvisare - in richieste non adeguatamente motivate e implicanti sia ricerche che produzioni documentali ponderose - proprio quella forma di atipico controllo sull'operato dell'amministrazione e/o di organi tecnici alla stessa riconducibili, non consentita nel contesto normativo di riferimento".

### **3. Inquadramento generale: il principio di trasparenza.**

L'esigenza di conoscere l'attività della Pubblica Amministrazione ha radici storiche profonde nel nostro ordinamento. Già nel 1908 Filippo Turati affermava che "la casa dell'Amministrazione dovrebbe essere di vetro"<sup>3</sup>.

Le Pubbliche Amministrazioni sono investite del compito precipuo di perseguire l'interesse della collettività avvalendosi di risorse dalla stessa fornite; i cittadini devono dunque essere messi in condizione di poter conoscere sia l'organizzazione a tal fine predisposta sia l'attività amministrativa posta in essere.

La trasparenza, a seconda dei soggetti coinvolti, si configura come trasparenza "orizzontale" se riguarda i rapporti tra P.A. ed amministrati ovvero come trasparenza "verticale" se attiene al rapporto intercorrente tra due Pubbliche Amministrazioni ed è correlata ad una concezione originariamente gerarchica dell'Amministrazione, vista quale struttura piramidale in cui l'autorità superiore deve sempre essere in grado di controllare

l'operato di quelle subordinate <sup>4</sup>.

L'esigenza di trasparenza "verticale" è rimasta tuttavia insoddisfatta per lungo tempo. Invero la possibilità per i cittadini di conoscere gli atti adottati dall'Amministrazione tradizionalmente è stata fortemente limitata.

L'art. 5 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, di riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza nelle pubbliche amministrazioni, ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto dell'accesso civico, che si pone come la novità più recente e dirimpante nel percorso di affermazione della trasparenza quale principio generale dell'azione amministrativa e strumento del cittadino-utente di azionabilità del diritto alla conoscibilità totale dell'operato della P.A..

Il decreto legislativo, adottato in attuazione dell'art. 1, commi 35 e 36, l. 6 novembre 2012, n. 190, recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e l'illegalità nella Pubblica Amministrazione, è stato emanato con il preciso intento di informare l'attività amministrativa dei pubblici poteri a obblighi di informazione, trasparenza e pubblicità, prevedendo al contempo un sistema sanzionatorio per il mancato, ritardato ovvero inesatto adempimento dei suddetti obblighi imposti dalla legge, attraverso l'"accessibilità totale" esercitabile dai cittadini, quali destinatari di prerogative tutelate costituzionalmente indefettibili.

#### **4. (Segue) L'affermazione del modello di open government e il diritto a conoscere.**

Il diritto a conoscere le informazioni in possesso delle Pubbliche Amministrazioni è da tempo riconosciuto come espressione di una libertà fondamentale sia negli ordinamenti scandinavi sia in quelli anglo-americani. La prima legislazione in materia di libertà d'informazione è stata adottata dal Regno di Svezia, che all'epoca includeva anche la Finlandia, nel 1776. In Finlandia la disciplina autonoma dell'accesso risale al 1951, seguita da una normativa analoga in Norvegia nel 1970 e in Danimarca nel 1985. Negli Stati Uniti il *Freedom of Information Act (FOIA)* è stato adottato nel 1966. Analoghi *Foia* sono stati introdotti in Australia, Canada e Nuova Zelanda tra il 1982 e il 1983.

Il principio della trasparenza amministrativa ha invece incontrato maggiori resistenze in Europa continentale e nel Regno Unito affermandosi in un primo momento solo in funzione di garanzia del *due process*.

Anche in Italia fino all'approvazione del decreto legislativo n. 33 del 2013 c.d. testo unico sulla Trasparenza, il diritto d'accesso era garantito al solo fine di irrobustire i diritti di difesa di chi sia parte di un procedimento.

Nell'ultimo ventennio, tuttavia, quasi tutte le democrazie liberali hanno introdotto una seconda generazione di diritti di trasparenza in funzione democratica attraverso i *freedom of information acts (Foia)*<sup>5</sup>. Così anche nel resto d'Europa alle norme sulla trasparenza "procedurale" si sono via via sovrapposte leggi nelle quali il *right to know*, inteso come elemento indispensabile per il corretto funzionamento di un ordinamento democratico assurge a diritto fondamentale da garantire a "chiunque" con il solo limite delle esigenze di

riservatezza correlate a determinati interessi pubblici e privati<sup>6</sup>.

Alla diffusione del modello di *open government* fondato sulla libertà d'informazione hanno contribuito il diritto europeo e il diritto internazionale.

Nell'Unione europea il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni europee è garantito sia dalle norme dei trattati (art. 255 Trattato CE e, ora, art. 15 Trattato UE), sia dalla Carta dei diritti fondamentali (art. 42) e le relative modalità e condizioni di esercizio sono definite dal regolamento n. 1049 del 2001.

La Corte europea dei diritti dell'uomo dal canto suo ha sviluppato un'interpretazione estensiva della libertà di espressione tutelata dall'art. 10 Cedu, stabilendo dapprima che il diniego di accesso ai documenti amministrativi comporta un'interferenza nel diritto di ricevere informazioni<sup>7</sup> e ammettendo poi che la sua stessa giurisprudenza "*recently advanced towards a broader interpretation of the notion of 'freedom to receive information' (...) and thereby towards the recognition of a right of access to information*"<sup>8</sup>.

Nel 2008 il processo è culminato nell'approvazione da parte del Consiglio d'Europa della Convenzione sull'accesso ai documenti ufficiali, primo strumento di diritto internazionale che vincola le parti a garantire "*the right of everyone, without discrimination on any ground, to have access, on request, to official documents held by public authorities*"<sup>9</sup>.

Per effetto di questi sviluppi il diritto di accesso ha cessato di essere appannaggio esclusivo dei destinatari di un provvedimento amministrativo per assurgere ad istituto strumentale al funzionamento corretto delle democrazie liberali e all'emancipazione del singolo dalla soggezione al potere pubblico. Il *right to know*, secondo l'indirizzo dominante, svolge tale funzione consentendo un "controllo diffuso" sull'operato del governo e delle sue Amministrazioni anche a fini di prevenzione della corruzione (*accountability*), assicurando una partecipazione più consapevole dei cittadini alle decisioni pubbliche (*participation*) e rafforzando la legittimazione delle stesse amministrazioni chiamate a operare come "case di vetro" al servizio della collettività (*legitimacy*)<sup>10</sup>.

Il d.lgs. 33/2013 si colloca su tale linea evolutiva recependo questa nuova concezione. Il "principio generale di trasparenza" enunciato dall'art. 1 serve innanzitutto a "favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche"; mira inoltre "ad attuare il principio democratico", operando come "condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali"; integra altresì "il diritto a una buona amministrazione" concorrendo "alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino".

In ossequio a tale principio il testo unico Trasparenza qualifica il diritto di accesso ai documenti ed alle informazioni dell'amministrazione come "diritto di chiunque" (art. 5), giungendo così a garantire un diritto a conoscere azionabile contro lo Stato a prescindere dalle ragioni del suo interesse conoscitivo. In tal modo, la disciplina italiana della trasparenza compie un passo decisivo verso lo *standard* internazionale *testè* illustrato. Tuttavia la peculiare via italiana alla trasparenza si fonda sulla centralità degli obblighi di pubblicazione rispetto ai quali il diritto del singolo all'informazione è meramente strumentale. Ne consegue che al di là delle proclamazioni di principio la distanza dallo *standard* europeo ed internazionale resta considerevole, riflettendosi sull'oggetto del diritto

d'accesso, sul suo rapporto con gli obblighi di pubblicazione e sulla natura dello stesso diritto<sup>11</sup>.

## 5. (Segue) L'evoluzione del modello italiano.

La garanzia del *right to know* che consente a "chiunque" di accedere alle informazioni in possesso delle Pubbliche Amministrazioni comporta costi notevoli<sup>12</sup>.

Tali costi che per le Amministrazioni italiane non sono sostenibili.

Il dogma della "trasparenza a costo zero" è divenuto dunque il filo d'Arianna che unisce le diverse tappe evolutive della disciplina italiana in materia<sup>13</sup>.

Già nel 1990 la proposta della Commissione Nigro di estendere a "chiunque" il diritto di accesso ai documenti amministrativi fu respinta. La scelta ricadde così sul modello più prudente della trasparenza procedimentale, che rappresentava un passo avanti comunque considerevole per l'epoca<sup>14</sup>, perché prevalsero le preoccupazioni legate all'impatto organizzativo e finanziario di una legittimazione soggettiva tanto estesa.

Negli anni successivi, le pressioni esterne derivanti dalla circolazione dei modelli *Foia* inducono il legislatore italiano a cominciare ad elaborare una propria strategia al fine di contemperare le nuove istanze "democratiche" e le ristrettezze del bilancio pubblico.

La svolta avviene nel 2005. Da un lato, l'opzione in favore dell'accesso limitato è confermata riscrivendosi in senso ancor più restrittivo la norma sulla legittimazione soggettiva<sup>15</sup>, tanto da indurre la dottrina a definire la P.A. una "casa dai vetri oscurati"<sup>16</sup>. Dall'altro, si definisce per la prima volta, nel Codice dell'amministrazione digitale, il contenuto obbligatorio dei siti delle Amministrazioni<sup>17</sup>.

Da quel momento l'istituto fondamentale della trasparenza amministrativa in Italia non è più l'accesso, ma la pubblicità imposta attraverso obblighi previsti in via legislativa. L'equivalenza tra l'accesso ad un documento e la pubblicazione dello stesso a fini conoscitivi era già sancita dalla legge sul procedimento<sup>18</sup>. L'art. 26 infatti, dopo avere previsto la pubblicazione di alcuni atti di portata generale nel comma 1, ora abrogato dall'art. 53, c. 1, lett. a), d.lgs. 33/2013, precisava che "con la pubblicazione di cui al comma 1, ove essa sia integrale, la libertà di accesso ai documenti indicati nel predetto comma 1 s'intende realizzata". La diffusione di *internet* ha poi esaltato le potenzialità della pubblicazione, consentendo l'accesso immediato *on line* alle informazioni.

Il che spiega il susseguirsi dal 2005 di circa cento previsioni in materia di obblighi di pubblicazione<sup>19</sup> accompagnate da enfatiche proclamazioni di principio, fino alla affermazione della trasparenza come "accessibilità totale"<sup>20</sup>, e da meccanismi deboli di *enforcement* individuati prima nell'attivazione della responsabilità dirigenziale e più tardi nel ricorso per l'efficienza.

A tale produzione legislativa ha di fatto seguito un duplice fallimento rappresentato, per un verso, dalla frammentarietà e ridondanza della normativa sulla pubblicità e, per l'altro, dal

tasso elevato d'inosservanza degli obblighi, conseguenza non solo delle difficoltà interpretative ma anche dell'assenza di mezzi, sanzioni e incentivi adeguati.

Il decreto legislativo 33/2013 tenta di ovviare a questi fallimenti sia mediante un'operazione di riordino delle disposizioni in tema di obblighi di pubblicazione, sia attraverso una disciplina più organica dei meccanismi di *enforcement*. Nell'alveo di questo secondo ambito deve essere ricondotta la novità dell'accesso "civico", previsto più che come strumento di potenziamento della cittadinanza attiva<sup>21</sup> in funzione di "pungolo" all'esatto adempimento degli obblighi di pubblicazione da parte delle Amministrazioni.

Il legislatore italiano sembra aver così raggiunto il proprio obiettivo atteso che garantire il *right to know* in corrispondenza di obblighi di pubblicazione per lo più già previsti dovrebbe consentire di perseguire il fine della trasparenza totale senza investire risorse *ad hoc*. Tant'è che l'art. 51 del testo unico reitera il vincolo consueto d'invarianza della spesa.

Peraltro non manca chi<sup>22</sup> in dottrina dubita dell'idoneità della soluzione individuata dal d.lgs. 33/2013 consistente nell'accesso civico come riflesso degli obblighi di pubblicazione ad assicurare ai cittadini italiani un diritto di conoscere pieno e a costo zero.

## **6. (Segue) Gli obblighi di pubblicazione.**

Il governo ha esercitato la delega disposta dal comma 35 dell'art. 1, della legge anticorruzione n. 190 del 2012 procedendo nel rispetto dei tempi previsti (sei mesi) al riordino della disciplina degli obblighi di pubblicità. Le numerose disposizioni prima esistenti - circa un centinaio disperse in oltre venti atti normativi - sono ora condensate in trentuno articoli (da 12 a 42) suddivisi in quattro capi dedicati rispettivamente all'organizzazione e all'attività delle pubbliche amministrazioni (capo II), all'uso delle risorse pubbliche (capo III), alle prestazioni offerte e ai servizi erogati (capo IV) e ai settori speciali (cap. V).

Dal punto di vista funzionale possono distinguersi tre gruppi principali di disposizioni in aggiunta agli obblighi concernenti gli atti di carattere normativo e amministrativo generale (art. 12) già previsti dall'art. 26, l. 241/1990 ora abrogato.

Molte di esse mirano a favorire un "controllo diffuso" sul personale e sull'azione amministrativa<sup>23</sup>; altre si pongono il fine di rafforzare l'*accountability* delle Amministrazioni pubbliche nello specifico ambito della gestione finanziaria<sup>24</sup>; altre ancora <sup>25</sup> sono più orientate alla *customer satisfaction* e alla semplificazione dei rapporti tra privati e P.A..

Tuttavia il riordino così operato pone dal punto di vista applicativo almeno due ordini di questioni problematiche.

La prima è legata alle difficoltà che s'incontrano già *prima facie* nell'esegesi di alcune norme. Difficoltà che originano da una redazione poco accurata con la conseguente incertezza<sup>26</sup> in merito all'estensione di alcuni obblighi.

La seconda deriva dalla scarsa attenzione del legislatore per la fase attuativa e dalla sproporzione tra fini ambiziosi e mezzi apparentemente insufficienti. Da un lato, il vincolo

d'invarianza della spesa (art. 51) comporta l'assenza di risorse umane e finanziarie da destinare allo scopo. Dall'altro, mentre ad esempio nel Regno Unito il *Foia* approvato nel 2000 è entrato in vigore dopo più di quattro anni, in modo da permettere alle Amministrazioni di organizzarsi in vista di un'applicazione puntuale e uniforme, il legislatore italiano impone alle Amministrazioni la pubblicazione tempestiva in un'apposita sezione dei rispettivi siti istituzionali denominata "Amministrazione trasparente" dell'ingente massa di informazioni ormai coperta dai richiamati obblighi<sup>27</sup>. Nel contempo, con l'insufficiente ausilio dello schema allegato al testo unico (allegato A) che dovrebbe essere integrato da "criteri, modelli e schemi *standard*" predisposti dal Dipartimento della funzione pubblica (art. 48), le P.A. sono chiamate a garantire la qualità delle informazioni riportate nei rispettivi siti istituzionali, assicurandone "l'integrità, il costante aggiornamento, la completezza, la tempestività, la semplicità di consultazione, la comprensibilità, l'omogeneità, la facile accessibilità, nonché la conformità ai documenti originali in possesso dell'amministrazione, l'indicazione della loro provenienza e la riutilizzabilità", anche adoperando formati di tipo aperto<sup>28</sup>.

Più composita è la parte della nuova disciplina che mira ad affrontare il secondo fallimento sopra evidenziato conseguente all'inosservanza diffusa da parte delle Amministrazioni degli obblighi di pubblicazione.

Innanzitutto, l'attuazione è oggetto di una pianificazione complessa e velleitaria. L'art. 10 del testo unico riproduce le disposizioni già contenute nell'art. 11, d.lgs. 150/2009 in merito al Programma triennale per la trasparenza e l'integrità. Ogni Amministrazione previa consultazione delle associazioni rappresentate nel Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti deve adottare il Programma da aggiornare annualmente per garantire "la legalità e lo sviluppo della cultura dell'integrità", nonché "un adeguato livello di trasparenza", anche sulla base delle linee guida elaborate dalla Civit e in collegamento sia con gli interventi previsti dal Piano di prevenzione della corruzione sia con la programmazione strategica e operativa definita nel Piano della *performance* e negli strumenti analoghi di programmazione previsti negli enti locali. Nel Programma triennale sono definiti "le misure, i modi e le iniziative volti all'attuazione degli obblighi di pubblicazione ..., ivi comprese le misure organizzative volte ad assicurare la regolarità e la tempestività dei flussi informativi" (art. 10, c. 2, d.lgs. 33/2013).

Inoltre, è previsto un sistema articolato di vigilanza, che completa il monitoraggio esterno svolto dalla Civit<sup>29</sup> e dagli organismi indipendenti di valutazione (Oiv)<sup>30</sup> con il monitoraggio interno affidato al "Responsabile per la trasparenza", figura coincidente con quella del dirigente generale "responsabile per la prevenzione della corruzione", prevista dall'art. 1, c. 7, l. n. 190 /2012. Al responsabile spetta in particolare aggiornare il Programma triennale, verificare che le informazioni pubblicate siano complete, chiare e a loro volta aggiornate, nonché segnalare "all'organo di indirizzo politico, all'organismo indipendente di valutazione (Oiv), all'Autorità nazionale anticorruzione e, nei casi più gravi, all'ufficio di disciplina i casi di mancato o ritardato adempimento degli obblighi di pubblicazione" (art. 43, c. 1, d.lgs. 33/2013).

L'esito dell'attività di vigilanza in ipotesi d'inosservanza degli obblighi di pubblicazione è l'attivazione di meccanismi sanzionatori. In passato le sanzioni erano contemplate solo in casi specifici<sup>31</sup>, ora si afferma in via generale che l'inadempimento di un obbligo al pari della

mancata predisposizione del Programma triennale per la trasparenza costituisce “elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all’immagine dell’amministrazione” e che è comunque valutato “ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili” (art. 46, c. 1, d.lgs. 33/2013). La mancata o incompleta pubblicazione delle informazioni sui tempi procedurali determina dunque sempre l’attivazione dei meccanismi di responsabilità dirigenziale previsti dall’art. 21 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, secondo cui il dirigente può subire una decurtazione della retribuzione di risultato fino all’ottanta per cento (art. 1, c. 33, d.lgs. 33/2013). Il limite di questo strumento deriva dalla non infrequente condivisione di compiti tra uffici dirigenziali diversi. L’esito prevedibile è la dispersione delle responsabilità ovvero in alternativa l’imputazione della stessa in capo al responsabile per la trasparenza, destinato al ruolo di “capro espiatorio”.

Infine, in casi specifici, il testo unico aggiunge sanzioni amministrative di tipo pecuniario (art. 47) e pone la pubblicazione di un atto come condizione per la sua efficacia<sup>32</sup>

Sembra invece essere stato accantonato il rimedio costituito dal ricorso per l’efficienza, pur previsto dall’art. 1, c. 33, della legge delega 190/2012<sup>33</sup>.

L’analisi degli obblighi di pubblicazione e dei relativi meccanismi di *enforcement* consente di rilevare, da un lato, l’estensione notevole dell’area della trasparenza obbligatoria e, dall’altro, la propensione del legislatore a far ricadere su Amministrazioni non sufficientemente attrezzate oneri di pianificazione, vigilanza e attuazione molto gravosi, imputando loro la responsabilità di eventuali inadempimenti. A ciò deve aggiungersi l’assenza di un impulso politico adeguato: gli organi di indirizzo evitano, ad esempio, in fase di programmazione di assumere impegni e di indicare obiettivi strategici<sup>34</sup>.

## **7. L’accesso civico.**

Il legislatore fin qui ha operato in continuità con il passato limitandosi a completare il frammentario quadro normativo preesistente.

La novità dirompente è rappresentata dall’istituto dell’accesso “civico” che come anticipato è pensato in funzione d’incentivo all’adempimento corretto degli obblighi di pubblicazione<sup>35</sup>. Secondo l’art. 5, c. 1, “L’obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione”, e il successivo comma 5 rende tale diritto azionabile davanti al giudice amministrativo nelle forme del rito sull’accesso.

## **8. (Segue) I profili problematici dell’accesso civico, in particolare i rapporti con l’accesso tradizionale. L’elaborazione dottrinale.**

L’accesso civico ha iniziato ad attirare le attenzioni degli studiosi fin dal suo ingresso nell’ordinamento italiano. Le prime elaborazioni dottrinali sembrano infatti già orientate alla

soluzione di alcuni aspetti ritenuti a torto o a ragione problematici.

L'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto dell'accesso civico è troppo recente e limitata nel tempo per poter procedere ad una attenta valutazione degli effetti prodotti dalla sua applicazione concreta. Tuttavia, pur in assenza di una casistica giurisprudenziale adeguata<sup>36</sup>, si possono già individuare talune questioni sollevate dalle novità normative contemplate nell'art. 5, d.lgs. 33/2013.

Tali questioni hanno già suscitato un vivace e fervido dibattito dottrinale.

Una delle maggiori criticità emerse è rappresentata dall'individuazione delle possibili dissonanze e assonanze esistenti tra accesso civico e accesso documentale, con tutte le conseguenze che ne derivano sia sul piano teorico sia su quello applicativo.

S'impone dunque fin da subito un raffronto con l'accesso "classico" disciplinato dalla l. 241/1990 negli artt. 22 e ss.. e con alcuni profili problematici che esso presenta.

## **9. (Segue) La natura giuridica della posizione soggettiva di chi propone l'istanza di accesso.**

La questione della natura giuridica della posizione soggettiva di colui che presenta una richiesta di ostensione e la sua riconducibilità alla categoria del diritto soggettivo ovvero a quella dell'interesse legittimo ha investito l'accesso ordinario fin dall'entrata in vigore della legge 241/1990 malgrado le norme in materia, comprese quelle vigenti in origine, abbiano costantemente fatto riferimento alla situazione *de qua* in termini di "diritto".

Il tema enunciato è stato al centro di un articolato dibattito dottrinale e giurisprudenziale non ancora del tutto sopito<sup>37</sup>, la soluzione dello stesso recando con sé la definizione di alcune problematiche applicative di non poco momento, quali l'individuazione della disciplina processuale applicabile in caso di omessa notificazione ad almeno uno dei controinteressati del ricorso giurisdizionale proposto avverso il provvedimento amministrativo di rigetto della richiesta di ostensione; la reiterabilità *ad libitum* dell'istanza da parte di chi non abbia impugnato in termini la prima reiezione intervenuta sulla propria domanda di ostensione; la disapplicabilità di regolamenti che la P.A. adotti in contrasto con la disciplina primaria dettata in tema di accesso.

L'evoluzione dottrinale ma soprattutto giurisprudenziale sul tema della natura giuridica della posizione di colui che propone l'istanza di accesso si è articolata in diverse tappe. E' possibile individuare almeno due fasi evolutive principali. La prima è inaugurata con il varo della legge 241/1990 e termina nel 2005; la seconda prende avvio con la legge 15/2005 che introduce alcune novità rilevanti nel corpo della legge 241/1990 così rialimentando il dibattito sul tema *de quo*.

Prima del varo della legge 15/2005 la *querelle* si era sviluppata intorno ai dati testuali della legge fondamentale sul procedimento amministrativo nella sua formulazione originaria. Sul tema erano emerse, come noto, due posizioni configgenti. Più precisamente si fronteggiavano, da un lato, l'orientamento che affermava la natura di interesse legittimo della situazione soggettiva di colui che presenta la richiesta di accesso e concepiva dunque

l'atto emesso dall'Amministrazione in ordine all'istanza come provvedimento autoritativo<sup>38</sup> e, dall'altro, l'indirizzo che configurava la posizione *de qua* quale diritto soggettivo<sup>39</sup>.

A dirimere il contrasto interpretativo emerso è intervenuta l'Adunanza Plenaria con la sentenza ormai datata del 24 giugno 1999, n. 16 che la quale ha accolto la tesi della natura d'interesse legittimo della posizione di chi propone l'istanza di accesso, valorizzando soprattutto l'argomento della natura decadenziale del termine per l'impugnativa del provvedimento di reiezione dell'istanza di accesso. I giudici hanno sostenuto che in realtà sulla questione *de qua* lo stesso legislatore avrebbe preso posizione assoggettando a un termine non prescrizione ma decadenziale, tipico delle posizioni di interesse, la proponibilità di un ricorso giurisdizionale avverso l'atto di diniego di accesso. E hanno ritenuto di trarre conseguenze di tipo applicativo da tale posizione sulla questione teorica della natura, sostenendo che l'omessa notifica del ricorso ad almeno un controinteressato avrebbe dovuto implicare l'inammissibilità del ricorso giurisdizionale, essendo d'interesse e non di diritto soggettivo la situazione giuridica di chi propone l'istanza di accesso.

Per vero, dopo la Plenaria la *querelle* sul tema si è riaccesa, perché diverse pronunce delle sezioni semplici del Consiglio di Stato sono ritornate sulla tesi che assumeva la natura di diritto soggettivo della posizione dell'istante.

Il dibattito è stato nuovamente alimentato soprattutto dalle novità in punto di accesso introdotte nella legge n. 241 dalle leggi nn. 15 e 80 del 2005.

La prima novità consiste nell'inserimento nel corpo dell'art. 29 del comma 2 *bis* che pare espressamente qualificare come diritto soggettivo la posizione dell'istante ancorché per il tramite del rinvio all'art. 117, c. 2 *lett. m)* Cost.. Più precisamente l'art. 29 si occupa, in generale, di definire l'ambito di applicazione della legge 241/1990 e, in particolare, di disciplinare e di stabilire se e a quali condizioni le norme della legge suddetta introdotte dal legislatore statale vincolino anche le autonomie, in specie le regioni dotate anch'esse di potestà legislativa. Il comma 2 *bis* non ha la finalità di prendere posizione sul tema della natura giuridica della posizione soggettiva di colui che presenta la richiesta di accesso, ma di giustificare l'intervento del legislatore statale in un ambito - quello dell'accesso - la cui appartenenza alla potestà legislativa statale ovvero alla potestà legislativa regionale in dottrina era dibattuta. Il legislatore con il comma 2 *bis* stabilisce infatti che le previsioni della legge 241/1990 relative all'accesso attengono "ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" di cui all'art. 117, c. 2 *lett. m)* per affermare l'appartenenza alla potestà legislativa esclusiva dello Stato della disciplina nella suddetta materia. E tuttavia indirettamente, ancorché non fosse questo l'intento originario, la norma reca con sé che nel regolare l'accesso il legislatore disciplina i livelli delle prestazioni da ritenere essenziali concernenti "i diritti". E non solo. La norma opera una specifica classificazione della situazione soggettiva *de qua*, qualificata non più genericamente come diritto ma quale situazione riconducibile alla ben definita categoria dei "diritti civili e sociali".

La seconda importante novità consiste nel fatto che a partire dal 2005 il legislatore qualifica espressamente come "esclusiva" la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie instaurate con i ricorsi proposti avverso le determinazioni di reiezione delle istanze di accesso. Come prevede l'art. 7 c.p.a., la giurisdizione esclusiva è la giurisdizione estesa ai diritti soggettivi, per distinguerla dalla giurisdizione generale di legittimità che

riguarda le controversie involgenti le sole posizioni d'interesse legittimo. Sicché tale qualificazione è parsa una chiara presa di posizione del legislatore per la natura di diritto e non d'interesse della posizione dell'istante.

La questione della natura giuridica della situazione soggettiva di chi propone l'istanza di accesso è stata così riproposta e rimessa dai giudici della VI Sezione del Consiglio di Stato con l'ordinanza 9 settembre 2005, n. 4686 al vaglio dell'Adunanza Plenaria, affermando che si dovesse abbandonare la presa di posizione risalente al 1999 e che a conforto di questo auspicato superamento vi sarebbero ormai dati normativi inequivocabili, in specie quelli introdotti nel 2005.

La *querelle* sottoposta era quella della reiterabilità dell'istanza di accesso da parte del soggetto il quale non avesse impugnato nel termine decadenziale il primo provvedimento di reiezione<sup>40</sup>.

L'Adunanza Plenaria si è pronunciata con la sentenza 18 aprile 2006, n. 6, peraltro non del tutto risolutiva del contrasto in atto ormai da tempo. La pronuncia prende infatti posizione sulla questione pratica della reiterabilità dell'istanza, ritenendo tuttavia che la si possa risolvere senza inevitabilmente affrontare il tema teorico della natura giuridica della posizione soggettiva di colui che propone la richiesta di accesso. Dunque l'assunto è quello secondo cui la natura decadenziale del termine previsto per la proposizione del ricorso giurisdizionale avverso il rigetto dell'istanza di ostensione non sia da sé sola dirimente ai fini della soluzione del tema della natura giuridica della situazione dell'istante, potendovi ben essere un diritto soggettivo la cui azionabilità sia per espressa scelta del legislatore sottoposto a termine decadenziale. E in realtà, come aveva sostenuto l'ordinanza di rimessione e ha ritenuto poi la giurisprudenza successiva, non vi sarebbe un'incompatibilità tra la posizione di diritto soggettivo e la previsione legislativa di termini decadenziali, perché non mancano nell'ordinamento disposizioni che riconoscono in capo a taluno posizioni di diritto ma ne subordinano l'azionabilità a un termine non prescrizioneale.

Ciò che la Plenaria afferma è che in disparte la qualificazione giuridica della situazione giuridica dell'istante il legislatore comunque prevede nell'art. 116 c.p.a. un termine decadenziale per proporre il ricorso giurisdizionale avverso il diniego dell'istanza di accesso. Con la conseguenza che il mancato rispetto di esso osta alla riproposizione di una richiesta identica ovvero sia confermativa di quella già respinta con il provvedimento non impugnato nel rispetto del termine decadenziale. Il che però non preclude che una nuova istanza possa essere proposta allorché emergano fatti nuovi, non sussistenti al momento della proposizione dell'originaria istanza. Ma ciò che non può ammettersi in un sistema normativo che prevede un termine decadenziale per l'impugnazione è che il soggetto proponga un'istanza identica, non giustificata da sopravvenienze.

La Plenaria non risolvendo il nodo della natura giuridica della posizione di colui che propone l'istanza di accesso ha finito per lasciare aperte talune questioni. Con la conseguenza che la giurisprudenza ha continuato a tornare sul tema anche dopo il 2006. Di recente il Consiglio di Stato, in particolare con le sentenze della sezione VI, 12 gennaio 2011, n. 117, 19 gennaio 2012, n. 201 e 26 luglio 2012, n. 4261 pare propendere per la tesi del diritto soggettivo, tanto valorizzando gli argomenti descritti e affermando che l'accesso ai documenti amministrativi è un diritto soggettivo di cui il G.A. conosce nell'ambito della propria giurisdizione esclusiva, avendo il giudizio a oggetto l'accertamento della spettanza del

diritto di accesso piuttosto che la verifica della sussistenza di vizi di legittimità del provvedimento.

L'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale è dunque giunta a riconoscere consistenza di diritto soggettivo alla posizione di colui che propone l'istanza di accesso documentale, per quanto la giurisprudenza continui anche di recente a tornare sul tema<sup>41</sup>.

La questione involge anche l'accesso civico e pare suscitare interesse già nei primi commentatori.

Nessun dubbio sembrerebbe ostare ad avviso di taluni autori<sup>42</sup> alla qualificazione della posizione giuridica riconosciuta dal decreto Trasparenza in termini di diritto soggettivo e non di interesse legittimo, fondato peraltro sul solo presupposto dell'inadempimento in cui la Amministrazione sia incorsa rispetto agli obblighi di pubblicità.

Il testo unico oltre ad approntare un apparato sanzionatorio articolato introduce un meccanismo rimediale di assoluta novità, riconoscendo in capo a "chiunque" un vero e proprio diritto soggettivo di accesso civico alle informazioni e ai dati *ivi* previsti, siano o meno contenuti in atti giuridici in senso stretto, per i quali risultino non ottemperati gli obblighi di pubblicità contemplati nel decreto. Un diritto quindi svincolato dai requisiti di legittimazione dell'accesso previsti dalla legge 241/1990, azionabile gratuitamente davanti al Responsabile della trasparenza della P.A. senza formalità né motivazione in ordine all'utilità dell'atto che si intende conoscere rispetto alle esigenze difensive del richiedente, ma fondato sul solo presupposto dell'inadempimento da parte della Amministrazione. Il privato può infatti presentare la relativa istanza adducendo che il dato di cui chiede l'ostensione rientri tra quelli di cui il testo unico impone la pubblicità *on line* e tuttavia non sia visualizzabile sul sito istituzionale dell'Amministrazione di riferimento. Non rileva infatti per il legislatore come il cittadino usi l'informazione, ma il fatto stesso che sia informato<sup>43</sup>.

L'istanza presentata ai sensi dell'art. 5 sarebbe allora una richiesta di ostensione nella definizione della quale non è possibile, probabilmente neppure a livello teorico, riconoscere alla P.A. alcuno spazio per una valutazione ponderativa implicante l'esercizio di un certo margine di discrezionalità, avendo essa l'obbligo di riconoscere l'accesso sulla base della sola assenza di adempimento<sup>44</sup>. Il potere riconosciuto all'Amministrazione sembrerebbe dunque vincolato, dovendo la stessa limitarsi ad accertare la sussistenza dell'inadempimento addotto dal cittadino e la mancanza nel caso di specie di limiti all'ostensione. E a fronte di tale potere sarebbe allora, in ossequio alle teorie tradizionali, configurabile in capo a colui che propone l'istanza di accesso una posizione di diritto soggettivo.

Gli obblighi di pubblicazione integrerebbero una "situazione che fronteggia ... un diritto soggettivo a conoscere, che spetta a "chiunque" ossia ai cittadini in quanto tali (senza necessità di dimostrare l'interesse differenziato che giustifichi tale pretesa) (art. 3). A tali obblighi corrisponde dunque non un *need to know* (una conoscenza utile al soddisfacimento di un interesse, di un bisogno particolare), ma un vero e proprio *right to know*. Un diritto conseguentemente assistito da un meccanismo d'implementazione in caso d'inadempimento dell'obbligo di pubblicazione attivabile da chiunque, quasi nella forma dell'azione popolare"<sup>45</sup>.

Altri autori<sup>46</sup> pervengono ad analoga conclusione, sostenendo che il diritto di accesso civico deve essere iscritto a pieno titolo nel catalogo dei diritti soggettivi che spettano a “chiunque” intenda sincerarsi che l’Amministrazione ovvero la società che ricoprono una funzione amministrativa abbiano effettivamente rispettato l’obbligo di pubblicazione dei relativi dati, resi *ex lege* accessibili indiscriminatamente.

Giova rilevare che in tal senso depone anzitutto l’art. 1. Norma che esprime l’inversione ormai acquisita dal legislatore nazionale del rapporto tra segretezza e pubblicità dei dati afferenti all’azione amministrativa, salve alcune limitate eccezioni definite nell’art. 4 atte a garantire il segreto di Stato, il segreto d’ufficio, il segreto statistico e quello di protezione dei dati personali. Sempre che tali esigenze eccezionali di segretezza non siano considerate superabili dallo stesso legislatore disponendo la prevalenza dell’obbligo di pubblicazione.

Nel decreto legislativo infatti sono raccolte le elencazioni dei dati e delle informazioni rispetto ai quali è il legislatore a imporre la pubblicità attraverso la pubblicazione sul sito *web* dell’ente. Si può dunque affermare che dal 20 aprile 2013 sia stato generalizzato l’obbligo di pubblicare i dati e le informazioni che il legislatore ha prioritariamente ritenuto di rendere disponibili senza alcuna barriera se non con l’onere del collegamento alla sezione apposita del sito *web* predisposto dal soggetto pubblico ovvero privato in possesso della banca dati relativa, atteso che tale previsione “concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell’utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione” (art. 1, d.lgs. 33/2013).

L’obbligo per l’ente che detiene la banca dati delle informazioni accessibili non s’impone solo nei confronti del legislatore, pronto a sanzionare ogni violazione delle prescrizioni contenute nel decreto, ma soprattutto nei confronti di coloro che essendo i naturali destinatari dell’esercizio della funzione amministrativa, costituiscono anche il gruppo dei naturali “utenti” del sito *web* del soggetto tenuto alla pubblicazione.

L’esercizio di una funzione amministrativa si trasforma quindi, all’interno di una configurazione non amministrativa ma civilistica di rapporto ente-utente, nel fatto giuridico idoneo a determinare la nascita di un’obbligazione giuridica tra ente e utente, che vede l’ente titolare della banca dati unico obbligato a un *facere* infungibile ovvero sia la pubblicazione di “dati pubblici” sul sito *web* istituzionale, con le modalità prescritte nel testo unico.

Un negozio giuridico che viene in considerazione allorchè si sia titolari dell’esercizio di una funzione amministrativa e che trova come creditore per l’esatto adempimento della prestazione l’utente. La figura del “creditore tipo” non è però rinvenibile nell’alveo delle categorie ordinarie nelle quali sono iscritte idealmente le persone fisiche, i cittadini italiani, i cittadini comunitari ovvero gli stranieri extracomunitari o ancora le persone giuridiche, nazionali o straniere, ma è individuabile di volta in volta potendo pretendersi da “chiunque”, a prescindere dalla natura giuridica e dallo *status* che caratterizza il richiedente, l’esatta prestazione dell’adempimento.

La banca dati viene così trasformata *ex lege* in un *open data*, strumento tipico del processo di *egovernment* che si realizza solo se il dato venga reso disponibile in un formato non proprietario così consentendo all’utente di identificare immediatamente il singolo dato

all'interno di un insieme più ampio di dati e di *linkare* agli stessi direttamente<sup>47</sup>.

Altri autori seguendo la stessa linea di pensiero sostengono che il diritto di accesso civico sublimi la trasparenza in un diritto soggettivo. L'obbligo generalizzato nei confronti della P.A. di garantire la conoscibilità di informazioni, dati e documenti attraverso la loro pubblicazione inverte il rapporto tradizionale tra cittadino e Stato apparato da autoritativo e burocratico in paritetico e partecipato assicurando al richiedente il diritto a una pretesa, azionabile immediatamente, di un *facere* da parte dell'Amministrazione secondo *standards* predefiniti dalla normativa stessa e senza limitazioni temporali<sup>48</sup>.

Tuttavia, la soluzione che qualifica il diritto di accesso civico quale diritto soggettivo così pacifica ad una prima lettura potrebbe dare luogo a perplessità e dubbi interpretativi e accendere un fervido dibattito così come è accaduto per l'accesso tradizionale previsto dalla legge 241/1990.

Legittimati ad esercitare il diritto di accesso ex art. 22, l. 241/1990, come si vedrà *funditus*, sono "tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento di cui è chiesto l'accesso". Il legislatore del 2013 ha invece inteso riconoscere a "chiunque" il diritto di chiedere la copia della documentazione che avrebbe dovuto essere pubblicata sul sito istituzionale dell'Amministrazione.

La circostanza che non sia necessario avere un interesse concreto e attuale per esercitare l'accesso civico ha fatto sorgere dubbi e perplessità in ordine alla natura di tale diritto.

Alcuni autori ritengono che si tratti di un'azione popolare, contrariamente a quanto affermato con riferimento al diritto di accesso ordinario sul rilievo che lo stesso non possa essere diretto al controllo generalizzato dell'attività amministrativa pubblica. Più precisamente, l'accesso civico potrebbe essere "ricodotto alla figura dei diritti pubblici di libertà, ove per essa s'intenda il libero poter conoscere degli atti mediante cui ciascuna Amministrazione esercita le pubbliche funzioni che rientrano nella propria sfera di competenza"<sup>49</sup>.

Altri osservano che l'accesso civico è un diritto a prescindere dal fatto che il legislatore lo qualifichi espressamente come tale stante la non decisività delle definizioni legislative. E' opinione comune del resto che le definizioni legislative non siano vincolanti per l'interprete<sup>50</sup>. La P.A. a fronte della richiesta di accesso svolge un'attività vincolata consistente nel verificare la corrispondenza tra il documento, l'informazione o il dato richiesti e quelli previsti in astratto dalla legge come oggetto di obbligo di pubblicazione. Tale vincolo all'attività dell'Amministrazione viene posto non nell'interesse pubblico, ma nell'interesse del richiedente. E da qui deriverebbe la natura di diritto soggettivo dell'interesse all'accesso. L'accesso civico presuppone infatti un diritto alla conoscenza che preesiste alla richiesta, a differenza dell'accesso tradizionale in relazione al quale il diritto a conoscere sorge solo con l'istanza.

Questa ricostruzione della natura giuridica dell'accesso civico peraltro non collimerebbe ad avviso di tali commentatori con la circostanza che l'art. 50, d.lgs. 33/2013 in combinato disposto con l'art. 133, c. 1, lett. a) n. 6 c.p.a. attribuisca alla giurisdizione esclusiva del G.A.

le controversie in materia di diritto di accesso civico.

Vi è poi chi sostiene che il nuovo diritto di accesso civico sarebbe in realtà un “diritto politico” del quale dovrebbe conoscere il giudice ordinario, ove la regola di cui all’art. 2, L.A.C. non venisse derogata<sup>51</sup> dall’art. 50, d.lgs. 33/2013.

Alcuni autori si spingono oltre sostenendo che l’accesso civico inteso come diritto a ricevere informazioni non sia un mero interesse diffuso nella piena disponibilità del legislatore ordinario, ma sembri piuttosto un interesse costituzionalmente rilevante, un valore costituzionale primario. In quanto tale può qualificarsi come un diritto sociale “a prestazione”, condizionato dall’esistenza di un’organizzazione necessaria e idonea all’erogazione della prestazione, che presuppone per il proprio esercizio l’intervento legislativo affinché si configuri come pretesa direttamente azionabile. In ogni caso, secondo consolidata giurisprudenza costituzionale, il presupposto condizionante non è atto a incidere né sulla garanzia né sulla effettività che la Costituzione riconosce a tali diritti. L’attuazione dei diritti sociali condizionati è infatti caratterizzata da necessaria gradualità, da ragionevole ponderazione con altri valori costituzionali primari e con le esigenze del bilancio statale, ma non da irragionevoli ritardi e inerzie<sup>52</sup>.

## **10. (Segue) La legittimazione all’accesso.**

Un secondo aspetto problematico attiene ai requisiti di legittimazione dell’istanza di accesso.

La legge 241/1990 non ha riconosciuto una legittimazione per così dire popolare, come pure in quegli anni parte della dottrina aveva suggerito<sup>53</sup>, ma ha preteso perché la posizione qualificata di diritto all’accesso possa essere esercitata che sussistano requisiti specifici di legittimazione, così restringendo l’ambito soggettivo della disciplina.

La legittimazione spetta infatti ai soli “interessati”. E l’art. 22, c. 1, *lett. b)*, l. 241/1990 designa quali “interessati” ovverossia soggetti titolari del diritto di ostensione “tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l’accesso”.

L’interesse di chi intende accedere deve dunque essere un interesse qualificato.

La formulazione del testo ora vigente dell’art. 22, l. 241/1990 conferma l’impostazione tradizionale diretta a escludere che l’accesso si tramuti in un’azione popolare finalizzata al controllo generalizzato dell’attività amministrativa, atto a stabilire se essa possa ritenersi svolta in ossequio ai canoni della trasparenza<sup>54</sup>.

Tale principio è stato da ultimo chiarito dall’Adunanza Plenaria con la sentenza 24 aprile 2012, n. 7. In tale sede il Consiglio di Stato precisa che l’interesse che legittima l’istanza di accesso oltre ad essere serio e non emulativo, deve essere “personale e concreto” ovverossia ricollegabile alla persona di colui che propone l’istanza di accesso da un nesso specifico: è necessario in sostanza che l’istante intenda difendere una situazione, di cui è portatore, qualificata dall’ordinamento come meritevole di tutela, non essendo viceversa

sufficiente l'interesse generico e indistinto di ogni cittadino alla legalità ovvero al buon andamento dell'attività amministrativa.

In applicazione di tale principio il T.a.r. Lazio con la sentenza 20 gennaio 2012, n. 657 ha escluso il diritto del Codacons ad estrarre copia attinente alle attività complessivamente poste in essere dall'Agenzia delle Entrate al fine di combattere il fenomeno dell'evasione del pagamento del canone Rai. La riconducibilità di una richiesta di accesso all'interesse generale dei contribuenti alla correttezza dell'attività di contrasto all'evasione del canone Rai, ove riconosciuta legittimante l'accesso, si tradurrebbe infatti nel riconoscimento di un accesso avente finalità di controllo generalizzato in quanto diretto a una verifica in via generale della trasparenza, legittimità e correttezza dell'azione amministrativa<sup>55</sup>.

Tale conclusione, alla quale il giudice amministrativo perviene ormai quasi costantemente, ha ricevuto ulteriore l'avallo del legislatore. La legge 11 febbraio 2005, n. 15 oltre a introdurre nell'art. 24, l. 241/1990 il comma 3 secondo cui sono inammissibili istanze di accesso "preordinate a un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni", ha altresì delineato più precisamente i tratti della nozione di soggetto "interessato" all'accesso: invero oggi non è solo più richiesto un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata, ma anche che detta situazione sia "collegata al documento del quale è chiesto l'accesso". Per stabilire se sussista il diritto all'ostensione occorre dunque avere riguardo al documento cui si intende accedere, al fine di verificarne l'incidenza anche solo potenziale sull'interesse di cui il soggetto è portatore. In altri termini, la titolarità di una situazione giuridicamente tutelata non è condizione sufficiente perché l'interesse rivendicato possa considerarsi "diretto, concreto e attuale", essendo altresì necessario che la documentazione cui si chiede di accedere sia collegata a quella posizione sostanziale impedendone ovvero ostacolandone il soddisfacimento.

Il diritto di accesso infatti è una posizione autonoma e strumentale rispetto ad una sottostante situazione giuridicamente tutelata. L'accesso fornisce non un'utilità finale, bensì un'utilità strumentale ad un'altra posizione giuridica che a sua volta produce un'utilità finale. Tale utilità per così dire "intermedia", è rappresentata da informazioni volte a comprendere se e come gli atti oggetto di accesso possano incidere sulla situazione sottostante.

Nella giurisprudenza amministrativa è frequente la massima secondo cui la legittimazione all'accesso deve essere riconosciuta "a chiunque possa dimostrare che gli atti procedurali oggetto dell'accesso abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l'autonomia del diritto d'accesso inteso come interesse ad un bene della vita distinto rispetto alla situazione legittimante all'impugnativa dell'atto"<sup>56</sup>.

Nella "situazione giuridicamente tutelata" si annoverano senza dubbio diritti soggettivi, interessi legittimi e interessi collettivi.

Peraltro, la giurisprudenza nel corso degli anni vi ha fatto rientrare progressivamente altre situazioni per così dire meno significative, ma atte comunque a consentire al titolare di partecipare a un procedimento ovvero a un processo<sup>57</sup>. Possono dunque legittimare all'accesso anche un'aspettativa di diritto, un interesse procedimentale ovvero un interesse

amministrativamente protetto. In tale prospettiva non desta stupore l'affermazione fatta dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 7 del 2012 secondo cui "la disciplina dell'accesso agli atti amministrativi non condiziona l'esercizio del relativo diritto alla titolarità di una posizione giuridica tutelata in modo pieno ... essendo sufficiente il collegamento con una situazione giuridicamente riconosciuta anche in misura attenuata".

Tuttavia, la giurisprudenza ha sempre escluso che la situazione sottostante cui l'accesso è strumentale possa consistere in un interesse di fatto ovvero in una posizione cui l'ordinamento non riconosce alcun rimedio. Su tale linea esegetica, come anticipato, l'art. 24, c. 3, l. 241/1990 considera inammissibili le richieste preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato dell'Amministrazione, atteso che la specifica posizione giuridica legittimante non si può identificare con l'interesse generico e indistinto di ogni cittadino al buon andamento dell'attività amministrativa, quasi che l'accesso fosse una forma di ispezione popolare.

La strumentalità della situazione sottostante non implica che ai fini dell'accesso debba necessariamente sussistere una lesione in corso di quest'ultima<sup>58</sup>. Invero, una cosa è l'attualità dell'interesse conoscitivo, una cosa l'attualità della lesione alla situazione giuridica sottostante che legittimerebbe tra l'altro la proposizione di un'azione giurisdizionale. Può esserci la prima senza che ci sia ancora la seconda.

La dottrina afferma dunque che "ove si condivide l'assunto che non è possibile esperire nell'ambito del processo amministrativo azioni per temuto pericolo, all'esercizio del diritto di accesso va senz'altro attribuito uno scopo preventivo e al contempo deflattivo di futuri ipotetici episodi contenziosi"<sup>59</sup>.

Non si deve tuttavia cadere nell'equivoco di credere che l'accesso abbia sempre una funzione pre-giurisdizionale ovvero para-giurisdizionale. L'accesso trova infatti fondamento costituzionale non solo negli artt. 24 e 113 Cost., ma anche negli artt. 21, 97 e 98 Cost., atteso che non ricopre soltanto un ruolo difensivo, rientrando nel più generale quadro della trasparenza dell'azione amministrativa. L'accesso può allora essere concesso altresì allorché non sia più proponibile il ricorso giurisdizionale a tutela della situazione sottostante, ad esempio per decorso dei termini<sup>60</sup>. In secondo luogo, l'Amministrazione non può respingere la richiesta di accesso argomentando che un'eventuale azione giurisdizionale sarebbe infondata ovvero inammissibile<sup>61</sup>. Del resto non si può escludere che la tutela della situazione sottostante possa passare per le vie stragiudiziali.

Esula da qualsivoglia funzione pre-giurisdizionale ovvero para-giurisdizionale anche l'accesso di tipo partecipativo o endoprocedimentale cioè quello che ha luogo in pendenza di un procedimento amministrativo al fine di consentire al privato di partecipare allo stesso in modo consapevole grazie alla conoscenza di tutti gli atti del procedimento. L'interesse conoscitivo dei soggetti che intervengono nel procedimento è riconosciuto spesso e considerato quasi *in re ipsa*.

L'art. 22, l. 241/1990 ricomprende tra i soggetti legittimati all'accesso i "portatori di interessi pubblici e diffusi".

L'accesso è ammesso dunque anche per la tutela d'interessi collettivi secondo un orientamento giurisprudenziale che è stato avallato dal legislatore nel 2005 con la modifica

dell'art. 22, c. 1, *lett. b)*, l. 241/1990, che parla tecnicamente di interessi diffusi. Un interesse diffuso, dunque adespota, diviene interesse collettivo perché si differenzia in capo a un ente collettivo che ne diventa titolare. Il che fa sì che l'interesse a conoscere il documento sia "diretto" come richiede la legge. La giurisprudenza tradizionalmente ha parlato dell'interesse conoscitivo come di un interesse "personale". Con la riforma intervenuta nel 2005 il legislatore ha utilizzato una formulazione differente ovvero quella di interesse "diretto", ma il concetto è lo stesso nel senso che dell'interesse deve essere titolare un soggetto specifico e non la collettività indifferenziata.

L'azione degli enti esponenziali è fondamentale per la realizzazione di alcuni valori recepiti dalla Costituzione. Basti pensare alla tutela dell'ambiente, un bene a fruizione invisibile, rispetto al quale è difficile rinvenire "situazioni giuridicamente riconosciute" di cui sia titolare un singolo individuo; o ancora le associazioni rappresentative degli interessi delle categorie dei consumatori e degli utenti di servizi pubblici, titolari di un interesse collettivo proprio alla trasparenza ed efficienza dei servizi pubblici.

Anche quando l'attività amministrativa leda un singolo membro di una categoria, la legittimazione all'accesso dell'ente esponenziale è aggiuntiva e non sostitutiva rispetto a quella dell'individuo. L'ente infatti non può agire a tutela dell'interesse del singolo, ma solo dell'interesse di cui è titolare.

Particolarmente discussa risulta la questione relativa alla legittimazione all'accesso delle associazioni di consumatori.

Tale legittimazione presuppone che la documentazione cui si riferisce l'istanza di ostensione sia non utile alla salvaguardia di interessi propri di singoli associati, ma alla tutela dell'interesse differenziato della categoria rappresentata coerentemente con le finalità statutarie dell'ente collettivo.

Alle associazioni di consumatori non è attribuito un diritto di accesso diverso da quello attribuito in generale dalla legge 241/1990 così come non può alle stesse ascrivere in astratto la legittimazione a esercitare il diritto di accesso in relazione a interessi che fanno capo ai singoli consumatori.

L'interesse che legittima la richiesta di accesso da parte delle associazioni di consumatori deve essere considerato in termini particolarmente ampi ogniqualvolta esso risulti funzionale alla tutela di vaste categorie di soggetti e sia quindi finalizzato alla tutela di interessi diffusi.

Anche quando a proporre istanza di accesso sia un'associazione esponenziale degli interessi delle categorie di consumatori e utenti, poiché il diritto di accesso non si configura come un'azione popolare, è necessario un accertamento concreto dell'esistenza di un interesse differenziato alla cognizione dei documenti rispetto ai quali l'accesso è richiesto, atteso che la titolarità ovvero rappresentatività degli interessi diffusi non giustifica un diritto generalizzato e onnicomprensivo all'acquisizione conoscitiva di tutti gli atti e i documenti finalizzato alla generica verifica del rispetto delle regole di efficienza e trasparenza, quindi di eventuali e non ancora definite forme di lesione all'interesse dei consumatori. L'accesso si può infatti ammettere soltanto con riguardo a documenti che incidono in via immediata e diretta - non meramente riflessa e ipotetica - sugli interessi degli stessi.

L'associazione non è titolare di una situazione soggettiva atta a conferirle un potere generale di vigilanza a tutto campo, quanto piuttosto della sola legittimazione ad agire affinché vengano inibiti comportamenti ovvero atti effettivamente lesivi degli interessi dei soggetti che essa assume di rappresentare. Se ne deduce l'interesse dell'associazione a chiedere l'esibizione di documenti afferenti a un'operazione economica ben determinata, idonei a rivelare una lesione arrecata agli interessi dei consumatori ovvero che possano essere utilizzati per la loro tutela.

La tendenza della giurisprudenza è nel senso di limitare il diritto di accesso delle associazioni di consumatori e utenti. Infatti, l'elaborazione pretoria al fine di ammettere tale legittimazione ritiene debba sempre esservi un severo riscontro della concretezza e attualità dell'interesse esponenziale fatto valere dall'associazione e il suo collegamento con la lesione, anche potenziale, di una situazione giuridica collegata al documento oggetto di ostensione<sup>62</sup>.

Il T.a.r. con la sentenza citata n. 657 del 2012 a tale proposito ha chiarito che il riconoscimento del diritto d'accesso a chiunque vi abbia interesse non ha introdotto alcun tipo di azione popolare diretta a consentire una sorta di controllo generalizzato sull'Amministrazione, essendo l'accesso consentito solo a coloro ai quali gli atti stessi, direttamente ovvero indirettamente, si rivolgono e che se ne possano avvalere eventualmente per la tutela di una posizione soggettiva che, anche se non deve necessariamente assumere la consistenza d'interesse legittimo ovvero di diritto soggettivo, deve però essere giuridicamente tutelata, non potendo identificarsi con il generico e indistinto interesse di ogni cittadino al buon andamento della Pubblica Amministrazione. Il che vale altresì allorchè tale interesse sia azionato da parte di un'associazione rappresentativa che agisca a tutela di tutti i cittadini in maniera indifferenziata, mancando in questo caso la titolarità di un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento alla conoscenza della documentazione.

Il riscontro rigoroso dei presupposti legittimanti rinviene la propria *ratio* nell'esigenza di evitare che proprio per la "volatilità" dell'interesse di tipo esponenziale fatto valere mediante l'accesso delle associazioni si ponga in essere un inammissibile controllo generalizzato della trasparenza, correttezza e legalità dell'azione amministrativa in violazione dell'art. 24, c. 3, l. 241/1990.

Si ribadisce ancora una volta l'inconfigurabilità dell'accesso come azione popolare seppure sia possibile la salvaguardia di interessi diffusi e superindividuali.

La legge sul procedimento amministrativo, laddove pretende presupposti di legittimazione perché taluno possa dirsi titolare della posizione soggettiva riconosciuta a colui che propone l'istanza di accesso, reca con sé come implicazione che quest'ultima debba sempre essere motivata. La richiesta deve, dunque, indicare oltre al documento anche le ragioni per cui la conoscenza dello stesso sia utile ai fini della tutela della propria posizione soggettiva e quale sia l'interesse concreto e attuale che giustifichi l'esigenza conoscitiva fatta valere con la proposizione della domanda di accesso.

Il regime rigoroso delineato dalla legge 241/1990 soffre tuttavia di eccezioni.

Anzitutto, la deroga prevista dall'art. 3, c. 1, d.lgs. 195/2005 relativa all'accesso del

pubblico alle informazioni c.d. ambientali detenute dall'Amministrazione, tenuta a ostenderle a "chiunque" ne faccia richiesta senza che costui debba dichiarare il proprio interesse. Un'eccezione introdotta da una disciplina oggettivamente settoriale: sono soggetti al regime derogatorio, infatti, non tutti i documenti in materia di ambiente ma solo "le informazioni ambientali". L'ambito della deroga è stato, peraltro, ulteriormente delimitato dalla giurisprudenza, sia con un indirizzo relativo alla necessità che si dimostri l'afferenza a un interesse di natura ambientale dell'esigenza sottesa all'istanza di accesso, sia affermando in altra direzione che l'oggetto della richiesta sottoposta al regime derogatorio attenga soltanto ai fattori che possono incidere sull'ambiente.

Un'altra importante eccezione è prevista dall'art. 43, c. 2, d.lgs. 267/2000 a favore dei consiglieri comunali e provinciali, i quali hanno diritto di ottenere dall'Amministrazione di appartenenza tutte le notizie e le informazioni in suo possesso ogniqualvolta siano utili all'espletamento del proprio mandato. Una legittimazione all'accesso svincolata dai presupposti limitativi di cui alla l. 241/1990 e collegata solo alle esigenze del mandato consiliare, che non necessita peraltro neppure di motivazione. Anche questa eccezione è introdotta da una disciplina settoriale, questa volta però soggettivamente, attesa la limitazione della previsione alle ipotesi in cui l'istanza sia presentata da categorie soggettive specifiche.

Molto più dirompente rispetto al regime "classico", delineato quanto ai presupposti di legittimazione all'accesso dall'art. 22, appare la disciplina recata dall'art. 5 del decreto trasparenza. Diversamente dal d.lgs. 195/2005 in tema di "informazioni ambientali" e dal d.lgs. 267/2000 in materia d'informazioni spettanti ai consiglieri comunali e provinciali che si occupano di accesso, il d.lgs. 33/2013 concerne la pubblicità *on line*, imponendo all'Amministrazione di indicare nei propri siti istituzionali una pluralità d'informazioni riguardanti, talune, in generale i procedimenti, l'organizzazione e l'attività, e talaltre settori speciali quali gli appalti, la sanità, l'urbanistica.

L'eccezione introdotta non è dunque una novità assoluta nel nostro ordinamento, ma non è più settoriale e al contrario ha un ambito oggettivo e soggettivo molto ampio: consente infatti non solo a categorie soggettive limitate ma a "chiunque" e per tutti gli atti per i quali è imposta la pubblicità *on line* di presentare un'istanza di accesso sulla base dell'unico presupposto dell'inadempimento dell'obbligo di pubblicazione in cui sia incorsa l'Amministrazione. L'accesso civico sotto tale profilo si configura, secondo la maggior parte dei primi commentatori<sup>63</sup>, come una sorta di "azione popolare" nella misura in cui il suo esercizio è volto a rimediare al mancato ovvero al ritardato esercizio di una funzione propria della P.A. ovvero sia la diffusione di informazione mediante pubblicazione a fini di trasparenza.

Il legislatore prevede espressamente nell'art. 5, c. 2, d.lgs. 33/2013 che la richiesta di accesso civico possa provenire da "chiunque" non essendo "sottoposta ad alcuna limitazione soggettiva del richiedente".

Non si subordina dunque l'accesso al fatto che colui che propone l'istanza di accesso sia titolare di un "interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento", come richiesto invece dall'art. 22, l. 241/1990.

Quest'ultima norma s'ispira al meccanismo del *need to know*: l'accesso viene garantito soltanto a chi abbia necessità di conoscere il documento al fine di tutelare una propria situazione giuridica. Il decreto trasparenza abbraccia invece la logica del *right to know*: tutti i cittadini hanno un diritto pieno e ingiustificato di conoscere gli atti dell'autorità, a prescindere da una lesione in concreto subita<sup>64</sup>.

Del resto il Consiglio d'Europa con la Raccomandazione n. 2 del 2002 ha affermato che "chi fa richiesta per un documento ufficiale non deve essere obbligato a motivare la richiesta".

Secondo la circolare n. 2 del 2013 del Dipartimento della Funzione Pubblica "con lo strumento dell'accesso civico, disciplinato dall'art. 5 del citato d.lgs. 33/2013, chiunque può vigilare, attraverso il sito *web* istituzionale, non solo sul corretto adempimento formale degli obblighi di pubblicazione ma soprattutto sulle finalità e le modalità di utilizzo delle risorse pubbliche da parte delle pubbliche amministrazioni e degli altri enti destinatari delle norme. Con l'accesso civico chiunque ha il potere di controllare democraticamente la conformità dell'attività dell'amministrazione determinando anche una maggiore responsabilizzazione di coloro che ricoprono ruoli strategici all'interno dell'amministrazione, soprattutto nelle aree più sensibili al rischio corruzione, così come individuate dalla legge 190/2012".

Si può allora affermare che l'accesso civico anche sotto tale profilo "sembrerebbe affiancarsi all'azione popolare e porsi come strumento di verifica diffusa dell'attività amministrativa da parte del cittadino. Si potrebbe allora parlare di *engagement*, nel senso d'impegno, di promessa agli interlocutori da parte dell'Amministrazione nonché giungere a ipotizzare una nuova forma di controllo pubblico accanto a quelle già previste dal sistema attuale dei controlli amministrativi e politici"<sup>65</sup>.

L'accesso civico, configurandosi dunque come un accesso azionabile dal *quisque de populo* a prescindere dai requisiti di legittimazione richiesti ai fini dell'accesso documentale e dunque dalla titolarità di un interesse particolare e qualificato, rappresenterebbe una declinazione del più ampio diritto all'informazione o meglio a ricevere informazioni. Diritto in base al quale un cittadino qualunque può chiedere di avere accesso a informazioni detenute da istituzioni pubbliche e che soltanto in epoca recente si è affermato su larga scala grazie anche al progresso tecnologico che ha consentito la trattazione e diffusione massiccia di dati<sup>66</sup>.

Con la conseguenza che l'istanza di accesso civico, diversamente da quella presentata ai sensi della legge 241/1990, non deve essere motivata in ordine ai requisiti di legittimazione e alle finalità perseguite mediante la conoscenza dell'atto di cui si chiede l'ostensione.

Il legislatore ha così reso inequivocabile la scelta per un "accesso effettivamente generalizzato" o meglio "totale" per usare l'espressione contenuta nell'art. 1, consapevole anche della *vis* attrattiva propria del diritto di accesso limitato sul piano soggettivo e dimostrata peraltro nel corso degli anni. A conferma dell'alternativa tra un regime atto a garantire l'accesso solo a ciò che sia necessario per la tutela di una situazione giuridica soggettiva differenziata, il *need to know*, e un regime che riconosce invece l'accesso in termini di diritto pieno, il *right to know*, il quale non richiede di essere giustificato e anzi le motivazioni che muovono al suo esercizio risultano del tutto irrilevanti<sup>67</sup>. E in ciò s'intravede in ciò una caratteristica tipica dei sistemi *Foia*. La trasparenza costituisce una dimensione finalizzata allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni

istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche; il diritto a conoscere è, invece, estraneo a una logica funzionalistica ed è affermato come afferente alla sfera della libertà. E così anche per gli istituti destinati a dare soddisfazione e tutela a tale diritto ovvero sia la pubblicazione-diffusione e il diritto di accesso civico.

In considerazioni di tali caratteristiche dell'accesso civico vi è chi osserva che l'ingresso della trasparenza amministrativa come elemento pervasivo dell'attività dei pubblici poteri si è perfezionata con l'introduzione nel nostro ordinamento a opera dell'art. 5 del decreto di un "modello di accesso più evoluto di quello generale previsto dalla l. 241/1990, la cui ampiezza non ha precedenti nel nostro ordinamento - se si escludono, da un lato, il diritto di accesso agli atti delle istituzioni comunitarie e, dall'altro, le discipline speciali di accesso previste in materia sia di informazioni ambientali sia di enti locali. L'estensione della legittimazione soggettiva, l'assenza di oneri motivazionali e l'inerenza dell'accesso al contenuto conoscitivo, oltre che l'interdipendenza con le moderne tecnologie della comunicazione, fanno dell'accesso civico l'espressione più recente della c.d. democrazia elettronica<sup>68</sup>".

## **11. (Segue) La tutela giurisdizionale dell'accesso.**

Per quanto concerne l'accesso documentale, l'art. 25, c. 4, l. 241/1990 prevede nel primo periodo che decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta questa s'intende respinta.

Avverso il diniego o differimento di accesso è possibile sperimentare la tutela giurisdizionale ovvero una tutela di tipo giustiziale esperibile dinanzi al difensore civico competente per territorio, ove si tratti di atti di P.A. comunali, provinciali e regionali ovvero davanti alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, allorchè vengano in considerazione Amministrazioni statali e periferiche dello Stato. Il ricorso ai procedimenti giustiziali in ogni caso non esclude la possibilità di avvalersi della tutela giurisdizionale, tant'è che i termini per il ricorso al giudice amministrativo sono sospesi fino alla conclusione del giudizio instaurato dinanzi al difensore civico o alla Commissione per l'accesso.

Il ricorso avverso il diniego espresso o tacito di ostensione documentale è disciplinato dall'art. 116 c.p.a., inserito nel Libro IV sui riti speciali, modificato dall'art. 52, c. 4, *lett. c*), d.lgs. 33/2013.

Per quanto di interesse, le controversie relative all'accesso ai documenti amministrativi e violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa sono attribuite ai sensi dell'art. 133, c. 1, *lett. a*), n. 6, c.p.a. alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

L'accesso civico condivide con l'accesso ai documenti amministrativi i rimedi di tutela giurisdizionale.

Il legislatore infatti nell'art. 5, c. 5 del decreto trasparenza prevede che la tutela del diritto di accesso civico è disciplinata dalle disposizioni di cui al Codice del processo amministrativo.

L'art. 116 c.p.a. che, in virtù di tale rinvio, si applica al rito per la tutela dell'accesso civico è

stato modificato appositamente per la tutela dello stesso prevedendo la possibilità che il giudice condanni la P.A. alla pubblicazione di documenti, dati e informazioni.

Gli autori sembrerebbero già assumere posizioni contrastanti in ordine all'individuazione della natura giuridica dell'azione esercitata al fine di far valere il diritto di accesso civico di cui all'art. 116 c.p.a. in combinato disposto con l'art. 5, c. 5, d.lgs. 33/2013. Più precisamente il dibattito in corso attiene alla possibile configurabilità di un'azione popolare.

Le azioni popolari rappresentano, come noto, un'eccezione rilevante rispetto alla tendenziale non tutelabilità in giudizio degli interessi di fatto.

L'istituto delle azioni popolari mira a garantire una tutela di tipo oggettivo al privato, al quale in deroga al principio della personalità dell'interesse ad agire in giudizio è conferita la legittimazione a promuovere un giudizio strumentale alla difesa di un interesse pubblico proprio di una collettività indifferenziata.

Due sono le tipologie di azioni popolari ritenute esperibili: l'azione "suppletiva" in cui l'attore c.d. popolare si sostituisce all'ente esponenziale rimasto inerte nel far valere le proprie pretese nei confronti di un terzo, così realizzando una forma di sostituzione processuale, e l'azione "correttiva" posta in essere per reagire all'operato illegittimo della P.A. e salvaguardare l'interesse collettivo al buon andamento dell'Amministrazione.

Un esempio di azione suppletiva si rinviene nell'art. 9, c. 1, d.lgs. 267/2000 ai sensi del quale "ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune e alla provincia". Quanto alle azioni correttive, sono tali quelle esperibili dal cittadino elettore in materia di operazioni elettorali dei Consigli regionali, provinciali e comunali (art. 70, d.lgs. 267/2000); parimenti per l'analogo potere riconosciuto all'elettore dall'art. 42, l. 18/1979 di impugnare l'atto di proclamazione degli eletti al parlamento europeo. Peraltro, in entrambe le fattispecie rammentate la tutela non è totalmente "oggettiva", svincolata integralmente quindi dalla titolarità di un interesse sostanziale specifico; in queste ipotesi infatti la legittimazione ad agire presuppone il possesso di uno *status* determinato, ad esempio quello di soggetto appartenente a una determinata comunità territoriale.

Accanto alle tipologie testè descritte vi sono le azioni popolari c.d. atipiche. A differenza delle prime non trovano fondamento in una fonte normativa, ma sono frutto di operazioni ermeneutiche innovative di una parte della giurisprudenza amministrativa, che attraverso la dilatazione dei confini della legittimazione a ricorrere ha inteso offrire una risposta adeguata ai limiti di uno strumentario giudiziale incapace di fronteggiare le nuove istanze di tutela provenienti da un sistema economico-sociale in continua evoluzione<sup>69</sup>.

L'esigenza sottesa è quella di rendere tutelabili giurisdizionalmente posizioni giuridiche sempre più standardizzate e sempre meno connotate da "individualismo", quantomeno sotto il profilo del pregiudizio subito, ampliando nei limiti del possibile i confini dell'azione processuale ed estendendola se non a tutti i cittadini a una pluralità di soggetti accomunati da una situazione di danno identica ovvero identificati dall'appartenenza a un contesto ambientale particolare.

La giurisprudenza amministrativa, specie di primo grado, ha così effettuato il tentativo di riconoscere il carattere della giustiziabilità anche alle suddette azioni sulla base di un nuovo

criterio di attribuzione della legittimazione ad agire individuato nel principio ormai costituzionalizzato di sussidiarietà orizzontale, che conferisce un ruolo innovativo all'iniziativa autonoma dei cittadini e alle loro formazioni sociali "nell'esercizio di funzioni e di attività di interesse generale".

Sulla base di tale assunto in dottrina è stata ritenuta degna di rilievo l'interpretazione offerta da alcuni giudici amministrativi secondo cui la piena valorizzazione di questo principio impone che esso debba trovare applicazione anche in sede processuale. Con la conseguenza che tra le opzioni ermeneutiche in tema di legittimazione a ricorrere si devono preferire quelle idonee a garantire ai soggetti cui è rimessa l'iniziativa sul piano sostanziale la più ampia possibilità di sindacare in sede giurisdizionale la funzione amministrativa, al fine di assicurare un controllo sociale diffuso anche dopo il suo esercizio da parte dei poteri pubblici<sup>70</sup>.

Secondo alcuni degli autori occupati nel dibattito relativo alla natura giuridica dell'azione esperita al fine di far valere il diritto di accesso civico<sup>71</sup>, il far valere giudizialmente lo stesso non integrerebbe una vera e propria azione popolare atteso che la legittimazione a ricorrere non spetta al *quisque de populo*, ma solo a colui che abbia avanzato la richiesta di accesso rimasta inevasa. Il rimedio *de quo* non potrebbe neppure essere assimilato alla c.d. *class action* pubblica di cui al d.lgs. n. 180 del 2009, in quanto ad essa sono legittimati solo i soggetti che abbiano subito una "lesione diretta, concreta e attuale dei propri interessi" (art. 1, c. 1, d.lgs. 180/2009). E' tuttavia vero che il ricorso giurisdizionale in materia di accesso civico non è diretto a dare tutela all'interesse di un singolo, ma a realizzare l'interesse pubblico alla trasparenza da raggiungere mediante l'ordine rivolto dal giudice alla P.A. di adempiere all'obbligo legislativo di pubblicazione. Sotto tale profilo l'azione di cui trattasi si avvicinerrebbe dunque a un'azione popolare correttiva, che mira a ristabilire la legalità dell'azione amministrativa alla quale tutti hanno interesse. L'azione a tutela dell'accesso civico si avvicinerrebbe inoltre alla *class action* pubblica che, pur a legittimazione ristretta, è diretta a "ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio" (art. 1, c. 1, d.lgs. 180/2009) e dunque tende alla salvaguardia di un interesse collettivo e indifferenziato, quello a un'Amministrazione esente da inefficienze e disfunzioni.

Tra gli studiosi taluni<sup>72</sup> appaiono ancora maggiormente persuasi che l'azione prevista dall'art. 116 c.p.a a tutela del diritto di accesso civico non abbia natura di azione popolare con tutte le conseguenze che ne derivano sotto il profilo della dissonanze tra accesso civico e accesso ordinario.

Che la modificazione del rito in materia di accesso introduca una vera e propria azione popolare sembrerebbe lecito dubitare sulla base di almeno tre argomenti.

In primo luogo, torna in considerazione la logica del "rapporto giuridico" il fatto cioè che il diritto di accesso civico nel d.lgs. 33/2013 sia un interesse alla pubblicazione di alcune informazioni ovvero quelle che "devono" essere pubblicate. Il nuovo contesto normativo si basa dunque su un principio di tipicità dei dati, documenti e informazioni la cui omessa pubblicazione può essere fatta valere in giudizio. La diffusione di contenuti di cui non è obbligatoria la pubblicazione è, invece, facoltativa e ammessa solo nella forma delle informazioni anonime. Ancorché i relativi concetti nel d.lgs. 33/2013 siano per buona parte indeterminati<sup>73</sup>, è evidente che il legislatore abbia voluto rendere trasparenti e accessibili i

profili maggiormente significativi della P.A. (organizzazione e attività, risorse impiegate, prestazioni e servizi erogati, settori speciali). Ma le disposizioni del decreto legislativo hanno un effetto qualificante per il solo fatto di far nascere il diritto di accesso civico dall'inadempimento dell'obbligo di pubblicazione di certe categorie d'informazioni. Il "chiunque" potrà forse apprezzarsi nella sede amministrativa di cui all'art. 5, d.lgs. 33/2013, ma allorchè il diritto di accesso civico si eserciti invano entro il procedimento amministrativo e sorga il suo bisogno di tutela giurisdizionale, la tipicità delle categorie d'informazioni potrebbe ostacolare un controllo diffuso sull'Amministrazione e dar luogo all'esigenza che il ricorrente provi quantomeno di tutelare lo stesso interesse protetto dall'obbligo di pubblicazione. Qualcosa di simile avviene già del resto ove la giurisprudenza amministrativa, nel giudizio avverso l'inerzia ovvero il diniego di accesso alle informazioni ambientali in cui il richiedente appaia assistito da una legittimazione diffusa o popolare, esclude che il ricorrente possa agire per finalità di semplice sindacato ispettivo e non per riparare a una compromissione dell'ambiente individuata specificamente<sup>74</sup>. La mancata risposta all'istanza di accesso a informazioni il cui contenuto è predeterminato dal legislatore può dunque far sì che l'identità del "chiunque" si accentui, "mescolandosi" a quella di situazioni sostanziali determinate dalla funzione propria della pubblicità omessa dall'Amministrazione. Situazioni che sembrano corrispondere pur sempre a interessi giuridicamente tutelati non tanto differenti da quelli che costituiscono il presupposto del diritto di accesso ai documenti amministrativi ai sensi dell'art. 22, c. 1, lett. b), l. 241/1990. Non saranno situazioni di un singolo individuo, né di una formazione sociale personificata, ma neppure situazioni giuridicamente indifferenziate.

Il nostro ordinamento conosce già forme di azione collettiva finalizzata al ripristino del corretto svolgimento della funzione ovvero dell'erogazione di un servizio, come ad esempio, nella disciplina della *class action* (art. 1, d.lgs. 198/2009), quella che abilita a proporre il ricorso per l'efficienza delle P.A. "i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori". Il rango della tutela dell'accesso civico potrebbe essere questo. Ci si chiede dunque se l'inadempimento dell'obbligo di pubblicazione dei dati relativi, ad esempio, agli organi d'indirizzo politico, alla contrattazione collettiva, ai documenti di pianificazione e programmazione, alle carte dei servizi, delle procedure di affidamento dei contratti pubblici potrà essere fatto valere dal *quavis de populo* cioè al limite anche da chi agisca solo al fine di vedere sanzionato il dovere degli uffici pubblici ovvero si pretenderà la titolarità di una posizione legittimante, individuale o collettiva, per chiedere al giudice amministrativo una pronuncia che ordini la pubblicazione *on line* di tali informazioni.

E' pur vero che il diritto di accesso civico è concesso a "chiunque". Ma se tale soggetto può accedere soltanto alle tipologie d'informazioni individuate dal legislatore, la differenza con la disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi, in cui solo i titolari di situazioni giuridicamente tutelate tra cui anche interessi sopraindividuali possono accedere a tutti i documenti, può diventare sempre più sottile fino a scomparire del tutto.

In secondo luogo, depone contro la natura popolare dell'azione di cui all'art. 116 c.p.a. la valenza del principio di soggettività della tutela offerta dal sistema italiano di giustizia amministrativa, rispetto al quale le azioni popolari costituiscono un'ipotesi eccezionale e richiedono dunque una formulazione legislativa atta a identificarle con sufficiente precisione.

Nella disciplina *de qua* né l'art. 5, c. 5 né l'art. 50, d.lgs. 33/2013, ove si dispone per le "controversie relative agli obblighi di trasparenza" (recitando nei termini delle consuete norme devolutive della giurisdizione), né l'art. 116 c.p.a. usano le espressioni cui il legislatore è solito fare ricorso per istituire le azioni popolari, quali la formula per cui "è ammesso ricorso ... da parte di tutti i cittadini" ovvero altre consimili ("chiunque può ricorrere contro ..."). E l'art. 116 c.p.a. non esclude che un'istanza di accesso civico sia esercitata nel corso di un giudizio ordinario, cui la richiesta di accesso è connessa, che di regola è esercizio di giurisdizione soggettiva. Lo stesso parlare di "controversie" devolute al G.A. pare richiamare una funzione di composizione della lite e può indurre a escludere l'azione popolare.

In terzo luogo, occorre considerare il fatto che l'art. 50 attribuisce le controversie in materia di "violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa" tra cui anche quelle in materia di accesso civico alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La cognizione in via principale su posizioni di diritto soggettivo, tipica di questa giurisdizione, è comprensibile in una prospettiva in cui al ricorrente che agisca per la tutela del diritto di accesso civico sia richiesta la titolarità di un interesse differenziato ovvero qualificato. Mal si concilia viceversa con una legittimazione diffusa e ancora meno con l'azione del *quisque de populo*.

Alla luce delle sueposte riflessioni parrebbe potersi affermare che il diritto di "accesso civico", che grazie al d.lgs. 33/2013 dovrebbe rappresentare l'opposto del diritto di accesso ordinario previsto dagli art. 22 ss., l. 241/1990, è assistito in realtà da una tutela giurisdizionale di eguale ispirazione, perché strutturato similmente a quest'ultimo sull'inadempimento di un obbligo e quindi pur sempre sulla violazione dei termini di un rapporto giuridico intersoggettivo, che riduce a pura apparenza la proclamazione dell'"accessibilità totale" intesa quale controllo diffuso sulla P.A..

La conseguenza può essere allora anche più dirompente, nel senso che la tutela giurisdizionale del diritto di accesso civico "connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza" non ha una soggettività più ampia di quella del rito in materia di accesso ai documenti amministrativi.

A tale conclusione si può agevolmente addivenire ove si consideri che la giurisprudenza, come ricordato, riconosce già il rango di situazione "giuridicamente tutelata" ai fini dell'esercizio e della tutela giurisdizionale del diritto di accesso documentale anche a interessi non corrispondenti ai diritti ovvero agli interessi legittimi, richiesti per la legittimazione alla proposizione del ricorso giurisdizionale, nei quali appunto rientrano situazioni strumentali all'esercizio d'interessi collettivi o diffusi.

A questo proposito, la massima recepita dalla giurisprudenza è che il diritto di accesso spetta a "chiunque vi abbia interesse" (art. 22, l. 241/1990), dunque anche a chi si affermi portatore d'interessi diffusi o collettivi, sempre che la richiesta di accesso non tenda a un controllo ispettivo o generalizzato sulle Amministrazioni<sup>75</sup>.

Più in generale si deve osservare che la disciplina processuale dell'accesso ai documenti amministrativi, pur non potendo essere interpretata nel senso dell'azione popolare, denota significative aperture alla tutela di diritti appartenenti in modo eguale a una pluralità di soggetti. Peraltro, il Consiglio di Stato oltre ad ammettere richieste per la tutela d'interessi diffusi ha più volte rammentato che la posizione legittimante l'accesso ai documenti

amministrativi non deve possedere necessariamente tutti i requisiti che legittimerebbero il ricorso al giudice amministrativo avverso un atto lesivo di una situazione giuridica soggettiva. E' sufficiente quindi che l'istante sia titolare di una posizione giuridicamente rilevante<sup>76</sup>.

A ciò si aggiunge la considerazione secondo cui l'interpretazione in chiave soggettiva dell'accesso alla giustizia amministrativa, persino dinanzi a norme che prevedono azioni popolari, è una prassi cui la giurisprudenza amministrativa italiana è avvezza. Basti pensare al caso della "sentenza del chiunque"<sup>77</sup>: come noto, dopo qualche anno dall'entrata in vigore dell'art. 10 ult. comma della Legge ponte n. 765 del 1967, a norma del quale "chiunque può prendere visione presso gli uffici comunali della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto e ricorrere contro il rilascio della concessione edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione", il Consiglio di Stato negò che tale fattispecie corrispondesse a una figura di azione popolare. Pur di fronte a una norma parsa inequivoca nel significato alla giurisprudenza precedente, i giudici accettarono l'idea che il sistema italiano di giustizia amministrativa non potesse contemplare una giurisdizione a carattere oggettivo; evidenziarono l'importanza del principio dispositivo e della conseguente esigenza del collegamento dell'azione con la tutela di un interesse concreto e differenziato rispetto a quello della generalità<sup>78</sup>. A questa conclusione il Consiglio di Stato pervenne proprio in base a un criterio di differenziazione sociale degli interessi, provocato dalla norma che disciplinava il contenuto dell'attività amministrativa. Nel caso *de quo* si trattò del criterio del c.d. *insediamento abitativo*, ma lo stesso potrebbe dirsi, in genere, per l'appartenenza a una categoria professionale ovvero a una certa circoscrizione territoriale.

In questa prospettiva non stupirebbe allora che la "risposta" della giurisprudenza amministrativa alle nuove norme in materia di trasparenza e "accesso civico" fosse esattamente la medesima.

In conclusione, sembra di poter affermare che il "chiunque" di cui all'art. 5, d.lgs. 33/2013 non sia lo stesso tipo di soggetto che funge da riferimento per la disposizione processuale di cui all'art. 50 del decreto.

La mancanza di un'apposita connotazione popolare dell'azione crea perplessità in ordine a tale asimmetria. Non si può escludere, per come sono state scritte le norme del testo unico, che mentre in caso di omessa pubblicazione l'accesso civico possa essere esercitato da tutti cioè veramente da "chiunque" al fine di pretendere dalla P.A. la pubblicazione delle informazioni omesse, la tutela contro l'esito negativo di questa fase ovvero il silenzio o il diniego di accesso civico non benefici di analoga garanzia giurisdizionale. L'accesso alla giustizia per quanto più ampio di quello che esige il possesso di un diritto ovvero di un interesse legittimo, non sfugge neanche per l'accesso civico, all'applicazione delle regole generali, rimanendo anch'esso condizionato alla dichiarazione del ricorrente di essere in possesso di una "situazione legittimante", proprio come nella disciplina del diritto di accesso ai documenti amministrativi.

## **12. (Segue) L'oggetto dell'istanza di accesso.**

Un altro profilo problematico che pare indurre gli autori a qualche riflessione attiene all'oggetto dell'accesso.

L'oggetto dell'istanza di ostensione proposta in base alla disciplina di cui alla legge 241/1990 è individuato dall'art. 22, c. 1, *lett. d)* nei documenti amministrativi già formati e detenuti dall'Amministrazione.

Nel delineare l'ambito oggettuale dell'accesso il nuovo art. 22, c. 1, *lett. d)*, l. 241/1990 ha riguardo ai "documenti", per tali dovendosi intendere "ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una Pubblica Amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale".

La definizione circoscrive l'oggetto dell'accesso ai documenti esistenti<sup>79</sup>. Dunque non può concernere informazioni di cui pure la P.A. disponga ma che non siano contenute in documenti<sup>80</sup>.

Il legislatore del 2005 ha avvertito la necessità di sottolineare tale aspetto, specificando nel comma 4 dell'art. 22 che non sono accessibili le informazioni in possesso di un'Amministrazione non racchiuse in un documento amministrativo.

Alla stregua della nuova formulazione della norma oggetto del diritto di accesso sono i documenti comunque detenuti da una P.A., pur se non formati e utilizzati dalla stessa e non relativi ad un procedimento particolare, purchè si riferiscano ad attività di pubblico interesse.

In applicazione di tali principi<sup>81</sup> si è escluso che siano accessibili le sentenze, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica da parte del controinteressato che ne abbia chiesto e ottenuto la trasposizione in sede giurisdizionale e le schede delle competizioni elettorali.

Per quanto concerne i c.d. atti interni, da identificarsi negli atti non idonei da sé soli a incidere sulle posizioni giuridiche altrui, la relativa conoscibilità mediante il procedimento di accesso è riconosciuta espressamente dalle previsioni di cui all'art. 22.

Il legislatore quindi nel fornire la nozione di documento accessibile ha riguardo genericamente alla categoria degli atti interni senza operare ulteriori distinzioni concettuali.

Si deve tuttavia rammentare che alla categoria degli atti interni sono riconducibili tipologie differenti. Vi rientrano, in primo luogo, quelli che la stessa disciplina legislativa preveda come passaggi procedurali necessari, ad esempio i pareri obbligatori: gli stessi sono quindi destinati a riverberarsi sul contenuto possibile del provvedimento finale, la cui legittimità è parimenti inficiata ove tale atto interno sia mancato nella gestione procedimentale. E' indubbio che a fronte di siffatta categoria degli atti interni non può certo escludersi l'interesse del privato all'ostensione.

In altra tipologia rientrano gli atti interni adottati dalla P.A. in assenza di un vincolo

legislativo: si pensi a quelli destinati a produrre effetti nei soli rapporti tra organi della stessa Amministrazione ovvero a quelli a carattere istruttorio discrezionalmente posti in essere dalla stessa. Secondo un'impostazione talvolta seguita anche con riferimento a questa seconda tipologia di atti, deve essere assicurato l'accesso a condizione che si tratti di atti in qualche misura destinati ad influenzare il concreto svolgimento dell'attività amministrativa. Si tratta peraltro di un indirizzo di cui deve essere valutata la coerenza con il testo attuale dell'art. 22, c. 1, *lett. d)* che, a differenza di quanto disposto in quello originario, si limita a richiedere che si tratta di atti anche interni "detenuti" dalla P.A., non anche da questa utilizzati. In termini si è espressa la giurisprudenza amministrativa secondo cui è consentito l'accesso a documenti rappresentativi di mera attività interna dell'Amministrazione, in disparte la circostanza che essi siano stati o meno utilizzati concretamente ai fini dell'attività con rilevanza esterna<sup>82</sup>, quali scambi di corrispondenza, promemoria.

L'accesso civico ha un ambito di operatività più limitato, non estendendosi a qualsivoglia documento di cui l'Amministrazione sia in possesso, ma solo ai dati ed alle informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria in forza del decreto trasparenza ovvero di altra fonte normativa.

Più precisamente, tale forma di accesso in quanto strumentale alla soddisfazione e alla tutela del diritto a conoscere ha il medesimo ambito di operatività (art. 5, c. 1): può essere dunque fatto valere da "chiunque" e concerne tutti i "dati pubblici" individuati dal decreto nei documenti, informazioni e dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della "normativa vigente" (art. 3). Traspare dunque piuttosto chiaramente nel decreto legislativo una relazione di reciproca implicazione tra la qualificazione dell'informazione come pubblica e il diritto di "chiunque" a conoscerla.

Il tenore letterale della nuova disciplina evidenzia che l'ambito di applicazione degli istituti finalizzati alla realizzazione della trasparenza è limitato ai soli obblighi di pubblicazione sanciti nel decreto (artt. 1, 2 e 3), mentre quello del diritto a conoscere e dell'accesso civico è esteso a tutti gli obblighi di pubblicazione previsti nella "normativa vigente", dunque al di là delle previsioni del decreto stesso (art. 5). Si pensi a tutti i documenti che devono essere oggetto di pubblicazione all'albo pretorio. Per avere accesso a tali informazioni non sarà più necessario provare l'"interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento" come richiesto dal regime generale del diritto di accesso di cui alla l. n. 241/1990, atteso che l'accesso civico si connota proprio perché non soggetto a motivazione e a legittimazione soggettiva differenziata. Non si tratta del *Foia* statunitense che si applica a tutte le informazioni detenute dalle P.A., ma in ogni caso rappresenta un passo avanti in quella direzione e pone rimedio al paradosso per cui fino a oggi per avere accesso a un documento già oggetto di pubblicazione e dunque, conoscibile "da chiunque", fosse necessario dimostrare un interesse differenziato<sup>83</sup>.

Il regime dell'accesso civico appare dunque connotato da un campo di applicazione più ampio. Ci si chiede se questa sorta di "disallineamento testuale" tra obblighi di trasparenza-pubblicità e ambito di applicazione del diritto di accesso civico sia del tutto accidentale ovvero risponda a un obiettivo consapevolmente perseguito dal legislatore.

Taluni autori si sono già soffermati su tale profilo problematico e sostengono che il "disallineamento" del diritto di accesso civico rispetto agli obblighi di pubblicità-trasparenza

e la sua coestensione a tutti i “dati pubblici” appaiono elementi insiti nell'*intentio legislatoris*.

Il che si evincerebbe anzitutto dalla cura e precisione con cui sono delineati sia l'ambito di operatività degli istituti diretti alla realizzazione della trasparenza, limitato ai soli obblighi di pubblicazione previsti nel decreto (artt. 1-2-4) sia il campo di applicazione del diritto a conoscere e dell'accesso civico, esteso invece a tutti gli obblighi previsti nella “normativa vigente”.

Inoltre, troverebbe la propria ragion d'essere nel fatto che l'accesso civico si configura come una sorta di “azione popolare”, atteso che entro l'area degli obblighi di pubblicazione previsti dal decreto contribuisce in modo determinante a definire, completare e rendere coerente il regime giuridico specifico e differenziato delle informazioni e dei dato oggetto degli stessi e destinati alla realizzazione della trasparenza. E' pensato sotto tale profilo come un meccanismo rimediabile, consentendo di reagire e riparare al mancato ovvero al ritardato esercizio di una funzione propria della P.A., quale è la divulgazione di informazioni e dati mediante pubblicazione a fini di trasparenza. Ma l'accesso civico non è soltanto questo. E' costruito altresì come strumento atto a garantire la piena soddisfazione di un diritto di libertà quale è il “diritto a conoscere” ai sensi dell'art. 3. Dunque non per ragioni di tutela, ma a fini di mera conoscenza. La circostanza che sia imputato in modo indifferente in capo a “chiunque” e sia diffuso in maniera omogenea, generalizzata e indifferenziata non diminuisce dunque il carattere di pretesa giuridicamente protetta del singolo.

Tali riflessioni consentono di pervenire alla conclusione che il regime giuridico previsto per gli obblighi di trasparenza ha un profilo specifico articolato in limiti e profondità della diffusione, trattamento dei dati personali, tempi di pubblicazione e comprensivo della soggezione altresì all'accesso civico. Viceversa quest'ultimo ha un campo di applicazione più esteso rispetto agli obblighi di pubblicità-trasparenza proprio perché “coessenziale in termini di strumento a fine alla soddisfazione del diritto a conoscere”<sup>84</sup>.

Come già rilevato, stando alla lettera dell'art. 5, c. 1 l'esercizio del diritto di accesso civico pare strettamente correlato all'omissione della pubblicazione e dunque pensato come un meccanismo rimediabile a fronte di un obbligo cui non sia stato dato seguito.

Il che solleva il dubbio già a una lettura superficiale se tutti i requisiti previsti dal decreto siano rilevanti ai fini dell'adempimento degli obblighi di pubblicità informatica. Più precisamente ci si domanda se la richiesta di accesso civico possa essere presentata solo ove documenti, informazioni o dati non siano stati pubblicati in termini assoluti e, quindi, sia mancata del tutto la diffusione doverosa ovvero il diritto sia legittimamente esercitabile non solo con riferimento al *quando* della pubblicazione, ma anche con riguardo al *quid* e al *quomodo* con cui l'obbligo debba essere assolto. Ed eventualmente come le domande rivolte all'Amministrazione possano articolarsi e secondo quale sequenza.

La premessa potrebbe condurre alla conclusione che l'istanza di accesso civico abbia ad oggetto determinati documenti, dati e informazioni soltanto ove non siano stati affatto pubblicati.

Tuttavia tale lettura appare eccessivamente restrittiva in considerazione della *ratio* del diritto di accesso civico. Così opinando infatti la P.A. potrebbe assolvere all'obbligo

limitandosi alla pubblicazione di un contenuto in qualche misura attinente all'oggetto. Gli obblighi di pubblicazione sarebbero dunque coercibili soltanto con riguardo al *quando* ma non anche in relazione al *quid* e al *quomodo*.

Il che comporterebbe uno svuotamento del significato e della funzione propria dell'istituto. A ciò si aggiunga che gli stessi dati testuali depongono in senso opposto.

Tali considerazioni confermerebbero dunque, secondo alcuni autori<sup>85</sup>, la diversa conclusione secondo cui l'obbligo di pubblicazione è articolato dalla normativa in una serie di aspetti diversi e, dunque, si considera adempiuto se la diffusione *on line* sia rispettosa della disciplina e dei requisiti dalla stessa imposti.

Alla luce delle sueposte riflessioni sembrerebbe potersi convenire con chi<sup>86</sup> sostiene che l'oggetto dell'esercizio del diritto di accesso è rappresentato non soltanto dalla pubblicazione del dato ovvero dell'informazione resi legalmente "pubblici", ma anche dalla completa e corretta modalità di pubblicazione al fine di renderla accessibile con la semplice consultazione del sito *web*, perché resa disponibile secondo le indicazioni fornite puntualmente dall'art. 7, d.lgs. 33/2013, nonché dell'art. 68 del Codice dell'amministrazione digitale che continua a convivere unitamente alle disposizioni del d.lgs. 24 gennaio 2006, n. 36 recante norme sul riutilizzo dei dati nel settore pubblico, di recepimento della direttiva 2003/98/CE e a quelle previste dal Codice della *privacy*, entrambi richiamati dall'art. 7.

Così come l'obbligo di pubblicazione è connotato da requisiti differenti similmente l'istanza di accesso civico potrebbe dunque articolarsi in una o più *sub* richieste ciascuna relativa al rispetto ovvero all'adeguamento ad uno o più di essi. Il che potrebbe avvenire in ipotesi di omissione di pubblicazione mediante uno schema di accesso suddiviso in due fasi: la prima diretta a "costringere" la P.A. alla pubblicazione e la seconda eventuale volta a conseguire l'adempimento dell'obbligo *de quo* in modo conforme al requisito *ex lege* richiesto.

Peraltro, tali quesiti evidenziano l'esigenza, fin da subito avvertita dagli studiosi, di individuare le modalità più appropriate per l'assolvimento degli obblighi di pubblicità *on line* da parte delle Amministrazioni, affinché il riconoscimento del diritto di accesso civico non si traduca in una titolarità formale priva di possibilità effettive di esercizio.

Il diritto di accesso civico solo se esercitato in modo attento e consapevole e con il supporto di una giurisprudenza non eccessivamente protettiva nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni potrebbe in prospettiva assumere un ruolo non solo dialettico, ma anche collaborativo. I cittadini da meri fruitori passivi delle informazioni diffuse dalle Amministrazioni potrebbero attraverso tale strumento diventare attori di un processo di collaborazione reciproca, così riducendo le distanze tra i soggetti interni al "palazzo" e quelli che ne sono fuori nella prospettiva della realizzazione di un'Amministrazione aperta.

L'obbligo di pubblicazione non è limitato peraltro a singoli dati o informazioni. Viceversa si estende anche a documenti interi che raccolgono i dati pubblici, superandosi per essi l'esigenza di un'istanza apposita di accesso ex artt. 22 e ss., l. 241/1990 malgrado la possibile presenza di dati relativi ai terzi. Del resto, l'art. 3 del decreto trasparenza enuncia il principio della generale pubblicità dei dati utilizzati per l'assolvimento delle funzioni amministrative, così contribuendo a rafforzare la convinzione che sottesa alle disposizioni *ivi* dettate vi sia un'operazione preventiva di bilanciamento effettuata dal legislatore tra i

contrapposti interessi in gioco, in virtù della quale accanto a una categoria generale di documenti la cui pubblicazione integrale è normativamente obbligata, sono riconoscibili ulteriori e numerose ipotesi in cui sarà l'ente detentore della banca dati a disporre l'occultamento dei dati contenuti nei documenti da pubblicare sul sito *web*. Sarà dunque compito del Responsabile della trasparenza districarsi e confrontarsi con la nuova disciplina al fine di assicurare l'applicazione dei principi di pertinenza e di non eccedenza tipici della tutela dei dati personali ed enunciati dall'art. 11, Codice *privacy* alla pubblicazione dei dati personali ovvero a selezionare i dati sensibili e giudiziari di cui all'art. 4, c. 1, *lett. c) e d)*, d.lgs. 33/2013, non dimenticando peraltro neppure di osservare le disposizioni in tema di segreto di Stato, di segreto d'ufficio e di protezione dei dati personali. Restano insuperabili anche i limiti alla diffusione e all'accesso delle informazioni di cui all'art. 24, c. 1 e 6, l. 241/1990 di tutti i dati di cui all'art. 9, d.lgs. 322/1989, di quelli previsti dalla normativa europea in materia di tutela del segreto statistico e di quelli espressamente qualificati come riservati dalla normativa nazionale ed europea in materia statistica, nonché quelli relativi alla diffusione dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale (art. 4, d.lgs. 33/2013).

Tali disposizioni delineano un ambito oggettivo di estensione della trasparenza amministrativa senza dubbi notevole. Tuttavia non sembrerebbe potersi addivenire alla conclusione che il testo unico legittimi di "pubblicare comunque e tutto", ove si consideri che le nuove previsioni normative rimettono al Responsabile della trasparenza un compito gravoso ovvero quello di applicare una disciplina complessa in quanto necessitante del confronto con le limitazioni che le stesse disposizioni istitutive dell'obbligo di pubblicazione impongono alle modalità realizzative di tale operazione. Considerando altresì la sopravvivenza nell'ordinamento di una previsione generale di tutela, l'art. 15 del Codice della *privacy*, secondo cui "chiunque cagiona un danno ad altri per effetto del trattamento dei dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'art. 2050 del codice civile".

Tali considerazioni sembrerebbero allora deporre nel senso di ritenere criticamente che la normativa pur innovativa consenta di "pubblicare adeguatamente e *secundum legem*" tutto ciò che il legislatore ritiene che sia reso obbligatoriamente ovvero diversamente conoscibile<sup>87</sup>.

### **13. (Segue) Le modalità di esercizio dell'accesso.**

Ulteriori aspetti problematici si profilano con riguardo alle modalità di esercizio dell'accesso.

Per quanto concerne l'accesso ordinario, esso si esercita mediante una richiesta motivata rivolta all'Amministrazione che ha formato il documento ovvero lo detiene stabilmente.

La legge n. 241 del 1990 nel testo modificato nel 2005 contempla il diritto degli "interessati" di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi. Non sono previste deroghe ed eccezioni alcune (art. 25, c. 1). Con la conseguenza che il diritto *de quo* non può essere limitato alla sola visione dovendosi assicurare altresì l'estrazione di copia. Peraltro, nella ricostruzione della disciplina dell'accesso occorre prendere in considerazione, in uno con le norme della l. 241/1990, quelle del d.p.r. 12 aprile 2006, n.

184 che ha sostituito il precedente d.p.r. 27 giugno 1992, n. 352. Le norme del Regolamento hanno confermato tra l'altro la distinzione tra accesso informale e accesso formale. Quest'ultimo è previsto nell'ipotesi in cui non sia possibile l'accoglimento immediato della richiesta in via informale ovvero se sorgano dubbi sulla legittimazione del richiedente, sull'identità, sui propri poteri rappresentativi, sulla sussistenza dell'interesse alla stregua delle informazioni e delle documentazioni fornite, sull'accessibilità del documento o sull'esistenza di controinteressati.

L'esame dei documenti è gratuito, il rilascio di copia è subordinato al rimborso del costo di produzione, salve le disposizioni in materia di bollo, nonché i diritti di ricerca e di visura.

Per quanto attiene invece all'accesso civico, a esso si ricorre nel caso di inadempienza dell'Amministrazione agli obblighi di trasparenza, come ampiamente illustrato.

L'esercizio del diritto di accesso civico è gratuito e non può dunque comportare la pretesa da parte della P.A. al pagamento di una somma a qualsiasi titolo dovuta per effetto della richiesta di ostensione. Gratuità che sembrerebbe un chiaro incentivo al ricorso da parte dei cittadini a tale nuovo strumento<sup>88</sup>.

La richiesta deve essere presentata al responsabile della trasparenza dell'Amministrazione obbligata alla pubblicazione. La P.A. entro 30 giorni procede alla pubblicazione nel sito del documento, dell'informazione ovvero del dato richiesto e contestualmente lo trasmette al richiedente ovvero comunica al medesimo l'avvenuta pubblicazione indicando il collegamento ipertestuale a quanto richiesto. Se il documento, l'informazione ovvero il dato risultano già pubblicati nel rispetto della normativa vigente, l'Amministrazione indica all'istante il collegamento ipertestuale relativo. Nei casi di ritardo ovvero di mancata risposta il richiedente può ricorrere al titolare del potere sostitutivo di cui all'art. 2, c. 9 bis, l. 241/1990. Questi, verificata la sussistenza dell'obbligo di pubblicazione nei termini di cui al comma 9 *ter* del medesimo articolo provvede. Avverso il diniego espresso ovvero tacito di accesso l'istante può proporre ricorso al giudice amministrativo e il relativo giudizio è disciplinato dall'art. 116 c.p.a. (art. 5 d.lgs. 33/2013).

Ai fini dell'attivazione di una richiesta di accesso ai sensi della legge n. 241 del 1990 l'uso della PEC e assimilate è reso indispensabile, attesa la necessaria sussistenza dei requisiti di legittimazione soggettiva.

Per quanto attiene all'accesso civico, le disposizioni del testo unico non dicono nulla in ordine alle modalità di presentazione dell'istanza, dovendosi presumere che la scelta sia rimessa alla volontà del ricorrente.

Tuttavia, probabilmente, le forme privilegiate per la domanda e la relativa risposta saranno quelle della comunicazione elettronica, in considerazione dell'oggetto della richiesta destinato alla diffusione sul *web* e della preferenza dimostrata da parte dell'ordinamento per l'utilizzo degli strumenti telematici anche nella comunicazione tra P.A. e privati in attuazione del Codice dell'Amministrazione digitale.

La questione che emerge a tale proposito attiene al tipo di comunicazione elettronica utile e idonea a tale fine: ci si interroga, più precisamente, se sia necessario l'uso della posta elettronica certificata e assimilate come nel caso dell'accesso documentale ovvero sia

sufficiente la posta elettronica comune come, peraltro, avviene nei Paesi che adottano il *Foia system*, attesa la riconosciuta legittimazione “popolare”. Gli autori che sino già occupati di tale profilo applicativo sembrerebbero orientati in questo secondo senso <sup>89</sup>.

#### **14. (Segue) La *ratio* dell'accesso.**

Nessun dubbio alla luce dei temi di riflessione evocati che i due regimi di accesso risultino già *prima facie* profondamente diversi sotto molteplici profili. Diversità che si spiega anzitutto in ragione del fatto che essi rispondono a esigenze differenti. Anche la *ratio* sottesa ai due istituti è dunque differente.

Con il diritto di accesso ai documenti amministrativi s'intende, infatti, acquisire gli atti necessari alla cura e alla salvaguardia della posizione soggettiva di chi propone l'istanza di ostensione. L'istituto dell'accesso documentale ha dunque un fine di tutela e di deflazione del contenzioso.

Con il diritto di accesso civico si pretende, invece, l'adempimento dell'obbligo di pubblicità diffusa e integrale dei dati considerati normativamente “pubblici” esercitando un diritto di libertà ovvero il diritto a conoscere.

L'accesso civico è pensato dunque dal legislatore come un meccanismo rimediale messo a disposizione di “chiunque” per le ipotesi d'inosservanza da parte dell'Amministrazione degli obblighi di pubblicità informatica posti a carico della stessa.

E' una sorta di accesso popolare esperibile non per ragioni di tutela, ma a fini di mera conoscenza di un atto a tal punto che la pubblicazione di alcune tipologie di documenti costituisce condizione di efficacia degli stessi.

La *ratio* sottesa all'accesso civico si può, dunque, ravvisare nella cultura del rispetto e della lealtà verso i destinatari dell'esercizio della funzione amministrativa, propria di un approccio moderno e più consapevole dell'azione amministrativa verso il bersaglio della cura dei diritti civili, politici e sociali. Di tal che esso può essere esercitato ai fini di un controllo generalizzato dell'operato delle P.A. <sup>90</sup>.

#### **15. (Segue) Considerazione conclusiva: il diritto a conoscere è riconosciuto pienamente nell'ordinamento italiano?**

Come si è diffusamente illustrato, fin dal suo ingresso nell'ordinamento l'accesso civico ha rivelato alcune criticità applicative che preoccupano non poco gli studiosi e gli operatori del settore.

Tornando all'interrogativo sopra posto i commentatori si chiedono anzitutto se con l'introduzione dell'istituto dell'accesso civico si sia giunti anche nell'ordinamento italiano a dare pieno riconoscimento al *right to know* garantendo davvero a “chiunque” di accedere alle informazioni in possesso delle Amministrazioni.

Ove si avesse riguardo all'estensione soggettiva della nuova disciplina, si sarebbe tentati di rispondere in senso affermativo.

Il testo unico riconoscendo a "chiunque" il diritto d'accesso ne desume l'importante implicazione per cui, a differenza di quanto previsto dall'art. 22, l. 241/1990, che continua ad applicarsi in via residuale - "la richiesta di accesso civico non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente" e "non deve essere motivata" (art. 5, c. 2).

Il diritto all'informazione come gli altri diritti umani si radica così direttamente in capo alla persona, a prescindere dal proprio coinvolgimento nel procedimento amministrativo e dalle ragioni del suo interesse conoscitivo. Non è ammessa alcuna restrizione soggettiva neppure con riguardo alla nazionalità. Inoltre, il principio della "accessibilità totale" si applica a tutte le P.A.<sup>91</sup> comprese le autorità indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione<sup>92</sup> nonché alle società partecipate dalle Amministrazioni Pubbliche e dalle loro controllate<sup>93</sup>, "limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea" (art. 11, c. 3, d.lgs. 33/2013)<sup>94</sup>.

Il testo unico, coerentemente con il carattere fondamentale della libertà *de qua*, si preoccupa poi di ribadire che le norme sulla trasparenza "integrano l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'art. 117, c. 2, lett. m), Cost." (art. 1, c. 3, d.lgs. 33/2013)<sup>95</sup>. Le regioni possono dunque disciplinare la materia soltanto per accrescere il grado di trasparenza rispetto allo *standard* nazionale, rientrando la determinazione dei livelli essenziali nella competenza esclusiva dello Stato. Competenza peraltro rafforzata dal richiamo alla "funzione di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale di cui all'art. 117, c. 2, lett. r), Cost."<sup>96</sup>.

Forti dubbi in ordine alla riconducibilità della disciplina dell'accesso civico al modello *Foia* sorgono invece allorchè si esamini il suo oggetto.

La libertà di accedere alle informazioni dovrebbe avere ad oggetto "qualsiasi informazione" in possesso delle autorità pubbliche ovvero di privati esercenti funzioni di pubblico rilievo.

Nei sistemi *Foia* infatti le informazioni detenute dagli uffici pubblici sono spesso espressamente qualificate come "proprietà" della collettività e dei singoli, i quali attraverso l'accesso esercitano le facoltà relative a un diritto reale su un bene avente natura immateriale.

Viceversa il d.lgs. 33/2013 circoscrive l'oggetto del diritto alla conoscibilità a "i documenti, le informazioni e i dati *oggetto di pubblicazione obbligatoria* ai sensi della normativa vigente": soltanto tali documenti o informazioni secondo il legislatore italiano "sono pubblici" (art. 3).

Il che ha sollevato immediatamente in dottrina il dubbio che gli altri non siano anch'essi pubblici<sup>97</sup>. Il testo unico si limita a precisare che "le pubbliche amministrazioni *possono* disporre la pubblicazione" (art. 4, c. 3). Si tratta dunque di una mera facoltà cui non corrisponde alcun diritto di accesso se non di chi in base alla l. 241/1990 possa vantare un

interesse “diretto, concreto e attuale” in quanto parte di un procedimento.

La distinzione tra l'area della pubblicità “necessaria” individuata dalle norme sugli obblighi di pubblicazione e l'area residuale della pubblicità “facoltativa” comporta conseguenze di non poco momento.

In primo luogo, nel modello *Foia* il diritto a conoscere incontra l'unico limite del contemperamento con gli interessi pubblici (relazioni internazionali, difesa e affari militari, sicurezza e ordine pubblico, politica economica e finanziaria, conduzioni d'indagini e ispezioni, ecc.) e privati (tutela dei dati personali, degli interessi commerciali, dei segreti industriali o di altro tipo) che nelle legislazioni straniere legittimano tipicamente l'esenzione dall'accesso e dalla pubblicazione.

Nell'ordinamento italiano invece a tale limite “necessario”, al quale il nostro legislatore presta peraltro scarsa attenzione rinviando sommariamente alle norme esistenti<sup>98</sup>, si aggiunge un'altra serie indeterminata di esenzioni corrispondenti a tutti gli ambiti non coperti da un obbligo di pubblicazione. Che ve ne siano è confermato indirettamente dallo stesso testo unico ove stabilisce che la Commissione per l'accesso ai documenti e, dunque il regime dell'accesso procedimentale di cui agli art. 22 e ss., l. 241/1990, continua ad applicarsi “al fine di assicurare la trasparenza degli atti amministrativi non soggetti agli obblighi di pubblicità previsti dal presente decreto” (art. 4, c. 7, d.lgs. 33/2013)<sup>99</sup>.

In secondo luogo, anche ove si ammettesse che gli obblighi esistenti coprano gli ambiti più rilevanti dell'azione pubblica, in ogni caso nel testo unico il rapporto tra regola ed eccezione è rovesciato.

Nei sistemi *Foia* la riservatezza è un'eccezione al principio generale della pubblicità, dunque le Amministrazioni e le corti sono tenute a darne un'interpretazione restrittiva: nei casi dubbi il principio prevale<sup>100</sup>.

Non così nell'ordinamento italiano. La pubblicità essendo effettiva e azionabile solo se e nei limiti in cui sia imposta *ex lege* finisce al contrario per operare quale regola di stretto diritto positivo. A fronte del principio astratto di “accessibilità totale” la riservatezza resiste come regola residuale pronta a riaffiorare laddove non sussista un obbligo di pubblicazione specifico e un diritto correlato di accesso. E una simile prospettiva è destinata inevitabilmente ad avvalorare la propensione delle Amministrazioni a interpretare in modo restrittivo e solo formalistico le disposizioni sulla trasparenza in modo da ricavare “nuove zone franche di opacità negli interstizi tra un obbligo di pubblicazione e l'altro”.

La configurazione della pubblicità come regola di stretto diritto positivo implica il disconoscimento del diritto alla conoscibilità come diritto fondamentale. Il che comporta conseguenze non soltanto teoriche, nulla impedendo in realtà al legislatore di eliminare gli obblighi di pubblicazione meno graditi.

La limitatezza dell'oggetto del diritto “civico” è all'origine di un'ulteriore divergenza tra l'impostazione seguita dal testo unico e quella propria delle legislazioni straniere che si ispirano al modello *Foia*. Divergenza che attiene al rapporto tra le due tecniche di divulgazione fin qui prese in considerazione ovvero sia la pubblicazione e l'accesso individuale.

La pubblicazione è preferibile rispetto all'accesso individuale, sia per i cittadini che possono così accedere direttamente all'informazione *on line*, sia per le Amministrazioni che pubblicato il documento non devono poi provvedere anche a processare le singole richieste, potenzialmente innumerevoli, riguardanti le stesse informazioni.

Il che spiega perché nei *Foia* la pubblicazione è lo strumento ordinario di *disclosure*: tutti i documenti devono essere pubblicati, salvo il necessario contemperamento dell'interesse pubblico e privato alla conoscenza con altri interessi pubblici e privati alla riservatezza. In quest'ultima ipotesi, il vincolo alla pubblicazione si converte in potere discrezionale: la divulgazione è subordinata a una richiesta di accesso individuale, dovendosi ponderare caso per caso ed eventualmente disporre l'accesso parziale del documento. Il modello *Foia* si fonda dunque su una stretta complementarietà tra pubblicazione e accesso: dove non arriva la prima, subentra il secondo progressivamente erodendo l'area di opacità. Alcuni *Foia* impongono, infatti, di pubblicare i documenti ai quali sia stato consentito l'accesso in un certo numero di casi (c.d. *user-driven proactive transparency*)<sup>101</sup>.

Nell'impostazione del d.lgs. 33/2013 invece il rapporto tra il mezzo - l'obbligo di pubblicazione - e il fine - il diritto di accedere all'informazione - è invertito: l'esercizio del diritto diviene strumentale all'adempimento dell'obbligo così da sopperire alla debolezza dei meccanismi di *enforcement* previsti. Il che spiega l'anomalia di un diritto civico che finisce dove finisce l'obbligo di pubblicazione<sup>102</sup>. Oltre la linea della conoscenza tracciata dal legislatore non vi è pubblicità, ma la mera facoltà e di fatto l'arbitrio dell'Amministrazione, libera di decidere che cosa esporre al giudizio dell'opinione pubblica e che cosa no. E l'esperienza dimostra che la pubblicazione facoltativa si risolve in assenza di trasparenza<sup>103</sup>.

La differenza tra il regime italiano della trasparenza e il modello prevalente a livello europeo e internazionale consiste, dunque, nel fatto che il testo unico rimette al potere legislativo la scelta degli ambiti in cui rendere trasparente l'azione pubblica, laddove i *Foia* assegnano tale decisione ai titolari stessi del *right to know*. Con la conseguenza che solo in questo secondo caso il diritto può essere esercitato a prescindere dall'esistenza di un corrispondente obbligo di pubblicazione legislativamente previsto ed è l'accesso individuale a determinare la progressiva estensione dell'area di trasparenza.

Alla luce di tali riflessioni si può addivenire alla conclusione che l'entrata in vigore del c.d. Testo unico sulla trasparenza abbia segnato un passaggio epocale nel "traghetamento" delle Pubbliche Amministrazioni verso un modello di Amministrazione trasparente secondo la metafora già ricordata della Amministrazione come una "casa di vetro"<sup>104</sup>.

La nuova disciplina pone rimedio ai due principali fallimenti del regime preesistente. Da un lato, la sistematizzazione in un *corpus* normativo unitario delle previsioni in tema di pubblicità dovrebbe consentire di superare le difficoltà esegetiche e applicative derivanti dalla frammentazione del quadro normativo pregresso, nonchè dalla sovrapposizione esistente e da tempo denunciata tra i diversi obblighi di pubblicazione contenuti in disposizioni eterogenee per ambito soggettivo e contenuto. Dall'altro, l'introduzione dell'accesso civico ben più che il completamento del preesistente sistema sanzionatorio e di vigilanza dovrebbe accrescere l'effettività di obblighi ampiamente disattesi. Le numerose Amministrazioni finora inadempienti saranno infatti "costrette" dalla stampa e dai cittadini attraverso l'esercizio del diritto di accesso per la prima volta riconosciuto al di fuori dei confini procedurali, a ottemperare.

Tuttavia, proprio nel momento in cui si restituisce ordine e coerenza alla disciplina della trasparenza stratificatasi nell'ultimo decennio i limiti dell'impostazione fondata sulla premessa dell'"accessibilità totale a costo zero" emergono in modo nitido, specie attraverso la comparazione con i *freedom of information acts* diffusi nella gran parte delle democrazie liberali.

Innanzitutto, mentre negli altri ordinamenti l'adozione dei *Foia* è stata accompagnata dall'attribuzione di nuove risorse e dalla previsione di lunghi tempi di attuazione, la nuova disciplina italiana della trasparenza grava le Amministrazioni di compiti particolarmente onerosi, imponendo loro l'attuazione immediata per di più nel rispetto del vincolo d'invarianza della spesa. La politica si disinteressa della fase applicativa scaricando tutte le responsabilità sugli apparati, con inevitabili ricadute sull'effettività del nuovo regime: le Amministrazioni si difendono rifugiandosi nel formalismo, l'applicazione degli obblighi di trasparenza diviene mera pratica burocratica e le responsabilità impropriamente imputate si dissolvono.

Inoltre, su un piano più generale deve osservarsi che nelle legislazioni straniere ispirate al modello *Foia* la pubblicità è un principio generale che si impone come valore-guida alle Amministrazioni e allo stesso legislatore e che i giudici possono far valere in assenza di norme. Nell'ordinamento italiano, invece, la pubblicità al di là delle enfatiche enunciazioni programmatiche del nostro legislatore non è un principio bensì una regola di stretto diritto positivo, garantita e coercibile solo se e nella misura in cui una norma di legge la preveda come obbligo.

Infine, nei sistemi *Foia* la disciplina della trasparenza è elaborata muovendo dalla posizione giuridica soggettiva. Il principio di pubblicità è la mera conseguenza sul piano dell'azione amministrativa del riconoscimento di un diritto del singolo a conoscere tutte le informazioni in possesso delle autorità pubbliche.

Nella legislazione italiana invece il punto di partenza è l'obbligo ovvero il dovere che la legge sceglie di imporre all'Amministrazione e che segna anche il limite del diritto alla conoscenza. E non invece la posizione giuridica del privato, il proprio *right to know*, che viene dunque a configurarsi come libertà individuale poggiante su un precario fondamento legislativo, dunque mero "effetto riflesso" delle scelte legislative.

Emerge così la differenza profonda tra i sistemi *Foia* e l'ordinamento italiano: nei primi il *right to know* è un diritto fondamentale, riconosciuto come tale dal legislatore e prim'ancora dalle carte costituzionali o dalle corti; nel secondo invece quel diritto è *octroié*, garantito solo se e nella misura in cui il legislatore lo riconosca.

Il che si riflette altresì sulla capacità di prevenire la corruzione. Mentre i titolari del *right to know* - la stampa, gli interessi organizzati e i singoli cittadini - sono liberi di far valere la propria pretesa conoscitiva in qualsiasi direzione, il corrispondente diritto dei cittadini italiani resta ancorato a un'impostazione dirigista, che riduce la portata anti-corruttiva delle norme sulla trasparenza: si può infatti cercare solo dove il legislatore consente e non dove si vuole.

## 16. Rapporti tra accesso civico ed accesso documentale: sovrapposizione ovvero alternatività?

Il Testo unico trasparenza non limita il diritto a conoscere ai soli obblighi di pubblicazione ivi previsti, ma lo estende a quelli imposti dalla “normativa vigente” così provocando quel “disallineamento” non solo testuale di cui si è detto tra il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità-trasparenza. Disallineamento che non è certo privo di conseguenze.

Al fine di valutarne la portata, occorre muovere dall’analisi delle possibili interazioni tra il diritto di accesso civico e il diritto di accesso ordinario laddove i rispettivi ambiti di operatività si sovrappongano.

Nessun dubbio sui caratteri propri dei due regimi di accesso che già *prima facie* risultano molto diversi essendo “governati”, come si è ampiamente avuto modo di evidenziare, da logiche distanti sotto numerosi profili. Sinteticamente, si contrappongono dal punto di vista della legittimazione attiva, per l’accesso civico il “chiunque” e per l’accesso ordinario l’“interessato”; sotto il profilo dell’oggetto, da un lato, i documenti, le informazioni, i dati e, dall’altro, solo i documenti; per quanto riguarda i limiti, sono solo oggettivi nell’ipotesi dell’accesso civico, soggettivi e oggettivi nel caso dell’accesso *ex lege* 241/1990; infine sotto il profilo delle finalità, l’accesso civico corrisponde a un diritto di libertà del singolo, mentre l’accesso “classico” è connesso alla cura ovvero alla difesa degli interessi giuridici del richiedente e non può essere esercitato ai fini del controllo generalizzato dell’operato dell’Amministrazione.

Premesse tali considerazioni oggettive sulle quali gli autori sembrano concordare, dissensi si profilano invece con riguardo alle possibili interferenze tra i regimi delle due forme di accesso e alla qualificazione delle reciproche relazioni. Le perplessità attengono al tipo di rapporto immaginabile tra gli ambiti di applicazione delle due tipologie di accesso. Più precisamente gli autori s’interrogano se sia configurabile una relazione di alternatività ovvero di sovrapposizione tra il diritto di accesso civico e il diritto di accesso documentale e dunque le rispettive discipline. Correlativamente si chiedono se e quale spazio residui per l’accesso previsto dalla l. 241/1990 in seguito all’introduzione del decreto legislativo n. 33 del 2013.

Una tesi prospettabile potrebbe essere quella dell’alternatività.

La soluzione alla suddetta *querelle* sarebbe nel senso di ritenere applicabile il diritto di accesso civico solo con riferimento alla durata temporale della pubblicazione. Scaduti i termini previsti per la pubblicazione *on line* tornerebbe dunque ad avere pieno vigore il regime di accesso ordinario. Regime che continuerebbe dunque ad applicarsi in via residuale.

Alcuni autori<sup>105</sup> sembrerebbero seguire la via dell’alternatività adducendo a sostegno argomentazioni che ruotano intorno alle diverse peculiarità e *ratio* degli istituti.

Pervengono così alla conclusione che il diritto di accesso civico non si sostituisca al diritto di accesso ai documenti amministrativi, atteso che “i due istituti continuano a convivere con le loro peculiari caratteristiche nel nostro ordinamento, poiché rispondono a finalità diverse”. L’accesso documentale è invero uno strumento diretto a tutelare posizioni individuali di cui

possono beneficiare soltanto i soggetti portatori di una situazione giuridicamente rilevante e legittimante l'accesso di cui al Capo V, l. 241/1990, con esclusione quindi delle finalità di controllo democratico diffuso sull'Amministrazione, che rappresentano invece il dato qualificante dell'accesso civico ai sensi dell'art. 5, d.lgs. 33/2013. Con questo istituto inedito il nostro ordinamento recupera l'importanza e la centralità del principio della trasparenza che "pur comprendendo il diritto di accesso su richiesta dell'interessato, non può esaurirsi in esso", se non si vuole trasformare "l'interesse generale alla conoscibilità dell'azione amministrativa in prerogativa individuale, mentre il controllo democratico sull'amministrazione riguarda tutti"<sup>106</sup>.

Una soluzione questa agevole e per così dire "minimalista" in quanto eliminerebbe in radice l'evenienza della sovrapposizione con tutte le difficoltà che essa comporta. Dove c'è un obbligo di pubblicazione *ex lege* imposto alla P.A. vige dunque il regime specifico e differenziato dell'accesso civico; la disciplina dell'accesso "classico" subentra in via meramente residuale solo allorchè sia venuto meno l'obbligo per decorso dei termini.

Anche altri autori<sup>107</sup> sembrano allinearsi con la soluzione descritta dell'alternatività. E pervengono alla medesima conclusione secondo cui i due istituti sono entrambi conviventi nell'ordinamento all'esito tuttavia di un percorso argomentativo differente atto a evidenziare possibili dissonanze e assonanze esistenti tra le due forme di accesso.

In particolare, affermano che il contenuto del comma 2 dell'art. 5 segna l'entità dell'ampio solco che giuridicamente si apre tra la nuova figura del diritto di accesso civico e la "vecchia" del diritto di accesso ai documenti amministrativi.

La distanza che intercorre tra le due forme di accesso non è caratterizzata solo dal dibattito relativo alla qualificazione della natura giuridica riconoscibile alla posizione soggettiva del titolare di tali potestà.

E' sufficiente richiamare le prime espressioni letterali del comma 2 per comprendere che ci troviamo dinanzi a un meccanismo finora conosciuto nel nostro ordinamento solo in casi rarissimi, in specie come già rammentato le ipotesi del diritto di accesso alle informazioni ambientali da parte dei cittadini e di quello alle informazioni detenute dagli enti locali da parte dei consiglieri comunali e provinciali. Ipotesi che peraltro paiono più del "potere" che del diritto. L'esercizio del diritto di accesso civico è costruito invero come un diritto soggettivo libero, senza barriere di accesso e senza ostacoli nella realizzazione degli scopi sottesi.

Il che non vuol dire che il "diritto" di accesso ai documenti amministrativi sia stato affievolito fino al punto di scomparire dal sistema giuridico italiano. Infatti, i due meccanismi sono costruiti in modo da "convivere tranquillamente nell'ordinamento" mantenendo le diverse peculiarità strutturali ed operative, atteso che rispondono a esigenze differenti. Mentre con il diritto di accesso civico si pretende l'adempimento all'obbligo di pubblicità diffusa e integrale dei dati considerati normativamente "pubblici", con il diritto di accesso ordinario s'intende acquisire gli atti necessari per curare ovvero difendere la posizione soggettiva del richiedente l'accesso che diversamente non potrebbero rendersi a costui disponibili.

Sono dunque ravvisabili alcune dissonanze tra le due forme di accesso messe in evidenza da

tali autori.

L'accesso civico si può realizzare in un momento anche temporalmente distante rispetto all'esercizio della funzione amministrativa. Infatti, seppure l'art. 8, d.lgs. 33/2013 stabilisce nel comma 1 che "i documenti contenenti atti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblicati tempestivamente sul sito istituzionale dell'amministrazione", tuttavia nel comma 2 prevede che "i documenti contenenti altre informazioni e dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblicati e mantenuti aggiornati ai sensi delle disposizioni del presente decreto". Il che equivale alla legittimazione da parte del legislatore di una pubblicazione differita del dato rispetto al momento di formazione dello stesso e di esercizio della funzione pubblica per talune categorie di informazioni<sup>108</sup>.

L'esercizio del diritto di accesso civico potrebbe dunque risultare non tempestivo rispetto alle esigenze di intraprendere il contenzioso giurisdizionale nei confronti di chi detiene il dato, di tal che dinanzi a una siffatta necessità il soggetto interessato non potrà che percorrere la via dell'accesso ordinario ai sensi della legge n. 241/1990.

Tali autori evidenziano anch'essi che l'accesso ordinario continua ad essere subordinato ai fini dell'esercizio alla dimostrazione della legittimazione e dell'interesse in capo a colui che propone l'istanza di accesso nonché della connessione tra il documento e l'obiettivo di tutela della posizione soggettiva vantata, mantenendo il carattere oneroso, tranne nell'ipotesi dell'accesso per visione. Con la conseguenza che il diritto di accesso civico non risponde all'esigenza di deflazione del contenzioso, fine che resta ancorato all'istituto dell'accesso documentale, ma persegue il diverso obiettivo che si sostanzia nella cultura del rispetto e della lealtà verso i destinatari dell'esercizio della funzione amministrativa per la tutela dei diritti civili, politici e sociali.

Sottolineata la distanza giuridica tra i due istituti, entrambi convidenti nell'ordinamento amministrativo italiano gli studiosi evidenziano altresì "le assonanze che paiono porli in posizione parallela all'interno di uno spazio geometrico in cui le due rette sulle quali corrono tendono a non incontrarsi mai".

Anzitutto, la pretesa che si fa valere con l'esercizio del diritto di accesso civico è condizionata alla presentazione di un'istanza e all'avvio di un vero e proprio procedimento amministrativo disegnato in piena sintonia e corrispondenza con il procedimento di accesso ai documenti amministrativi. L'art. 5, c. 3, d.lgs. 33/2013 ripropone gli stessi passaggi procedurali disegnati nel Capo V, l. 241/1990, fissando per la conclusione dell'istruttoria avviata con la presentazione della domanda di accesso civico lo stesso termine di 30 giorni stabilito dall'art. 25, c. 4, l. 241/1990 nonché prevedendo la figura del silenzio rifiuto in caso di inerzia da parte dell'ente tenuto alla pubblicazione del dato, in ciò allontanandosi dal paradigma dell'accesso di cui all'art. 7 del Codice della *privacy* e in ogni caso dall'esercizio di un diritto soggettivo perfetto alla pubblicazione del dato.

L'eventuale inerzia dell'ente che, ricevuta l'istanza, non abbia rispettato il termine di cui all'art. 5, c. 3 consente a colui che pretende la pubblicazione di non rivolgersi subito alla tutela giurisdizionale, comportante il versamento di un contributo unificato oneroso, ma di tornare a pretendere dallo stesso ente una pronta risposta. Questa volta la richiesta dovrà essere rivolta al c.d. *super manager* ovvero a quella figura di commissario degli organi

inadempienti presente in ogni ente in quanto istituito per legge, che provvederà in sostituzione del responsabile della trasparenza, resosi inadempiente, ai sensi dell'art. 2, c. 9 *bis*, l. 241/1990.

Tale opportunità offerta dal legislatore all'istante rimasto deluso dall'inerzia del responsabile per la trasparenza avvalora ancor più il parallelismo procedimentale tra il percorso per ottenere l'accesso civico e quello già previsto per l'accesso ai documenti amministrativi.

Infine, le controversie provocate dalla mancata risposta all'istanza di accesso civico, come già rammentato, sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo similmente a quelle relative alla tutela giudiziale del diritto di accesso ordinario. Peraltro, il legislatore ha esteso la previsione della giurisdizione esclusiva del G.A. non solo alla pretesa di accesso civico ma anche a tutte "le controversie relative agli obblighi di trasparenza previsti dalla normativa vigente" scolpita dall'art. 50, d.lgs. 33/1990 e ha predisposto a tale scopo una specifica integrazione di tutte le disposizioni del Codice del processo amministrativo relative alle liti in tema di diritto di accesso documentale. Con la conseguenza che d'ora in poi esse saranno accompagnate dalle disposizioni gemelle riferite al contenzioso sull'esercizio del diritto di accesso civico. E' stato così costruito un sistema giudiziale identico per entrambe le figure, provvedendo espressamente a estendere gli istituti e le discipline processuali previste dal Codice del processo amministrativo alle domande giudiziali di tutela del diritto di accesso civico e comunque a ogni altra controversia che abbia a oggetto il rispetto delle disposizioni introdotte con il decreto trasparenza.

La tesi esaminata dell'alternatività pur semplificando l'applicazione concreta del nuovo istituto sarebbe del tutto avulsa dal diritto positivo, non tenendo in alcuna considerazione né la qualificazione legislativa dei documenti, delle informazioni e dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria come "pubblici" né la relazione esistente tra tale definizione e il diritto di "chiunque" di conoscerli. La pubblicità non consiste in una condizione di mero fatto che consegue soltanto alla pubblicazione. Al contrario, la pubblicazione è una modalità atta a consentire alla pubblicità di concretizzarsi in possibilità effettiva di conoscenza generalizzata, ma non l'unica possibile. La conoscibilità pubblica, secondo il decreto n. 33, si può infatti tradurre in conoscenza effettiva in un duplice modo: mediante la pubblicazione via *web* e il connesso diritto di accesso ai siti (art. 2, c. 2) ovvero attraverso l'accesso civico. Ritenere che l'accesso civico possa essere utilizzato prima della pubblicazione in ipotesi di omissione, di parziale, inesatta e scorretta pubblicazione, ma che scaduti i termini della stessa non sia più applicabile e torni a esserlo il regime di accesso previsto dalla l. 241/1990 equivale a negare rilievo giuridico autonomo alla pubblicità ovvero sia alla conoscenza generalizzata riducendola una mera condizione di fatto limitata nel tempo.

Il diritto di accesso civico si configura invece come strumento di realizzazione del diritto a conoscere i documenti, le informazioni e i dati pubblici di cui all'art. 3, d.lgs. 33/2013 con particolare riferimento ai periodi precedenti alla pubblicazione e a quelli successivi alla scadenza dei termini di pubblicazione a tutela e realizzazione dei connotati propri della pubblicità.

Anzitutto viene in considerazione non solo la lettura sistematica dell'art. 3. Sotto tale profilo infatti è rilevante anche l'art. 9, ove si consideri che il trasferimento delle informazioni e dei

dati al di fuori dalla apposita sezione "Amministrazione trasparente" fa venire meno soltanto alcuni trattamenti specifici quali l'indicizzazione, la reperibilità mediante i motori di ricerca, la profondità nella diffusione dei dati personali, ma non la disponibilità degli stessi all'interno del sito nella diversa sezione di archivio, restando quindi attingibili da "chiunque" pur se mediante soluzioni di accesso diverse e meno pervasive ovvero sia la ricerca e il reperimento in luogo della pubblicazione e diffusione ai sensi degli artt. 2 e 4 del decreto.

Occorre inoltre evidenziare che tali prescrizioni non hanno riguardo solo agli obblighi di pubblicazione di cui al decreto, atteso che l'art. 8, c. 3 e l'art. 9 fanno riferimento in modo univoco ai dati, alle informazioni e ai documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della "normativa vigente". E si pongono dunque a conferma del parziale "disallineamento" tra gli istituti finalizzati alla trasparenza e quelli che tendono alla soddisfazione del diritto a conoscere operato in modo consapevole e voluto dal legislatore

In tal senso depone altresì l'art. 7 del decreto. Tale norma prevede infatti che la disponibilità a fini di riutilizzo di documenti, informazioni e dati "oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente" può essere conseguita non solo in conseguenza della loro pubblicazione ma anche "a seguito dell'accesso civico di cui all'articolo 5". Il che conferma che l'accesso civico è previsto dal legislatore come strumento parallelo e complementare alla pubblicazione in atto, ai fini della soddisfazione dei diritti che originano dalla qualificazione come "pubblici" dei documenti, delle informazioni, nonché del diritto "di fruirne gratuitamente e di utilizzarli e riutilizzarli" come sancito dall'art. 3.

La durata dell'obbligo di pubblicazione potrà mutare, dovendo interpretare, con riguardo agli obblighi di pubblicazione contemplati nelle disposizioni esterne al decreto n. 33, il termine di 5 anni di cui all'art. 8, c. 3 come generale e residuale e quindi recessivo rispetto alle indicazioni *ex lege* fornite nelle specifiche fattispecie di pubblicazione obbligatoria introdotte dall'ordinamento<sup>109</sup>. Il decorso del termine non potrà tuttavia incidere sulla natura "pubblica" delle informazioni in ragione della qualificazione operata dall'art. 3. Dunque tali informazioni diventeranno disponibili e accessibili attraverso la sezione di archivio secondo le modalità e potenzialità di accesso proprie di essa, ma rimarranno pur sempre "pubbliche" quindi conoscibili da "chiunque" e pertanto "coperte" dall'istituto dell'accesso civico.

Tale ricostruzione consente di ipotizzare una sovrapposizione tra gli ambiti di applicazione dell'accesso civico e del diritto di accesso di cui alla l. 241/1990, con prevalenza peraltro dell'accesso civico per quanto attiene ai "documenti" oggetto di pubblicazione obbligatoria.

Scaduti i termini di pubblicazione, in assenza della qualificazione come "pubblici" e del connesso istituto dell'accesso civico, tali documenti sarebbero accessibili solo con lo strumento, le regole e i limiti dell'accesso di cui alla l. 241/1990. I documenti qualificati come "pubblici" resterebbero invece accessibili anche con lo strumento ordinario e le conseguenti limitazioni. Diversamente, nell'ipotesi d'informazioni e dati oggetto di obblighi di pubblicazione ai sensi della "normativa vigente" che non rivestano la forma di documento, la qualificazione come "pubblici" li sottopone *ex novo* a una condizione di accessibilità nella forma del diritto di accesso civico, attesa l'esclusione delle "informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo" dall'accesso "classico" ai sensi dell'art. 22, c. 4, l. 241/1990.

Occorre dunque considerare il regime dell'accesso civico nei confronti di documenti, informazioni e dati qualificati "pubblici" dopo la scadenza del termine di pubblicazione rispetto a tutte le informazioni detenute dalle Amministrazioni che non godono di tale qualificazione.

L'applicabilità del diritto di accesso civico implica anzitutto che per l'istanza diretta a conseguire la conoscenza e la disponibilità delle informazioni dei documenti e dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria non operi alcuna limitazione per quanto attiene alla legittimazione soggettiva del richiedente e che quindi "chiunque" abbia diritto di chiedere e ottenere tali informazioni, a nulla rilevando la motivazione sottesa alla richiesta. L'istanza inoltre è gratuita. Il che rende preferibile per la Pubblica Amministrazione rendere disponibile l'informazione ovvero il documento richiesti in formato elettronico al fine di evitare di dover sostenere i costi di riproduzione su supporto cartaceo più gravosi e non imputabili peraltro al richiedente.

Con riferimento ai limiti oggettivi opera la clausola di salvaguardia di cui all'art. 4, c. 6, d.lgs. 33/2013, che richiama e conferma soltanto i casi di esclusione dal diritto di accesso ordinario di cui all'art. 24, commi 1 e 6, l. 241/1990 ovvero quelli individuati puntualmente e individuabili dall'ordinamento positivo. Ma non rinvia al comma 3 della medesima norma secondo cui "non sono ammesse istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni", né al comma 7 che prevede il meccanismo di natura soggettiva consistente nel bilanciamento tra esigenze di accesso e di riservatezza e di tutela dei dati personali. Ne consegue che tale bilanciamento risulta così sostituito da un meccanismo di carattere oggettivo fondato sulla tipologia dei dati per i quali resta in ogni caso escluso l'accesso.

L'accesso civico assicura così a "chiunque" il diritto a conoscere i dati personali anche sensibili e giudiziari oggetto di pubblicazione obbligatoria con la sola esclusione dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, nonché la situazione di disagio economico-sociale degli interessati (art. 26, c. 4, d.lgs. 33/2013). Allorchè si fosse dunque interessati ad accedere a questi ultimi dati si dovrà necessariamente ricorrere all'accesso di cui alla legge 241/1990 e al relativo regime giuridico.

Secondo alcuni autori<sup>110</sup> sembrerebbe allora preferibile alla luce di tali riflessioni una lettura dei rapporti tra accesso civico e accesso documentale e delle relative discipline in chiave di possibile sovrapposizione nei termini descritti.

Tale opzione ermeneutica consentirebbe inoltre di fornire una soluzione anche all'ulteriore interrogativo, correlato al problema dei rapporti tra le due forme di accesso, se e quale spazio residui per l'accesso previsto dalla l. 241/1990 in seguito all'introduzione del decreto legislativo 33/2013.

In ossequio all'approccio esegetico testè descritto residuerebbe infatti per l'accesso previsto dalla l. 241/1990 uno spazio di operatività nei termini testè descritti.

Viceversa i sostenitori della tesi dell'alternatività sembrerebbero giungere alla conclusione che l'accesso documentale trovi ancora applicazione nel nostro ordinamento in via meramente residuale.

## **17. La sentenza del Consiglio di Stato: riflessioni conclusive.**

Pur senza mettere bene a fuoco il problema, la sentenza qui commentata sembra seguire la “via dell’alternatività” tra le due figure di accesso e i rispettivi regimi giuridici.

Il Consiglio di Stato, che con questa sentenza si sofferma per la prima volta sulle nuove norme in materia di “Amministrazione Trasparente”, rileva che il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 disciplina situazioni destinate né ad ampliare quelle contemplate dalla legge 241/1990 né a sovrapporsi alle medesime. E perviene a tale conclusione muovendo dall’assunto secondo cui, nonostante non si possa negare l’ispirazione comune al principio di trasparenza, l’accesso agli atti e l’accesso civico sono istituti profondamente distanti sul piano della finalità e della disciplina. Distanza che però ritiene di dimostrare fornendo indicazioni dichiaratamente sommarie.

La sentenza invero si limita ad evidenziare che le nuove disposizioni dettate dal d.lgs. 33/2013 operano su un duplice piano. Per un verso, procedono ad un riordino della disciplina dell’accesso al fine di assicurare a tutti i cittadini una più ampia accessibilità alle informazioni relative all’organizzazione e all’attività delle Amministrazioni, per altro verso, tendono al contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione mediante la pubblicazione obbligatoria di una serie di informazioni attinenti ai principali campi di attività delle P.A. sui siti istituzionali delle medesime, nonché attraverso l’introduzione dell’accesso civico, esercitabile solo in caso di omessa pubblicazione e consistente in una richiesta non motivata di effettuare tale adempimento. Con la possibilità estrema in ipotesi di ulteriore inadempimento del ricorso giurisdizionale al giudice amministrativo. Diversamente, l’istituto dell’accesso ai documenti amministrativi disciplinato dagli artt. 22 e ss., l. 241/1990 risulta riferito al diritto degli interessati di prendere visione ed estrarre copia dei documenti amministrativi, ritenendo per soggetti interessati tutti coloro che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento del quale è chiesta l’ostensione.

In ossequio alla diversità finalistica, il Consiglio di Stato riconduce l’istanza diretta a conoscere “tutti gli atti delle procedure di valutazione di tutti i dottorati di ricerca” in via esclusiva alla disciplina dell’accesso documentale, argomentando che una così ampia diffusione degli atti interni di qualsiasi procedura valutativa non appare imposta dal d.lgs. 33/2013.

Sorprende che tali indicazioni appaiano sufficienti al Consiglio di Stato per dimostrare l’assunto da cui si muove.

La sentenza sembra applicare una lettura “minimalista” in larga parte corrispondente a quella ricostruita dai sostenitori della tesi dell’alternatività tra la nuova figura dell’accesso civico e quella ormai “rodada” dell’accesso documentale. Quasi a voler escludere l’evenienza della sovrapposizione tra i rispettivi ambiti di applicazione con tutte le difficoltà che essa comporta, al fine di semplificare l’applicazione concreta del nuovo istituto.

In linea con alcuni autori la sentenza pare affermare che solo laddove vi sia un obbligo di pubblicazione *ex lege* imposto alla Pubblica Amministrazione si applichi il regime specifico e

differenziato dell'accesso civico, così realizzandosi una "pacifica convivenza" con l'accesso documentale nell'ordinamento amministrativo italiano, ciascuno con le proprie caratteristiche strutturali e finalistiche quasi fossero "monadi non comunicanti". Il diritto di accesso civico prevale fino alla scadenza dei termini di pubblicazione per lasciare poi il posto a quello ordinario. E inoltre se un obbligo non sussiste torna ad avere pieno vigore la disciplina dell'accesso "classico". Nel caso di specie si è ritenuto che l'obbligo non avesse un fondamento normativo e dunque, coerentemente, che non vi fosse motivo per applicare le nuove disposizioni.

Sorprende tuttavia la mancata valutazione delle ulteriori antinomie esistenti tra le due figure di accesso atte ad evidenziare con maggiore chiarezza la distanza giuridica esistente tra l'accesso ai documenti amministrativi e l'accesso civico. E stupisce che il Consiglio di Stato non si sia soffermato viceversa sulle assonanze che ancor più delle differenze di finalità e di disciplina paiono configurarli come due rette parallele destinate a non incontrarsi mai.

Pur considerando le difficoltà di un confronto con una disciplina così recente, ci si chiede al di là dell'intenzione di rendere maggiormente agevole l'operatività concreta dell'accesso civico come mai il Consiglio di Stato si sia limitato ad analizzare in modo sommario e forse un po' superficiale le differenze esistenti tra le due figure di accesso evidenziando in realtà soltanto la *ratio* sottesa alle reciproche discipline, ma non si sia soffermato sul profilo che sembrerebbe determinante ai presenti fini. E cioè l'oggetto del diritto a conoscere e quindi dell'accesso, atteso che proprio con riferimento a tale aspetto possono profilarsi sovrapposizioni e interferenze e si pone dunque la necessità di delineare i confini dei due regimi giuridici. E forse ci si sarebbe aspettati che la sentenza si ponesse il problema, forse il più cruciale della nuova forma di accesso tanto da avere già contribuito a dare vita ad un fervido dibattito tra i primi studiosi, relativo all'area della pubblicità facoltativa e agli obblighi previsti non dal testo unico bensì dalla "normativa vigente", in specie dopo la scadenza della durata della pubblicazione.

Consapevoli che malgrado le enunciazioni di principio del legislatore il diritto a conoscere nel nostro ordinamento non assurga ancora al rango di diritto fondamentale, ma sia garantito solo se e nella misura in cui il legislatore lo riconosca alla stregua di un diritto *octroiè* e la riservatezza resista come regola residuale pronta a riemergere laddove non sussista un obbligo di pubblicazione, ci si domanda tuttavia se non si potesse ritenere preferibile una lettura non "minimalista". Un'interpretazione cioè che non avvalori la tradizionale propensione delle Amministrazioni a intendere in modo restrittivo e formalistico le disposizioni sulla trasparenza così da ricavare nuove zone di opacità tra un obbligo di pubblicazione e l'altro. Una soluzione che tenga in dovuta considerazione il fatto che il testo unico Trasparenza rappresenta il punto di approdo di un percorso evolutivo che si realizza attraverso lo spostamento del baricentro dall'accesso alla disponibilità *on line* delle informazioni detenute dalle Amministrazioni e l'emersione di un nuovo concetto di trasparenza. Concetto che si dovrebbe porre come criterio di ordine generale nell'interpretazione delle diverse previsioni legislative, favorendo l'estensione delle informazioni disponibili e la loro sottoponibilità a pratiche di *open data government* ovvero sia si fruizione e riutilizzo con finalità di "controllo diffuso" da parte della generalità della popolazione. Con la conseguenza che i dati delle Amministrazioni sono di norma "pubblici", salvi soltanto i documenti e le informazioni esclusi per espressa previsione.

1. Avvocato del Foro di Torino.

2. Le massime sono pubblicate in *Foro amm.*, CDS 2013, 11, 3166. La sentenza in commento è pubblicata sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

3. Turati F. (1908), in *Atti del Parlamento Italiano. Camera dei Deputati*, sess. 1904-1908, 22962.

4. Chardon (1908), *L'Administration de la France. Les fonctionnaires*, Paris.

5. Secondo dati aggiornati a marzo 2013 (<http://www.right2info.org/access-to-information-laws>), sono 94 i paesi nei quali esistono norme che riconoscono il diritto di accedere alle informazioni pubbliche, ma si tratta di un numero orientativo, inevitabilmente influenzato dal modo di definire un Foia: cfr. McIntosh T. (2011), *FOI Laws: Counts vary Depending on Definition*. Coronel (2012), *Measuring Openness. A Survey of Transparency Ratings and The Prospects for a Global Index* (entrambi consultabili sul sito [www.freedominfo.org](http://www.freedominfo.org)).

6. Dopo l'affermazione della "*liberté d'accès aux documents administratifs*" come "*droit de toute personne à l'information*" in Francia (1978), leggi modellate sui *Foia* sono state adottate in Olanda (1980, 2005), Portogallo (1993), Irlanda (1997), Regno Unito (2000), Svizzera (2004), Germania (2005) e in molti paesi dell'Europa orientale<sup>6</sup>, oltre che dall'Unione europea (2001).

7. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Sdruení Jihoeské Matky v. Czech Republic*, 10 luglio 2006. Nello stesso anno, la Corte inter-americana sui diritti umani ha stabilito che il diritto alla libertà di espressione (art. 13 della Convenzione americana sui diritti umani) comprende il diritto di accesso alle informazioni (Inter-American Court on Human Rights, *Claude Reyes y otros v. Chile*, 19 settembre 2006).

8. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, 14 April 2009, punto 35.

9. Art. 2, c. 1, della *Council of Europe Convention on Access to Official Documents*.

10. Su tali finalità, in termini generali, OAS General Assembly, Resolution AG/RES. 2288 (XXXVII-O/07), *Access to public information: strengthening democracy*, 2007 (<http://www.oas.org/DIL/AGRES2288XXXVII-O-07eng.pdf>), nonché Bovens M. (2002), *Information Rights: Citizenship in the Information Society*, in *The Journal of Political Philosophy*, vol. 10, pp. 317 ss.

11 Savino M. (2013), *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 8; 9, 795 e ss.;

12. Negli Stati Uniti soltanto *Department of Health and Human Services* ha impiegato nel 2012 circa 300 persone per l'applicazione del *Freedom of Information Act* a un costo di oltre 50 milioni di dollari. Informazioni reperibili sul sito [www.foia.gov](http://www.foia.gov).

13. Savino M., *op. cit.*; Berionni L. (2013), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, (a cura di) B. Ponti, Maggioli Editore, pp. 372 e ss;

14.L'art. 22, c. 1, l. 241/1990 nel testo originario, stabiliva che "Al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo le modalità stabilite dalla presente legge".

15.In base al c. 1 dell'art. 22, l. 241/1990, sostituito dall'art. 15, l. 15/2015, sono considerati "interessati" "tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione

giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso". Su tale scelta legislativa, tra gli altri, Sandulli A., *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *questa Rivista*, 2007, pp. 669 ss.

16. Cfr. Sandulli A (2007), *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Giorn, Dir. Amm.*, pp. 669 ss.

17. Art. 54, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

18. L'art. 26, l. 241/1990, dopo avere previsto la pubblicazione di alcuni atti di portata generale (c. 1, ora abrogato dall'art. 53, c. 1, lett. a, d.lgs. 33/2013), precisava che "Con la pubblicazione di cui al comma 1, ove essa sia integrale, la libertà di accesso ai documenti indicati nel predetto comma 1 s'intende realizzata".

19. In base al conteggio effettuato dalla Civit nel luglio 2012 nella legislazione del quinquennio precedente risultano essere stati introdotti ben 96 obblighi, ai quali vanno aggiunti quelli antecedenti - si pensi all'obbligo contemplato dall'art. 26 l. 241/1990, appena richiamato - e quelli successivi previsti ad esempio dalla legge delega n. 190 del 2012. A seguito della rilevazione, la Civit ha avviato una consultazione pubblica, che ha evidenziato ben 35 casi di sovrapposizione tra previsioni normative in materia: Civit, *Per una semplificazione della trasparenza. Esiti della consultazione sugli obblighi di pubblicazione previsti in materia di trasparenza e integrità*, dicembre 2012 (<http://www.civit.it/wp-content/uploads/Rapporto-semplificazione-della-trasparenza.pdf>), spec. 14.

20. Cfr. art. 4, c. 7, l. 4 marzo 2009 n. 15. La medesima previsione è reiterata dall'art. 11, c. 1, d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

21. L'opportunità di riconoscere a "chiunque" un diritto "civico" di accesso in corrispondenza degli obblighi di pubblicazione posti dalla legge a carico dell'amministrazione è stata sostenuta, in particolare, da C. Marzuoli (2008), *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, pp. 62 ss.

22. Savino M., *op. cit.*, p. 795.

23. È così prevista la pubblicazione di dati riguardanti, “tra l’altro”, l’articolazione degli uffici, le competenze e le risorse a disposizione di ciascun ufficio, “anche di livello dirigenziale non generale” (art. 13); i titolari di incarichi, da quelli “politici ... di livello statale regionale e locale” (art. 14), a quelli dirigenziali e di collaborazione e consulenza (art. 15); la dotazione organica e il costo del personale con rapporto di lavoro a tempo determinato (art. 17) e indeterminato (art. 16); gli incarichi conferiti ai dipendenti (art. 18); i bandi di concorso per il reclutamento di personale (art. 19); la valutazione della *performance* e la distribuzione dei premi (art. 20); la contrattazione collettiva, con particolare riguardo ai contratti integrativi (art. 21); l’elenco delle società partecipate, nonché degli enti pubblici e privati finanziati e/o controllati da pubbliche amministrazioni (art. 22). Altre due disposizioni, ascrivibili a questo primo gruppo, prevedono, l’una, la pubblicità dei rendiconti dei gruppi consiliari di regioni e province (art. 28); l’altra, la pubblicazione e l’aggiornamento semestrale di un “elenco dei provvedimenti adottati”, contenente, in particolare, “i provvedimenti finali dei procedimenti di: a) autorizzazione o concessione; b) scelta del contraente per l’affidamento di lavori, forniture e servizi ...; c) concorsi e prove selettive per l’assunzione del personale e progressioni di carriera ...; d) accordi stipulati dall’amministrazione con soggetti privati o con altre amministrazioni pubbliche” (art. 23).

24. Vi rientrano le previsioni del capo III, che impongono alle singole Amministrazioni di pubblicare il bilancio annuale di previsione e consuntivo “in forma sintetica, aggregata e semplificata” (art. 29), i dati sulla gestione del patrimonio immobiliare (art. 30) e i rilievi - in particolare, quelli non recepiti - formulati dai vari organi di controllo (art. 31). In questo gruppo rientrano le norme del capo II che riguardano “gli atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e attribuzione di vantaggi economici a persone fisiche ed enti pubblici e privati” (art. 26) e l’elenco dei relativi beneficiari (art. 27).

25. Vi si prevede, tra l’altro, la pubblicazione della carta dei servizi, insieme ai costi e ai tempi medi di erogazione dei servizi stessi (art. 32), dei tempi medi dei pagamenti dell’amministrazione (art. 33), dell’elenco degli oneri informativi gravanti sui cittadini e sulle imprese introdotti o eliminati da nuove norme (art. 34), dei riferimenti relativi alle diverse tipologie di procedimenti (disciplina, responsabile del procedimento, termine, strumenti di tutela), con la modulistica necessaria per presentare l’istanza (art. 35).

26. Si consideri, ad esempio, l'art. 14, che fa generico riferimento ai "titolari di incarichi politici, di carattere elettivo o comunque di esercizio di poteri di indirizzo politico, di livello statale regionale e locale": il dubbio attiene alla individuazione di quali siano le cariche politiche cui la norma fa riferimento. Si pensi altresì all'art. 26, che impone di pubblicare gli "atti di concessione delle sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari alle imprese, e comunque di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati ... di importo superiore a mille euro". Anche tale norma fa sorgere più di una domanda: la soglia dei mille euro vale in riferimento all'atto o al soggetto? Se uno stesso soggetto riceve vantaggi economici di importo inferiore a mille euro da più amministrazioni, ma l'importo complessivo supera la soglia, quali atti vanno pubblicati? In che modo coordinarne la pubblicazione? E su chi ricade la responsabilità di un eventuale inadempimento?

27. Art. 8, d.lgs. n. 33 del 2013. L'unica eccezione alla regola della pubblicazione immediata è prevista dall'art. 49, c. 1, che rinvia di sei mesi la pubblicazione dei dati aggregati relativi all'attività amministrativa, di cui all'art. 24.

28. Artt. 6 e 7, d.lgs. n. 33 del 2013. Sul tema, Carloni E. (2009), *La qualità delle informazioni pubbliche. L'esperienza italiana nella prospettiva comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, pp. 155 ss.

29. In base all'art. 45, d.lgs. n. 33 del 2013, la Civit controlla l'operato dei responsabili per la trasparenza, ai quali può chiedere il rendiconto sui risultati del controllo svolto all'interno delle amministrazioni; controlla, altresì, l'esatto adempimento degli obblighi di pubblicazione, esercitando poteri ispettivi e ordinando l'adozione o la rimozione di atti; segnala, infine, i casi di inadempimento agli uffici di disciplina ai fini dell'attivazione del procedimento disciplinare, nonché ai vertici politici delle amministrazioni, agli Oiv e, se del caso, alla Corte dei conti, ai fini dell'attivazione delle altre forme di responsabilità, rendendo pubblici i relativi provvedimenti.

30. Agli Oiv compete verificare la coerenza tra gli obiettivi previsti nel Programma triennale per la trasparenza e l'integrità e quelli indicati nel Piano della performance (art. 44, d.lgs. n. 33 del 2013).

31. Si veda, ad es., l'art. 1, c. 33, della l. n. 190 del 2012.

32. Così l'art. 15, c. 2, d.lgs. n. 33 del 2013, in riferimento agli atti di conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti estranei alla pubblica amministrazione, o di collaborazione e consulenza; similmente, l'art. 26, c. 3, per quanto riguarda gli atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e attribuzione di vantaggi economici a persone fisiche ed enti pubblici e privati. Si vedano, per previsioni analoghe, gli artt. 22, c. 4, 28, c. 2, e art. 35, c. 2 della medesima legge.

33. In base al quale l'inosservanza degli obblighi di pubblicazione "costituisce violazione degli standard qualitativi ed economici ai sensi dell'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198".

34. Civit, *Rapporto generale sull'avvio del ciclo di gestione della performance 2012*, Dicembre 2012 (<http://www.civit.it/wp-content/uploads/Rapporto-generale-sullavvio-del-ciclo-di-gestione-della-performance-20126.pdf>), 22.

35. L'espressione è di Savino M., *op. cit.*.

36. T.a.r. Campania, Napoli, Sez. VI, 23 ottobre 2013, n. 4696, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); T.a.r. Lombardia, Milano, Sez. IV, 18 luglio 2013, n.1904, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.a.r. Lazio, Roma, Sez. I, 10 dicembre 2013, n. 10692, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 20 dicembre 2013, n. 11013, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); T.a.r. Lazio, sez. III bis, 9 gennaio 2014, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); Cons. St., sez. VI, 24 febbraio 2014, n. 865, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it) e [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

37. Bertonazzi (2007), *Note sulla consistenza del diritto di accesso e sul suo regime sostanziale e processuale: critica alle decisioni 6 e 7 del 2006 con cui l'Adunanza Plenaria, pur senza dichiararlo apertamente e motivatamente, opta per la qualificazione della pretesa ostensiva in termini di interesse legittimo pretensivo, in continuità con la decisione n. 16 del 1999*, in *Dir. proc. amm.*, p. 165; Fiorenzano (2006), *La natura giuridica del diritto di accesso ai documenti amministrativi e l'interesse ad accedere dopo la legge n. 15 del 2005: due questioni ancora aperte*, in *Giurisd. amm.*, p. 143.

38. In giurisprudenza tale tesi è sostenuta, per tutte, da Cons. St., Sez. V, 2 dicembre 1998, n. 1725; in dottrina tra gli altri da Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2009. La tesi dell'interesse legittimo ruotava attorno ad alcuni argomenti principali. Il primo era un argomento per così dire necessario da sviluppare, perché sin dall'inizio la legge 241/1990 ha sempre qualificato espressamente come "diritto" la posizione di colui che propone l'istanza di accesso. Si legge infatti "diritto di accesso" nell'originaria formulazione dell'art. 22 e si continua a leggere tale espressione nell'odierna previsione dell'art. 22, c. 2 lett. a). Dunque, il primo argomento addotto a sostegno della tesi dell'interesse legittimo è quello con cui si è rimarcata l'atecnicità della definizione normativa, in specie del termine "diritto". Si è affermato cioè che la legge qualifica "diritto" la situazione giuridica dell'istante non per prendere posizione sull'autentica natura giuridica della sua posizione soggettiva, ma soltanto per enfatizzare il fondamento costituzionale e la notevole dignità sostanziale della posizione di chi formula un'istanza di accesso. Posizione ricollegabile al diritto di difesa enunciato dall'art. 24 Cost. e contemporaneamente all'esigenza di essere informati sul contenuto di documenti. Si aggiunge che il legislatore avrebbe utilizzato tale espressione altresì per evidenziare il nesso esistente fra la disciplina in tema di accesso e i principi fondamentali di trasparenza e di imparzialità dell'azione amministrativa ai sensi degli artt. 21 e 97 Cost. di cui l'accesso è strumento applicativo. Il legislatore sarebbe ricorso quindi in modo atecnico al termine "diritto" nell'art. 22 senza che se ne possa inevitabilmente desumere un'opzione per la natura davvero di diritto soggettivo della posizione di chi propone l'istanza di accesso. Il secondo argomento è quello con cui si è sostenuto che la definizione dell'istanza di accesso passa per una valutazione spettante all'Amministrazione di tipo ponderativo implicante l'esercizio di un certo margine di discrezionalità a fronte del quale vi sarebbe in capo al privato non una posizione di diritto soggettivo ma, come sempre accade quando vi è davvero discrezionalità, di interesse legittimo. Il che si verificherebbe in specie allorché l'istanza di accesso abbia a oggetto atti recanti dati riservati del terzo, ipotesi in relazione alla quale l'Amministrazione sarebbe chiamata a comparare le esigenze conoscitive dell'istante e quelle di riservatezza proprie del titolare del dato riservato. Sicché essendo comparativa e discrezionale la valutazione spettante all'Amministrazione, vi sarebbe per l'appunto un interesse legittimo in capo all'istante e non un diritto soggettivo. Il terzo argomento, che è poi quello ritenuto più rilevante nel dibattito sviluppatosi in quegli anni, faceva perno sulla natura decadenziale del termine di trenta giorni per l'impugnazione del provvedimento di reiezione dell'istanza di accesso. Si è rimarcato che la circostanza secondo cui il legislatore avesse previsto un termine non prescrizioneale, come è proprio e tipico dei diritti soggettivi, ma decadenziale per far valere la posizione di chi propone l'istanza di accesso a fronte dell'intervenuto diniego dell'istanza, confermerebbe la natura giuridica di interesse della propria situazione soggettiva.

39. Tale tesi in giurisprudenza è seguita, *ex multis*, da Cons. St., sez. IV, 22 gennaio 1999, n. 56, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); in dottrina tra gli altri da Virga P. (1998), *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano. Secondo i fautori della tesi del diritto soggettivo, in tal senso depone anzitutto il dato letterale: si osserva infatti che

nonostante il noto principio secondo cui le qualificazioni normative non hanno valore vincolante per l'interprete non possa disconoscersi un peso rilevante alla definizione legislativa. A ciò si aggiunge il rilievo che all'Amministrazione non spetterebbe alcun margine di discrezionalità nel definire l'istanza di accesso. La P.A. non è chiamata infatti a verificare la fondatezza o meno dell'istanza, dovendo solo accertare nell'esercizio di un potere in larga parte vincolato la ricorrenza nel caso di specie dei presupposti dell'accesso come definiti dall'art. 22, l. 241/1990, in particolare i requisiti di legittimazione all'accesso, nonché l'assenza dei limiti all'ostensione indicati dall'art. 24, fra cui in particolare il limite del segreto ex art. 24 c. 1 e il limite della riservatezza dell'art. 24, c. 6. Potere vincolato a fronte del quale pertanto vi sarebbe dunque in ossequio alle teorie tradizionali elaborate in tema di una posizione non d'interesse ma di diritto soggettivo. Il terzo argomento è tratto dalla disciplina del processo in tema di accesso come già allora regolamentato nell'art. 25, l. 241/1990. In particolare, l'art. 25 - ma anche oggi il Codice del processo amministrativo prevede che il processo instaurato con il ricorso avverso un provvedimento di reiezione dell'istanza di accesso è destinato a concludersi in caso di esito favorevole non con una sentenza di tipo caducatorio che si limiti cioè ad annullare l'atto di diniego, ma al contrario con una sentenza recante un ordine di *facere* rivolto dal giudice alla P.A. ovvero di esibire l'atto ovvero di rilasciare la copia dello stesso. Si è valorizzata questa peculiarità del giudizio di accesso per evidenziare come in realtà il giudice avrebbe dovuto e deve verificare oggi la spettanza del bene giuridico" e quindi la fondatezza della posizione soggettiva dell'istante accertando che a questi spetti l'accesso. Soltanto questo accertamento può precludere infatti a una sentenza che rechi l'ordine del giudice rivolto alla P.A. di esibire l'atto ovvero di darne copia. Tale peculiarità del giudizio in tema di accesso presupporrebbe la natura giuridica non di interesse legittimo ma di diritto soggettivo della situazione soggettiva di colui che propone l'istanza di accesso.

40. A lungo si è ritenuto che la definizione di tale questione applicativa dipendesse dalla soluzione del problema della natura giuridica della posizione dell'istante. Non era infatti mancato in passato chi muovendo dalla tesi del diritto soggettivo avesse concluso che la mancata impugnazione del primo provvedimento di rigetto non avrebbe tuttavia potuto precludere al titolare della posizione soggettiva dell'accesso, qualificata come di diritto, di riproporre l'istanza essendo il diritto assoggettato a termine prescrizionale e non decadenziale.

41. Garofoli R., *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto editore, 2013, pp. 801 e ss..

42. Garofoli R., *Compendio di diritto amministrativo*, Nel diritto editore, 2013, pp. 414-415.

43 Magri M. (2013), *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Istituzioni del federalismo*, p.427.

44. Cfr. Patroni Griffi F., *La trasparenza della Pubblica Amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 8/2013 del 17.4.2013, 6; Ponti B., *Il codice della trasparenza amministrativa: non solo riordino, ma ridefinizione complessiva del regime della trasparenza amministrativa on line*, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it).

45. Ponti B., *op. cit.*

46. Toschei S., *op. cit.*, p. 4.

47. Toschei S., *Accesso civico e accesso ai documenti amministrativi, due volti del nuovo sistema amministrativo Italia*, Intervento al Convegno "Anticorruzione e trasparenza: analisi dell'impatto normativo nell'ente locale" - Frascati, 15 luglio 2013.

48. Colapietro C., *Accesso civico*, in *Libro dell'anno del Diritto 2014* - Treccani, 5.

49. Cumin G., *op. cit.*, p. 214; Garofoli R. (2013), *Compendio di diritto amministrativo*, Nel diritto editore, p. 415.

50. Ad esempio, *mutatis mutandis*, Corte cost., 29 marzo 1993, n. 121 ha statuito che è prerogativa del legislatore stabilire la qualificazione giuridica dei rapporti, ma è escluso che possa negare la qualificazione di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente hanno tale natura.

51. In modo non costituzionalmente legittimo secondo Cumin G. (2013), *Il "nuovo" diritto civico di accesso, con particolare riguardo alla giurisdizione del G.A.*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

52. Cfr. Colapietro C., *op. cit.*, p.10; Modugno F. (2012), *Perché è corretto desumere da (o proporre per) l'art. 21 della Costituzione l'esistenza di un diritto all'informazione*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, I, Bari, p. 836.

53. La Commissione Nigro aveva proposto di estendere a "chiunque" il diritto di accesso ai documenti amministrativi.

54. Garofoli R.- Ferrari G. (2012) *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto editore, p. 810.

55. Sull'esclusione della riconducibilità dei diritti di accesso ai documenti a una forma di controllo generalizzato della P.A. v. anche C.g.a. 16 novembre 2011, n. 846; Cons. St., sez. VI, 2 aprile 2010, n. 1900; 25 settembre 2006, n. 5636; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. II; 24 luglio 2008, n. 2974. Cons. St., sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7431, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), ha chiarito che l'interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi è destinato alla comparazione con altri interessi rilevanti fra cui quello della P.A. a non subire eccessivi intralci nella propria attività gestoria garantita anche sul a livello costituzionale. Logico corollario di tale premessa è che il fine di generale verifica dell'attività amministrativa rimane estraneo alle finalità per le quali risulta legislativamente previsto lo specifico strumento dell'accesso.

56. Per tutte: Cons. St., sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1492.

57. V. Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 737; sez. V, 10 agosto 2007, n. 4411, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

58. *Ex multis*, T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 20 aprile 2009, n. 3968, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

59. Bohuny A. (2007), *Accesso ai documenti amministrativi nella legge n. 241/90 riformata*, in Tomei R.(a cura di), *La nuova disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi. Commento alla legge n. 241 del 1990 e al d.p.r. n. 184 del 2006*, Cedam, Padova, pp. 731 ss.
60. Cons. St., sez. VI, 27 ottobre 2006, n. 6440, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
61. Ad esempio, T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 12 giugno 2007, n. 5365, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).
62. In tal senso: T.a.r. Lazio, Roma, sez. III *ter*, 20 gennaio 2012, n. 657, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); Cons. St., ad. plen., 24 aprile 2012, n. 7, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.a.r. Lazio, Roma, sez. I *bis*, 28 agosto 2013, n. 7991, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).
63. Ponti B., *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, a cura di B. Ponti, Maggioli Editore, 2013, 106; Patroni Griffi F., *op. cit.*, 6; Garofoli R. (2013), *Compendio di diritto amministrativo*, Nel diritto editore, p. 415; Cumin G., *op. cit.*, p. 213.
64. V. Cumin G., *op. cit.*, p. 213.
65. V. Esposito F.- Del Grosso G.- Passannanti G., *Il diritto sociale alla trasparenza tra il diritto di accesso e l'accesso civico*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it).
66. V. Tarchi R., *Il diritto di accesso nella prospettiva comparata*, in C. Colapietro, a cura di, *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, pp. 141 ss.
67. Ponti B., *op. cit.*, p. 97.

68. Cfr. Colapietro C., *op. cit.*, p. 5.

69. Cfr. Lombardi, *Azioni popolari "atipiche" a tutela degli interessi diffusi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) del 28 luglio 2008. V. anche Spasiano (2004), *Tutela della persona, rimedi giudiziali e cittadinanza degli organismi privati di utilità sociale*, in *Persona e amministrazione*, a cura di Manganaro - Romano Tassone, Torino, p. 131.

70. T.a.r. Puglia, Lecce, 5 aprile 2005, n. 1487.

71. Cumin G., *op. cit.*, p. 213.

72. Magri M., *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, pp. 435 ss.

73. Si veda ad esempio l'art. 21, c. 1 sull'obbligo di pubblicazione dei "riferimenti necessari" per la consultazione dei contratti e accordi collettivi nazionali.

74. Cfr. *ex multis* Cons. St, sez. V, 10 gennaio 2010, n. 24 in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); sez. VI, 16 febbraio 2007, n. 668, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); sez. V, 14 febbraio 2003, n. 816, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

75. Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. VI, 22 maggio 2006, n. 2959, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 555, in *op. cit.*.

76. Più di recente, Cons. St., ad. plen., 24 aprile 2012, n. 7, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ma già ad. plen., 18 aprile 2006, n. 6, in *op. cit.*. In altra

prospettiva, si è osservata l'importanza del rito camerale (art. 87 c.p.a.) e la scelta per un procedimento speciale differenziato, che potrebbe rendere la disciplina in esame particolarmente adattabile a "cause seriali di massa" (Lipari M., *La tutela giurisdizionale del diritto di accesso ai documenti: effettività della tutela e certezza delle regole*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

77. Cons. St., Sez. V, 9 giugno 1970, n. 523, in *Giur. Amm.*, 193 ss. con nota di Guicciardi E..

78. Cfr. Cons. St., 523/1970, *cit.*; sez. V, 19 febbraio 2007, n. 826, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

79. Cons. St., sez. IV, 30 luglio 2012, n. 4316, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

80. Cons. St., sez. V, 27 maggio 2011, n. 3107, in *op. cit.*

81. Cons. St., sez. IV, 31 marzo 2008, n. 1363, in *op. ult. cit.*. Nello stesso senso, T.a.r. Piemonte, sez. I, 4 luglio 2008, n. 1485, in *op. cit.*, e T.a.r. Puglia, Lecce, 28 aprile 2009, n. 833, in *op. ult. cit.*.

82. Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 2007, n. 6440, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

83. Ponti B., *Il codice della trasparenza amministrativa: non solo riordino, ma ridefinizione complessiva del regime della trasparenza amministrativa on line*, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it). Cfr. Patroni Griffi F., *op. ult. cit.*, p. 7.

84. Ponti B. (2013), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, a cura di B. Ponti, Maggioli Editore, p. 107.

85. Ponti B., *op. cit.*, p. 101.

86. Toschei S., *op. cit.*, p. 4

87. Toschei S., *op. cit.*, p. 4.

88. Esposito F. - Del Grosso G.- Passannanti G., *op. cit.*, p. 6.

89. Ponti B., *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, cit.*, pp. 102 e ss.

Toschei S., *op. cit.*, pp. 4-5. In tal senso, da ultimo, T.a.r. Lazio, Roma, sez. III bis, 9 gennaio 2014, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

91. Qualificate dall'art. 11, c. 1 del d.lgs. n. 33 del 2013 mediante il rinvio all'elenco dettato dall'art. 1 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

92 Anche queste ultime sono vincolate dalle norme del testo unico, ma "provvedono all'attuazione ... secondo le disposizioni dei rispettivi ordinamenti" (art. 11, c. 3 del d.lgs. n. 33 del 2013).

Seppure con non pochi problemi di interpretazione e attuazione La norma non chiarisce, ad esempio, se e come i meccanismi di responsabilità possano applicarsi alle società, e analogo dubbio riguarda l'istituto dell'accesso civico.

Quest'ultimo inciso è dettato dal condivisibile intento di evitare l'estensione del principio di trasparenza in ambiti dell'attività privata estranei alla sua ratio. Tuttavia, la genericità della formula scarica sull'interprete il difficile compito di verificare quale ne sia, in concreto, il punto di ricaduta (sul carattere problematico di simili disposizioni, Pioggia A., *La trasparenza dell'organizzazione e della gestione delle ricorse umane nelle pubbliche amministrazioni*, in Merloni F. (a cura di), *La trasparenza amministrativa, cit.*, pp. 693 ss.). Una soluzione accettabile, coerente con la finalità anticorruzione da cui trae origine il testo unico, potrebbe forse essere quella di ritenere che la disciplina in esame si applichi solo alla parte dell'attività privata che comporta l'utilizzo di danaro pubblico: una indicazione in tal senso è offerta dall'art. 3 della legge-modello interamericana sull'accesso alle informazioni pubbliche (2010), considerata una delle migliori normative sulla libertà di informazione oggi esistenti, (*Model Inter-American Law on Access to Information*, approvata dall'Assemblea generale dell'Organizzazione degli Stati americani con risoluzione n. 2607 dell'8 giugno 2010).

95. La medesima previsione era già contenuta nell'art. 4, c. 6, della legge 4 marzo 2009, n. 15 e nell'art. 11, c. 1, del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

96. Sulla portata di tale previsione, non innovativa, Bonomo A., *Informazione e pubbliche amministrazioni, cit.*, 393.

97. Savino M., *op. cit.*; Ponti B., *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, cit.*.

98. L'art. 4 del d.lgs. 33/2013 contiene al riguardo due previsioni che sembrerebbero insoddisfacenti. Il comma 3 dispone che "Le pubbliche amministrazioni possono disporre la pubblicazione nel proprio sito istituzionale di dati, informazioni e documenti che non hanno l'obbligo di pubblicare (...), *fermi restando i limiti e le condizioni espressamente previsti da disposizioni di legge*, procedendo alla anonimizzazione dei dati personali eventualmente presenti" (corsivo aggiunto), così lasciando all'interprete il compito di desumere dalla legislazione i limiti alla pubblicità. Il successivo comma 6 compie un chiarimento solo parziale, stabilendo senza peraltro innovare che "Restano fermi i limiti alla diffusione e all'accesso delle informazioni di cui all'articolo 24, commi 1 e 6, della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche, di tutti i dati di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 6 settembre 1989, n. 2, di quelli previsti dalla normativa europea in materia di tutela del segreto statistico e di quelli che siano espressamente qualificati come riservati dalla normativa nazionale ed europea in materia statistica, nonché quelli relativi alla diffusione dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale".

99. Si consideri, a titolo esemplificativo, che la pubblicazione obbligatoria riguarda soltanto i dati attinenti ad alcuni uffici (art. 13) e ad alcune tipologie di provvedimenti (art. 23), e, per ciò che concerne i c.d. costi della politica, solo quelli indicati dall'art. 28.

100. Infatti numerose norme ovvero *guidelines* impongono nei casi poco chiari una presunzione interpretativa in favore della *disclosure*. Esempio è il *Memorandum on Transparency and Open Government* del Presidente degli Stati Uniti, Barack Obama: "*The Freedom of Information Act should be administered with a clear presumption: In the face of doubt, openness prevails. ... All agencies should adopt a presumption in favor of disclosure, in order to renew their commitment to the principles embodied in Foia, and to usher in a new era of open Government. The presumption of disclosure should be applied to all decisions involving Foia. The presumption of disclosure also means that agencies should take affirmative steps to make information public*" (*Memorandum FOIA for the Heads of Executive Departments and Agencies*, 21 gennaio 2009, <http://www.uspto.gov/ip/boards/>). Più in generale, sul principio di "*maximum disclosure*" che è a fondamento del modello FOIA (e sulla presunzione in favore della pubblicazione e dell'accesso che ne deriva), Mendel T., *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, cit., 25.

101. Esempio è la previsione contenuta nell'*Access to Public Information Act (APIA)* sloveno del 22 marzo 2003, che prevede la pubblicazione di "*All public information requested by the applicants at least three times*" (art. 10, par. 1, n. 6, APIA, corsivo aggiunto). Analoga, ma meno stringente è la disposizione del FOIA statunitense, secondo cui "*Each agency, in accordance with published rules, shall make available for public inspection and copying ... (D) copies of all records, regardless of form or format, which have been released to any person ... and which, because of the nature of their subject matter, the agency determines have become or are likely to become the subject of subsequent requests for substantially the same records*" (5 U.S.C. sect. 552 (2), come modificato dall'e-FOIA del 1996; corsivo aggiunto). Più circoscritta è, invece, la portata della previsione contenuta nel FOIA messicano: la norma di chiusura relativa agli obblighi di pubblicazione fa riferimento a "*Any other information that may be useful or considered relevant, in addition to information based on statistical surveys that is responsive to the public's most frequently asked questions*" (art. 7, par. XVII, della legge 11 aprile 2002, Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental, corsivo aggiunto).

102. Cfr. Casetta E. (2013), *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, p. 527.

103.Cfr. Civit, *Rapporto sulla trasparenza nei ministeri*, cit., 7, e Id., *Rapporto sulla trasparenza negli enti pubblici nazionali*, cit., 18, ove si legge: “Come per i ministeri, la differenza tra i valori relativi alla pubblicazione dei dati obbligatori e quelli ulteriori è evidente. Per i primi si registra l’avvio di un processo, un impegno da parte delle amministrazioni. Per i secondi non sembra che un processo sia realmente avviato. Nel complesso, si può dire che nell’amministrazione vi sono aree di trasparenza e aree di opacità e che, comunque, non si è ancora affermato il valore della trasparenza come strumento per favorire il controllo sociale e diffuso sull’operato della pubblica amministrazione, sull’impiego delle risorse pubbliche e sulle attività realizzate”.

104. Colapietro C., *Accesso civico*, in *Libro dell’anno del Diritto 2014* - Treccani, p. 5.

105. Colapietro C. - Santarelli C. *op. cit.*, p. 7; Toschei S., *op. cit.*, p. 4.

106.Torano V., *Il diritto di accesso civico*, Intervento al Convegno “*Anticorruzione e trasparenza: analisi dell’impatto normativo nell’ente locale* - Frascati, 15.7.2013.

107.Toschei S., *op. cit.*, pp. 4-5.

108. Si pensi a quelle di cui all’art. 26, d.lgs. 33/2013 che vedono sorgere l’obbligo di pubblicazione al tempo dell’erogazione del beneficio economico, ai sensi dell’art. 27 ovvero ai dati relativi all’affidamento delle commesse pubbliche, all’esito delle procedure di cui al Codice dei contratti pubblici, che devono essere pubblicate entro il 31 gennaio di ogni anno.

109. Resteranno fermi, ad esempio, il termine di 15 giorni consecutivi di pubblicazione all’albo pretorio *on line* ai sensi dell’art. 32, c. 1, l. 69 /2009 per tutte le deliberazioni (art. 124, tuel) e del determinazioni dirigenziali di comuni e province; il termine di 8 giorni per le pubblicazioni di matrimonio (art. 55, d.P.R. 396/2000) ovvero il termine per la pubblicazione del decreto di accertamento degli usi civili (art. 42, r.d. 332/1928).

110. Ponti B., *op. ult. cit.*, p. 111.