

10 OTTOBRE 2018

La nuova trasparenza amministrativa:
un bilancio a due anni dal “FOIA
Italia”

di Gianluca Gardini

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Ferrara



La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal “FOIA Italia”*

di Gianluca Gardini

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Ferrara

Sommario: **1.** FOIA Italia: diritto individuale o strumento anticorruzione? **2.** A chi appartengono le informazioni pubbliche? **3.** Dalla trasparenza come mezzo alla trasparenza come fine; **4.** Le conseguenze dell’ambigua natura dell’accesso civico; **5.** L’assenza di una autorità indipendente preposta all’enforcement del FOIA; **6.** Alcune questioni operative: i rimedi contro i silenzi dell’amministrazione; **7.** Segue: i rimedi contro l’inottemperanza dell’amministrazione alla decisione del Difensore civico; **8.** Brevi conclusioni

1. FOIA Italia: diritto individuale o strumento anticorruzione?

In Italia, il "diritto all'informazione amministrativa" (e la sua azionabilità dinanzi agli organi della giurisdizione, o dinanzi ad altri organismi indipendenti) ha richiesto molto tempo per essere riconosciuto, e anche oggi, nonostante l’approvazione del cosiddetto Codice della trasparenza, non può considerarsi pienamente realizzato.

Il punto di fondo è che il nostro legislatore, nell’introdurre l’accesso civico generalizzato, non ha compiuto una scelta netta sulla configurazione di questo potente strumento di trasparenza, la cui tutela oscilla pericolosamente tra quella tipica dei diritti fondamentali della persona e il sostegno accordato alle tecniche di contrasto alla corruzione.

I fattori che contribuiscono a determinare questa ambiguità di fondo sono molteplici.

Il più importante, anche se meno evidente, è ascrivibile alla laconicità della nostra Carta costituzionale in riferimento al diritto all’informazione: le debolezze dell’art. 21 Cost. vengono proiettate, come altrettanti vizi d’origine, sulle leggi che si sono succedute nel corso degli anni per realizzare l’obiettivo della “trasparenza amministrativa”.

Com’è noto la nostra Costituzione si cura esclusivamente del profilo attivo della libertà di espressione, trascurando o comunque affidando all’opera degli interpreti l’affermazione di uno speculare diritto passivo di essere informati (o riflessivo di informarsi). Così, il diritto di manifestazione del pensiero, “pietra angolare dell’ordine democratico” (Corte cost. 84/1969), si vede privato di alcune dimensioni

* Riceviamo e volentieri pubblichiamo. Il presente saggio trae spunto dalla Relazione svolta al Seminario organizzato dalla Conferenza delle Assemblee regionali dal titolo “Accesso civico, riservatezza e organi di garanzia”, Senato della Repubblica, 12 luglio 2018.

assolutamente centrali nella dinamica democratica. A dispetto dell'impostazione monodimensionale seguita dal nostro Costituente, assai limitata rispetto ad altre Carte costituzionali e alle più importanti Dichiarazioni dei diritti internazionali, il profilo passivo/riflessivo del diritto di informazione merita una protezione altrettanto forte di quello attivo: in proposito basti pensare che la libera formazione dell'opinione pubblica, da cui dipende direttamente il corretto funzionamento dell'intero sistema democratico, impone il riconoscimento da parte dell'ordinamento - sia sul piano concettuale sia su quello del diritto positivo - della pretesa a ricevere informazioni, a conoscere quante più idee, opinioni e informazioni sia possibile, in modo da favorire il sorgere nei cittadini di una coscienza critica e di un'opinione consapevole.

Un confronto con la vicina Spagna, dove il livello di protezione del diritto di accesso è per molti aspetti più avanzato, è utile a chiarire il punto. La Costituzione spagnola del 1978, molto più "recente" e moderna della Costituzione italiana, non solo afferma il diritto di «comunicare o ricevere liberamente informazioni veritiere attraverso qualsiasi mezzo di diffusione» [art. 20.d], ma riconosce esplicitamente il "diritto dei cittadini di accedere agli archivi e ai registri amministrativi, tranne che in questioni che riguardano la sicurezza e la difesa dello Stato, indagine sui crimini e sulla privacy delle persone» (art. 105.b). I commentatori avvertono che questa disposizione non realizza fino in fondo il diritto all'informazione amministrativa (gli archivi non esauriscono tutte le informazioni pubbliche), che questo diritto non è inserito tra l'elenco dei diritti fondamentali dell'individuo, bensì nella sezione dedicata al governo e all'amministrazione¹; tuttavia, è innegabile che questa norma fornisca una solida base di appoggio per affermare l'esistenza di un diritto dell'individuo a ricercare e ottenere buona parte delle informazioni nella disponibilità delle pubbliche amministrazioni.

Al contrario, nella nostra Carta costituzionale manca completamente una base giuridica al diritto dei cittadini di "essere informati" e di "informarsi", e senza dubbio questa lacuna ha contribuito notevolmente alle esitazioni del legislatore ordinario nel configurare l'accesso civico generalizzato in termini di libertà/diritto individuale o strumento anticorruzione.

Andando direttamente alla fonte della disciplina sulla trasparenza, ossia la legge FOIA (*Freedom of Information Act*) nordamericana del 1966, presa universalmente a paradigma di tutta la legislazione mondiale in materia di *disclosure* e trasparenza pubblica (a cui si ispirano oltre 100 paesi nel mondo), si rileva che essa attribuisce un diritto di accesso ai documenti pubblici "to any person", inclusi gli stranieri e le persone giuridiche. La legislazione FOIA nordamericana riconosce un diritto della persona a tal punto esteso da consentire fenomeni di abuso del diritto e istanze per finalità puramente egoistiche, anche

¹ F. REY MARTÍNEZ, «*Quod omnes tangit ab omnibus cognitum esse debet: el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental*», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 33 (2014), pp. 19 e ss



laddove tali istanze non siano funzionali alla trasparenza pubblica o addirittura disfunzionali rispetto al buon andamento dell'amministrazione ².

Nel sistema statunitense, in altre parole, la trasparenza è un mezzo per soddisfare il diritto/libertà dell'individuo di essere informato, di partecipare alla vita democratica e non costituisce un fine in sé, meritevole di essere perseguito in quanto tale.

2. A chi appartengono le informazioni pubbliche?

Un secondo fattore di ambiguità, anch'esso scarsamente evidente, riguarda la titolarità delle informazioni pubbliche.

Non di rado, a livello internazionale, il riconoscimento del diritto all'informazione pubblica trova il proprio ancoraggio nella "spettanza" delle informazioni pubbliche: le Amministrazioni hanno a disposizione un numero enorme di dati grazie al fatto che sono i cittadini a fornirglieli, e di conseguenza dovrebbero gestire questo patrimonio informativo non nel proprio interesse, ma in quello *del pubblico*. In questa veste di "archivisti", le pubbliche amministrazioni dovrebbero fungere da custodi dell'interesse generale, motivo per cui tutte le informazioni detenute dalle amministrazioni dovrebbero essere accessibili al pubblico, ad eccezione di quelle espressamente escluse dalla legge in considerazione di un interesse prevalente (le cosiddette *exemptions*).

Nel custodire informazioni e dati, si osserva, l'amministrazione agisce nell'interesse di terzi, ossia dei cittadini, i quali rappresentano in ultima analisi i veri titolari del "bene" informazione. Le informazioni, infatti, possono essere apprezzate anche come "beni della vita" che soddisfano interessi meritevoli di tutela (eventualmente patrimoniali) dell'individuo, oltre che come oggetti di conoscenza su cui si esercita la libertà di informazione in senso riflessivo o passivo del cittadino. In altri termini, negando l'accesso generalizzato alle informazioni pubbliche, oltre che alla libertà si reca anche una lesione al patrimonio del singolo. L'angolatura che si vuole qui tentare di mostrare non è poi così insolita, se si pensa che anche il

² D. POZEN, Freedom of Information beyond the Freedom of Information Act, in University of Pennsylvania Law Review, 2017, p. 1097. "The Supreme Court has stated that the Freedom of Information Act (FOIA) "defines a structural necessity in a real democracy." Legislators, journalists, and watchdog groups routinely describe FOIA as "an indispensable tool in protecting the people's right to know". (...)But the claims are false. A real democracy must have some mechanisms securely in place to shine light on the government's actions. There is no need to have a freedom of information law on the U.S. model». L'A. afferma che l'accesso alla documentazione pubblica (public records) è costruito, nel modello nordamericano, come un "diritto individuale a vantaggio del solo titolare" (Government transparency is thus framed as an individual right held by the requester alone) e muovendo da questo presupposto, parla di FOIA winners (agenzie commerciali, avvocati, contraenti pubblici) e FOIA *losers* (soprattutto le *government agencies*, che ricevono oltre 700 mila istanze FOIA l'anno e hanno ingenti costi per mantenere il personale deputato a rispondere).

diritto alla riservatezza (*right to privacy*), all'origine, venne ancorato al diritto di proprietà nell'ordinamento nordamericano³.

Questa impostazione “proprietaria”, ad esempio, è fatta propria dal Relatore speciale della Commissione interamericana dei diritti umani, che, nella sua relazione annuale alla Commissione (1999), afferma apertamente che «in un sistema rappresentativo (...) l'informazione *appartiene al singolo* che ha delegato ai propri rappresentanti la gestione di questioni di pubblico interesse; informazione che lo Stato usa e produce con il denaro dei contribuenti» (corsivo aggiunto).

Non solo. Più specificamente, nella prospettiva delle scienze giuridiche le informazioni possono considerarsi beni “immateriali e pubblici”. Ad esse è possibile ricondurre gli stessi caratteri che, a partire dagli anni Settanta, la dottrina attribuisce ai beni culturali⁴: le informazioni sono beni immateriali in sé, per il fatto che non si identificano e immedesimano con il loro supporto materiale. Ma sono beni immateriali anche con riferimento al valore di cui esse sono portatrici: come i beni culturali (che, al contrario, non sono immateriali in sé) le informazioni sono strumenti di diffusione e sviluppo delle idee, delle opinioni, della cultura. La pubblicità delle informazioni, invece, va considerata non con riferimento al regime proprietario, bensì alla destinazione pubblica del valore di cui le informazioni sono portatrici⁵.

In questa sede potrebbe dunque ripetersi per l'informazione quanto è stato autorevolmente affermato con riferimento al bene culturale: «è pubblico in quanto bene di fruizione, non di appartenenza»⁶. A queste considerazioni si potrebbe aggiungere, come avvenuto appunto in relazione ai beni culturali, che le informazioni svolgono anche una “funzione sociale”, consistente nella diffusione e di sviluppo delle idee e della cultura⁷.

In questa ulteriore prospettiva, dunque, non sarebbe tanto il diritto di proprietà ad essere leso dall'oscuramento delle informazioni pubbliche, quanto la fruibilità delle stesse da parte del pubblico, della collettività.

Tuttavia, la natura di “beni pubblici” delle informazioni a disposizione delle pubbliche amministrazioni, sia che le si voglia considerare beni prodotti con l'apporto dei contribuenti ovvero beni destinati alla

³ La transizione dalla *privacy property* alla *privacy dignity* fu innescata proprio dallo scritto di S. WARREN e L. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, apparso nel dicembre 1890 sulle pagine della *Harvard Law Review*, Nondimeno, nella concezione nordamericana residuano evidenti le tracce di un'accezione proprietaria della *privacy*, che deriva da una concezione ampia di proprietà intesa come appartenenza. In tema, A. BALDASSARRE, *Privacy e costituzione: l'esperienza statunitense*, Bulzoni, 1974.

⁴ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1976 p. 3 e ss.; M. AINIS, M. FIORILLO, *I beni culturali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, II ed., *Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003, II, p. 1449 e ss.

⁵ L. CASINI, *Beni culturali (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, p. 680

⁶ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit.

⁷ G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Milano, 1988, 563 e ss.

fruizione collettiva, non trova riscontro nella legislazione FOIA italiana, che configura l'accesso alle informazioni pubbliche come mezzo di controllo diffuso sull'amministrazione, al più come strumento di partecipazione democratica alle decisioni amministrative, ma non certo come diritto dei cittadini a fruire di informazioni ad essi appartenenti, dei quali l'amministrazione ha solo la custodia.

Probabilmente, qualche indicazione in più da parte del legislatore circa la natura e la titolarità delle informazioni pubbliche aiuterebbe a diradare i dubbi che oggi circondano l'accesso civico generalizzato nel nostro Paese, in bilico tra diritto individuale e mezzo di lotta alla corruzione.

3. Dalla trasparenza come mezzo alla trasparenza come fine.

Da queste premesse la domanda di fondo: nel nostro ordinamento l'accesso civico si configura prevalentemente come diritto dell'individuo o come strumento di lotta alla corruzione? La risposta a questo quesito non rappresenta un esercizio teorico, né risponde ad esigenze di classificazione dogmatica, ma è una fondamentale premessa per comprendere appieno la natura e i limiti di questo istituto.

Nel nostro ordinamento, come in molti altri paesi europei, l'introduzione dell'accesso civico è avvenuta soprattutto sulla spinta di leggi volte a contrastare la corruzione pubblica. Come è stato acutamente rilevato, in molti paesi europei «la trasparenza rappresenta una priorità fissata dall'alto “al calore” dei casi di corruzione che hanno prodotto una radicale sfiducia nei confronti della politica e delle istituzioni»⁸. Il nesso tra accesso e prevenzione della corruzione è dato dal fatto che la conoscenza di informazioni, dati e documenti pubblici consente a chiunque di esercitare un controllo consapevole e informato sulle attività della Pubblica amministrazione.

Così costruito, l'accesso generalizzato però subisce una torsione logica e da diritto fondamentale dell'individuo diviene principalmente strumento di lotta alla corruzione, un "disinfettante" contro la cattiva amministrazione che solo indirettamente soddisfa il diritto all'informazione del cittadino.

Così in Italia, a partire dal 2013, l'accesso civico è congegnato come strumento di lotta alla corruzione, e risulta finalizzato alla tutela dell'interesse pubblico al controllo diffuso sull'amministrazione, prima ancora che alla soddisfazione di un diritto individuale all'informazione. La stessa locuzione “accesso civico” evoca immediatamente l'idea di un diritto riconosciuto *uti cives*, nell'interesse della collettività e non del suo titolare. Si tratta di un'impostazione che privilegia l'accesso come mezzo rispetto all'accesso come fine, da cui derivano conseguenze molto rilevanti sulla natura e limiti di questo istituto.

Una rapida carrellata sull'evoluzione del diritto di accesso nell'ordinamento nazionale serve a illustrare meglio il concetto. Dopo il fallimento del progetto Nigro, che, nel proporre la disciplina sull'accesso

⁸ E. GUICHOT, *Reflexiones acerca de la aplicación de la nueva normativa sobre transparencia pública*, Revista Andaluza de Administración Pública, 94 (2016), pp. 89 e ss

documentale, poi confluita nella legge n. 241/90, auspicava una legittimazione diffusa alla conoscenza di documenti nella disponibilità delle PA (cd. tutto a tutti), il Decreto Legislativo 33/2013 prova compensare la mancanza di un diritto individuale all'informazione amministrativa mettendo preventivamente a disposizione dei cittadini, sui siti web della PA, una lunga lista di informazioni, documenti e dati che indirettamente dovrebbero soddisfare questo diritto. Tuttavia, questa strategia si rivela, allo stesso tempo, dirigista e insoddisfacente. Dirigista perché assume apoditticamente che il diritto all'informazione del singolo sia soddisfatto *ex se* dalle informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria, insoddisfacente perché costringe le amministrazioni ad un costosa attività di pubblicazione online che, oltre a non appagare le aspettative dei cittadini, rischia di contravvenire ai principi fondativi del diritto alla riservatezza⁹.

Per questo motivo, a distanza di soli due anni, il legislatore è costretto a intervenire nuovamente in materia e, con la legge 7 agosto 2015, n. 124 affida al Governo il compito di introdurre una nuova forma di accesso civico che, pur mantenendo fermi gli obblighi di pubblicazione, si fonda sul “riconoscimento della *libertà di informazione* attraverso il diritto d'accesso [...] di chiunque [...] ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, (...) nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati” [art. 7, comma 1, lett. h), L. n. 124 del 2015 (c.d. legge Madia)]. Di qui, in attuazione della delega, il Decreto Legislativo 97/2016 stabilisce il diritto di ogni persona a conoscere (*right to know*) i dati a disposizione della Pubblica Amministrazione (ad eccezione di quelli espressamente esclusi) al fine di ottenere un effetto complessivo di trasparenza pubblica.

Dopo questa ulteriore riforma molti commentatori ritengono che il legislatore abbia finalmente introdotto nell'ordinamento italiano il “right to know”, quale diritto fondamentale dell'individuo di esigere qualsiasi informazione (che non sia riservata) a cui corrisponde uno speculare dovere dell'amministrazione di consentire l'accesso a dati e documenti nella propria disponibilità. Viene così salutato con grande favore l'avvento del FOIA anche in Italia: in realtà, nonostante si ispiri apertamente alla legislazione FOIA nordamericana, e dunque metta al centro un diritto fondamentale dell'individuo, il d.lgs. 97/16 *funzionalizza* il diritto di accesso *civico* all'interesse della collettività, ponendolo essenzialmente a servizio della trasparenza pubblica e della lotta alla corruzione. In sostanza il bene tutelato in via principale risulta essere la “buona amministrazione”, e non “il diritto all'informazione amministrativa”.

A questo proposito il Consiglio di Stato aveva già avuto modo di rilevare che «il diritto di accesso (...) è collegato a una riforma di fondo dell' Amministrazione, ispirata ai principi di democrazia partecipativa, della

⁹ TAR Lazio, ordinanza 19 settembre 2017, n. 9828, che ritiene non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 14, comma 1 bis e comma 1 ter, del riformato d.lgs. 33/2013

pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa desumibili dall'art. 97 Cost., che s'inserisce a livello comunitario nel più generale diritto all'informazione dei cittadini rispetto all'organizzazione e alla attività... amministrativa *quale strumento di prevenzione e contrasto sociale ad abusi e illegalità (...)*¹⁰.

Nello specifico, con riferimento all'accesso civico generalizzato, il Consiglio di Stato sottolinea che «non solo *non si può legittimamente predicare l'esistenza d'un diritto soggettivo* in capo ai destinatari tale addirittura da condizionare la posizione di chi informa pure nei contenuti e nel risultato, ma non si ravvisa, nel corpo dello stesso art. 21 Cost., il fondamento di un generale diritto di accesso alle fonti notiziali, al di là del concreto regime normativo che, di volta in volta e nell'equilibrio dei molteplici e talvolta non conciliabili interessi in gioco, regolano tal accesso»¹¹. In altre parole, secondo il Consiglio di Stato occorre evitare ogni generalizzazione sul rapporto tra diritto d'accesso e libertà di informare.

Al più, il Consiglio di Stato si spinge ad affermare che il diritto di accesso civico serve a realizzare un altro diritto individuale, inerente i rapporti *politici* con le istituzioni e non i rapporti civili, le libertà dei privati: il diritto di partecipazione alla vita democratica. Del resto, questa conclusione si ricava facilmente dalla lettura della norma di esordio del Codice della trasparenza, ove si afferma che «La trasparenza è intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, *allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*» [art. 1, comma 1, d.lgs. 33/13]. In base alla *ratio* legislativa, espressamente enunciata da questo articolo, la trasparenza (e dunque l'accesso che ne è il braccio operativo) appare funzionale alla tutela di diritti individuali, alla partecipazione dei cittadini alla vita istituzionale, e solo indirettamente rappresenta un mezzo di controllo diffuso sulla amministrazione. Raccogliendo questa indicazione, il Consiglio di Stato ha infatti chiarito che « nel caso dell'accesso civico l'ordinamento giuridico conferisce ai cittadini una posizione strumentale ad uno *status*, onde consentire agli stessi una partecipazione attiva alla vita delle istituzioni, anche in funzione di lata vigilanza sul corretto funzionamento delle stesse (di modo che tale posizione non presuppone una preesistente situazione di diritto soggettivo o di interesse legittimo, ma, appunto, uno *status*); al contrario, il diritto di accesso disciplinato dalla l. n. 241/1990 appare oggi (così ulteriormente confermando le conclusioni dell'Adunanza Plenaria n. 6/2006) ancor più chiaramente afferire strumentalmente alla titolarità di posizioni giuridiche sostanziali che – anche attraverso di esso – si intendono tutelare da parte del loro titolare»¹².

¹⁰ Cons. Stato, V, 17 marzo 2015 n. 1370

¹¹ Cons. Stato, IV, 12 agosto 2016, n. 3631

¹² Cons. Stato, IV, 13 luglio 2017, n. 3461

Lo stesso Codice della trasparenza, qualche articolo più avanti, sembra però dimenticare le finalità generali enunciate in esordio e, trattando del diritto di accesso civico a dati e documenti, afferma che «chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione (...), nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti», collegando il riconoscimento di tale diritto «Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico» [art. 5, comma 2, d.lgs. 33/13]. Scompare come per incanto qualsiasi riferimento ai diritti dei cittadini, che hanno invece una posizione centrale nell'art. 1 del Codice, mentre si verifica ad un'evidente inversione nella gerarchia delle finalità del diritto di accesso civico: sopra ogni altra, quella di garantire il controllo diffuso sull'amministrazione, e in seconda battuta – per non dire a margine - assicurare la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa.

Dunque, per rispondere al quesito iniziale sulla natura del diritto di accesso civico nel nostro ordinamento, occorre concludere che esso vive in un limbo indefinito tra i diritti fondamentali di natura civile (a cui teoricamente si ispira la legislazione FOIA), il diritto politico di partecipazione alla vita democratica e istituzionale (a cui fa espressamente riferimento l'art. 1, comma 1 del d.lgs. 33/13), e gli strumenti di lotta alla corruzione attivabili da parte dei privati attraverso la titolarità di pretese riconosciute all'ordinamento *uti cives*, al fine di realizzare forme di controllo diffuso sull'amministrazione. Il codice della trasparenza lascia aperte più opzioni interpretative, generando inevitabili incertezze nell'applicazione di questo nuovo e rivoluzionario istituto: a seconda che la giurisprudenza si orienti a favore di una lettura a scapito delle altre, si avrà una diversa estensione dell'accesso civico e della discrezionalità delle amministrazioni nel rispondere alle istanze di accesso.

Si badi che questo discorso non mira ad affermare che il FOIA italiano debba necessariamente ruotare intorno al *diritto* della persona di essere informato e di informarsi, marginalizzando l'obiettivo del controllo diffuso e dell'anticorruzione: si tratta semplicemente di impostazioni diverse, tutte e due valide al fine di garantire la trasparenza dell'attività e dell'uso delle risorse pubbliche, che tuttavia portano con sé conseguenze altrettanto diverse. Non esiste una strategia migliore dell'altra nell'ottica di migliorare la trasparenza pubblica, solo prospettive differenti. È però indispensabile che il legislatore faccia chiarezza sull'impostazione che intende privilegiare, altrimenti il risultato finale non potrà che essere quello di autorizzare interpretazioni diverse circa l'estensione del diritto di accesso civico, in alcuni casi addirittura opposte, che risultano però tutte possibili e legittime alla luce di un testo normativo ambiguo.

4. Le conseguenze dell'ambigua natura dell'accesso civico.

Un problema concreto, strettamente connesso alla (ambigua) natura del diritto di accesso civico, riguarda le istanze di accesso civico presentate per fini lucrativi, commerciali o semplicemente egoistici, in assenza di qualunque volontà da parte dell'istante di esercitare un controllo diffuso sull'amministrazione.

Il caso nasce da un "conflitto interpretativo" che vede contrapposti, da un lato, il Difensore civico dell'Emilia Romagna¹³ e, dall'altro, l'Autorità di garanzia della privacy, e si riferisce ad alcune istanze di accesso civico generalizzato presentate da agenzie immobiliari che, a partire dall'introduzione del d.lgs. 97/16, sempre più frequentemente chiedono di conoscere le DIA e SCIA presentate in alcuni comuni italiani, in uno specifico arco temporale.

L'Autorità di garanzia per la privacy, interpellata sulla questione specifica, ha rilasciato un parere (n. 360 del 10/08/2017) in cui espone quanto segue: l'art. 5, co. 2 del d.lgs. n. 33/2013, così come novellato dal d.lgs. n. 97/2016, prevede che il diritto di accesso generalizzato possa essere esercitato da chiunque "allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico". La finalità per cui viene esercitato l'accesso civico, secondo L'Autorità di garanzia, sarebbe dunque *esclusivamente quella rivolta ad un controllo diffuso sull'amministrazione, in funzione di contrasto alla corruzione*. A suffragio di questa tesi il Garante cita le linee guida ANAC, nella parte in cui affermano che l'accesso civico generalizzato è "servente" rispetto al suddetto controllo generalizzato.

In tale ottica, sempre sul rapporto tra l'applicazione del diritto e le finalità ad esso sottese, il Garante richiama la giurisprudenza della Corte EDU, secondo cui, l'articolo 10 della CEDU non conferisce, in via generale, all'individuo il diritto di accesso alle informazioni in possesso delle autorità pubbliche, né obbliga tali autorità a conferire allo stesso le medesime informazioni. Un tale diritto, o un tale obbligo, può essere infatti ricondotto alla più ampia libertà di espressione tutelata dalla stessa Convenzione, soltanto in situazioni particolari e a specifiche condizioni. Tra queste, assume particolare rilievo la circostanza che le informazioni oggetto di accesso attengano a questioni di interesse pubblico e che, pertanto, l'accesso alle informazioni in possesso delle autorità pubbliche possa ritenersi strumentale all'esercizio della libertà del richiedente di ricevere e di diffondere al pubblico le medesime informazioni, di modo che il diniego dell'accesso costituirebbe una lesione di questa libertà¹⁴. Pertanto, secondo lo stesso Garante, non rientrerebbero nell'ambito di applicazione del diritto di accesso civico generalizzato quelle istanze finalizzate a scopi commerciali o comunque estranei al controllo pubblico sull'operato amministrativo.

¹³ Si segnala che, all'epoca dei fatti, la carica di Difensore civico dell'Emilia Romagna era ricoperta dall'Autore del presente saggio.

¹⁴ cfr. da ultimo il caso Magyar Helsinki Bizottság v. Ungheria, 8 Novembre 2016, parr. 156 e 160- 163

In secondo luogo, sempre nel medesimo parere, il Garante per la protezione dei dati personali sottolinea che, in questi casi, l'ostensione, anche parziale, dei documenti richiesti, considerate la qualità e la quantità dei dati personali coinvolti e il particolare regime di pubblicità dei dati oggetto di accesso civico, potrebbe determinare un pregiudizio concreto alla tutela della protezione dei dati personali ai sensi dell'art. 5-bis, co. 2, lett. a), del d.lgs. n. 33/2013. In proposito, nell'opinione dell'Autorità di garanzia per la protezione dei dati personali non sembra assumere rilevanza nemmeno il fatto che, sino all'introduzione del d.lgs. 97/16, tutti i provvedimenti della PA (compresi SCIA e DIA) erano oggetto di pubblicazione obbligatoria sul sito dell'amministrazione competente ai sensi del d.lgs. 33/13. In seguito all'introduzione dell'accesso civico generalizzato molti provvedimenti sono stati stralciati dall'elenco dei documenti da pubblicare, al fine di compensare il maggior carico burocratico derivante dall'accesso civico generalizzato con un alleggerimento degli obblighi di pubblicazione sul sito "Amministrazione trasparente" spettanti all'amministrazione. Né vale ricordare, a questo riguardo, che il regime di pubblicità dei titoli in materia edilizia, con particolare riferimento all'obbligo di dare avviso dell'avvenuto rilascio del permesso di costruire, era già previsto dall'art. 20, co. 6 del d.P.R. n. 380/2001. Sul punto, infatti, il Garante richiama un "consolidato orientamento" giurisprudenziale, secondo cui tale norma assicura a qualsiasi soggetto interessato la possibilità di visionare gli atti del procedimento "in ragione di quel controllo 'diffuso' sull'attività edilizia che il legislatore ha inteso garantire"¹⁵. Secondo il Garante, tale orientamento andrebbe interpretato nel senso che l'accessibilità ai titoli edilizi – benché evidentemente finalizzata alla promozione di un "controllo diffuso" – sia da intendersi limitata soggettivamente ai portatori di un interesse differenziato e qualificato. Tale interpretazione non muterebbe quindi neppure dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 97/2016. Pertanto, a prescindere dalla questione inerente all'equiparazione tra titoli in materia edilizia *stricto sensu* intesi e SCIA/DIA, secondo la ricostruzione fornita dal Garante solo i soggetti legittimati a esercitare l'accesso documentale (legge 241/1990) potrebbero entrare in possesso dei dati personali contenuti in SCIA e DIA.

Di tutt'altro avviso sembra essere il Difensore civico dell'Emilia Romagna, il quale sottolinea che gli unici limiti che la legge consente di opporre all'accesso civico generalizzato sono quelli indicati all'art. 5-bis, limiti che vanno considerati di stretta interpretazione in quanto eccezioni alla regola generale della trasparenza amministrativa. E tra essi, fa notare il Difensore civico non compare la finalità di controllo diffuso sull'amministrazione (148/2018/EL).

Ovviamente, si legge nel parere del Difensore civico emiliano, l'amministrazione destinataria dell'istanza deve effettuare un bilanciamento tra il diritto di accesso alle informazioni e il diritto alla riservatezza del

¹⁵ T.A.R. Marche, Ancona, 7 novembre 2014, n. 923

soggetto cui i dati afferiscono, in osservanza delle Linee Guida ANAC; e, qualora l'esigenza informativa possa essere soddisfatta anche senza implicare il trattamento di dati personali, "il soggetto destinatario dell'istanza [...] dovrebbe in linea generale scegliere le modalità meno pregiudizievoli per i diritti dell'interessato, privilegiando l'ostensione di documenti con l'omissione dei 'dati personali' in esso presenti. Viceversa, nel parere del Garante, non si trova alcun riferimento a tale bilanciamento (ovvero alla possibilità di risoluzione del conflitto attraverso l'oscuramento dei dati personali), né tantomeno si indaga sulla natura dei dati contenuti nella SCIA (dati comuni, sensibili, ecc.). In conclusione, il pregiudizio concreto alla tutela della protezione dei dati personali, posto fra i motivi alla base del diniego, non viene concretamente specificato né dal Comune né dal Garante, non sussistendo, nelle relative motivazioni, alcun riferimento alle concrete conseguenze negative e pregiudizi concreti che potrebbero derivare all'interessato dalla conoscibilità del dato da parte di chiunque.

Con specifico riferimento a possibili dati personali contenuti nei titoli edilizi, rileva ancora il Difensore civico emiliano, è lo stesso T.A.R. Marche, chiamato in causa dal Garante della privacy, a sottolineare che «l'onere di pubblicazione è funzionale a consentire a qualsiasi soggetto interessato di visionare gli atti del procedimento, in ragione di quel controllo diffuso sull'attività edilizia che il legislatore ha inteso garantire». Tale obbligo di pubblicazione del permesso di costruire, previsto dall'art. 20, co. 6 del d.P.R. n. 380/2001, rappresenta una sorta di accesso civico "ante litteram", in quanto, ben prima dell'avvento degli obblighi di pubblicazione di cui al d.lgs. 33/13, obbligava i comuni a dare notizia dell'avvenuto rilascio di un titolo edilizio nell'albo pretorio. Tale onere, come esattamente sottolinea il T.A.R. delle Marche, «è funzionale a consentire a qualsiasi soggetto interessato di visionare gli atti del procedimento, in ragione di quel controllo "diffuso" sull'attività edilizia che il legislatore ha inteso garantire». Lo stesso T.A.R. Marche distingue accuratamente l'obbligo di pubblicazione finalizzato all'esercizio di un controllo "diffuso" sui titoli edilizi, da un lato, dal diritto ad accedere ai titoli edilizi ai sensi della legge n. 241/90, collegato ad una posizione qualificata del richiedente, dall'altro: ai soggetti proprietari di immobili siti nella zona in cui è permessa la costruzione e a coloro che si trovano in una situazione di stabile collegamento con essa, va riconosciuta una posizione qualificata e differenziata ai sensi dell'art. 24, comma 7, legge n. 241/90. In questo caso, rileva il T.A.R. Marche, «sussistono tutti i presupposti di cui all'art. 24, comma 7, L. n. 241/1990» e dunque per costoro sarà sempre possibile esercitare l'accesso cd. documentale, o difensivo. La sussistenza del requisito della *vicinitas*, in altri termini, è elemento di per sé sufficiente per determinare in capo al soggetto istante l'insorgere di un interesse concreto e attuale all'accesso ai documenti edilizi ai sensi della legge n. 241/90. Altro è invece il regime di pubblicità dei titoli edilizi, che consente a chiunque un "controllo diffuso", a prescindere da qualsiasi relazione qualificata tra il richiedente e il documento richiesto. Anche rispetto a tali titoli edilizi occorre riconoscere

un margine di conoscibilità anche ai soggetti non interessati, il quale deve essere bilanciato – in concreto – con l’effettivo pregiudizio alla protezione dei dati personali. In tal senso, come si ricava dalla stessa disciplina europea sulla protezione dei dati (Regolamento (UE) 2016/679), la tutela del dato personale deve essere applicata alla luce del principio di proporzionalità nel bilanciamento con altri diritti e valori fondamentali, tra cui vi rientra quello alla trasparenza amministrativa e all’accesso ai documenti.

Come si vede, l’ambigua natura dell’accesso civico generalizzato (diritto individuale o strumento anticorruzione?) finisce per generare due interpretazioni diametralmente opposte, entrambe apparentemente legittime. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, l’interpretazione proposta dal Garante della privacy non pare convincente.

Infatti, l’art. 5, co. 2 del d.lgs. n. 33/2013 si limita ad indicare la ratio dell’istituto dell’accesso civico generalizzato: tale disposizione non può essere utilizzata come limite addizionale all’esercizio del diritto di accesso, in quanto il legislatore ha tassativamente individuato i limiti e le eccezioni a tale diritto nell’art. 5-bis del riformato d.lgs. 33/2013. Non deve essere in nessun caso confusa la finalità oggettiva (o ratio) della legge sull’accesso civico generalizzato, che è effettivamente quella di “favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico”, con la finalità soggettiva (o motivazione individuale) che spinge il singolo a presentare richiesta di accesso civico generalizzato all’amministrazione è invece irrilevante per il d.lgs. 97/16 e per l’ordinamento in generale. A dimostrazione di ciò basti è sufficiente ricordare che il d.lgs. 97/16 non richiede che le istanze di accesso civico generalizzato siano supportate da alcuna motivazione, proprio perché si tratta di un diritto riconosciuto a tutti, a prescindere dal collegamento qualificato con il documento richiesto o dalle finalità che il richiedente intende perseguire attraverso l’esercizio dell’accesso civico generalizzato.

Non può dunque essere reintrodotta in via interpretativa ciò che la legge in materia ha espressamente voluto escludere, ossia la motivazione dell’istanza, ai fini dell’accoglimento o del rigetto delle istanze. Del resto, la finalità oggettiva della legge (controllo diffuso) può ben essere raggiunta grazie ad una molteplicità di richieste di accesso ispirate a motivazioni individuali egoistiche, quali quelle commerciali, che nell’insieme danno vita ad un effetto di maggiore trasparenza e controllabilità dell’operato pubblico. Al fine di applicare il diritto di accesso civico generalizzato nella maniera più conforme possibile al principio di legalità, l’amministrazione dovrebbe limitarsi a motivare circa la sussistenza di una delle ipotesi previste dall’art. 5-bis; pertanto, il diniego alla richiesta di accesso generalizzato non può essere motivato in ordine alla finalità commerciale dell’impresa richiedente: impedire l’accesso ai documenti a seguito di una valutazione circa la posizione soggettiva ricoperta dal richiedente (nel caso di specie, è un’impresa privata la cui attività prevalente è di natura commerciale) non costituisce un esercizio del

potere discrezionale dell'amministrazione, apparendo, piuttosto, una forma di arbitrio che si presta a realizzare comportamenti discriminatori basati sulla natura e sulla posizione ricoperta dall'istante (sulla quale la legge non prevede alcuna forma di qualificazione, né richiede specificazioni).

In questa prospettiva, il richiamo del Garante della Privacy agli orientamenti interpretativi espressi dalle Linee Guida ANAC e dalla giurisprudenza della Corte EDU - al fine di estendere le limitazioni al diritto di accesso alla luce di un criterio generale, indeterminato e, in ogni caso, non previsto dalla legge in senso restrittivo - pone svariati dubbi di legittimità. L'orientamento interpretativo della Corte EDU, infatti, tende a circoscrivere l'applicazione del diritto di accesso anche sotto il profilo della legittimazione soggettiva (in particolare, limitatamente ai cosiddetti "public watchdog"), pertanto tale indirizzo - più restrittivo rispetto all'amplessima legittimazione prevista nella legge italiana FOIA - andrebbe applicato con i dovuti accorgimenti. A voler rispettare alla lettera l'indicazione della Corte EDU nel nostro paese, infatti, otterremmo il risultato che una richiesta di accesso civico non formulata da giornalisti, operatori dell'informazione o soggetti che istituzionalmente si occupano di diffondere al pubblico dati riguardanti l'operato della pubblica amministrazione, andrebbe sempre e comunque respinta per carenza di legittimazione del richiedente.

5. L'assenza di una Autorità indipendente preposta all' *enforcement* del FOIA

Un altro fattore che ostacola la completa affermazione del diritto all'informazione amministrativa - oltre alle incertezze sulla natura di tale diritto, di cui si è appena detto - è rappresentato dalla mancata previsione di organi indipendenti, monocratici o collegiali, incaricati di garantire in modo esclusivo e autonomo la corretta applicazione (cd. *enforcement*) della disciplina in tema di accesso civico.

L'esistenza di un'autorità indipendente incaricata di monitorare e attuare la normativa sull'accesso alla documentazione pubblica è essenziale per l'effettiva attuazione del principio di trasparenza. «Senza autorità di controllo indipendenti di diritto e di fatto, non ci sarà una reale trasparenza. In materia di informazione pubblica o è garantita una risposta indipendente, rapida e gratuita ai richiedenti, o la tutela del diritto di accesso civico non può ritenersi effettiva. Il diritto comparato mostra come questa sia la soluzione adottata dalla maggior parte dei paesi FOIA e come il ruolo di queste autorità nell'interpretazione delle norme e nella risoluzione delle controversie sia decisivo per l'effettività del diritto di accesso». Non importa che si tratti di autorità collegiali o monocratiche, locali o centrali: è però indispensabile che «la qualificazione e l'indipendenza di queste autorità non rimanga sulla carta, ma sia effettiva. Ciò che conta è che i titolari di queste istituzioni siano veramente qualificati e agiscano in modo



indipendente. In assenza di autorità indipendenti qualunque legge sul diritto di accesso civico nascerà morta e non servirà né politicamente né giuridicamente»¹⁶.

Le autorità in questione devono essere dotate non solo di poteri di regolazione e vigilanza, ma anche di poteri decisori per risolvere le controversie che possono nascere dall'esercizio dell'accesso civico e dall'attuazione delle regole sulla trasparenza pubblica, più in generale: in quest'ottica, nel 2000 la Gran Bretagna ha istituito una *Information Commissioner*; la Spagna ha dato vita alla *Comisión de Transparencia y Buen Gobierno* nel 2013; la Germania, nel 2006, ha scelto di attribuire al *Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit* i poteri di vigilanza in materia di trasparenza.

In Italia manca un'autorità paragonabile a quelle ora menzionate. L'ANAC, che svolge fondamentali funzioni di indirizzo, monitoraggio (soprattutto per quanto riguarda gli obblighi di pubblicazione) e regolazione della materia, è tuttavia priva di qualsiasi potere decisionario rispetto alle controversie che scaturiscono dalla disciplina sull'accesso civico e sulla trasparenza in generale. Parimenti, ANAC difetta di un adeguato potere sanzionatorio rispetto alle violazioni del diritto di accesso civico generalizzato. Si tratta di poteri fondamentali per assicurare uniformità di applicazione alle regole in materia.

Inoltre, ANAC condivide i poteri di indirizzo, regolazione e vigilanza con l'Autorità per la protezione dei dati personali, deputata a esercitare funzioni del tutto speculari sul versante della riservatezza. E' evidente che la scelta di intestare a due autorità indipendenti diverse la competenza su una materia che è sostanzialmente unitaria rischia di creare gravi incertezze interpretative e applicative della disciplina FOIA. Senza trascurare che i poteri di vigilanza assegnati a queste due Autorità non sono equamente ripartiti, ma asimmetrici: mentre il Garante della privacy deve essere obbligatoriamente sentito dalle amministrazioni in tutti i casi in cui l'accoglimento di una istanza di accesso civico possa ledere soggetti terzi a cui fanno riferimento i dati personali contenuti nel documento di cui si richiede l'ostensione, la richiesta di pareri all'ANAC è meramente facoltativa e lasciata alla discrezionalità delle amministrazioni, sia per quanto riguarda l'accesso civico semplice (obblighi di pubblicazione) che l'accesso civico generalizzato.

Un problema specifico, e tutto sommato a sé stante, riguarda i possibili conflitti di giurisdizione e di giudicato che si possono verificare in tutti i casi in cui gli obblighi di pubblicazione e/o l'accesso civico generalizzato ledono il diritto soggettivo alla riservatezza, dando vita ad un illecito trattamento dei dati personali. Ma di questo si dirà meglio nelle conclusioni di questo breve scritto.

¹⁶ Le citazioni sono tratte da GUICHOT., op. ult. cit.

Ciò che preme rimarcare, in questa sede, è che l'esistenza di un sistema indipendente di regolazione, vigilanza e risoluzione di controversie risulta decisivo al fine di garantire il corretto funzionamento degli istituti della trasparenza, quale che sia la natura che ad essi si vuole riconoscere.

A questo fine, il Responsabile della trasparenza presente all'interno di ciascuna amministrazione non può considerarsi una figura adeguata a garantire l'effettività del diritto di accesso civico, mentre la possibilità di chiamare in causa il Difensore civico è subordinata alla sua presenza nelle diverse regioni. Senza sottacere il problema derivante dalla convivenza di questi due soggetti, nelle Regioni in cui è previsto un difensore civico. La soluzione auspicabile, a mio avviso, sarebbe quella di prevedere un sistema di *cumulativo* di ricorsi, che preveda come primo livello di reclamo il ricorso al Responsabile della trasparenza, che è pur sempre un funzionario della stessa amministrazione che oppone il diniego all'accesso, e consenta agli interessati di interpellare in seconda istanza il Difensore civico, organo di garanzia regionale tendenzialmente terzo e indipendente, laddove presente. Molte Regioni italiane si sono invece allineate in modo acritico alle indicazioni ANAC, che privilegiano l'alternatività tra il ricorso al RPCT e quello indirizzato al Difensore civico regionale.

Si segnala che, di recente, ANAC ha fornito chiarimenti sulla alternatività del ricorso al difensore civico o al RPCT. In seguito ad un quesito posto dalla Difensore civico della Regione Liguria. Dopo aver richiamato le proprie linee guida di cui alla determinazione n. 1309/2016 laddove si considera il ricorso al difensore civico come alternativo e non successivo al riesame del RPCT, l'Autorità anticorruzione precisa che *“L'alternatività del ricorso è da intendersi non in senso assoluto, quanto invece come la possibilità dell'istante di rivolgersi sia al RPCT che al difensore civico e, in ogni caso, al difensore civico anche dopo essersi rivolto al RPCT. Ne discende che la dichiarazione di inammissibilità dell'istanza di riesame presentata al difensore civico ex art. 5, co. 8 del d.lgs. 33/2013, qualora non preceduta dalla richiesta di riesame al RPCT, è in contrasto con le previsioni del richiamato art. 5. E' da ritenersi sempre legittima la facoltà del richiedente di rivolgersi direttamente al difensore civico in caso di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro i termini indicati nel d.lgs. 33/2013, senza aver prima presentato richiesta di riesame al RPCT.”*

A parere di chi scrive questi chiarimenti sono tutt'altro che decisivi per risolvere i potenziali conflitti di competenza tra Difensore civico e RPCT. A dire il vero, sembra persino generoso definirli “chiarimenti”. Il parere dell'ANAC sembra infatti trascurare il significato che, nei rapporti tra ricorsi amministrativi e ricorsi giurisdizionali, ha sempre avuto il principio di alternatività. Si pensi, ad esempio, al rapporto tra ricorso straordinario al Capo dello Stato e ricorso al giudice amministrativo: in questo caso, il DPR 1199/1971 stabilisce che il ricorso al Capo dello Stato è alternativo a quello giurisdizionale, intendendo con questa espressione che, una volta scelta la strada del ricorso straordinario, al ricorrente è preclusa la possibilità di rivolgersi successivamente al giudice amministrativo. *Electa una via, non datur recursus ad*

alteram. In generale, nel linguaggio giuridico “alternativo” si contrappone a “cumulativo” e “congiunto”, e allude all’impossibilità di utilizzare, contemporaneamente o in successione, più strumenti messi a disposizione dall’ordinamento per raggiungere un determinato obiettivo. Nella versione ANAC, al contrario, l’ “alternatività non in senso assoluto”, apre la strada ad ogni soluzione, e tutto risulta possibile: il ricorso al Difensore saltando il RPCT ; il ricorso al solo RPCT senza obbligo di rivolgersi successivamente al Difensore; il ricorso ad entrambi in assenza di un ordine logico prestabilito; il ricorso diretto al giudice amministrativo saltando i rimedi in via amministrativa. Liberi tutti, insomma. Con buona pace del principio di certezza del diritto.

6. Alcuni problemi operativi: i rimedi contro i silenzi dell’amministrazione

Accanto alle questioni di carattere generale, riguardanti l’impianto stesso della legge, questi primi anni di applicazione del FOIA italiano hanno fatto emergere alcuni problemi applicativi di non facile soluzione. Il più frequente, probabilmente, riguarda i rimedi da utilizzare nei confronti dell’inerzia della pubblica amministrazione di fronte alle istanze di accesso civico dei privati.

Il problema deriva dal fatto che, nel nostro ordinamento, i casi di silenzio significativo sono solo quelli previsti dalla legge: si tratta di ipotesi tassative in cui la legge provvede a qualificare preventivamente, ed in modo espresso, un fatto (quale il comportamento inerziale dell’amministrazione) come atto giuridico, equiparandoli ai fini della tutela giurisdizionale. Si dà vita, in questo modo, ad una finzione giuridica di estrema utilità per i privati, che, dinanzi ad un processo impugnatorio com’è quello amministrativo, in assenza di una risposta si ritroverebbero privi di qualsivoglia tutela giurisdizionale (manca un provvedimento da impugnare). Contro il silenzio assenso e il silenzio diniego, invece, si possono esperire gli ordinari rimedi impugnatori che l’ordinamento consente nel caso di provvedimenti reali, non fittizi.

Di qui il problema giuridico. Solo nell’ipotesi dell’accesso documentale, classico, il silenzio viene espressamente equiparato dalla legge a un provvedimento di diniego, mentre per le ipotesi di accesso civico nulla viene detto nel Codice della trasparenza. Recependo le indicazioni del Consiglio di Stato (parere del 24 febbraio 2016 n. 515), la versione definitiva del d.lgs. 97/16 si limita infatti a stabilire che il procedimento si conclude con un provvedimento espresso e motivato, glissando sull’ ipotesi, non così infrequente, di un silenzio che si potrebbe comunque verificare.

Secondo i principi generali, in assenza di qualificazioni normative il silenzio assume il valore di silenzio-inadempimento. Ciò ha spinto la prima giurisprudenza che si è formata sul punto ad affermare che, in caso di mancata risposta della PA rispetto ad istanze di accesso, in luogo dell’art. 116 c.p.a. deve essere applicato l’art. 117 c.p.a., in qualità di disciplina processuale generale per il silenzio-inadempimento, congiuntamente all’art. 31 c.p.a., ove è normata l’azione di accertamento nei confronti della p.a.. In questa

prospettiva il T.A.R. Campania ha stabilito che «l'art. 5 del decreto trasparenza impone l'obbligo all'amministrazione di pronunciarsi con provvedimento espresso e motivato, per cui l'eventuale "silenzio" rappresenta "mera inerzia", un'ipotesi di silenzio-inadempimento che obbliga, quindi, il cittadino a rivolgersi al giudice amministrativo attivando il rito sul silenzio ex art. 117 c.p.a. (e successivamente in caso di diniego espresso ai dati o documenti richiesti, il rito sull'accesso ex art. 116 c.p.a.)»¹⁷. Analogamente, il TAR Lazio ha stabilito che, siccome la legge non disciplina l'ipotesi in cui alla istanza di accesso c.d. civico consegua il mero silenzio dell'Amministrazione, ciò «induce a qualificare tale inerzia come un silenzio inadempimento, con conseguente applicabilità del solo e diverso rito sul silenzio, disciplinato dall'art. 117 c.p.a.»¹⁸.

Questa soluzione sconta, tuttavia, la difficoltà interpretative poste dal dato letterale, atteso che il rito dell'accesso è l'unico richiamato in maniera espressa dal Codice della trasparenza per assicurare tutela alle ragioni dell'istante.

La confusione aumenta se si considera che l'art. 117 c.p.a. codifica il rito speciale per agire contro il silenzio-inadempimento, a prescindere dalla materia; d'altra parte, però, l'art. 116 c.p.a. costituisce la disciplina speciale per tutte le controversie in materia di accesso, come tale destinata a prevalere su quella generale.

Secondo una parte della dottrina, a prescindere dalla natura del silenzio, appare assorbente il profilo della specialità dell'art. 116 c.p.a., chiamato proprio a disciplinare appositamente ed esclusivamente le controversie in materia di accesso, e come tale destinato comunque a prevalere sulla disciplina generale del silenzio-inadempimento dell'art. 117 c.p.a.¹⁹. Secondo altra parte della dottrina, invece, a fronte dell'inerzia dell'amministrazione, la soluzione preferibile è quella di attivare il rito avverso il silenzio, tenuto conto della decisione (sovente discrezionale) che l'amministrazione è chiamata ad assumere, della difficoltà di stabilire il *dies a quo* da cui calcolare il termine decadenziale per il ricorso contro il silenzio diniego, e della situazione giuridica soggettiva di cui risulta titolare il *quisque de populo* (richiedente/ricorrente), non sempre facilmente paragonabile a quella del legittimato nell'accesso documentale²⁰. Ad avviso di chi scrive sembra assolutamente da preferire questa seconda interpretazione della norma, in linea anche con la prevalente giurisprudenza in materia, perché ricava il rito applicabile dai profili sostanziali della controversia, e non viceversa.

¹⁷ TAR Napoli, Sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5901

¹⁸ TAR Roma, 28 luglio 2017, n. 9076

¹⁹ V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *Federalismi*, n. 11/2018

²⁰ A. CORRADO, *Il silenzio dell'amministrazione sull'istanza di accesso civico generalizzato: quale possibile tutela processuale*, in *Federalismi*, n. 5/2017

7. Segue: I rimedi contro l'inottemperanza dell'amministrazione alla decisione del Difensore civico

Un altro problema applicativo piuttosto ricorrente, registrato nel corso di questi primi anni di applicazione della legge, riguarda l'inottemperanza dell'amministrazione di fronte ad una decisione del difensore civico che, ritenendo illegittimo il diniego di accesso da parte dell'amministrazione, invita quest'ultima a rendere accessibili i documenti richiesti.

Cosa accade se la PA rimane in silenzio per oltre 30 gg. in seguito dell'intervento del Difensore civico? Anche in questo caso, in assenza di una specifica previsione normativa, non sembra potersi configurare un silenzio significativo (in particolare, un silenzio assenso), ma deve piuttosto presumersi la *consumazione* del potere di decidere dell'amministrazione, cui la legge associa l'automatica formazione di un diritto di accesso del richiedente ²¹. In sostanza, a seguito del silenzio protratto oltre il termine di 30 gg. dalla comunicazione della decisione del Difensore civico sembra potersi affermare che, in successione, si esaurisce il potere discrezionale della PA di rifiutare l'ostensione di un atto, l'ordine del difensore civico diviene "vincolante", e la pretesa del privato da mero interesse legittimo che si confronta con la discrezionalità amministrativa diviene *diritto soggettivo* alla conoscenza del documento. È infatti la legge a stabilire che, allo scadere dei 30 gg., sorge il diritto di accedere al documento da parte del privato. «Se L'amministrazione non emana il provvedimento confermativo motivato entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico o della Commissione, l'accesso è consentito» (art. 25 l. 241/90).

Quid iuris se l'amministrazione continua a non mostrare il documento richiesto? Il privato non potrà agire in ottemperanza (che è pur sempre un giudizio per l'esecuzione forzata di un provvedimento giurisdizionale), ma dovrà agire con ricorso al giudice amministrativo territorialmente competente, il quale – in sede di cognizione e non di esecuzione – *accerterà* il diritto del privato e, conseguentemente, *ordinerà* all'amministrazione di mostrare il documento richiesto ²².

Non dimentichiamoci che il giudizio in tema di accesso è peculiare, le sentenze emesse in questa materia dal giudice si definiscono "ordinatorie" o di "adempimento": il giudice amministrativo non si limita a accertare l'esistenza di un diritto e ad annullare un diniego illegittimo di accesso da parte dell'amministrazione, ma può condannare quest'ultima a rilasciare un determinato provvedimento (in questo caso di accesso ai documenti). Se poi, nonostante questa sentenza, l'amministrazione insiste nel rifiutare l'accesso, l'interessato potrà agire con ricorso in ottemperanza al medesimo TAR.

²¹ TAR Toscana, II, 7 aprile 2015, n. 554

²² Così, ancora, TAR Toscana, ult. cit.

8. Brevi conclusioni.

E' evidente, da quanto sin qui osservato, che molti dei problemi legati alla effettiva realizzazione del diritto di accesso civico alla documentazione e ai dati in possesso della pubblica amministrazione derivano dall'incerta natura della pretesa ad esso collegata. Non è chiaro, come si è cercato di dimostrare, se il legislatore con il d.lgs. 33/13 abbia voluto dare vita ad un "nuovo diritto dell'individuo" all'informazione amministrativa, sul modello del paradigma FOIA nordamericano, ovvero abbia inteso introdurre un ulteriore strumento di contrasto alla corruzione, che si avvale dell'iniziativa privata per ottenere un esercizio un controllo diffuso sull'amministrazione. Non è chiaro, in altre parole, se la trasparenza sia un mezzo per assicurare la realizzazione di un diritto dell'individuo, oppure sia un fine in sé, riconosciuto come tale dall'ordinamento italiano.

Fintanto che questa ambiguità non verrà sciolta, gli interpreti saranno autorizzati a fornire letture diametralmente opposte circa l'estensione dell'accesso civico, creando enormi incertezze alle amministrazioni destinatarie delle relative istanze di accesso. Si pensi all'esempio, sopra riportato, delle istanze di accesso civico avanzate da agenzie immobiliari, che hanno dato vita a reazioni opposte, da un lato, del Difensore civico dell'Emilia Romagna e, dall'altro, dell'Autorità di garanzia per il trattamento dei dati personali. La certezza del diritto è un presupposto fondamentale per la piena realizzazione del principio di legalità, oltre che per il corretto funzionamento degli istituti giuridici messi in campo dall'ordinamento.

Il secondo problema di carattere generale, legato all'impianto stesso della legge, da cui dipende la effettiva implementazione del FOIA italiano è legato all'assenza di una specifica autorità indipendente, dotata di compiti di vigilanza, regolazione ed *enforcement*, preposta all'attuazione della nuova disciplina sulla trasparenza. Fintanto che non verrà istituita un'autorità dotata di reali caratteri di indipendenza, sulla falsariga di quanto avvenuto negli altri sistemi FOIA, la trasparenza pubblica non potrà mai essere garantita nel nostro ordinamento. Senza un supporto istituzionale, che assicuri la vigilanza sul rispetto delle regole e la soluzione dei problemi applicativi, l'accesso civico nasce già morto. Il sistema di *enforcement* preposto al Codice della privacy per la tutela del diritto al trattamento dei dati personali, da questo punto di vista, rappresenta un modello da seguire anche per il diritto all'informazione amministrativa (o per la trasparenza pubblica, che dir si voglia). Un primo passo in questa direzione potrebbe esser rappresentato dalla istituzione di un Difensore civico nazionale, atteso da oltre venti anni nel nostro paese, cui potrebbero essere affidati compiti di supervisione sull'accesso civico generalizzato (oltre che sull'accesso *tout court*), nonché il potere di risolvere in via amministrativa le controversie più rilevanti generate dalla disciplina FOIA.

Per quanto riguarda la giurisdizione su decisioni dell'amministrazione che, nel dare accesso a documenti pubblici contenenti dati personali, ledono il diritto alla riservatezza di terzi controinteressati, nel silenzio dell'art. 5 d. lgs. n. 33/2013 deve ritenersi che essa spetti al giudice amministrativo, e non al giudice ordinario. Ragioni di sistematicità impongono infatti di considerare assorbente la giurisdizione esclusiva in materia di accesso (civico o difensivo) del giudice amministrativo, voluta dal legislatore proprio per evitare rischi di sovrapposizioni tra organi giudicanti e conflitti di giudicato di fronte a intrecci di posizioni giuridiche in specifiche materie. Non mancano però anche letture di segno contrario, in cui si afferma che «la previsione di pubblicazione di dati personali (...) al di fuori dei limiti stabiliti dalla legge, lede un diritto soggettivo in quanto costituisce un illecito trattamento dei dati personali. Ne consegue che nei confronti degli atti impugnati sussiste la giurisdizione del giudice ordinario»²³. Questa tesi fa leva sul tradizionale criterio di distinzione tra le giurisdizioni, in base al quale «la giurisdizione si determina sulla base della domanda e, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il *petitum* sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della *causa petendi*, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti sono manifestazione»²⁴. Del resto, il tema di possibili conflitti di giurisdizione (e dunque di giudicati) è reale, ed era stato posto dal Garante privacy nel parere reso sullo schema di decreto legislativo n. 33/13.

Anche su questo punto, dunque, un intervento chiarificatore del legislatore sarebbe quanto mai opportuno.

Da ultimo sarebbe utile che il legislatore definisse le conseguenze giuridiche, sul piano sostanziale e processuale, dell'inerzia delle pubbliche amministrazioni dinanzi alle istanze di accesso civico, come del resto avviene per l'accesso documentale ex legge n. 241/90. Diversamente, l'applicazione del rito per il silenzio inadempimento, più costoso e macchinoso rispetto al rito per l'accesso, fornirà un incentivo alle pubbliche amministrazioni a non rispondere alle richieste di accesso civico generalizzato, al fine di evitare o comunque rendere meno facile l'impugnazione di eventuali dinieghi da parte degli interessati.

²³ TAR Lombardia, III, 3 marzo 2015, n. 615

²⁴ Cassazione SS. UU., 19 gennaio 2007, n. 1139