

30 NOVEMBRE 2016

Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016)
ed il suo coordinamento
con istituti consimili

di Stefano Villamena

Professore associato di Diritto amministrativo
Università di Macerata



Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*

di Stefano Villamena

Professore associato di Diritto amministrativo
Università di Macerata

Sommario: 1. Premessa; - 2. «Accesso civico» o «accessi civici»? Necessaria distinzione delle fattispecie rilevanti; - 3. Trattati distintivi fra *accesso civico 2013* e *accesso civico 2016*; - 4. Rapporto fra *accesso civico 2016* e *diritto di accesso*: individuazione di un possibile criterio sistematico e applicativo; 5. Sintesi conclusiva.

1. - Premessa

L'introduzione di un nuovo istituto giuridico nell'ordinamento determina inevitabilmente una serie di conseguenze sugli altri istituti già presenti. Come un sasso lanciato nello stagno, il nuovo ingresso produce effetti su ambiti già occupati. Ne consegue, fuor di metafora, che l'analisi giuridica dovrà occuparsi non solo del nuovo istituto in sé, bensì anche degli effetti che esso produce sugli altri istituti che lo hanno preceduto e che sono tuttora vigenti.

Del resto, anche il *nuovo* istituto non è immune da effetti per così dire riflessi su di sé. Infatti, anche gli istituti già presenti e più antichi producono conseguenze su quelli di ultimo conio.

Si determina così un impianto circolare in cui *effetti e reazioni* danno vita ad un sistema in cui la sommatoria a freddo dei singoli istituti in un medesimo contesto è molto diversa dal prodotto derivante dalle interazioni a caldo fra gli stessi.

Queste premesse teoriche, valide forse per qualsiasi indagine giuridica, trovano conferma in relazione all'introduzione nel nostro ordinamento del c.d. FOIA (*Freedom Of Information Act*). Un nuovo istituto - ispirato ad alcune esperienze straniere e adombrato nel nostro ordinamento già a partire dal 2013 in occasione dell'approvazione del d.lgs. n. 33/2013¹ - che, oltre a dover essere analizzato in sé, ossia nel

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ In tema, soprattutto con riferimento ad alcune rilevanti precisazioni sulle differenze fra c.d. FOIA italiano e FOIA previsto in diverse e molteplici esperienze straniere che lo adottano (a partire dagli ordinamenti scandinavi ed anglo-americani) vedi: M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, pag. 593 e ss.; Id., *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, pag. 9 e ss.; Id., *The Right to Open Public Administrations in Europe: Emerging Legal Standards*, Paris, Oecd-Sigma, 2010; nonché, G. Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Gior. dir. amm.*, 2014, pag. 875 e ss.. Spunti ulteriori a riguardo possono essere individuati nelle analisi di F. Costantino, *Open government*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, *Aggiornamento*, 2015, pag. 268 e ss. e, da ultimo, in E. Carloni, *Se questo è un Foia. Il diritto a*

suo contenuto sostanziale, va esaminato guardando agli effetti (e alle corrispettive reazioni) che produce sul tradizionale regime del *diritto di accesso*, nonché sul successivo *accesso civico*. Il primo (*diritto di accesso*) disciplinato in generale dalla legge sul procedimento amministrativo; il secondo (*accesso civico*) introdotto dal d.lgs. n. 33/2013 cit., c.d. decreto trasparenza, in attuazione della c.d. legge anticorruzione del 2012².

2. - «Accesso civico» o «accessi civici»? Necessaria distinzione delle fattispecie rilevanti

Come anticipato, il FOIA è stato introdotto di recente, a seguito dell'approvazione del d.lgs. n. 97/2016, di modifica del d.lgs. n. 33/2013, cit.³. Va però precisato che, nella menzionata disciplina del 2016, non si parla espressamente di tale istituto. Se ciò per un verso può apparire scontato, trattandosi di una denominazione straniera che forse faticherebbe ad entrare in una nostra disposizione normativa, per altro verso è meno scontato il fatto che, nello stesso decreto, fin dal titolo della disposizione dedicata al FOIA (ossia l'art. 5) si parli genericamente di «accesso civico», e lo si faccia alludendo a due istituti differenti.

Si utilizza così la stessa denominazione per indicare istituti diversi. In particolare, gli istituti accumulati in una medesima definizione sono previsti rispettivamente al primo e al secondo comma dell'art. 5, cit. Al primo comma si afferma il «diritto di chiunque» di richiedere la pubblicazione di un documento amministrativo (così come di informazioni o dati) nel caso in cui ne sia stata omessa la pubblicazione. Al secondo comma, invece, si afferma il diritto (sempre) di «chiunque» di accedere ai documenti detenuti dalla P.A. «ulteriori» rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, nel rispetto tuttavia di alcuni limiti relativi alla «tutela di interessi giuridicamente rilevanti», secondo le indicazioni del successivo art. 5-*bis*.

Emergono pertanto due fattispecie profondamente diverse fra loro: la prima essenzialmente finalizzata alla *pubblicazione* di atti della P.A.; la seconda finalizzata non alla pubblicazione di atti, bensì *all'accesso* di documenti amministrativi in maniera meno rigida di quanto accadeva fino ad un recente passato e senza alcun obbligo di successiva pubblicazione di quegli stessi documenti.

conoscere tra modelli e tradimenti, in *Astrid*, n. 4, 2016. Sullo sfondo, anche per l'inquadramento di diritto comparato dei diversi modelli di «informazione amministrativa», vedi il volume di A. M. Bonomo, *Informazione e pubbliche amministrazioni*, Bari, 2012, pag. 83 e ss.

² L. n. 190/2012, «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione».

³ Per una prima analisi del FOIA nel nuovo testo approvato nel 2016: M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit.; merita inoltre evidenziare le puntuali analisi dei contenuti di ciò che sarebbe stato approvato come d.lgs. n. 97/2016 (introduttivo del FOIA o *accesso civico 2016*), quando lo stesso era ancora in bozza, di D. U. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *Federalism.it*, n. 5/2016; nonché, E. Carloni, *Se questo è un Foia. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, cit. Altra parte della dottrina si è interessata al tema incidentalmente, ossia trattando di altri profili ed accennando al FOIA in modo secondario. A questo riguardo, fra gli altri, M. Pierro, *Il dovere di informazione dell'amministrazione finanziaria e il diritto al contraddittorio preventivo*, in *Riv. dir. finanz. e sc. finanz.*, 2016, pag. 193 e ss.; F. Cardarelli, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. informazione e informatica*, 2015, pag. 227 e ss.; V. Torano, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, in *Dir. amm.*, 2013, pag. 789 e ss.

Innanzitutto a previsioni ed istituti così diversi è singolare che l'art. 5 cit. parli indistintamente di «accesso civico».

Quanto evidenziato trova ulteriore conferma nel successivo art. 7 del *nuovo* d.lgs. n. 33/2013, in cui si stabilisce che, gli atti oggetto di pubblicazione obbligatoria, sono pubblicati nel sito *web* istituzionale dell'ente quando gli stessi atti sono stati «resi disponibili» «a seguito dell'accesso civico».

Nella disposizione appena citata si effettua (senza alcuna precisazione) un rinvio all'«accesso civico» contenuto all'art. 5 cit.. Un richiamo *tout court* allo stesso. Tuttavia, al fine di non entrare in contraddizione col *nuovo corso*, incentrato sulle due ipotesi di accesso civico sopraevidenziate, il richiamo in parola va inteso esclusivamente all'accesso civico *prima maniera*, ossia a quello introdotto nel 2013 e non a quello introdotto nel 2016 (c.d. FOIA). Infatti, solo nel primo caso è imposta la «pubblicazione» dell'atto richiesto; mentre nel secondo è necessaria (e sufficiente) la sola «trasmissione» dell'atto al soggetto interessato⁴.

Quanto appena indicato deriva dal cattivo coordinamento fra *vecchia* e *nuova* stesura del d.lgs. n. 33/2013 cit., che la mancata distinzione fra *accessi civici* ha contribuito a determinare. In effetti, poiché il menzionato art. 7 non ha subito modifiche rispetto al testo originario, quando lo stesso richiama l'art. 5 lo fa con riferimento alla sua stesura iniziale, ossia a quella che conteneva una sola forma di accesso civico. Attualmente, invece, l'art. 7 più volte citato dovrebbe ricevere un aggiustamento (in termini di aggiornamento), che tenga conto della *doppiezza* dell'accesso civico nella sua attuale versione, riferendosi naturalmente al solo accesso civico che obbliga la P.A. alla pubblicazione degli atti.

Queste difficoltà definitorie si ripresentano ogni volta che la normativa parla di accesso civico senza altra specificazione. A titolo esemplificativo si pensi al caso costituito dall'art. 116 C.P.A., secondo cui «per la tutela del diritto di accesso civico connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza» è possibile proporre ricorso al giudice amministrativo servendosi del rito *ivi* previsto. A causa delle problematiche definitorie indicate potrebbero verificarsi rischi d'inammissibilità del ricorso, laddove non si chiarisca se lo stesso sia stato proposto per azionare l'accesso civico per la «pubblicazione» dell'atto ovvero quello per la «trasmissione» dello stesso al soggetto interessato, trattandosi di due differenti istituti che regolano situazioni non sovrapponibili.

⁴ A ragionare diversamente si entrerebbe in contraddizione con un'altra previsione contenuta nel d.lgs. n. 33/2013 (art. 5, comma 6), secondo cui: «In caso di accoglimento» (anche qui riferito indistintamente all'accesso civico) «l'amministrazione provvede a trasmettere tempestivamente al richiedente i dati o i documenti richiesti, ovvero, nel caso in cui l'istanza riguardi dati, informazioni o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi del presente decreto, a pubblicare sul sito i dati, le informazioni o i documenti richiesti e a comunicare al richiedente l'avvenuta pubblicazione dello stesso, indicandogli il relativo collegamento ipertestuale» (*corsivo nostro*).

Dunque, non resta che tentare di fornire una denominazione a ciascuno dei due istituti in esame utile perlomeno ad evitare d'ingenerare dubbi nel lettore.

Ebbene, si utilizzerà la locuzione *accesso civico 2013* per riferirsi al primo caso indicato ed *accesso civico 2016* per riferirsi al secondo⁵. Si tratta evidentemente di una scelta legata alla data di approvazione dei due (diversi) *accessi civici* in parola. Nel primo caso avvenuta con l'approvazione del d.lgs. n. 33/2013, nel secondo con l'approvazione del d.lgs. n. 97/2016.

3. - **Tratti distintivi fra *accesso civico 2013* e *accesso civico 2016***

L'*accesso civico 2013*, più che una forma di accesso ai documenti amministrativi in senso classico, ossia come interesse di un soggetto a «prenderne visione» ed «estrarne (eventualmente) copia»⁶, appare un *rimedio* nelle mani del privato per «pungolare»⁷ l'amministrazione recalcitrante a pubblicare documenti che per legge aveva già l'obbligo di rendere noti. In sostanza uno strumento funzionale all'emersione di inadempimenti amministrativi.

Come noto, gli artt. 12 e ss. del d.lgs. n. 33/2013 più volte cit. individuano una serie di atti e provvedimenti che ciascuna P.A. è tenuta a pubblicare⁸. Documenti - questi - rilevanti soprattutto ai fini della normativa anticorruzione⁹. Fra gli altri vanno qui menzionati: i dati riguardanti il reddito ed il patrimonio dei titolari di incarichi politici; gli incarichi di collaborazione e consulenza; i bandi di concorso, *ivi* compresi i «criteri

⁵ Utilizza invece la locuzione «accesso civico “generalizzato”», al fine di individuare il nuovo accesso civico introdotto nel 2016, M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit.. Nel presente studio si preferisce tuttavia seguire la denominazione *accesso civico 2016* perché forse caratterizzata da maggiore immediatezza.

⁶ Ai sensi dell'art. 22, comma 1, l. n. 241/1990.

⁷ Come afferma la dottrina: «pensato in funzione di pungolo al corretto adempimento degli obblighi di pubblicazione»; così, M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, cit..

⁸ Per un'analisi sistematica dei contenuti del d.lgs. n. 33/2013 cit. vedi: B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, 2013. Va comunque osservato che le analisi riguardanti il d.lgs. n. 33/2013 (nella sua versione originaria) sono piuttosto numerose. Oltre al volume sopraindicato, un efficace quadro ricostruttivo è offerto dai seguenti lavori: A. M. Bonomo, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in *Ist. fed.*, 2013, pag. 725 e ss.; M. Magri, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Ist. fed.*, 2013, pag. 425 e ss.; A. Contieri, *Trasparenza e accesso civico*, in *Nuove aut.*, 2014, pag. 563 e ss.; M. D'Arienzo, *Diritto alla trasparenza e tutela dei dati personali nel d.lgs. n. 33/2013, con particolare riferimento alla disciplina dell'accesso civico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, pag. 123 e ss.; A. Simonati, *La trasparenza amministrativa nella normativa italiana: un principio in evoluzione*, in D. de Pretis, M. Malo, B. Marchetti (a cura di), *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon*, Napoli, 2015, pag. 349 e ss.

⁹ In tema, B. G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, pag. 123 e ss.; F. Patroni Griffi, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it*, n. 8/2013; R. Garofoli, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto di trasparenza e le politiche necessarie*, in *Giustizia-amministrativa.it*; I. Nicotra, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 5/2016; A. Police, *New instruments of Control over public Corruption: the Italian Reform to restore Transparency and Accountability*, in *Dir. econ.*, 2015, pag. 189 e ss.

di valutazione della Commissione» e le «tracce delle prove scritte»¹⁰; gli atti relativi alla «scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi»¹¹, ecc.

La pubblicazione di atti conoscibili da chiunque (verrebbe da dire senza voler essere blasfemi *urbi et orbi*¹²) costituisce soprattutto una forma di prevenzione contro il rischio di abusi e di corruzione nella P.A.¹³. Anzi, a parere di chi scrive, si tratta di una delle misure più efficaci in tal senso, almeno se la si osserva dal lato del rapporto costi/benefici¹⁴. Con l'avvento di *internet*, infatti, i *costi* di pubblicazione dei documenti amministrativi sono diventati davvero minimi. Inoltre, il tempo (e lavoro) dedicato dai funzionari pubblici a tale operazione è oggettivamente limitato e non in grado di sottrarre energie a quanti risultano coinvolti nella fase di *trasmissione* e successiva *pubblicazione* del documento¹⁵.

Non si condividono, pertanto, le perplessità di quella parte della dottrina che ritiene particolarmente oneroso attuare tali misure¹⁶. In questi casi si tratta essenzialmente di pubblicare atti sul sito *web* istituzionale del singolo ente e solo incidentalmente di rispondere alle istanze (“pungolatorie”) del privato in base all'*accesso civico 2013*, in misura per altro inversamente proporzionale all'esatto adempimento dell'obbligo di pubblicazione dei documenti gravante sullo stesso ente.

Naturalmente le cose cambiano, dunque questo genere di osservazione viene a cadere, se si considera il nuovo *accesso civico 2016*, che, a differenza del primo del 2013, comporta dei costi effettivi (almeno) in termini di risorse lavorative impiegate, dovendo l'amministrazione rispondere in via ordinaria (e non

¹⁰ Per talune critiche a questa previsione (quando il d.lgs. n. 97 più volte cit. era ancora in bozze, ma occorre per altro evidenziare che in tema il decreto non ha subito modifiche): D. U. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, cit., pag. 17.

¹¹ Sul tema “corruzione, appalti, trasparenza”, da ultimi: G. Piperata, *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, in *Federalismi.it*, n. 16/2015; nonché, S. Licciardello, *Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo codice degli appalti*, in *Federalismi.it*, n. 16/2016.

¹² Si tratta, come noto, di una particolare formula utilizzata soprattutto nelle solenni benedizioni pontificie per indicare che le stesse sono rivolte non solo alla città di Roma di cui il Papa è vescovo, ma a tutto il mondo cattolico.

¹³ In tema, da ultima, A. Simonati, *L'accesso civico come strumento di prevenzione della cattiva amministrazione: luci e ombre*, in sito *web* AIPDA (Associazione italiana dei Professori di Diritto amministrativo: diritto-amministrativo.org) che offre anche un quadro puntuale della giurisprudenza recente formatasi in tema di *accesso civico* come «strumento di trasparenza rispetto alla perdurante vigenza delle disposizioni sull'accesso amministrativo».

¹⁴ Sul punto merita tuttavia ricordare quanto indicato da G. Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, cit., secondo cui «Non vi è dubbio che la modalità di pubblicazione via *web* rappresenti la forma più invasiva per la diffusione di dati riguardanti la sfera personale: una volta pubblicata in rete e indicizzata, un'informazione personale - che viene resa nota, ad esempio, in relazione ad un incarico pubblico temporaneamente ricoperto - può essere rintracciata da chiunque tramite i motori *web* generali (google, yahoo, virgilio etc.) semplicemente digitando il nominativo dell'interessato; e, da quel momento in avanti, riutilizzata a piacimento, senza limitazioni temporali o vincoli modali, anche attraverso l'elaborazione e l'incrocio con altre informazioni reperite sul *web*».

¹⁵ In merito al problema generale del «costo complessivo dell'operazione trasparenza» vedi tuttavia le osservazioni di D. U. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, cit., pag. 18 e ss.

¹⁶ Vedi in tal senso M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, cit..

eccezionale o patologica come nel caso di cui sopra) alle istanze provenienti dai privati (*infra*, par. 5 per ulteriori specificazioni).

È possibile osservare come proprio lo strumento informatico - o meglio il sito *web* istituzionale della singola P.A., come tale accessibile da chiunque - rappresenti il *mezzo* che rende possibile il raggiungimento del *fine* sopraindicato (lotta agli abusi nella P.A. tramite la pubblicità dei suoi atti), consentendone l'emancipazione dalla sua tradizionale opacità e candidandola, anche nell'immaginario collettivo, verso quella *amministrazione aperta* di cui parla con formula piuttosto efficace la recente dottrina¹⁷.

La pubblicità di alcuni atti (*retro*), molti dei quali ad alto impatto finanziario, induce quasi naturalmente i responsabili amministrativi (di procedimento e di provvedimento finale) ad una maggiore attenzione in ordine alla correttezza formale e sostanziale degli stessi. Si profila in tal modo una sorta di *effetto minaccia* - da intendersi in senso positivo, ma che presagisce tuttavia anche un orientamento sospettoso verso la P.A.¹⁸ - derivante proprio dalla possibilità del *chiunque* di effettuare il controllo, in grado di prevenire, anche se non in termini assoluti, i rischi di abusi e di cattiva amministrazione¹⁹.

Diversamente, nel secondo caso oggetto d'analisi costituito dal nuovo *accesso civico 2016*, si è più vicini all'idea di *accesso agli atti amministrativi* in senso tradizionale, dal momento che il privato richiede alla P.A. un documento che la stessa non era obbligata a pubblicare, ma che comunque si ha l'interesse (come si vedrà) non più *qualificato*, ma potremmo dire, *civico*, di conoscere. Ne consegue, in questo secondo ambito, l'attribuzione alla P.A. procedente di un margine discrezionale di apprezzamento sulla richiesta di *accesso*. La relativa istanza, infatti, ai sensi dell'art. 5 *bis*, comma 1 e 2, d.lgs. n. 33/2013 cit., incontra una serie di limiti preordinati alla tutela di *interessi sensibili* (da intendersi qui in senso ampio) di natura sia pubblica che privata (*infra*, par. successivo).

La distinzione fra le due forme di accesso civico indicate emerge ulteriormente se si guarda alle regole relative al complesso procedimento previsto in materia²⁰. Osservando la specifica disciplina è possibile notare come il procedimento indicato possa concludersi con un provvedimento di accoglimento della

¹⁷ Sul punto E. Carloni, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Rimini, 2014.

¹⁸ Parla emblematicamente di amministrazione «guardata con sospetto»: M. Bombardelli, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Ist. fed.*, 2013, pag. 658. In questo senso merita altresì richiamare la definizione del giudice Louis Brandeis secondo cui: la trasparenza è forse «il migliore disinfettante in democrazia» (ripresa da G. Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, cit.).

¹⁹ Occorre evidenziare in tal senso l'introduzione, ad opera dell'art. 4 *bis*, d.lgs. n. 33/2013, del sito *internet* «Soldi pubblici», «che consente l'accesso ai dati dei pagamenti delle pubbliche amministrazioni e ne permette la consultazione in relazione alla tipologia di spesa sostenuta e alle amministrazioni che l'hanno effettuata, nonché all'ambito temporale di riferimento». Per altro, sempre in questa disposizione, si prevede che ciascuna P.A. «pubblica sul proprio sito istituzionale, in una parte chiaramente identificabile della sezione "Amministrazione trasparente", i dati sui propri pagamenti e ne permette la consultazione in relazione alla tipologia di spesa sostenuta, all'ambito temporale di riferimento e ai beneficiari».

²⁰ Art. 5, comma 6 e ss., d.lgs. n. 33/2013.

relativa domanda caratterizzato da due possibili epiloghi: un primo, consistente nell'obbligo della P.A. interessata di pubblicare sul sito *web* istituzionale i documenti desiderati; un secondo, caratterizzato dal fatto che la stessa P.A. dovrà semplicemente «trasmettere tempestivamente al richiedente i dati o i documenti richiesti»²¹.

Evidentemente, in un caso si allude all'*accesso civico 2016*, nell'altro all'*accesso civico 2013*. In uno a rilevare è la «trasmissione» dei documenti all'interessato che ne aveva fatto richiesta; nell'altro la «pubblicazione» dei documenti sul sito *web* istituzionale su richiesta (o come detto impulso *pungolatorio*) del privato a favore della collettività. Fattispecie diverse e certamente non omologabili.

La distinzione fra (regime della) *pubblicità* e (regime della) *trasparenza* rileva anche in termini sanzionatori e di connesse responsabilità, dando alla stessa distinzione ancora maggior peso e pregnanza giuridica. All'art. 43, d.lgs. n. 33/2013, dopo aver stabilito che i «dirigenti responsabili dell'amministrazione ed il responsabile per la trasparenza controllano e assicurano la regolare attuazione dell'accesso civico sulla base di quanto stabilito dal presente decreto» (comma 4), si precisano responsabilità e sanzioni più gravi esclusivamente in materia di *pubblicità* (comma 5). Tutto ciò in coerenza con la natura obbligatoria di quest'ultima fattispecie, ossia priva di margini discrezionali per la P.A.²².

²¹ Sembra qui trovare conferma una specifica (e condivisibile) indicazione fornita dalla dottrina quando ancora l'*accesso civico 2016* non era stato introdotto nel nostro ordinamento, secondo cui: «L'affermazione di un vero diritto all'informazione amministrativa, tutelato in sé e non in via occasionale, richiede il riconoscimento della soggettività della pretesa di conoscenza, e, conseguentemente, il pieno dispiegarsi del principio dispositivo». Infatti, prosegue la medesima dottrina, «La soggettività implica libertà, spontaneità nell'accedere ad un dato specifico che è oggetto di interesse per il singolo, non ad una massa di informazioni che l'amministrazione è tenuta a pubblicare, ma che al singolo possono benissimo non interessare»; così, G. Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, cit.

²² Ancora, l'art. 45, comma 1, del medesimo d.lgs., prevede, sempre in tema di *pubblicità* e non di *trasparenza*, che l'ANAC «controlla l'esatto adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente, esercitando poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle amministrazioni pubbliche e ordinando di procedere, entro un termine non superiore a trenta giorni, alla pubblicazione di dati, documenti e informazioni ai sensi del presente decreto, all'adozione di atti o provvedimenti richiesti dalla normativa vigente ovvero alla rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza». Di contro, solo in tema di *trasparenza* (vedi art. 10, comma 3 del medesimo d.lgs. n. 33) - coerentemente alla sua flessibilità che potenzia la discrezionalità della P.A. - si prevede che «La promozione di maggiori livelli di trasparenza costituisce un obiettivo strategico di ogni amministrazione, che deve tradursi nella definizione di obiettivi organizzativi e individuali». Si allude alla trasparenza nel senso qui prescelto (vedi *supra*), valorizzando in particolare la scelta di pubblicare o rendere più facilmente accessibili documenti *ulteriori*, che la P.A. potrebbe aver interesse a rendere noti anche per incrementare il livello di prevenzione della corruzione. Si tratta di un aspetto che oltre alla P.A. in senso stretto (funzionari e dirigenti) coinvolge anche e soprattutto gli organi politici dell'ente. Sui profili sanzionatori qui richiamati vedi, in particolare, P. Canaparo, *L'anticorruzione e la trasparenza: le questioni aperte e la delega sulla riorganizzazione delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Federalismi.it*, n. 1/2016, spec. pag. 24 e ss.. Sul rilievo generale di simili profili per la trasparenza nella P.A.: A. M. Bonomo, *Informazione e pubbliche amministrazioni*, cit., pag. 41 e ss.; nonché, 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*, Napoli, 2012, nonché E. Carloni, *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2009, pag. 779 e ss.

Per altro, a ben vedere, margini pur minimi di discrezionalità sono rinvenibili anche in questa ipotesi. L'occasione di fornire questa precisazione è data da un recente caso in cui si è posto il problema dell'applicabilità degli obblighi di pubblicazione riguardo agli atti entrati in vigore anteriormente al d.lgs. n. 33/2013. A fronte di ciò, l'organo giudiziario ha risolto la questione elaborando il principio secondo cui «gli atti che dispieghino ancora i propri effetti siano da pubblicare²³».

Senza qui precisare le ragioni di tale conclusione²⁴, merita solo osservare che in tal modo si è attribuito un potere di valutazione all'amministrazione precedente che dovrà verificare, caso per caso (*recte* richiesta per richiesta) se il documento sollecitato tramite *accesso civico 2013*, pur se precedente al 2013, dispieghi ancora i suoi effetti. Un'operazione talvolta non priva di margini di opinabilità²⁵.

4. - Rapporto fra *accesso civico 2016* e *diritto di accesso*: individuazione di un possibile criterio sistematico e applicativo

Alla luce delle precisazioni di cui sopra è possibile volgere l'attenzione al rapporto fra *accesso civico 2016* e *diritto di accesso*²⁶. Entrambi si riferiscono essenzialmente a documenti amministrativi soggetti a *trasparenza* e non a *pubblicità*²⁷.

Questa distinzione è talvolta ambigua nei testi legislativi. In certi casi si utilizza l'espressione «trasparenza» per indicare la «pubblicità», in altri accade l'esatto contrario, in altri ancora si confondono i termini. Esempio emblematico in tema è quello rappresentato dalla disposizione di apertura del d.lgs. n. 33/2013 più volte cit., laddove, all'art. 1, comma 1, stabilisce: «La trasparenza» deve essere «intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni»; e subito dopo, al secondo comma, afferma che la stessa «trasparenza» incontra dei limiti costituiti dal «rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio, di segreto statistico e di protezione dei dati personali».

²³ Da ultimo: TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 13 aprile 2016, n. 1793.

²⁴ Ci si limita a ricordare (con le parole del Giudice cit.) che «se il decreto fosse applicabile ai soli atti formati dopo la sua entrata in vigore, l'effettiva operatività delle sue disposizioni risulterebbe procrastinata anche in misura assai rilevante e ne resterebbe fortemente incisa».

²⁵ Cioè, senza poter sempre ed in ogni caso vincolare la propria scelta ad un periodo di tempo determinato (come noto, in generale, cinque anni decorrenti dal primo gennaio dell'anno successivo a quello da cui decorre l'obbligo di pubblicazione), in quanto la giurisprudenza appena richiamata precisa che in taluni casi ciò non risulta possibile.

²⁶ La dottrina ha iniziato ad interessarsi al tema («quel che resta del diritto di accesso "classico"»), allorché il d.lgs. n. 97/2016 era ancora in fase di discussione. Sul punto vedi: D. U. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, cit., pag. 15 e ss.

²⁷ Sul tema, in generale, M. Occhiena, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2011, pag. 143 ss. e M. R. Spasiano, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, pag. 89 e ss.

Delle due l'una. O la trasparenza è da intendersi come «accessibilità totale», dunque senza limiti, ragioni per cui cadono immediatamente tutte le distinzioni presenti in tema (fra cui «piena accessibilità», «accesso civico», «diritto di accesso», ecc.); oppure la trasparenza è da interpretarsi, come si afferma al secondo comma della disposizione indicata, quale posizione soggettiva (non assoluta, ma relativa) caratterizzata dal fatto di incontrare dei limiti²⁸.

Nella presente analisi si propende per la seconda impostazione indicata. Con la conseguenza che, innanzi alla «trasparenza», un margine di apprezzamento discrezionale in capo alla P.A. resta pur sempre, in particolare relativamente al rilievo assunto dai *dati sensibili* come limiti opponibili alla stessa²⁹.

Nel caso rappresentato dall'*accesso civico 2016*, tali dati sensibili sono costituiti essenzialmente da due grandi blocchi: da una parte il blocco «sicurezza pubblica e ordine pubblico», «sicurezza nazionale», «difesa e questioni militari», «relazioni internazionali», «politica e stabilità finanziaria ed economica dello Stato»; «conduzione di indagini sui reati e loro perseguimento» e «regolare svolgimento di attività ispettive»; dall'altra parte il blocco costituito dalla «protezione dei dati personali»; «libertà e segretezza della corrispondenza»; «interessi economici e commerciali»³⁰.

Questa bipartizione si giustifica nel senso che, nel primo caso, la limitazione (in termini di esclusione) dell'*accesso civico 2016* è posta per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di «interessi pubblici»; nel secondo caso, invece, la stessa esigenza rileva con riferimento non ad interessi pubblici, bensì ad «interessi privati»³¹.

Ancora, seppur con qualche eccezione, la bipartizione si giustifica ulteriormente poiché, nella prima ipotesi menzionata, si tratta di interessi pubblici per così dire “sovrani”, attribuiti come tali alla esclusiva competenza dello Stato e dunque rientranti nella competenza delle *amministrazioni statali*; nella seconda ipotesi si tratta invece più che altro di limiti riconducibili alle competenze delle *amministrazioni locali*.

²⁸ In tema, fra gli altri, A. Simonati, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 2013, pag. 749 e ss.

²⁹ In particolare, art. 5 *bis*, d.lgs. n. 33/2013 cit., commi 4 e 5, nel senso di poter consentire l'accesso laddove i limiti riguardino esclusivamente alcuni dati o alcune parti del documento richiesto (che dunque restano sottratti all'accesso), nonché nel senso di poter far ricorso (quando proporzionalmente possibile) al potere di differimento della domanda di accesso in luogo del rigetto. Sulla «difficile convivenza» fra disciplina dell'accesso civico (fin dalla sua versione originaria) e Garante della *privacy*, si rinvia a E. Carloni, *Le linee guida del garante: protezione dei dati e protezione dell'opacità*, in *Gior. dir. amm.*, 2014, pag. 1113 e ss.

³⁰ Per esigenze di semplificazione espositiva le materie di cui sopra sono state un po' ridotte rispetto alla *lettera* della legge. Tuttavia, si ritiene che ciò non comporti conseguenze ai fini della correttezza della presente indagine.

³¹ Una dottrina recente (M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit.) ha precisato che «numero» e «formulazione degli interessi-limite indicati dal legislatore delegato» sono «in linea con lo standard prevalente. I dieci interessi pubblici e privati indicati dall'art. 5 *bis* corrispondono all'elencazione che compare nella maggior parte dei FOIA europei, rispetto ai quali, anzi, il nostro legislatore è stato più parco». Per altro, prosegue la stessa dottrina, «gli interessi indicati coincidono - con differenze marginali - con quelli del FOIA dell'Unione europea».

Tuttavia, non può certo disconoscersi la rilevanza di possibili sovrapposizioni. Ad esempio, non sarà preclusa, seppure rientrando nel primo caso di cui sopra, la valutazione (in termini di ammissibilità o meno) dell'accesso civico in esame rivolta a quelle amministrazioni locali che dovessero occuparsi di «conduzione di indagini sui reati», come ad esempio nel caso del controllo sull'abusivismo edilizio, nonché nelle «attività ispettive» connesse. Allo stesso modo, le amministrazioni statali potranno essere chiamate ad occuparsi, pur con minore frequenza rispetto a quelle locali, dell'ammissibilità o meno di richieste di accesso civico relative a documenti che intercettano «libertà e segretezza della corrispondenza» ovvero «interessi economici e commerciali» di una persona fisica o giuridica.

Con relativa sicurezza è possibile affermare che il primo gruppo di limiti indicato sussiste in ipotesi di competenza esclusiva statale. Invece nel secondo gruppo le ipotesi limitative potrebbero potenzialmente interessare tutte le P.A., *ivi* compresi i «soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative», di cui all'art. 1, comma 1- *ter*, l. n. 241/1990.

Riguardo al caso concernente il *diritto di accesso ai documenti amministrativi*, i limiti principali sono, come noto, indicati all'art. 24, l. n. 241/1990. Fra essi rilevano in questa sede: il «segreto di Stato», tipica manifestazione di interessi pubblici riconducibili alla competenza statale, dunque ascrivibili alla prima tipologia sopramenzionata relativamente all'*accesso civico 2016*; nonché, i «dati sensibili e giudiziari», richiamati all'ultimo comma della disposizione indicata e riconducibili anche alla competenza delle amministrazioni locali, dunque alla seconda categoria sopraindicata.

È altrettanto noto che l'individuazione di tutti i possibili limiti contenuti nella disposizione in esame non è agevole. L'art. 24 cit. rappresenta una sorta di clausola aperta, che non indica con chiarezza i propri confini e contenuti. A ciò si aggiunge che, lo stesso art. 24 cit., prevede un rinvio generale all'autonomia delle singole P.A.³², così come al Governo³³, al fine di individuare categorie *ulteriori* di documenti sottratti all'accesso, rendendo la categoria dei limiti qui in esame ancora più impalpabile e sfuggibile ad una possibile determinazione.

Potrà obiettarsi naturalmente che tale autonomia non risulta libera. Vincoli in tal senso sono costituiti sia dalle ipotesi di esclusione espresse - e già indicate all'art. 24 cit. - che si pongono come ostacoli all'inclusione di altre limitazioni, sia soprattutto dalla regola generale secondo cui va «garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici³⁴».

³² Comma 2.

³³ Comma 6.

³⁴ Comma 7.

Nondimeno, resta il fatto che risulta piuttosto difficile prevedere i possibili risvolti concreti delle limitazioni in tema di accesso agli atti. Il vasto contenzioso in materia, sulla base dell'apposito rito speciale a ciò dedicato³⁵, ne rappresenta un apprezzabile indicatore sintomatico.

Merita a questo punto considerare più da vicino il rapporto fra *diritto di accesso* e (nuovo) *accesso civico 2016*. Nella relazione illustrativa alla bozza del d.lgs. n. 97/2016 (tramite cui, lo si ricorda, è stato inserito nel nostro ordinamento l'*accesso civico 2016*) si legge: questa nuova forma di accesso si distingue sia sul piano «soggettivo» che su quello «oggettivo» da quella disciplinata agli artt. 22 e ss., l. n. 241/1990³⁶.

Dal punto di vista «soggettivo» se ne distingue in quanto la relativa istanza non richiede alcuna qualificazione della persona che la presenta. Il richiedente, a differenza di quanto accade con l'accesso agli atti ai sensi della l. n. 241/1990, non dovrà pertanto dimostrare alcun «interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso»³⁷.

Dal punto di vista «oggettivo» se ne distingue poiché i limiti applicabili alla nuova forma (qui suddivisi in *blocchi, retro*) sono più ampi e dettagliati rispetto a quelli previsti all'art. 24, l. n. 241/1990.

Tuttavia, le già indicate criticità in merito alla difficile distinzione fra le due forme di accesso sulla base dei limiti previsti in tema relativamente ai c.d. interessi sensibili, ci conducono a ritenere poco condivisibile questa seconda affermazione che fonda proprio sugli stessi limiti la distinzione fra le due forme di accesso. Esistono infatti notevoli difficoltà nell'uno e nell'altro caso circa l'*individuazione* dei limiti previsti dalla norma e se ciò non bastasse ancora più complessa (e forse arbitraria) sarebbe la successiva operazione di *messa a confronto* degli stessi per valutarne (sostanziali) analogie e (reali) differenze. Come anticipato è sufficiente un rapido confronto fra le due normative menzionate per comprendere come i limiti contenuti nelle stesse siano per molti versi sovrapponibili. Si pensi ad esempio al caso dei «dati sensibili» da una parte e degli «interessi economici e commerciali» dall'altra. Inoltre, se ciò non bastasse, si è già evidenziato come i casi di esclusione dal diritto di accesso rappresentino una categoria aperta a causa del rinvio contenuto nella legge sul procedimento ad una serie di fonti ulteriori (e diverse dalla legge) che ne rende la portata ancora più ampia e (potenzialmente) indeterminata.

Tenuto conto di queste difficoltà la chiave di lettura preferibile sembra quella che riconduce i *limiti* indicati ad una categoria unitaria valida sia in materia di *accesso civico 2016* che in materia di *diritto di accesso*.

³⁵ Art. 116, C.P.A. In tema vedi diffusamente: M. D'Arienzo, *Diritto alla trasparenza e tutela dei dati personali nel d.lgs. n. 33/2013, con particolare riferimento alla disciplina dell'accesso civico*, cit., spec. pag. 145-162.

³⁶ Lo ricorda M. Pierro, *Il dovere di informazione dell'amministrazione finanziaria e il diritto al contraddittorio preventivo*, cit., pag. 193 e ss. (nota 145).

³⁷ Su questa particolare specificazione: A. Sandulli, *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Gior. dir. amm.*, 2007, pag. 669 e ss.

Chiave di lettura (e corrispondente categoria unitaria) giustifica proprio a causa della difficoltà di ricondurre (altrimenti) a sistema le due forme di accesso in esame.

Senza tradire gli scopi della normativa in esame occorre invece fornire agli operatori giuridici un criterio più agevole nell'applicazione del nuovo istituto per scongiurare il rischio che, in materie come quelle qui trattate, si possano *proclamare* diritti senza poi *affermarli* a causa dello scontro di questi con la durezza della realtà amministrativa.

L'elaborazione di un criterio applicativo relativamente sicuro in tema costituisce pertanto un (pre)requisito essenziale per agevolare e sostenere l'esercizio delle prerogative qui riconosciute, nonché il perseguimento degli scopi di interesse pubblico ipotizzati dal Legislatore. Ne consegue - a livello ancora più specifico - che l'*accesso civico 2016* deve considerarsi escluso sia nei casi contemplati all'art. 5 *bis*, d.lgs. n. 33/2013, sia in quelli previsti all'art. 24, l. n. 241/1990.

A tale esclusione consegue ulteriormente, secondo il criterio base sopra enunciato, che laddove l'*accesso civico 2016* risulta escluso potrà utilizzarsi a quel punto la via più tradizionale del diritto di accesso *ex l. n. 241/1990*, che diventa, per questa via, una strada sussidiaria a quella dell'*accesso civico*; come a dire che, prima il privato elegge la via dell'*accesso civico 2016*, poi se la P.A. non dovesse accogliere la sua domanda, lo invita a quel punto a riformularla secondo le regole proprie del diritto di accesso che, a differenza della prima richiesta, impongono, fra gli altri obblighi, la necessità di motivazione, nonché la dimostrazione dell'attualità del relativo interesse alla documentazione.

Va da sé che, in questo secondo caso, la P.A. potrà rispondere positivamente alla richiesta, ma pur sempre prevedendo dei limiti laddove i documenti richiesti contengano *dati sensibili*, disponendo, ad esempio, una mera visione in luogo dell'accesso pieno. Simili operazioni di *proporzionamento* (della domanda alla relativa risposta) sembrano invece molto più difficili, perlomeno con questa ampiezza, nel caso dell'*accesso civico 2016*³⁸.

In fondo, la differenza più forte fra le due tipologie di accesso è che nell'*accesso civico 2016* i limiti indicati dalla normativa *resistono* (in ogni caso) all'istanza del privato. Al contrario, con l'istanza di accesso in senso classico tali limiti (e connessa posizione giuridica soggettiva di *riservatezza*) possono cedere il passo – contemperandosi – alla richiesta (e connessa posizione giuridica soggettiva di *trasparenza*) del privato.

³⁸ In tal senso vedi art. 5 *bis*, comma 4, d.lgs. n. 33 cit., secondo cui «Se i limiti» (relativi all'*accesso civico 2016*) «riguardano soltanto alcuni dati o alcune parti del documento richiesto, deve essere consentito l'accesso agli altri dati o alle altre parti». Effettivamente questa previsione, per la parte che si riferisce alle diverse modalità di accesso agli atti di cui dispone la P.A., sposta la disciplina dell'*accesso civico* in parola verso quella del diritto di accesso in senso classico. Però si può osservare che non lo si fa in modo pieno. Ad esempio, nel caso dell'*accesso civico 2016* non sembra ammissibile la mera visione del documento, che invece è espressamente prevista in materia di diritto di accesso (d.P.R. n. 184/2006: «Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi»).

Si può in tal modo giustificare, anche in termini di ragionevolezza, il diverso regime previsto in materia. Il primo, relativo *al chiunque*, che quindi non ha bisogno, ai fini dell'accoglimento della sua domanda, di motivare o di giustificare la sua richiesta. Il secondo, relativo *all'interessato*, che invece deve allegare alla domanda particolari elementi perché così risulta legittimato ad accedere a dati preclusi ad altri (i.e. *al chiunque*).

In entrambe le categorie di accesso menzionate restano comunque in vigore taluni limiti comuni alle due fattispecie.

Un primo è quello in base al quale la richiesta di accesso dovrà essere sufficientemente circostanziata, non potendosi dunque riferire ad un numero indeterminato di documenti. Naturalmente si allude (non tanto al requisito secondo cui l'istanza di *accesso civico 2016* «identifica i dati, le informazioni o i documenti richiesti³⁹», bensì) al fatto che non possa essere accettata una richiesta di accesso civico preordinata al controllo generalizzato dell'attività amministrativa. Questo limite è riconducibile ad un principio generale di ragionevolezza e di buon andamento, qui concretizzato da ciò che potremmo definire *divieto di sproporzionato aggravio dell'azione amministrativa da parte del privato*, vale a dire in senso esattamente opposto a come si è abituati a vedere tale divieto ai sensi della l. n. 241/1990⁴⁰.

Un secondo limite comune è quello costituito dai casi di esclusione all'accesso previsti espressamente dalla legge⁴¹, vale a dire, oltre ai casi già considerati dal d.lgs. n. 33 e dalla l. n. 241/1990, quelli tipici di alcune discipline di settore, ultima delle quali in materia di contratti pubblici⁴².

Infine, saranno ostensibili i soli documenti esistenti, non potendosi predicare l'esibizione di atti che non risultino già formati.

³⁹ Previsto all'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 33/2013 cit.

⁴⁰ Per altro un tale limite risulta già previsto in campo ambientale dove la pubblicità e la trasparenza degli atti amministrativi raggiungono probabilmente il loro massimo livello. In particolare, la giurisprudenza recente parla di «accesso facilitato» (rispetto a quello disciplinato dalla l. n. 241 del 1990) «al fine di assicurare, per la rilevanza della materia, la maggiore trasparenza possibile dei relativi dati»; precisando, però, che «la richiesta di accesso non possa essere formulata in termini eccessivamente generici e debba essere specificamente formulata con riferimento alle matrici ambientali ovvero ai fattori o alle misure» (così, da ultimo, Tar Campania, Napoli, 14 gennaio 2016, n. 188).

⁴¹ Vedi art. 5 *bis*, comma 3, d.lgs. n. 33/2013. Rileva in tal senso anche il richiamo esplicito all'art. 7 *bis*, comma 6, dello stesso d.lgs. n. 33/2013, ai «limiti all'accesso e alla diffusione... di tutti i dati di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 6 settembre 1989, n. 322 (ossia: tutela del segreto statistico, n.d.r.), 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».

⁴² In particolare, art. 53 (rubricato «Accesso agli atti e riservatezza»), d.lgs. n. 50/2016, c.d. «Codice dei contratti pubblici». Per un'analisi concernente il problema dei limiti alla pubblicazione (a favore di tutti) ed ostensione (a favore di soggetto interessato) di documenti riguardanti una gara di appalto, pur sulla base della *vecchia* disciplina dei contratti pubblici del 2006, ma con ricadute valide in termini di limitazioni all'accesso anche nella vigenza del nuovo codice dei contratti pubblici: S. Usai, *Inammissibilità dell'accesso civico per gli atti del procedimento d'appalto*, in *Urb. app.*, 2015, pag. 333 e ss.

Sullo sfondo resta da rimarcare il rilievo in tema del generale e fondamentale principio di leale collaborazione fra privato e P.A.; in base a cui si potrà giustificare anche una richiesta di accesso (di entrambi i tipi) non particolarmente specifica da parte del richiedente, laddove lo stesso risulti in buona fede e dunque non sappia con certezza se il documento richiesto esista o meno. Tutto ciò in linea con quanto specificato dal giudice amministrativo secondo cui: «la domanda di accesso deve avere un contenuto determinato o quanto meno determinabile», precisando inoltre che «una richiesta fatta in condizioni di ignoranza non può qualificarsi come "impossibile" laddove essa sia comunque ancorata a dati normativi certi ed inequivocabili che a monte contemplano la presenza del documento richiesto⁴³».

5. - Sintesi conclusiva

Per applicare il nuovo istituto dell'*accesso civico 2016* senza entrare in rotta di collisione col vecchio (e insuperato) diritto di accesso servirà che la P.A. si doti di *metodo* individuando, anzitutto, gli atti che ha l'obbligo di pubblicare sul proprio sito *web* nella parte (icona) «amministrazione trasparente».

Superata questa prima fase, il criterio che dovrebbe orientare l'amministrazione stessa è quello degli *interessi sensibili* (pubblici o privati) contenuti in un certo documento che, qualora assenti, determinano l'accoglimento dell'istanza del privato nel senso della ostensibilità del documento tramite *accesso civico 2016*. Si pensi, a titolo esemplificativo, ai documenti che interessano i procedimenti edilizi, a quelli relativi alle concessioni demaniali (marittime e non), alle procedure di concorso per l'accesso ai pubblici uffici, ecc. Infine, qualora il documento richiesto dal privato contenga *interessi sensibili*, come categoria comprensiva di tutte le ipotesi di *materie* o di *interessi* che conducono alla esclusione dell'accesso nei termini già precisati, si dovrà seguire la strada più stringente del diritto di accesso ai documenti ai sensi della l. n. 241/1990.

Dunque, nonostante l'introduzione dell'*accesso civico 2016*, il diritto di accesso sembra mantenere ancora grande rilievo nel nostro ordinamento: segnatamente per tutti quei documenti che contengono in generale dati sensibili o comunque dati esclusi dalle altre forme di accesso.

Oltre ai già paventati rischi di *appesantimento* per l'azione amministrativa, aggravati da modalità procedurali previste in tema di *accesso civico 2016*⁴⁴ produttive di un sistema molto articolato e francamente incomprensibile se si pensa a questo nuovo istituto come ad un'evoluzione del regime della *trasparenza* piuttosto che ad una sottrazione di spazi alla *segretezza*⁴⁵, il vero *punctum dolens* dell'intera

⁴³ TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 13 aprile 2016, n. 1793.

⁴⁴ In particolare nel relativo procedimento si prevede la partecipazione degli eventuali controinteressati; la possibilità per chi vi ha interesse di proporre un «riesame» al Responsabile della prevenzione della corruzione; in taluni casi anche il coinvolgimento del Garante della privacy e del Difensore civico.

⁴⁵ Tornano alla mente, seppur relative ad un contesto normativo profondamente diverso dall'attuale, le osservazioni secondo cui «L'accesso non è il rovesciamento della segretezza, ma l'apertura di una (ancorché larga) breccia in

disciplina è rinvenibile nel fatto che la P.A. potrebbe essere indotta ad utilizzare impropriamente il proprio potere discrezionale innanzi a richieste di *accesso civico 2016*, costringendo il privato, anche laddove non necessario, a presentare un'istanza di accesso secondo lo schema classico disciplinato dalla l. n. 241/1990. Ad un simile scenario conseguono effetti negativi specialmente con riguardo all'applicazione differenziata della disciplina in esame all'interno delle amministrazioni pubbliche. Una situazione di trasparenza a geometria variabile capace di ingenerare forti dubbi in termini di ragionevolezza della disciplina stessa, anche in considerazione del rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni da garantirsi su tutto il territorio nazionale, cui una previsione di garanzia come questa non può certo andare disgiunta⁴⁶.

Ad ogni modo servirà fare chiarezza sui limiti previsti in tema di *accesso civico 2016*, senza cedere alla (facile) tentazione di delegare questo compito, per molti versi rimesso alla discrezionalità politica del Legislatore, alla giurisprudenza⁴⁷. Questa esigenza è del resto già rintracciabile nella previsione contenuta all'art. 5 *bis*, comma 6, d.lgs. n. 33 qui in esame, secondo cui, proprio ai fini della definizione dei limiti all'accesso in parola, l'ANAC, d'intesa con il Garante per la privacy, e sentita la Conferenza unificata, potrà adottare «linee guida recanti indicazioni operative».

In attesa di tali indicazioni, il Legislatore potrebbe individuare una serie di ulteriori documenti amministrativi soggetti ad obbligo di pubblicazione⁴⁸. Ciò avrebbe il salutare effetto di ridurre i margini di apprezzamento discrezionale della P.A. in tema di accesso, col risultato di alleggerirla nello svolgimento di un compito (già pesante e) destinato a crescere in prospettiva futura nel momento in cui il nuovo strumento (*accesso civico 2016* qui in esame) sarà più noto alla platea (potenzialmente indefinita) dei privati-interessati. Fra i quali, merita evidenziare, le categorie dei giornalisti, sindacalisti ed in generale professionisti, nonché associazioni di varia natura e grado, tradizionalmente escluse dal diritto di accesso ed ora invece ammesse ad una forma di accesso civico, certo più limitata, ma che potrebbe essere di grande interesse per le stesse. Basti pensare, in particolare, che un tale interesse si collega al fatto di poter controllare più agevolmente l'operato della P.A. nei settori più rilevanti ai propri fini, senza esporsi direttamente e potendo agire in tal senso (anche) tramite i rispettivi rappresentanti legali.

una (peraltro al tempo stesso ribadita) condizione di oggettiva segretezza»; così, C. Marzuoli, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, pag. 51.

⁴⁶ Vedi in tal senso art. 1, comma 3, d.lgs. n. 33/2013.

⁴⁷ Su questo *metodo* (che si potrebbe dire, per quanto seducente, deprecabile) vedi in generale: S. Cognetti, *Legge amministrazione giudice*, Torino, 2014, pag. 106 e ss.

⁴⁸ Lo stesso potrebbe fare la P.A., nel senso che la promozione di maggiori livelli di trasparenza costituisce, secondo la normativa vigente, «obbiettivo strategico» (*retro*, nota 22)



Quest'ultima osservazione è forse quella che più di altre aiuta a comprendere il senso di marcia del principio posto dalla nuova disciplina sull'*accesso civico 2016* (o FOIA) orientato nella direzione di «favorire forme diffuse di controllo» e di «partecipazione al dibattito pubblico»⁴⁹.

⁴⁹ Vedi art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013.