ALBERTO CLINI

Professore associato di Diritto processuale amministrativo

Università di Urbino Carlo Bo

FREEDOM OF INFORMATION ACT: PUBBLICITÀ E TRASPARENZA NEI RAPPORTI TRA CITTADINI E P.A.

INDICE: 1. Breve inquadramento – 2. Pubblicità e trasparenza – 3. L'accesso civico 2013 (o accesso civico "semplice") – 4. L'accesso civico 2016 (*Foia* o accesso civico "generalizzato") – 5. Esercizio dell'accesso civico 2016 e del diritto di accesso ai documenti amministrativi – 6. I limiti dell'accesso civico 2016 e le possibili interazioni con l'accesso documentale – 7. Considerazioni conclusive.

1. Breve inquadramento.

Il tema che si intende sviluppare, riguarda l'analisi delle nuove disposizioni apportate nel 2016 all'istituto dell'accesso, nell'ottica ricostruttiva di un "sistema di rapporti", ovviamente in materia di pubblicità e trasparenza, tra cittadini e pubbliche amministrazioni[1].

Ed invero molti sono i piani e gli istituti che oramai si affollano sotto il *nomen juris* accesso, nel quale si compongono come il corollario di applicazioni dei principi di informazione e buona amministrazione, talvolta non adeguatamente delineati, soprattutto in presenza di un legislatore non sempre attento alle esigenze di uniformità. Di qui, per l'appunto, con l'introduzione del cd. FOIA l'esigenza di coordinare quest'ultimo con le altre forme di accesso, in un'ottica sistemica[2].

Tradizionalmente, con la legge sul procedimento n. 241 del 1990 le nozioni di accesso assumono due precise tipologie: l'accesso partecipativo (o endoprocedimentale; art 10 lett. *a)*) e l'accesso informativo (o esoprocedimentale; artt. 22 ss.): nel primo caso, si attua una forma di partecipazione all'esercizio della funzione amministrativa del destinatario del

[1] Tra le prime analisi del FOIA e dei rinnovati equilibri tra pubblicità e trasparenza si vedano M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, 593 e ss.; E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di comunicazione*, in *Dir. amm., 2016,* fasc. 4, 579 ss.; A. PORPORATO, *Il "nuovo" accesso civico "generalizzato" introdotto dal d.lgs 25 maggio 2016, n. 97 attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento*, in *Federalismi*, 2017, 21; A. MARCHETTI, *Le nuove disposizioni in tema di pubblicità e trasparenza amministrativa dopo la riforma "Madia": anche l'Italia ha adottato il proprio FOIA? Una comparazione con il modello statunitense*, in *Federalismi*, 2017.

[2] Quanto alle difficoltà di coordinamento delle diverse forme di accesso si veda S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *federalismi.it*, n. 23/2016.

provvedimento e degli interventori (cd. coamministrazione)[3]; nel secondo caso, si persegue l'ideale di una amministrazione "casa di vetro" e non più "casa di specchi", per cui un cittadino può visionare o estrarre copia di un atto amministrativo già formato [4].

Occorre subito una puntualizzazione: nell'ampio tema della pubblicità e della trasparenza delimiteremo l'analisi solamente verso l'accesso extra procedimentale, lasciando da parte la prerogativa dialettica del cittadino di partecipare alla formazione del provvedimento in sede di svolgimento procedimentale.

E' chiaro infatti che entrambi gli istituti appena richiamati si collocano come declinazioni di principi propri delle libertà del cittadino (quali il diritto all'informazione art. 21 Cost.) o come proiezione dei principi di buon andamento e imparzialità della p.a. o, ancora, come principio del controllo democratico, intesi tutti in un rapporto di strumentalità necessaria (sicché la libertà di informazione va tutelata in quanto tale ma soprattutto in quanto fondamento per la crescita democratica, per lo sviluppo integrale della persona umana, per la salvaguardia della uguaglianza e via dicendo) [5]; tuttavia l'accesso partecipativo assume chiaramente una finalità autonoma e ben delineata in merito all'esercizio della funzione amministrativa, rispetto alle forme di accesso quali strumenti generali di acquisizione documentale.

I nodi problematici, delimitata l'analisi nei termini appena descritti, risultano numerosi soprattutto nella fase applicativa, ora resa ancora più complessa proprio per la presenza di ulteriori forme di accessibilità.

Difatti, ancorché la trasparenza, accanto ai predetti principi costituzionali, sia adottata espressamente come principio in generale dell'attività amministrativa (art. 1 l. 241/90) e rientri tra le materie esclusive della potestà legislativa statale, nei livelli essenziali delle

---

[3] Per una ricostruzione del tema analitica, di recente L.R. PERFETTI, F*unzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. metateoria su procedimento e processo amministrativo,* in *Dir. proc. amm*., 2014, 53 ss; ID., *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. amm*., 2012, 850.

[4] Nel regime precedente alla legge 241/90, l'accesso era previsto in singole disposizioni di legge – come ad es. l'art. 25 l. 816/1985 per gli enti locali o l'art. 14 l. 349/1986 in materia ambientale-, per cui in un sistema evidentemente disorganico e frammentario, prevaleva il fondamento della segretezza documentale (sul cardine espresso dall'art. 15 DPR 3/57 statuto impiegati civili dello Stato), mentre i casi di trasparenza rappresentavano l'eccezione)Per una disamina si vedano E. CARLONI, *La "casa di vetro" e le riforme*. *Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa,* in *Dir. pubbl*., 2009, 779 ss.; D. BEVILACQUA, *I "palazzi di vetro" dei regolatori globali*, in *Il big bang della trasparenza*, 187.

[5] Quanto al fatto che appaia ormai portato acquisito alla scienza giuridica che il principio di trasparenza amministrativa gode – nel nostro, come nell'ordinamento giuridico europeo - di un fondamento costituzionale E. FIDELBO, *L'accesso civico "generalizzato": i rischi di ineffettività della libertà di accedere ai dati e ai documenti delle pubbliche amministrazioni nell'ordinamento dell'Unione europea e nel diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.,* fasc. 1, 2018, 223 ss.; cfr. S. FOA', *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm*, fasc. 1, 2017, 65 ss. laddove definisce la trasparenza come diritto costituzionale implicito; sempre su principio di trasparenza e Costituzione si richiama D. DONATI, *Il principio di trasparenza in Costituzione*, in F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2009, 83 ss.

prestazioni (art. 29, co. 2*bis* l. 241/90, modificato nel 2009), non poche sono le questioni sorte sul funzionamento del diritto di accesso, questioni che si riverberano anche sull'esercizio dell'accesso civico.

Di qui la ravvisata necessità di individuare per ognuna delle esistenti forme di accesso, i tratti distintivi e caratterizzanti.

2. Pubblicità e trasparenza.

Prima di analizzare tali problematiche, si ritiene in primo luogo opportuno assegnare un contenuto meno impreciso ai principi di pubblicità e trasparenza[6]. Beninteso, si tratta di una distinzione armonizzata, non certo contrapposta, ma che risulta utile per districarsi nell'odierno e complesso *corpus* normativo[7].

Atteso che il legislatore spesso confonde i termini e non assegna la distinzione che si intende proporre, tuttavia non è dubbio che la concettualizzazione di tali principi sia fondamentale per fare chiarezza nel sistema di visibilità dei documenti amministrativi.

Per pubblicità intendiamo la previsione normativa e tutti i correlati strumenti che assicurino un obbligo della p.a. nel rendere visibile un documento: non vi sono interessi contrapposti, non vi è bilanciamento tra interessi privati o privati/pubblici: la pubblicazione di tali atti - quale forma di estrinsecazione del principio di pubblicità - è un'azione amministrativa vincolata da parte della legge, in forza del preminente interesse pubblico alla diffusione e conoscibilità di dati, atti e documenti.

Per trasparenza invece intendiamo una sorta di obbligo della p.a. ad essere "disponibile" all'esigenza espressa da un soggetto di conoscere un atto: vi è un dovere della p.a. sollecitata a rendere ostensibile un atto o ad avviare un procedimento volto a valutare gli interessi complessivamente coinvolti in merito alle conseguenze dell'accesso (ci si riferisce al predetto diritto di accesso documentale e all'accesso civico 2016, come di seguito precisato)[8].

---

[6] Per un approfondimento si veda M. OCCHIENA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M, Renna, F. Saitta (a cura di), *Sudi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2001, 143 ss..

[7] Tale distinzione non viene operata in maniera così netta da altri Autori. Si richiamano sul punto G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, fasc. 8-9, 2014, 878, il quale ritiene che la trasparenza si possa perseguire attraverso diverse strategie, che a seconda dei casi, vedono l'amministrazione in posizione maggiormente attiva (obblighi di pubblicazione) o maggiormente passiva (diritto di accesso); E. FIDELBO, *cit.*, 223 ss. che richiama alla pubblicità come insieme di istituti che realizzano la trasparenza.

[8] Per una analisi in materia di trasparenza R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1987, 529; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa,* in *Enc. Giur.,* Agg. Vol. IV, Roma, 1995.

Questi due principi risultano fondamentali nella distinzione proposta come chiave di lettura del D.lgs 33/2013, successivamente integrato dal decreto correttivo della riforma della p.a., D.lgs n. 97/2016.

3. L'accesso civico 2013 (o accesso civico "semplice").

La pubblicità, come intesa, si traduce nell'obbligo della p.a. di pubblicare determinati documenti amministrativi, individuati con le modalità previste dal D.Lgs n. 33/2013[9]: trattasi dell'accesso civico nella sua forma originaria e che chiameremo accesso civico 2013[10].

In questo caso, salvi i controlli interni della p.a., si introduce un tradizionale strumento di controllo diffuso, come forma di garanzia del diritto all'informazione in se' considerata (e non in via occasionale, in ragione di un interesse circoscritto); inoltre il controllo diffuso è ritenuto il più delle volte maggiormente efficiente e di certo meno oneroso rispetto al tradizionale accesso documentale, con il quale si riconosce al cittadino il diritto di chiedere alla p.a., per talune tipologie di atti, la relativa pubblicazione[11].

Con l'accesso civico 2013, il cittadino invoca pertanto non un *quid pluris*, bensì l'esatto rispetto degli obblighi di pubblicazione da parte della p.a. [12].

E' una forma di controllo, di pungolo, di stimolo, di collaborazione (se si pensa ad esempio all'indicazione del *link* in caso di richiesta di pubblicazione di atti già pubblicati) che solo indirettamente rimanda alla cognizione di un fine strettamente personale[13].

---

[9] Il D.LGS 33/2013, entrato in vigore il 20/4/2013, è seguito al Testo unico sulla trasparenza - che già aveva provveduto al riordino delle previsioni in materia di pubblicazione allora ridondanti e disperse in svariate decine di testi normativi, e alla compilazione di un nuovo elenco di 270 obblighi (così Rapporto Anac sul primo anno di attuazione della l. 190/2012) - imponendo la pubblicazione non solo dei documenti successivi all'entrata in vigore del D. 33 (20/4/13), ma anche quelli adottati precedentemente che tuttavia spiegano ancora effetti. Agli artt. 12 e ss del D.Lgs. 33/2013 sono previsti una serie di atti e provvedimenti che la p.a. è tenuta a pubblicare: si tratta di documenti prevalentemente rilevanti ai fini della normativa anticorruzione (patrimonio dei titolari di incarichi pubblici, incarichi di consulenza e collaborazione, bandi di concorso ivi compresi i criteri di valutazione della Commissione e le tracce delle prove scritte ecc..).

[10] Per una analisi si veda M. D'ARENZIO, *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, 123 ss.

[11] Come ricordato da S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, *cit*., 6, "la pubblicazione di atti conoscibili da chiunque (verrebbe da dire senza voler essere blasfemi *urbi et orbi*) costituisce soprattutto una forma di prevenzione contro il rischio di abusi e di corruzione nella P.A.".

[12] Come noto, le conseguenze che derivano per la mancata pubblicazione possono costituire *i*) elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale; *ii*) eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione; *iii*) elemento di valutazione ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili. Il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza è tenuto a segnalare i casi di inosservanza del termine, in relazione alla gravità e alla reiterazione dei medesimi sia all'ufficio di disciplina, ai fini dell'eventuale attivazione del procedimento disciplinare, sia al vertice politico dell'amministrazione e agli organi cui compete la valutazione della dirigenza e delle performance individuali, ai fini dell'attivazione delle altre forme di responsabilità (art. 43 commi 1 e 5).

Si tratta tuttavia di una forma di accesso impropria per due ragioni: la prima per la sua residualità, atteso che l'azione è condizionata al mancato obbligo di pubblicazione da parte della p.a. (se la p.a. in astratto avesse adempiuto all'obbligo di pubblicare tutti i documenti individuati dalla legge, non vi sarebbe alcuna richiesta del privato); la seconda, per l'impossibilità di prendere visione ed estrarre una copia dei dati e dei documenti che avrebbero dovuto essere obbligatoriamente oggetto di pubblicazione, azioni invece proprie dell'accesso documentale.

4. L'accesso civico 2016 (*Foia* o accesso civico "generalizzato").

Per tali ragioni l'accesso civico 2013 va pertanto tenuto distinto dall'ulteriore forma di accesso civico, che è stato declinato sul modello del c.d. FOIA[14], introdotto con il D.Lgs 97/2016, sempre all'art. 5 ma al successivo comma 2[15].

Tale ulteriore tipologia di accesso -d'ora in avanti accesso 2016- si traduce, in estrema sintesi, in un diritto non condizionato dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti - differenziandosi in tal senso dall'accesso documentale[16] - avente ad oggetto la possibilità – pur nei limiti di cui all'art. 5*bis*- di richiedere l'accesso a dati, documenti e informazioni ulteriori rispetto a quelli per i quali era stabilito nell'accesso civico del 2013, l'obbligo di pubblicazione[17].

La ratio della riforma risiede nella dichiarata finalità di favorire quanto più possibile, forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione dei cittadini al dibattito pubblico.

---

[13] Come rilevato da G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione … cit.*, 884, "nell'azionare il diritto di accesso civico (ossia il diritto di chiunque di richiedere le informazioni nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione) il singolo si sostituisce alla collettività, svolgendo una azione popolare surrogatoria".

[14] Il legislatore non lo richiama mai espressamente: il FOIA è quindi frutto di una moda esterofila che richiama forme straniere di accesso senza un interesse diretto dell'istante. Per un confronto comparato: M SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, *cit.*, 593 ss; D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. It. Dir. pubb. comunit.*, fasc. 5, 2016, 1019 ss.

[15] D.lgs 97/2016 entrato in vigore il 23.12.2016.

[16] In coerenza con il quadro normativo, il diritto di accesso civico generalizzato si configura - come il diritto di accesso civico disciplinato dall'art. 5, comma 1 - come diritto a titolarità diffusa, potendo essere attivato "da chiunque" e non essendo sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente (comma 3). A ciò si aggiunge un ulteriore elemento, ossia che l'istanza "non richiede motivazione". In altri termini, tale nuova tipologia di accesso civico risponde all'interesse dell'ordinamento di assicurare ai cittadini (a "chiunque"), indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridiche soggettive, un accesso a dati, documenti e informazioni detenute da pubbliche amministrazioni e dai soggetti indicati nell'art. art. 2-bis del d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016.

[17] Art. 5 comma 2 D.Lgs 97/2016: "chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti, secondo quanto previsto dall'art. 5-bis.".

Questa impostazione delineata nel nuovo accesso aggiunge dunque un *quid pluris* rispetto alla precedente prospettiva dell'accesso 2013 che vedeva l'attivazione del diritto di accesso civico solo in via strumentalmente rispetto al mancato adempimento da parte della p.a. agli obblighi di pubblicazione[18].

Ora è proprio la libertà di accedere ai dati e ai documenti, cui corrisponde una diversa versione dell'accesso civico, a divenire centrale nel nuovo sistema, in analogia agli ordinamenti aventi il *Freedom of Information Act* (FOIA), ove il diritto all'informazione è generalizzato e la regola generale è la trasparenza, mentre la riservatezza e il segreto sono eccezioni, e come tali, da interpretarsi restrittivamente[19].

L'accesso 2016 c.d. "generalizzato" non sostituisce pertanto l'accesso civico 2013 c.d. "semplice".

Mentre l'accesso civico 2013 rimane circoscritto alla richiesta di pubblicazione di atti, documenti e informazioni in rimedio alla mancata osservanza degli obblighi di pubblicazione imposti dalla legge, sovrapponendo al dovere di pubblicazione, il diritto del privato di accedere ai documenti, ai dati e alle informazioni interessate dall'inadempienza della p.a.; l'accesso civico 2016 c.d. si delinea invece quale espressione della libertà di richiedere l'accesso a documenti, dati e informazioni che incontra, quale unico limite, il rispetto della tutela degli interessi pubblici e/o privati indicati all'art. 5 bis, commi 1 e 2, nonché delle norme che prevedono le specifiche esclusioni di cui all'art. 5 bis, comma 3[20].

I due diritti di accesso, pur accomunati dal diffuso riconoscimento in capo a "chiunque", indipendentemente dalla titolarità di una situazione giuridica soggettiva connessa, sono quindi tuttora destinati a muoversi su binari differenti.

Ricapitolando brevemente: abbiamo tenuto distinto l'accesso documentale dall'accesso 2013 (in quanto l'accesso civico è una forma vincolata di accesso nel rispetto delle quale la

[18] La distinzione tra le due forme di accesso (2013 e 2016) riguarda dunque l'ambito oggettivo dell'applicazione dell'istituto, non quello soggettivo potendo "chiunque" esercitare sia l'accesso civico, di cui al primo comma dell'art. 5, sia quello generalizzato di cui all'art. 5 secondo comma.

[19] Si richiama in merito G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?, cit.,* 879, laddove efficacemente ricorda che "l'idea centrale che sta dietro l'accesso generalizzato alle informazioni (tutto a tutti) è quella per cui le amministrazioni pubbliche detengono un gran numero di informazioni non nell'interesse proprio, ma nell'interesse del pubblico".

[20] Si richiamano sul punto integralmente le linee guida Anac approvate con delibera n. 1309 del 28.12.2016 recanti "indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013 Art. 5- bis, comma 6, del d.lgs. n. 33 del 14/03/2013" per il «Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni» (la delibera Anac è stata approvata in attuazione dell'art. 5 bis del d.lgs. 33/2013, come modificato dal d.lgs. 97/2016, relativo alle esclusioni e ai limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del medesimo decreto e, in particolare, l'art. 5 bis, co. 6, per cui ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti l'Autorità nazionale anticorruzione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza Unificata di cui all'art. 8 del d.lgs. 281/1997, adotta linee guida recanti indicazioni operative per la fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico).

p.a. non può impedire la pubblicazione di quanto dovuto). Abbiamo altresì tenuto distinto l'accesso 2013 dall'accesso 2016 (in quanto con l'introduzione dell'accesso civico 2016 è completamente mutato il rapporto tra segretezza e trasparenza: laddove la segretezza era in precedenza la regola, oggi è divenuta l'eccezione).

Occorre ora procedere con l'analisi dell'accesso civico 2016, unitamente ad una comparazione con il diritto di accesso documentale, per completare l'idea di sistema rappresentato dai precipitati derivanti dal principio di trasparenza.

5. Esercizio dell'accesso civico 2016 e del diritto di accesso ai documenti amministrativi.

L'accesso civico 2016 va tenuto altresì distinto dalla disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi di cui agli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 (d'ora in poi "accesso documentale")[21].

La finalità dell'accesso documentale è infatti ben differente da quella sottesa all'accesso civico generalizzato ed è quella di porre i soggetti interessati in grado di esercitare al meglio le facoltà - partecipative e/o oppositive e difensive – che l'ordinamento attribuisce loro a tutela delle posizioni giuridiche qualificate di cui sono titolari[22].

La diversità tra le due forme di accesso è infatti chiara sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo.

---

[21] L'analisi si concentra sui profili distintivi in termini di trasparenza. Quanto al procedimento si rileva che nell'accesso 2016 è notevolmente complesso (art. 5, commi 5 e ss.). Difatti, laddove eventuali controinteressati non sono individuabili, la p.a. provvede a trasmettere entro il termine di 30 gg, i dati e i documenti. Se invece sono individuati soggetti controinteressati, questi vanno avvisati dalla p.a. della richiesta di accesso civico. Instaurato una sorta di contraddittorio, se nel termine di 10 gg. i controinteressati nulla eccepiscono, la p.a. trasmette i documenti. Se al contrario nel termine predetto i controinteressati presentano una motivata opposizione (termine di 30 gg in ogni caso è sospeso), decide la p.a. sulla sussistenza di un pregiudizio degli interessi all'art. 5 bis.. Se la p.a. supera l'opposizione formulata, deve comunicare l'intendimento ai controinteressati e solo trascorsi 15 gg. può trasmettere i documenti all'istante. Se la p.a. accoglie l'opposizione, la motivazione del rifiuto deve riportare la sussistenza di uno dei limiti, nel caso di specie per lesione di interesse privato, di cui all'art. 5 bis. In ogni caso la p.a. adotta un provvedimento espresso e motivato (se accoglie spiega l'assenza di impedimento; se respinge, esprime i limiti incorsi al rilascio) che va trasmesso anche ai controinteressati se individuati. La pregnanza della motivazione, secondo le linee guida Anac, deve dare conto di quale tra gli interessi elencati all'art. 5-bis verrebbe pregiudicato dall'accesso, in modo diretto con l'accesso, con giudizio prognostico di alta probabilità. Se il pregiudizio riveste invece carattere temporaneo, la p.a. può differire l'accesso; se invece il pregiudizio è circoscritto all'esibizione di determinati dati, questi possono essere oscurati dalla p.a. (non è azione di elaborazione) e reso accessibile la restante parte del documento; sull'argomento vi è una vasta produzione scientifica: per una recente ricognizione, anche in riferimento al dibattito dottrinario, A. SIMONATI, *Art. 22*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. Sandulli, Milano, 2011, 1005 ss.

[22] Il Consiglio di Stato, Sez. VI, 12.08.2016, n. 3631 ha precisato che "diversi sono i presupposti che disciplinano l'accesso ai sensi del decreto legislativo n. 97 del 2016, che svincola il diritto di accesso da una posizione legittimante differenziata (art. 5 del decreto n. 33 del 2013 nel testo novellato) e, al contempo, sottopone l'accesso ai limiti previsti dall'art. 5 bis. In tal caso la P.A. intimata dovrà in concreto valutare, se i limiti ivi enunciati siano da ritenere in concreto sussistenti, nel rispetto dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza, a garanzia degli interessi ivi previsti e non potrà non tenere conto, nella suddetta valutazione, anche le peculiarità della posizione legittimante del richiedente.".

Quanto al profilo soggettivo, in punto di legittimazione, mentre nel diritto di accesso "generalizzato" è riconosciuto il diritto di accedere a chiunque, proprio "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", nell'istanza di accesso *ex lege* 241/90, invece, il richiedente deve dimostrare di essere titolare di un «interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso»[23].

Quanto al profilo oggettivo laddove nell'accesso 2016, la legge, pur a fronte delle legittime esigenze di controllo diffuso del cittadino pare consentire un accesso meno in profondità - se del caso, in relazione all'operatività dei limiti- ma più esteso rispetto all'accesso ex art. 22 ss. legge 241/90 (laddove in quest'ultima forma di accesso la legge riconosce invece, in virtù della tutela qualificata dell'istante, un accesso più in profondità rispetto ai documenti oggetto della richiesta di accesso civico 2016)[24].

6. I limiti dell'accesso civico 2016 e le possibili interazioni con l'accesso documentale.

Come appena visto, con l'accesso civico 2016 la conoscibilità generalizzata degli atti diviene la regola, temperata dalla previsione di eccezioni poste a tutela di interessi (pubblici e privati) che possono essere lesi/pregiudicati dalla rivelazione di certe informazioni[25].

Non tutti i documenti sono dunque, come invece parrebbe dalla denominazione "accesso generalizzato", accessibili in nome della invocata trasparenza.

E' infatti rimesso alla singola amministrazione valutare (caso per caso) il diniego all'accesso, laddove, la diffusione dei dati, dei documenti ovvero delle informazioni richieste possa determinare un "probabile pregiudizio concreto ad alcuni interessi pubblici e privati di particolare rilievo giuridico"[26].

---

[23] Su questa particolare specificazione A. SANDULLI, *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Gior. Dir. amm.*, 2007, 669 ss.

[24] In senso critico alla distinzione sotto il profilo oggettivo tra accesso civico generalizzato e accesso documentale si veda S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili, cit.*, pag. 12.

[25] L'introduzione dell'accesso civico generalizzato sposta il momento del bilanciamento degli interessi a valle, assegnando il relativo compito all'amministrazione (diversamente dall'accesso 2013 laddove la definizione degli atti soggetti a pubblicazione presupponeva che fosse il legislatore ad aver già contemperato ex ante l'interesse alla conoscenza con eventuali interessi antagonisti).

[26] Così delibera Anac n. 1309 del 28.12.2016. E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di comunicazione*, cit, evidenzia tuttavia come "le linee guida riescono solo in parte, ed a volte con effetti altresì di segno opposto, a contenere l'estensione dei limiti, che restano dunque molto ampi, per quanto meglio precisati, e quindi facilmente in grado di intercettare istanze di tipo conoscitivo".

Si ritiene pertanto necessario indagare i limiti all'accesso civico 2016 non solo al fine di delimitare ulteriormente i confini tra tale forma di accesso e l'accesso documentale, ma anche al fine di risolvere le possibili interazioni tra tali due diverse forme di accesso.

Come accennato la p.a. potrà opporre un diniego all'accesso qualora possa essere arrecato un pregiudizio concreto alla tutela di interessi pubblici o privati, dettagliatamente elencati (art. 5 bis)[27] o in caso di divieti di legge (art. 24 l. 241/90)[28].

Si tratta di due grandi blocchi rappresentati il primo dalla sicurezza pubblica e l'ordine pubblico (interessi per così dire sovrani, rientranti nella sfera di attribuzione statale) ed il secondo dalla protezione dei dati personali (rientranti prevalentemente nelle competenze delle amministrazioni territoriali)[29].

Nel caso di diritto di accesso, i limiti sono invece elencati all'art. 24 l. 241/90, che viene intesa come clausola aperta rinviando alle singole p.a. locali o governative la facoltà di introdurre ulteriori documenti sottratti all'acceso (sempre con il limite di non pregiudicare la conoscenza necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici) (comma 7).

[27] Le Linee guida Anac n. 1309 del 28.12.2016 hanno ad oggetto la "definizione delle esclusioni e dei limiti" all'accesso civico; esse distinguono fra A) eccezioni assolute all'accesso generalizzato aventi carattere tassativo (Segreto di Stato, ed altri casi di segreto o divieto di divulgazione tra i quali ad esempio i dati idonei a rivelare lo stato di salute, a rivelare la vita sessuale, dati identificativi di persone fisiche beneficiarie di aiuti economici da cui è possibile ricavare informazioni relative allo stato di salute ovvero alla situazione di disagio economico-sociale degli interessati ecc..) e B) eccezioni relative o qualificate derivanti dalla tutela di interessi pubblici (sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; la sicurezza nazionale; la difesa e le questioni militari; le relazioni internazionali; la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; il regolare svolgimento di attività ispettive.) e derivanti dalla tutela di interessi privati (protezione dei dati personali; libertà e segretezza della corrispondenza; interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi proprietà intellettuale, diritto d'autore e segreti commerciali). Il legislatore non opera, come nel caso delle eccezioni assolute, una generale e preventiva individuazione di esclusioni all'accesso generalizzato, ma rinvia a una attività valutativa al fine di indicare se l'ostensione degli atti possa determinare un pregiudizio concreto e probabile agli interessi indicati dal legislatore.

[28] Il co. 3 dell'art. 5-bis prevede tra i casi di esclusione dell'accesso generalizzato anche quelli in cui l'accesso è subordinato dalla "disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24 c. 1 della legge 241/1990". Giova evidenziare che il regolamento governativo di cui al co. 6 dell'art. 24 della legge 241/1990 deve disciplinare i casi di sottrazione all'accesso con riferimento alle stesse categorie di interessi che la normativa sull'accesso generalizzato identifica come casi di esclusioni "relative" all'accesso generalizzato stesso. Si profila, dunque, una potenziale sovrapposizione fra le due normative. Ad avviso dell'Anac tale potenziale sovrapposizione, è necessario sia interpretata tenendo conto della parziale coincidenza tra le categorie di interessi che, ai sensi dell'art. 24, comma 6, della l. 241/1990, giustificano l'esclusione del diritto di accesso documentale, mentre, ai sensi dell'art. 5 bis, co. 1 e 2 del decreto trasparenza, comportano eccezioni solo relative all'accesso generalizzato. In tutti questi casi le amministrazioni, non potendo applicare le esclusioni generali del regime dell'accesso documentale, devono tenere in adeguata considerazione il grado di maggiore trasparenza al quale deve essere assoggettata l'attività istituzionale a seguito dell'intervento novellatore di cui al d.lgs. 97/16, valutando caso per caso le istanze di accesso a dati, documenti o informazioni detenute dalle medesime.

[29] Il confine è tendenziale, atteso che ad esempio laddove si richiama tra gli interessi pubblici la "conduzione di indagini sui reati", ben può essere intesa la competenza locale in materia di reati di abuso edilizio e via dicendo.

Appare dunque complesso valutare le sostanziali analogie e le reali differenze tra i limiti dell'accesso civico e quelli dell'accesso documentale laddove i limiti indicati dalle due norme paiono riconducibili ad una categoria unitaria valida per entrambe.

Per cercare di dare un criterio applicativo –certo- di differenziazione, possiamo affermare che l'accesso civico 2016 deve considerarsi sicuramente escluso, per espressa previsione normativa, sia in presenza dei limiti di cui all'art. 5 bis che in presenza dei limiti di cui all'art. 24 l. 241/90 (art. 5 bis comma 1 e comma 3 D.Lgs 97/2016).

Viene quindi da pensare che il rapporto tra le due forme di declinazione del principio di trasparenza come sopra precisato ponga una sorta di gradazione[30], per cui laddove venga negato l'accesso civico 2016, l'interessato potrà far valere il diritto di accesso (dal quale è possibile trarre la motivazione dell'accesso e la dimostrazione dell'attualità dell'interesse).

Su questo piano è rinvenibile la sostanziale differenza tra i due istituti: nell'accesso civico 2016 i limiti resistono in ogni caso all'istanza del privato (la p.a. può discostarsi dalla opposizione di eventuali controinteressati se questi adducono motivi non rientranti nelle categorie di protezione dei dati sensibili); nell'istanza di accesso ex art. 22 ss. l. 241/90 invece, i limiti, parimenti esistenti, possono cedere il passo, in quanto contemperati necessariamente con le esigenze giuridicamente qualificate poste a tutela del privato.

Se ne può trarre come ulteriore corollario che:

i) saranno ipotesi solo "residuali" quelle in cui sarà possibile, ove titolari di una situazione giuridica qualificata, accedere ad atti e documenti per i quali è invece negato l'accesso generalizzato[31];

ii) per ragioni di coerenza sistematica, quando è stato concesso un accesso generalizzato non potrà invece essere negato, per i medesimi documenti e dati, un accesso documentale[32];

---

[30] E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di comunicazione, cit.*, ricorda in proposito come "le linee guida Anac n. 1309 del 28.12.2016 sono in tal senso chiare nell'escludere che laddove un documento sia stato negato, nel merito e sulla base della disciplina dell'accesso documentale, questo non potrà essere conoscibile attraverso il nuovo accesso generalizzato: il che riflette di nuovo, la scelta di interpretare in senso "gerarchico" le forme conoscitive su istanze del singolo.".

[31] Nel caso l'istante abbia ricevuto un provvedimento di diniego o di differimento o si sia formato un silenzio inadempimento, nell'accesso civico 2016 il ricorrente avrà due possibilità: i) formulare un'istanza in via di autotutela per un riesame indirizzata al Responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza (art. 7); ii) utilizzare la via dell'accesso documentale che diventa, per questa via, una strada sussidiaria a quella dell'accesso civico dovendo in tal caso fornire, da un lato specifica motivazione della richiesta di accesso, dall'altro dimostrazione dell'attualità del relativo interesse alla documentazione.

[32] In tal senso S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili, cit.*, 13-14 che ha correttamente rilevato che "la differenza più forte tra 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. 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

iii) i dinieghi di accesso agli atti e documenti di cui alla legge 241/1990, se motivati con esigenze di "riservatezza" pubblica o privata devono essere considerati attentamente anche ai fini dell'accesso generalizzato, ove l'istanza relativa a quest'ultimo sia identica e presentata nel medesimo contesto temporale a quella dell'accesso ex. l. 241/1990, indipendentemente dal soggetto che l'ha proposta[33].

Quanto ai limiti invalicabili, comuni ad entrambi gli istituti: i) un primo limite impone il rigetto di richieste massive [34], emulative e/o abusivamente indiscriminate ovvero comportanti un mero controllo generalizzato dell'attività della p.a. (c.d. curiosità)[35]; ii) un secondo limite, riguarda invece eventuali istanze indeterminate ovvero relative a documenti non ancora esistenti, non potendosi certo predicare l'esibizione di atti che non risultino già formati[36].

7. Considerazioni conclusive.

Come visto, sotto la denominazione accesso abbiamo istituti differenti.

L'accesso procedimentale, l'accesso civico, 2013, l'accesso civico 2016, il diritto di accesso.

Solamente questi ultimi due istituti rappresentano la forza dinamica della trasparenza, volta a far ottenere al cittadino atti e documenti non pubblicati.

---

dell'accoglimento della sua domanda, di motivare o giustificare la sua richiesta. Il secondo, relativo *all'interessato*, che invece deve allegare alla domanda particolari elementi perchè così' risulta legittimato ad accedere a dati preclusi ad altri (i.e. *al chiunque*).".

[33] Si intende dire, cioè, che laddove l'amministrazione, con riferimento agli stessi dati, documenti e informazioni, abbia negato il diritto di accesso ex l. 241/1990, motivando nel merito, cioè con la necessità di tutelare un interesse pubblico o privato prevalente, e quindi nonostante l'esistenza di una posizione soggettiva legittimante ai sensi della 241/1990, per ragioni di coerenza sistematica e a garanzia di posizioni individuali specificamente riconosciute dall'ordinamento, si deve ritenere che le stesse esigenze di tutela dell'interesse pubblico o privato sussistano anche in presenza di una richiesta di accesso generalizzato, anche presentata da altri soggetti. Tali esigenze dovranno essere comunque motivate in termini di pregiudizio concreto all'interesse in gioco.

[34] Le linee guida dell'ANAC di cui alla delibera 28.12.2016, pag. 29, definiscono le "richieste massive" stabilendo che "l'amministrazione è tenuta a consentire l'accesso generalizzato anche quando riguarda un numero cospicuo di documenti ed informazioni, a meno che la richiesta risulti manifestamente irragionevole, tale cioè da comportare un carico di lavoro in grado di interferire con il buon funzionamento dell'amministrazione. Tali circostanze, adeguatamente motivate nel provvedimento di rifiuto, devono essere individuate secondo un criterio di stretta interpretazione, ed in presenza di oggettive condizioni suscettibili di pregiudicare in modo serio ed immediato il buon funzionamento dell'amministrazione." (cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. III, 11.10.2017, n. 1951).

[35] M. ALESIO, *L'accesso civico generalizzato non consente richieste massive ed abusivamente indiscriminate*, in *Dir. e giust.*, fasc. 164, 4.

[36] Rimane fermo che non possa essere predicata l'ostensione a mezzo accesso civico, per alcune specifiche discipline di settore, da ultimo, quella in materia di contratti pubblici (TAR Emilia Romagna, 18.07.2018, N. 197), e l'accesso a mezzo FOIA ad atti notarili e visure (provvedimento doc. web. N. 6919162 Garante Privacy).

Tuttavia mentre l'accesso civico 2016 (cd. FOIA) è ispirato a immediatezza ed informalità salvo la presenza di limiti dettati da interessi pubblici o privati[37], il diritto di accesso, al di fuori del perimetro posto a salvaguardia sempre di interessi pubblici, mantiene ancora intatta la sua piena autonomia –anche in termini di richiamata gerarchia- e attualità rispetto alla discrezionalità della p.a. nel bilanciamento degli interessi privati contrapposti (tra accesso e riservatezza).

In altri termini, mentre l'informalità piena del diritto di accesso 2016 sconta un'azione maggiormente (non totalmente) vincolata della p.a. nella ostensione del documento richiesto in presenza di interessi contrapposti, diversamente nel procedimento avviato sull'esercizio del diritto di accesso, anche grazie ad una copiosa riflessione dottrinaria e analisi giurisprudenziale, permane invece intatta l'idea di un sempre vivo contemperamento di interessi tra accesso e tutela alla riservatezza, fondata non tanto su differenti poteri della p.a., bensì sulle condizioni dell'istanza (legittimazione e interesse) nonchè sulla motivazione dell'accesso, tali da qualificare diversamente la pretesa di accesso ed i limiti ad essa opponibili.

In definitiva, viene da chiedersi quale sia in sintesi la dinamica di trasparenza effettiva che ci consegna il nuovo disegno legislativo, in ogni caso sfaccettato, nel quale un accesso civico bifronte (ma a ben vedere due istituti distinti: il "vecchio" accesso civico ed il nuovo "accesso generalizzato") si affianca ad un sistema di diritto di accesso ai documenti già da tempo consolidato.

Un quadro composito, di più inusualmente articolato, che appare tuttora alla ricerca di un suo equilibrio e di un suo baricentro.

Ad oggi, sembra di assistere ad una trasformazione guidata del nuovo accesso-Foia: un istituto che si va ad affiancare all'"imperturbato" diritto di accesso documentale (o "difensivo"), che il legislatore ha scelto di non modificare.

L'enfasi posta nel dibattito pubblico sul tema del *freedom of information act*[38], l'ampia circolazione del modello nello scenario comparato, l'attenzione dei primi commentatori[39],

[37] Ora peraltro meglio delineati dalla recente circolare n. 2/2017 del Ministero per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione recante "attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA)". Le raccomandazioni operative contenute nella circolare riguardano sostanzialmente i seguenti profili: i) le modalità di presentazione della richiesta; ii) gli uffici competenti; ii) i tempi di decisione; iii) i controinteressati; iv) i rifiuti non consentiti; v) il dialogo con i richiedenti; vi) il Registro degli accessi. Quanto ai criteri applicativi la Circolare richiama i seguenti principi: i) il principio della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo; ii) il criterio del minor aggravio possibile all'esercizio del diritto di accesso; iii) i limiti all'adozione di regolamenti interni (ovvero regolamenti interni che possano limitare l'estensione del diritto di accesso in quanto coperti da riserva di legge art. 10 CEDU).

[38] R. BIANCHINI, *Attenti al FOIA! Sull'accesso agli atti è davvero rivoluzione?*, articolo 16.06.2016, in www.altalex.it

[39] F. MODAFFERI, *Privacy e trasparenza sono complementari ma il decreto Foia aumenta il rischio di conflitti*, articolo 30.03.2017, in *www.altalex.it*

la rilevanza dell'introduzione del nuovo istituto nel quadro della complessiva riforma in termini di "trasparenza" sono tutti elementi che avvalorano l'idea che con il tempo si possa superare la necessità di mantenere in vita una pluralità di modelli che non si sostituiscono ma si stratificano, affiancandosi gli uni agli altri, determinando al contempo nuovi paradigmi[40].

Spetterà ovviamente al legislatore, anche del caso a mezzo dell'ausilio di ulteriori linee guida Anac[41], e non da ultimo grazie al fondamentale ausilio che fornirà in materia di accesso la giurisprudenza amministrativa, indicare quando il sistema sarà maturo per un passaggio definitivo ad un'unica forma di accesso.

[40] Tale soluzione non appare così irrealistica: basti pensare che nello schema di legge originariamente presentato dalla Commissione Nigro nella stesura di quella che poi sarebbe stata la l. 241/90, la legittimazione all'esercizio del diritto di accesso era riconosciuta a tutti i cittadini, senza ulteriori qualificazioni, nell'intento di dar vita ad una vera e propria azione popolare.".

[41] Come rilevato da M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit., "l'adozione del FOIA è però soltanto il primo passo per garantire l'effettività del nuovo diritto. Occorrerà riorganizzare la gestione dei flussi documentali all'interno degli uffici, formare funzionari e giudici capaci di applicare la riforma senza tradirne lo spirito e dotare l'Anac delle competenze necessarie per orientare e armonizzare la prassi".