

11 GENNAIO 2017

Il paradosso della trasparenza in Italia:  
dell'arte di rendere oscure  
le cose semplici

di Gianluca Gardini

Professore ordinario di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Ferrara



# Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici \*

**di Gianluca Gardini**

Professore ordinario di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Ferrara

**Sommario:** **1.** FOIA 2016: nasce il diritto all'informazione amministrativa. – **2.** L'errore di voler disciplinare congiuntamente due forme di accesso diverse. – **3.** La tutela dimezzata dei contro-interessati. – **4.** L'incerto ruolo della difesa civica. – **5.** Le soluzioni possibili. A) Riscrivere la legge. – **5.1.** Le soluzioni possibili. B) Interpretare le norme seguendo la *ratio* dei vari istituti. – **6.** La convivenza tra accesso documentale (o difensivo) e accesso civico.

## **1. FOIA 2016: nasce il diritto all'informazione amministrativa**

Ci siamo.

Da pochi mesi è entrato in vigore il d.lgs. 97/16, che introduce il “diritto alle informazioni amministrative” per tutti i cittadini italiani (o *Freedom of Information Act*, per dirla con l'anglicismo oggi in voga), ed è già esploso lo “Zibaldone di pensieri” e interpretazioni.

La riforma muove dall'insoddisfazione generale per la trasparenza ottenuta mediante la pubblicazione obbligatoria sui siti internet istituzionali (d.lgs. 33/13), e viene ad affermare il diritto/libertà di chiunque di ottenere *tutti* i dati a disposizione della pubblica amministrazione (salvo quelli espressamente esclusi) mediante un accesso civico individuale esercitabile *uti cives*. Tutto a tutti, insomma: l'effetto “trasparenza totale” si realizza grazie a semplici istanze di accesso presentate dai cittadini in assenza di motivazione o di legittimazione specifiche, con l'unico scopo di esercitare un controllo generalizzato sull'operato delle amministrazioni e partecipare alle scelte pubbliche.

Una riforma utile e necessaria, dunque. Nel fare questa scelta coraggiosa e introdurre anche nel nostro paese l'accesso civico propriamente detto (modello F.O.I.A.), tuttavia, il decreto lascia in vita le altre tipologie di accesso già presenti nel nostro ordinamento – documentale (1990) e civico (2013) – e viene ad aggiungere ad esse un nuovo strumento di trasparenza, che consente al cittadino di ottenere le informazioni pubbliche a cui è realmente interessato. Un'operazione di stratificazione, che non semplifica né razionalizza l'esistente. Affinché il livello generale di trasparenza pubblica possa aumentare, infatti, la

---

\* Riceviamo e volentieri pubblichiamo.

convivenza tra strumenti diversi dovrebbe arricchire le opportunità di conoscenza, non generare promiscuità o confusione.

Da questo punto di vista, la scelta di operare sull'impianto normativo già esistente, innestando su di esso il "nuovo accesso civico", è fallimentare in partenza: al netto di un innegabile miglioramento in termini di conoscibilità dei dati pubblici, ciò che si ottiene emendando il vecchio d.lgs. 33/13 è soprattutto sovrapposizione tra gli istituti, incertezza sugli obblighi, indeterminatezza dei limiti. In parte la responsabilità di questa situazione risale direttamente al Parlamento, poiché la legge delega (legge n. 124 del 2015, cd. Madia) autorizza il Governo ad intervenire adottando «entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive del [decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33](#), in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni» (art. 7). In parte, tuttavia, il legislatore delegato avrebbe potuto adottare soluzioni più lineari per il «riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto di accesso», evitando di creare una commistione di concetti così profonda da pregiudicare la stessa fruibilità delle nuove opportunità di conoscenza e controllo.

Se è vero che il legislatore italiano non ha brillato per perspicuità e limpidezza nella formulazione delle regole sulla trasparenza, è altrettanto certo che esegeti e commentatori, forse per un eccesso di competenze giuridiche che contraddistingue il nostro paese, stanno riuscendo a complicare ulteriormente ciò che, almeno nelle intenzioni, doveva essere chiaro. Anzi, trasparente.

Le linee guida Anac, recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti del "nuovo" accesso civico, hanno cercato per quanto possibile di evitare sovrapposizioni tra istituti e colmare qualche lacuna, ma non è pensabile che strumenti soft law possano fornire la soluzione ultima ad un problema che è essenzialmente legato all'impianto normativo<sup>1</sup>.

Così, tra norme astruse e interpretazioni altrettanto complicate, i cittadini italiani hanno assistito alla nascita per gemmazione della nuova nozione - una e trina - di accesso: civico, civico generalizzato, documentale (o difensivo). L'utilità di questa ripartizione sfugge ai diretti interessati, amministrati e amministrazioni, ma l'impatto estetico è notevole. C'è solo un problema: la distinzione, così articolata, rischia di essere non soltanto inutile ma controproducente, se il legislatore non si attiverà per precisare meglio il perimetro e le finalità delle molteplici forme di accesso attualmente in vigore nel nostro ordinamento.

---

<sup>1</sup> V. ANAC, Schema di linee guida, recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti dell'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/13 (Documento in consultazione)

## 2. L'errore di voler disciplinare congiuntamente due forme di accesso diverse.

Quando si provano a stabilire i confini tra l'uno e l'altro istituto, infatti, iniziano i problemi.

La premessa del caos regolativo è che il legislatore non si cura di definire preliminarmente le diverse forme di accesso civico (“Per accesso civico semplice si intende...”; “per accesso civico generalizzato si intende...”), anzi utilizza indifferentemente lo stesso *nomen iuris* (accesso civico) per tutti e due i diritti, valorizzandone la matrice comune del diffuso riconoscimento in capo a “chiunque”, a prescindere dalla titolarità di una situazione giuridica individuale. Le Linee guida ANAC si sforzano di controbilanciare questo difetto genetico, ma è chiaro che il risultato finale non potrà mai equivalere ad una coerente ripartizione ad opera della legge.

In realtà, il decreto 97/16 tenta di abbozzare una distinzione concettuale tra i due strumenti di trasparenza. Il nuovo art. 5, comma 1, infatti, disciplina il diritto di chiunque di richiedere documenti, informazioni o dati alla PA, laddove quest'ultima ne abbia omesso l'obbligatoria pubblicazione sui siti internet istituzionali, ai sensi del decreto n. 33/13. A voler seguire i primi commenti pubblicati<sup>2</sup> si tratterebbe dell'accesso civico *proprio*, introdotto dal d.lgs. 33/13 come strumento di ottemperanza per gli obblighi di pubblicazione spettanti alla PA. Nessun limite all'accesso è stabilito in questo comma, direttamente o per rinvio.

Il comma 2 del medesimo articolo, poche righe più avanti, stabilisce il diritto di accedere a dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, *ulteriori* rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, nel rispetto dei limiti fissati più avanti dalla stessa legge (art. 5bis). Si tratterebbe, in questo caso, dell'accesso civico *improprio*, costruito dal recente decreto 97/16 come *libertà* individuale di ottenere documenti e dati nella disponibilità delle pubbliche amministrazioni, riconosciuta a chiunque al duplice fine di soddisfare il diritto dei cittadini di essere informati e di esercitare un controllo esterno sulle pubbliche amministrazioni. L'oggetto di conoscenza cambia leggermente rispetto all'accesso civico proprio (non sono menzionate le informazioni), ma non è né grave né chiaro cosa ciò comporti, visto che non viene data alcuna definizione legislativa dei possibili oggetti dell'accesso. Di sicuro vi è che, a differenza di quanto avviene per quello proprio, per l'accesso civico improprio vengono esplicitati alcuni limiti, tramite rinvio all'art. 5bis che li dettaglia.

Poco oltre, il comma 11 del medesimo articolo stabilisce che “Restano fermi gli obblighi di pubblicazione previsti dal capo II, nonché le diverse forme di accesso degli interessati previste dal capo V della legge n. 241 del 1990”. Ossia, l'accesso documentale, tradizionale.

---

<sup>2</sup> Il riferimento è al recente commentario curato da B. Ponti, *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Maggioli ed. 2016. L'opera, che raccoglie il contributo di più autori, è interamente attraversata dalla distinzione tra accesso civico proprio e improprio, utilizzata come chiave di lettura per la comprensione del decreto.

Fin qui tutto bene, la tripartizione sembra chiara.

I problemi sopraggiungono subito dopo: nei restanti commi dell'art. 5, infatti, la legge disciplina *congiuntamente* l'esercizio dei diritti di accesso di cui ai commi 1 e 2, senza fare alcuna distinzione. In particolare, il comma 6 si preoccupa di "procedimentalizzare" l'accesso civico (o meglio gli accessi civici) prevedendo che ad ogni istanza deve seguire un provvedimento espresso e motivato da rilasciarsi nel termine di 30 giorni. Da notare che se questa disposizione non fosse considerata comune ai due tipi di accesso, uno di essi si troverebbe fatalmente privo di una disciplina procedurale, al punto che ad esso non potrebbe nemmeno applicarsi l'obbligo di conclusione espressa e motivata. Del resto, il comma precedente (comma 5) si premura di escludere espressamente l'accesso civico improprio dall'applicazione di alcuni istituti della trasparenza (nel caso specifico, la comunicazione ai controinteressati), facendo così intendere all'interprete che il legislatore, quando ha voluto riferirsi ad una sola forma di accesso civico, lo ha specificato, mentre intende continuare riferirsi ad entrambe le forme di accesso civico laddove non specifica nulla (*ubi lex voluit, dixit*). Il problema di regolare congiuntamente due istituti che hanno lo stesso nome si coglie nel leggere che «Il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso devono essere motivati con riferimento ai casi e ai limiti stabiliti dall'art. 5 bis» (comma 6): data la matrice comune, questa regola deve essere necessariamente riferita ad entrambi gli accessi civici. Ci si imbatte così nella prima manifestazione di quella tecnica redazionale che, con un'elegante espressione, viene indicata come "rinvio normativo circolare". Non si sa se per svista o per eccesso di uniformazione, con questa tecnica si finiscono per estendere tutte le limitazioni espressamente previste per il solo diritto di accesso civico improprio (comma 2) anche al diritto di chiunque di esigere l'obbligatoria pubblicazione di dati, documenti e informazioni sui siti internet istituzionali (accesso civico proprio: comma 1), con il risultato di rimescolare nuovamente i concetti e sconvolgere il fragile ordine mentale che fin qui il lettore era riuscito a farsi. Così, quando egli giunge all'art. 5 bis, che, come ricordato, disciplina i limiti all'accesso civico esercitato per finalità di controllo generalizzato (cd. improprio), articolati tra limiti pubblici e limiti privati, una domanda gli si affaccia naturalmente alla mente: ma perché, se il legislatore voleva collegare questi limiti solamente all'accesso civico improprio (comma 2), gli stessi sono richiamati nell'articolo precedente (comma 6) come esclusioni e limiti validi per entrambi i tipi di accesso? Non sarebbe stato più logico limitare la portata dell'art. 5, comma 6, al solo accesso civico improprio? E se così non è, o meglio se questa non era l'intenzione del legislatore, non sarebbe stato più semplice riportare anche nel testo dell'art. 5 bis che le esclusioni ivi previste valgono per entrambe le tipologie di accesso civico? Effetti perversi del rinvio circolare, che viene subdolamente ad estendere le regole previste per un specifico istituto ad altri istituti a cui, in prima battuta, esse non si applicherebbero. Una modalità per rendere

indecifrabili le leggi, specie quelle scomode come il “codice della trasparenza”, si potrebbe dire con un pizzico di malizia.

Il discorso può ripetersi per situazioni analoghe. Così, nel medesimo articolo 5 bis, il comma 3 richiama indistintamente tutti i limiti all’accesso tradizionale, fissati all’art. 24, comma 1 della legge n. 241/90, che, grazie alla tecnica del rinvio mobile, divengono parte integrante delle condizioni poste all’accesso civico improprio. Pertanto, i limiti all’accessibilità dei documenti indicati nella l. n. 241/90 sembrerebbero applicarsi solamente all’accesso civico improprio (quello generalizzato, insomma), in base a quanto prevede espressamente la legge. Questa conclusione lineare e logica, tuttavia, è rimessa in discussione dal solito rinvio circolare: come si è già ricordato, l’art. 5, comma 6, nel disciplinare congiuntamente le due tipologie di accesso civico (proprio e improprio), finisce per ottenere che le esclusioni previste all’art. 5bis si applichino a tutte le istanze di accesso. E tra le esclusioni contemplate dall’art. 5bis troviamo, appunto, anche i limiti sanciti dalla legge 241/90. Il risultato finale di questa tecnica redazionale perversa è che anche le limitazioni previste per l’accesso documentale (ex l. 241/90) vanno applicate ad entrambi i tipi di accesso civico, per chi non l’avesse capito subito.

Le differenze tra i due “accessi” diventano più concrete quando si giunge all’art. 7 bis, inserito ex novo dal decreto 97/16, che disciplina nel dettaglio i limiti alla pubblicazione sui siti internet istituzionali. Limiti puntualmente stabiliti, verrebbe da dire, salvo che il periodo finale del comma 1 consente la pubblicazione online “nel rispetto dei principi sul trattamento dei dati personali”. Per non sbagliare, il legislatore richiama in blocco tutti i principi del codice *privacy*, che, com’è ovvio, mal si conciliano con la pubblicazione online di dati (anche personali), indicizzati, riutilizzabili e retti dal paradigma dell’ *open data*. Come dire, il diavolo e l’acqua santa concentrati e frullati nella stessa norma. E poi, viene da chiedersi, se l’art. 5, comma 6 estende ad entrambe le tipologie di accesso civico i limiti di cui all’art. 5bis, e, per il tramite di quest’ultimo, vengono estesi anche i limiti previsti dalla legge 241/90 per l’accesso documentale, che senso ha avuto distinguere tra loro le tipologie di accesso, visto che sono soggette sostanzialmente ai medesimi limiti? Qualcuno risponderà che i limiti di cui all’art. 7bis sono propri esclusivamente degli obblighi di pubblicazione e dunque dell’accesso civico strumentale (o proprio). Ma, studiando meglio, si riuscirà certamente a sostenere che la circolarità dei rinvii consente di estendere questi limiti anche alle altre forme di accesso.

La verità è che la scelta legislativa di utilizzare il *nomen iuris* di “accesso civico” per entrambi questi istituti può generare molta confusione, e la soluzione di disciplinarli congiuntamente, all’interno del medesimo articolo di legge, rischia di creare un pasticcio nel pasticcio. La causa originaria di questa nebulosa normativa risiede nell’idea stessa di realizzare il diritto all’informazione amministrativa (*right to know*) mediante l’imposizione alle amministrazioni di una serie di obblighi di pubblicazione, assistiti da uno

strumento “coercitivo” messo a disposizione dei cittadini, che viene (impropriamente) definito “accesso civico”. Con il decreto 33/13, infatti, si è cercato di superare il problema della mancanza di un diritto individuale ad esercitare un controllo generalizzato sull’agire della PA, rendendo disponibili preventivamente e online una serie di informazioni e dati che indirettamente avrebbero dovuto soddisfare questo diritto. Questa strategia però si è rivelata, al contempo, dirigista e insoddisfacente. Dirigista nelle due direzioni, sia nei confronti delle PA che sono state costrette a divenire trasparenti in modo proattivo, pubblicando una serie di documenti e dati sui propri siti anche in assenza di richieste specifiche; sia nei confronti dei cittadini, che il legislatore presume *iuris et de iure* appagati nel loro desiderio di conoscere dalla semplice disponibilità online di informazioni a cui magari non sono interessati. Insoddisfacente perché ha generato un grande malcontento nelle PA, che si sono viste aggiungere un pesante carico di adempimenti burocratici, sanzionati in modo formale e molto pesante, senza d’altra parte ottenere un tangibile miglioramento nei rapporti con gli amministrati, in termini di partecipazione, coinvolgimento e sostegno democratico; ma insoddisfacente anche per i cittadini, che molto spesso non riescono a trovare online le informazioni a cui sono realmente interessati o le trovano immerse in una tale complessità di dati da farli rapidamente desistere da ogni tentativo di ricerca.

Un legislatore saggio, e anche meno orgoglioso, avrebbe dovuto riconoscere il sostanziale fallimento di questa strategia, da qualcuno salacemente definita “la trasparenza di Bertoldo”<sup>3</sup>. E, fallito il tentativo «di impiantare il germe della trasparenza a colpi di obblighi di pubblicazione - tentativo culminato nell’adozione del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33», avrebbe dovuto riscrivere *ex novo* il codice della trasparenza, ispirandosi al modello FOIA «largamente prevalente in Europa e in altri ordinamenti liberal-democratici, oltre che nell’Unione europea e in altre organizzazioni internazionali»<sup>4</sup>.

Così non è stato e, pur di non riconoscere il proprio errore, il legislatore ha caparbiamente deciso di mantenere in vita quanto realizzato con la trasparenza mediante pubblicazione. Su questo impianto, considerato principale, ha poi innestato il diritto di accesso civico individuale, a sua volta cresciuto sulle spalle dell’accesso ai documenti classico, difensivo, ossia quello disciplinato dalla legge n. 241/90, che viene mantenuto espressamente in vita dal codice sulla trasparenza. L’effetto di stratificazione e sovrapposizione, date le premesse, è pressoché inevitabile: tre tipi di accesso in vigore contemporaneamente, senza chiare differenziazioni, non possono che produrre l’effetto “millefoglie”. La responsabilità, come si è detto, è sicuramente da ascrivere alla legge delega, ma è altrettanto certo che il Governo avrebbe potuto evitare questa pericolosa commistione di regole e concetti introducendo

---

<sup>3</sup> M. Savino, *Il FOIA Italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. Amm.*, 2016, 5, p. 593

<sup>4</sup> *Ibidem*

anzitutto delle definizioni chiare, quindi delle norme specifiche per disciplinare partitamente le diverse forme di accesso attualmente esistenti.

Alla confusione legislativa si è poi aggiunta quella degli interpreti, e dal pasticcio siamo passati all'alta pasticceria. Definire accesso civico *proprio* quello introdotto originariamente dal decreto 33/13, per garantire l'esecuzione forzata degli obblighi di pubblicazione, e accesso civico *improprio* quello introdotto dal recente decreto 97/16, strumentale al diritto di essere informato del cittadino, non aggiunge molto alla comprensione di due istituti. Anzi. Senza trascurare che, a rigore, accesso civico *proprio* dovrebbe semmai essere definito quello che mira a soddisfare il diritto di ogni cittadino all'informazione (o modello F.O.I.A.), visto che il rimedio alla mancata ottemperanza degli obblighi di pubblicazione consegnato nelle mani dei cittadini dal d.lgs. 33/13, ha ben poco dell'accesso civico.

Molto meglio dunque seguire le linee guida Anac, su questo punto, che propongono di denominare "accesso civico" semplice quello strumentale all'ottemperanza degli obblighi di pubblicazione, e "accesso civico generalizzato" quello volto a realizzare il diritto di essere informati dei cittadini. Ma è una soluzione di ripiego, occorreva agire a monte, non a valle del problema.

### **3. La tutela dimezzata dei controinteressati**

Altre perplessità sorgono con riferimento al rapporto tra accesso e tutela dei portatori di interessi pregiudicati dall'accoglimento dell'istanza (contro-interessati). Sul punto, la nuova disciplina sull'accesso generalizzato ha accolto una soluzione assai vicina a quella già sperimentata dal tradizionale accesso documentale: la legge esige, infatti, che laddove l'istanza incida su interessi dei controinteressati occorre che l'amministrazione ne dia comunicazione al terzo, in modo da consentire a questi soggetti di esprimere compiutamente le proprie ragioni di opposizione, prima che la decisione sull'istanza venga adottata. Si realizza in questo modo una tutela anticipata delle ragioni del terzo, per certi versi condivisibile, in quanto utile a prevenire eventuali azioni di responsabilità civile della PA. per i danni, non necessariamente economici, causati ai controinteressati, in conseguenza di una incauta ostensione di documenti, dati personali o sensibili. Se possibile, la nuova disciplina adotta un approccio ancora più protettivo rispetto a quello adottato dal Legislatore della L. 241/1990, prevedendo espressamente una clausola *stand still* che impone alla PA di trasmettere i dati o i documenti solo decorsi 15 giorni dal momento in cui il controinteressato sia posto a conoscenza dell'accoglimento dell'istanza. In questo modo si intende mettere il terzo nelle condizioni di adoperare tutti i mezzi di tutela giustiziale e giurisdizionale prima che si produca un danno definitivo ai suoi interessi personali.

L'estensione al terzo dei rimedi giustiziali è disposta dall'art. 5, co. 9, d.lgs n. 33/2013 («Nei casi di accoglimento della richiesta di accesso, il controinteressato può presentare richiesta di riesame ai sensi

del comma 7 e presentare ricorso al difensore civico ai sensi del comma 8»). Purtroppo non altrettanto chiara appare l'estensione al terzo dei rimedi giurisdizionali specificamente previsti dal codice del processo in materia di accesso, i quali, come noto, si caratterizzano per una maggiore celerità rispetto al rito ordinario. Nella legge, infatti, non è presente alcuna puntuale disposizione che estenda il rito dell'accesso al terzo: l'art. 5, comma 7, d.lgs n. 33/2013 limita al solo *richiedente* la facoltà di «proporre ricorso al Tribunale amministrativo regionale ai sensi dell'articolo 116 del Codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104». Una lacuna che appare ancor più eclatante se si considera la cura prestata dal Legislatore nella estensione al terzo dei rimedi giustiziali. Anche le altre disposizioni del d.lgs n. 33/2013, dedicate ai profili processuali dell'accesso, sembrano ambigue su questo aspetto: l'art. 50 d.lgs n. 33/2013 prevede, molto genericamente, che «Le controversie relative agli obblighi di trasparenza previsti dalla normativa vigente sono disciplinate dal decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104», senza occuparsi del rito applicabile alle diverse tipologie di controversia; l'art. 52, non modificato dal d.lgs. 97/2016, fu ideato allo scopo di adattare il rito dell'accesso documentale alle specificità dell'accesso “semplice” (all'art. 116, comma 1, dopo le parole: «documenti amministrativi» sono inserite le seguenti: «nonché' per la tutela del diritto di accesso civico connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza»; d) all'articolo 116, comma 4, dopo le parole: «l'esibizione» sono inserite le seguenti: «e, ove previsto, la pubblicazione»), e non presenta alcun riferimento all'accesso generalizzato. D'altra parte, che il controinteressato possa valersi del rito abbreviato appare indiscutibile in caso di controversie concernenti l'accesso tradizionale (documentale): il dato emerge abbastanza chiaramente dall'art. 116 cpa, che si riferisce genericamente “alle *determinazioni* (...) sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi”, evitando accuratamente di riferirsi alle sole determinazioni di “diniego”. In diversa prospettiva, si dovrebbe comunque consentire al terzo controinteressato di valersi della tutela cautelare, per prevenire un danno definitivo e potenzialmente irreversibile ai propri interessi giuridici (art. 24 Cost.)

5.

---

<sup>5</sup> Per una lettura diversa cfr. Anna Simonati, secondo cui « la posizione di svantaggio dei controinteressati all'accesso è da tempo oggetto di riflessione anche da parte di chi si occupa dell'analisi della l. n. 241/1990. Tale condizione di vulnerabilità è stata accentuata dalla vigente formulazione del combinato disposto degli artt. 25, comma 4, l. n. 241/1990 e 116 del Codice del processo amministrativo, in cui è ormai palese che il ricorso giurisdizionale in materia di accesso è praticabile solo per gli istanti che si siano visti opporre un diniego. La protezione dell'interesse dei titolari dei dati riservati contenuti nella documentazione è affidata, dapprima, al percorso procedimentale – ove costoro sono consultati e possono manifestare la propria opposizione all'esercizio dell'accesso<sup>66</sup> – e poi, eventualmente, alla difficile via risarcitoria dell'eventuale danno subito a seguito di indebita ostensione delle informazioni che li riguardano». A. Simonati, *L'accesso civico come strumento di trasparenza amministrativa: luci, ombre e prospettive future (anche per gli enti locali)*, in corso di pubblicazione su Istituzioni del Federalismo, 2016.

In sostanza, il d.lgs n. 97/2016 trascura di adeguare al “nuovo” accesso civico generalizzato le disposizioni del codice del processo amministrativo, le quali paiono tuttora rivolte a disciplinare solamente l’accesso documentale e l’accesso civico “semplice”. Nel codice del processo amministrativo non è presente una tutela paritaria dei contro-interessati rispetto all’accesso civico generalizzato, dal momento che, per essi, non è prevista un’estensione del rito accelerato utilizzabile per le altre forme di accesso. Questo comporta una discriminazione ingiustificata rispetto ai mezzi processuali, oltre che un difetto di chiarezza in ordine ai soggetti legittimati ad utilizzare il rito abbreviato per l’accesso. Il rischio è che la decisione di consentire o meno ai controinteressati di utilizzare il rito abbreviato per l’accesso (con anche i vantaggi in termini economici e di rappresentanza in giudizio che a tale rito si collegano) venga interamente rimessa ai giudici amministrativi, con potenziali difformità di trattamento tra regione e regione.

In ogni caso, al di là del problema del rito processuale da seguire, le garanzie sostanziali da riservare al richiedente ed al terzo dovrebbero essere le medesime. Quindi, se il d.lgs. 33/2013 ha ritenuto di imporre una specifica motivazione alle determinazioni di diniego all’accesso, livelli di garanzia simili dovrebbero essere assicurati anche al controinteressato, in coerenza con la disciplina dell’accesso tradizionale cui il decreto si è voluto ispirare.

In definitiva, sarebbe stato opportuno prevedere un obbligo di adeguata motivazione anche alla decisione di accoglimento dell’istanza di accesso generalizzato, tutte le volte in cui l’ostensione di un dato incontra l’opposizione o comunque lambisce diritti di soggetti terzi. Ciò, per consentire al terzo un esercizio più mirato e consapevole del proprio diritto di azione, oltre che per permettere al giudice di operare un controllo - ancorché solo di legittimità e, dunque, formale ed estrinseco - sul bilanciamento tra interessi contrapposti compiuto dall’Amministrazione. Difficile che questa lacuna possa essere colmata dalla linee guida Anac, che non può spingere il proprio intervento sino all’interpretazione additiva, integrando (seppure opportunamente) ciò che le norme sostanziali e processuali non stabiliscono.

#### **4. L’incerto ruolo della difesa civica.**

La riforma attribuisce un ruolo specifico ai difensori civici in materia di accesso civico generalizzato, probabilmente avendo a mente la tradizionale funzione di riesame che la difesa civica svolge sull’accesso civico documentale ex art. 24, l. 241/90. Una scelta condivisibile, che va nella direzione di assicurare maggiori tutele al cittadino (richiedente o controinteressato) e un migliore bilanciamento tra ragioni della trasparenza e ragioni della segretezza.

Tuttavia le modalità con cui viene realizzato il coinvolgimento dei difensori civici non corrispondono alle intenzioni. Si pensi, ad esempio, che la norma non specifica se, nel caso di conferma del diniego di accesso a seguito di intervento del Difensore civico, la Pubblica Amministrazione debba motivare tale ulteriore

diniego (art. 5 co. 8). Sembrerebbe ovvio richiedere una motivazione per la conferma del diniego ulteriore da parte della PA, sia in ragione dell'obbligo generale di motivazione di cui all'art. 3 della legge n. 241/90, sia in rispondenza all'art. 5bis del d.lgs. 33/2013 (che contiene le ipotesi tassative di esclusione dell'accesso civico), sia in virtù di un principio generale di ragionevolezza che deve sempre guidare l'interpretazione delle norme. Purtroppo però l'interpretazione letterale della norma porta a conclusioni diametralmente opposte.

Purtroppo, però, l'art. 5, comma 8, non richiama per il provvedimento confermativo di diniego della PA l'aggettivo "motivato", previsto invece per la conferma di diniego in caso di richiesta di accesso ai sensi dell'art. 25, comma 4 della legge n. 241/90 ("Se questa non emana il provvedimento confermativo *motivato* entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico o della Commissione, l'accesso è consentito"). Si avverte così il rischio che la PA possa respingere in prima battuta l'istanza di accesso civico senza motivare il rifiuto ai sensi dell'art. 5bis o – peggio ancora - rimanendo silente, e possa non motivare il proprio diniego anche in seconda battuta, allorché assume il provvedimento confermativo (che non deve essere motivato, come si è appena ricordato) a seguito della richiesta di revisione da parte del Difensore civico. Con buona pace dell'obbligo di motivazione e di molti dei principi fondativi della legge n. 241/90.

E' pur vero che la legge stabilisce l'obbligo di concludere il procedimento di accesso civico «con provvedimento espresso e motivato nel termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza con la comunicazione al richiedente e agli eventuali controinteressati» (art. 5, comma 6). Questa disposizione, tuttavia, non impedisce *nei fatti* all'amministrazione di respingere immotivatamente un'istanza di accesso civico. Anzi, si può facilmente presumere che la stragrande maggioranza delle istanze di riesame indirizzate al responsabile trasparenza e alla difesa civica avrà ad oggetto proprio il rifiuto immotivato della PA rispetto ad una richiesta di accesso civico. A maggior ragione il problema si porrà in caso di mancata risposta (silenzio) da parte della PA alle richieste di accesso, silenzio che per definizione è immotivato, trattandosi di comportamento (fatto) e non di atto.

Per non rendere sostanzialmente vano e privo di qualsiasi effetto l'intervento del difensore civico, quindi, sarebbe opportuno chiarire nelle Linee guida che, per superare le obiezioni della difesa civica, la conferma di diniego da parte della PA deve sempre essere motivata.

Ancora, la legge non precisa se la richiesta di riesame al responsabile della prevenzione e il ricorso al Difensore Civico, prevista rispettivamente ai commi 7 e 8 dell'art. 5 nel caso di atti delle amministrazioni regionali e locali, siano da considerarsi rimedi cumulativi da esercitarsi in successione eventuale (prima la richiesta di riesame al responsabile della prevenzione, successivamente ed eventualmente al difensore

civico regionale) ovvero alternativi tra loro. Ad avviso di chi scrive sarebbe più opportuno considerare questi rimedi come cumulativi, dal momento che in alcune regioni italiane (ben 5!) non è operante il difensore civico regionale, e dunque i cittadini ivi residenti rischiano di rimanere privi di uno strumento di garanzia dei propri interessi (all'accesso o alla riservatezza). Nelle regioni in cui il difensore civico è istituito, invece, si consentirà un doppio livello di tutela per l'accesso agli atti delle regioni e degli enti locali, ma questo non sembra incidere negativamente sul livello essenziale di prestazioni da garantire in modo uniforme su tutto il territorio. Anzi.

Infine, infine la legge omette di chiarire se, in caso di richiesta di riesame al difensore civico per diniego di accesso civico generalizzato non adeguatamente motivata, il difensore debba dare notizia della istanza di riesame ad eventuali controinteressati, per consentire ad essi la facoltà di presentare opposizione. L'art. 5, comma 8, infatti, si limita a stabilire che «il richiedente può altresì presentare ricorso al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito. Qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore. Il ricorso va altresì notificato all'amministrazione interessata». La legge non prevede l'obbligo per il richiedente di dare notizia dell'istanza di riesame ai controinteressati, ma non per questo le esigenze di tutela di questi ultimi appaiono diverse o minori. Ne nasce il dubbio se, nel silenzio della legge, tale comunicazioni spetti o meno al difensore civico regionale: a parere di chi scrive questa soluzione appare consigliabile ed opportuna.

A margine di queste note tecniche, occorre fare una notazione "di sistema" sul coinvolgimento della difesa civica nel procedimento di accesso. I difensori civici comunali sono stati cancellati dalla finanziaria 2010, quelli provinciali si sono naturalmente estinti a causa della revisione dell'ente provinciale, mentre quello nazionale non è mai stato istituito nel nostro paese (a differenza di tutti gli altri paesi membri della Unione europea). Pertanto la disposizione secondo cui «Qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore» (comma 8), risulta sostanzialmente priva di senso nel contesto attuale, dal momento che gli unici difensori civici operanti nel nostro ordinamento sono quelli regionali.

## **5. Le soluzioni possibili. A) Riscrivere la legge**

Proviamo ora a calarci nei panni dell'operatore, un responsabile della trasparenza di un comune di medio/piccole dimensioni che decida di applicare scrupolosamente le nuove norme. Il primo problema nasce dall'assenza di chiare definizioni normative: come si può distinguere l'accesso civico (vecchio), strumentale alla pubblicazione, dall'accesso civico (nuovo), funzionale alla soddisfazione del diritto individuale all'informazione amministrativa, se il legislatore ne disciplina l'esercizio congiuntamente,

all'interno del medesimo articolo? Come si possono stabilire i confini tra l'uno e l'altro diritto di accesso civico, se il legislatore non si premura di associare ciascuno di questi istituti ad una finalità specifica, esclusiva e infungibile?

Il problema immediatamente successivo scaturisce dalla mancanza di limiti chiari, fissati in modo distinto per le diverse forme di accesso: come si possono individuare con certezza i limiti posti alle due forme di accesso civico se, per un verso, esse vengono disciplinate congiuntamente nella medesima norma, e, per altro verso, i rispettivi limiti vengono rimbalzati da ogni parte attraverso i rinvii, finendo per estendersi a tutte le varie forme di accesso?

Il ricorso alla tecnica del rinvio cd. circolare, del resto, solleva anche un dubbio esistenziale: come si giustifica il mantenimento in vita dell'accesso classico ex legge n. 241/90, in presenza di strumenti nuovi di trasparenza che sembrano sovrapporsi completamente alla sua area di azione? Che senso ha distinguere tre forme di accesso se esse non vengono chiaramente associate a finalità diverse? Ancora, come distinguere le diverse forme di accesso quando i limiti propri dell'accesso classico vengono inglobati dalla norma riguardante i limiti dell'accesso civico funzionale al diritto individuale all'informazione amministrativa, e di qui estesi per rinvio all'accesso strumentale alla pubblicazione? Come comportarsi in caso di richieste cumulative, formulate in base a diversi titoli di accesso (classico, civico, strumentale alla pubblicazione)? Il mucchio selvaggio sembra profilarsi all'orizzonte.

Che fare ora, per rimediare?

La soluzione più lineare passa per un nuovo intervento del legislatore, volto a riscrivere le norme più confuse o comunque fonte di incertezza per l'interprete. In particolare, occorre rivedere completamente l'art. 5 del decreto 33/13, poiché gran parte della confusione interpretativa che circonda i diversi strumenti della trasparenza dipende dalla scelta del legislatore di disciplinare congiuntamente, all'interno di questo articolo, accesso civico e accesso strumentale alla pubblicazione.

La regolazione congiunta è un'operazione imprecisa sia dal punto di vista concettuale che da quello pratico, dal momento che le finalità associate ai due istituti sono ben diverse: l'accesso civico generalizzato (art. 5, comma 2, o modello F.O.I.A.) è stato introdotto per realizzare il diritto all'informazione amministrativa del singolo, rendendolo parte attiva nella ricerca e ottenimento di informazioni pubbliche a cui è interessato, l'accesso civico strumentale (art. 5, comma 1) è concepito come rimedio, tecnica di esecuzione forzata degli obblighi di pubblicazione spettanti alla PA, che viene consegnata nelle mani del cittadino non (solo) per soddisfare un interesse proprio, bensì per costringere l'amministrazione ad ottemperare ad un dovere. Nei paesi che seguono il modello F.O.I.A. la pubblicazione online nasce come metodo di razionalizzazione degli obblighi di accesso civico: dinanzi a richieste seriali di accesso civico, le amministrazioni decidono di pubblicare spontaneamente (e, in alcuni casi, su indicazione del legislatore)

le informazioni e i documenti più frequentemente richiesti, in modo da assolvere gli obblighi di ostensione preventivamente, senza dover rispondere alle singole richieste di accesso. In Italia, invece, la dinamica è rovesciata: prima nascono gli obblighi di pubblicazione, cui si accompagna una sorta di accesso civico (che tale non è) intestato ai cittadini e volto a costringere le amministrazioni ad ottemperare agli obblighi inadempiti; successivamente, e cumulativamente, viene introdotto l'accesso civico vero e proprio, quale mezzo di realizzazione del diritto all'informazione dell'individuo.

Ora, pur avendo lo stesso *nomen*, i due istituti sono molto diversi per finalità e limiti. Siccome l'accesso civico generalizzato si esercita solo nei confronti di documenti e dati *ulteriori* rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria (com'è logico che sia, visto che questi ultimi sono già pubblici e quindi accessibili per definizione), i limiti preposti all'esercizio di tale diritto devono risultare più stringenti rispetto a quelli fissati dalla legge per la pubblicazione online, ed il bilanciamento tra interessi confliggenti va operato caso per caso.

Si è detto che «il D.Lgs. n. 97 del 2016 inquadra il nuovo diritto sotto il vecchio "cappello" dell'accesso civico (...) in quanto entrambe le forme d'accesso sono una proiezione del medesimo *right to know* e il loro regime è almeno in parte comune (quanto a beneficiari, soggetti passivi e modalità di esercizio)»<sup>6</sup>. Francamente, la matrice comune ai due istituti appare molto meno consistente delle differenze che, sul piano concettuale ed operativo, ne marcano la distanza.

La trasparenza si persegue mediante diverse strategie, che, a seconda dei casi, vedono l'amministrazione in posizione maggiormente attiva (obblighi di pubblicazione) o maggiormente passiva (diritto di accesso): come si è fatto notare, un sistema giuridico può scegliere di mettere a disposizione i dati in proprio possesso mediante la pubblicazione, oppure di renderli accessibili, cioè acquisibili da parte di determinati soggetti, attraverso particolari procedure di visione e estrazione di copia<sup>7</sup>. *Disponibilità vs. accessibilità*: la prima ispirata al metodo dell'iniziativa d'ufficio, la seconda al principio dispositivo delle parti. Tanto la posizione "interventista" quanto quella "astensionista" contribuiscono a svolgere la funzione informativa a cui è tenuta la pubblica amministrazione<sup>8</sup>, completandosi e integrandosi a vicenda. Ebbene è chiaro che l'accesso civico generalizzato fa capo alla prima strategia, mentre l'accesso civico strumentale alla pubblicazione fa capo alla seconda.

È stato un errore accomunare questi strumenti all'interno della stessa norma, e soprattutto continuare a utilizzare il medesimo *nomen iuris* per due istituti che hanno finalità, dinamiche, beneficiari estremamente

<sup>6</sup> M. Savino, *Il FOIA Italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit., p. 596.

<sup>7</sup> A. Bonomo, *Il codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in Istituzioni del Federalismo, 2013, p. 727

<sup>8</sup> F. Merloni, *L'informazione della pubblica amministrazione*, Maggioli, 2002, p. 69 e ss.

diversi. L'art. 5, di conseguenza, andrebbe radicalmente riscritto. Di più: andrebbe riscritto l'intero d.lgs. 33/13, alla luce del fatto che l'accesso civico semplice (quello introdotto nel 2013, per intenderci) ha ormai cambiato volto e funzione. A seguito dell'introduzione dell'accesso civico generalizzato (o modello F.O.I.A.), esso non rappresenta altro che uno dei (diversi) rimedi concessi agli interessati per costringere le pubbliche amministrazioni a pubblicare online le informazioni e documenti indicati dalla legge.

### **5.1. Le soluzioni possibili. B) Interpretare le norme seguendo la ratio dei vari istituti**

Data la difficoltà di percorrere la strada della modifica normativa, la seconda opzione è quella di agire sul piano interpretativo, nel tentativo di portare a sistema un insieme di regole che, geneticamente, nascono in ambienti separati e privi di un disegno comune.

Anzitutto, la prima cosa da fare è associare una finalità specifica, esclusiva, a ciascuno dei tre istituti per la trasparenza. L'enucleazione chiara delle finalità aiuta senz'altro a individuare la portata e i limiti delle tre tipologie di accesso. Procedendo in ordine cronologico:

- 1) L'accesso documentale (o difensivo), disciplinato dalla legge n. 241/90, nasce per la soddisfazione di un interesse individuale e qualificato alla conoscenza di informazioni nella disponibilità delle PA. È richiesta una legittimazione specifica per esercitare l'accesso documentale, ma la maggiore rigidità in entrata è compensata da una maggiore efficacia in uscita: l'accesso documentale è più penetrante rispetto a quello civico, mentre le limitazioni ad esso imposte dalla legge sono, in linea di principio, meno robuste rispetto agli altri strumenti della trasparenza (accesso civico e alla pubblicazione online). Basti pensare che l'accesso documentale, per legge, deve prevalere sul diritto alla riservatezza nel trattamento di dati personali (comuni), quando esso risulta funzionale all'esercizio del diritto di difesa dell'interessato (in giudizio o in altra sede).

Da notare che, nello schema di legge originariamente presentato dalla Commissione Nigro, 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. Alla base del disegno di legge c'era evidentemente un'esigenza diffusa di conoscenza, svincolata da una specifica legittimazione ad agire. In seguito, la volontà pratica di limitare le ricadute dell'accesso "allargato" sulla macchina amministrativa spinse il legislatore a intervenire sul piano soggettivo/sostanziale della pretesa, e, nell'accorpare il disegno di legge sull'accesso a quello più generale sul procedimento amministrativo, la legittimazione all'esercizio del diritto di accesso venne ristretta a coloro che possono dimostrare una posizione di interesse qualificato alla conoscenza del documento<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Cons. Stato, ad gen., par. 17 febbraio 1987, n. 7 in Foro it.1998, III, col. 22, reso sullo schema di legge per la disciplina del procedimento amministrativo.

- 2) Il dovere di pubblicare dati pubblici nei siti istituzionali delle PA, disciplinato dal d.lgs. 33/13, nasce per la soddisfazione dell'interesse diffuso ad esercitare un controllo generalizzato su attività, organizzazione e utilizzazione delle risorse pubbliche. A questo dovere di pubblicare è abbinata una pretesa intestata ai privati di vedere pubblicate tutte le informazioni elencate dalla legge, pretesa (impropriamente) definita come "accesso civico", che consente a chiunque di costringere le pubbliche amministrazioni inadempienti ad ottemperare agli obblighi di pubblicazione. I limiti posti a tale dovere di pubblicazione, e di conseguenza allo strumento coercitivo consegnato nelle mani dei privati, sono quelli riportati oggi all'art. 7bis del d.lgs. 33/13; mentre per i dati oggetto di pubblicazione meramente *facoltativa* da parte delle pubbliche amministrazioni (quindi al di là degli obblighi legislativi) i limiti coincidono con quelli fissati per l'accesso civico generalizzato, disciplinato dal decreto 97/16. Il bilanciamento tra la trasparenza ottenuta mediante pubblicazione e la riservatezza è tendenzialmente effettuato a monte dal legislatore, e non caso per caso come avviene nell'accesso civico generalizzato e nell'accesso documentale (o difensivo).
- 1) L'accesso civico generalizzato (o modello F.O.I.A) è quello voluto dalla L. 7 agosto 2015, n. 124, per realizzare compiutamente il diritto all'informazione amministrativa, sino a quel momento inesistente nel nostro ordinamento. La legge delega affida al governo il compito di introdurre una disciplina che, «fermi restando gli obblighi di pubblicazione», garantisca il «riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto d'accesso (...) di chiunque (...) ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, (...) nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati». In questo modo viene introdotto nell'ordinamento un diritto ad essere informati e ricercare informazioni, costruito sin dall'origine come un diritto individuale che consente al cittadino di controllare l'amministrazione, di partecipare al dibattito pubblico e di entrare in possesso delle informazioni che realmente gli interessano. Il cittadino è considerato soggetto attivo nella realizzazione di un interesse personale, proprio, e non è visto uno strumento per la realizzazione di obblighi di pubblicazione imposti alla amministrazione. Siccome l'accesso civico generalizzato si esercita solo nei confronti di documenti e dati *ulteriori* rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria (com'è logico che sia, visto che questi ultimi sono già pubblici e quindi accessibili per definizione), i limiti posti all'esercizio di tale diritto sono più stringenti rispetto a quelli fissati dalla legge per la pubblicazione online, ed il bilanciamento tra interessi confliggenti viene operato caso per caso. I limiti all'accesso civico generalizzato sono anche più stringenti rispetto a quelli stabiliti per l'accesso documentale, con il quale l'accesso civico ha in comune il bilanciamento tra interessi confliggenti *ex post*, effettuato dall'amministrazione caso per caso.

## 6. La convivenza tra accesso documentale (o difensivo) e accesso civico

Da ultimo, qualche considerazione su come gestire la difficile convivenza tra accesso civico, obblighi di pubblicazione e accesso documentale.

L'art. 5, comma 11 del decreto 97/16 sceglie di mantenere in vita le diverse forme di accesso degli interessati, previste dal capo V della legge n. 241/90. Apparentemente è una disposizione marginale, da alcuni ritenuta addirittura fonte di potenziali cortocircuiti, ma in realtà è una norma dotata di grande utilità sul piano pratico.

Infatti, l'accesso civico è strumentale al controllo sulla pubblica amministrazione (attività, organizzazione, risorse) e si arresta giustamente di fronte ad interessi ritenuti prevalenti rispetto a questa finalità di fondo. Così, in presenza di una "concreta" lesione all'interesse alla riservatezza (*harm test*), il legislatore ha stabilito correttamente che l'accesso civico non potrà essere esercitato, dal momento che un interesse generico alla conoscenza di dati a disposizione dell'amministrazione va mantenuto all'interno della sua finalità istituzionale e non può mai giungere a comprimere un valore di rango superiore, qual è il diritto alla riservatezza, dotato di copertura costituzionale. Anche qualora si voglia definire l'accesso civico come "diritto individuale all'informazione amministrativa", esso andrà tutelato come diritto fondamentale solo entro i limiti delle finalità ad esso proprie, ossia la conoscenza di dati che riguardano le PA, dal momento che è stato riconosciuto ai cittadini per consentire ad essi di esercitare un controllo sulle PA e partecipare consapevolmente alle decisioni pubbliche, e non per conoscere informazioni riguardanti i privati.

Al contrario, il diritto all'accesso documentale ex legge 241/90 nasce proprio in funzione di tutela di interessi individuali e personali (è un interesse concreto, attuale e diretto verso il documento) e serve a proteggere un bene che è prima di tutto spettante all'individuo, e non alla collettività. È uno strumento difensivo (in senso lato) consegnato nelle mani del cittadino che si rapporta all'amministrazione. Ne discende che l'accesso documentale è una pretesa riconosciuta dall'ordinamento *uti singuli*, il cui esercizio esige una legittimazione specifica e qualificata; pertanto, esso entra in bilanciamento con altri interessi privati e pubblici recando con sé un peso maggiore di quello riconosciuto all'accesso civico, introdotto a tutela dell'interesse generale ad un controllo generalizzato sulle pubbliche amministrazioni ed esercitabile da chiunque, in assenza di una specifica legittimazione.

Nel caso di contrasto tra diritto di accesso documentale e diritto alla *privacy* si apre un conflitto tra due diritti volti entrambi a tutelare un interesse personale, in cui il secondo è sempre destinato a soccombere se la pretesa di conoscenza riguarda dati personali comuni, necessari per esercitare il diritto alla difesa (giurisdizionale e non); viceversa, nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso documentale è consentito nei limiti in cui esso sia strettamente indispensabile; mentre va operato un bilanciamento tra diritti di pari rango, in caso di dati supersensibili. Ancora, in caso di atti ispettivi, la

giurisprudenza riconosce ormai pacificamente l'accessibilità ex art. 24 legge n. 241/90, mentre gli stessi atti sono esclusi dall'accesso civico ai sensi dell'art. 5bis, lett.g): anche da questo esempio emerge la diversa consistenza delle due tipologie di accesso (civico e documentale), direttamente ricollegabile alle diverse finalità dei due istituti.

In questi casi si coglie appieno il senso di avere mantenuto in vita l'accesso documentale (o difensivo) a fianco del nuovo accesso civico: nei paesi FOIA in cui manca uno strumento individuale di trasparenza paragonabile al nostro accesso documentale, infatti, si è sovente assistito ad un'interpretazione restrittiva dell'accesso civico da parte della magistratura, che, dinanzi alla potenziale compressione di interessi individuali contrapposti, non ha consentito agli interessati di procurarsi (quantomeno stragiudizialmente) i documenti necessari per esercitare un'efficace difesa di propri interessi.

Non sembra peraltro da condividersi la previsione, formulata dalla dottrina sin dall'approvazione dello schema di decreto trasparenza, secondo cui «il sindacato dei giudici amministrativi sulla sussistenza (in caso di controversie con la Pubblica Amministrazione) dei presupposti necessari per potersi avvalere di questa seconda tipologia di accesso “non civico”, diventerà ancora più stringente»<sup>10</sup>. E' vero semmai il contrario: l'accesso civico ex d.lgs. 97/16 con ogni probabilità verrà accolto con molta resistenza da parte delle pubbliche amministrazioni, del tutto impreparate a dare attuazione forma di trasparenza così avanzata, le quali sfrutteranno appieno la propria discrezionalità nell'operare il bilanciamento quando la richiesta di accesso civico verrà ad incrociare uno degli interesse-limite previsti dall'art. 5bis. Con altrettanta probabilità la giurisprudenza amministrativa si mostrerà (quantomeno inizialmente) favorevole a interpretazioni restrittive dell'accesso civico generalizzato, evitando ogni sindacato diretto sulla discrezionalità tecnica e avallando prassi autodifensive delle pubbliche amministrazioni. Per questo è ragionevole immaginare che una parte delle richieste di accesso civico rigettate dall'amministrazione verrà a scaricarsi sull'accesso documentale, e conseguentemente le istanze di accesso documentale (o difensivo) saranno probabilmente considerate dai giudici amministrativi con maggiore indulgenza rispetto al passato, quando un diritto all'informazione amministrativa non era ancora entrato a far parte del patrimonio giuridico dei cittadini italiani.

Questa impostazione smentisce la conclusione di quella parte della dottrina che vede l'accesso documentale come tendenzialmente marginale e destinato a “divenire superfluo” nel prossimo futuro<sup>11</sup>. E' stato opportuno mantenere in vita l'accesso documentale a seguito dell'introduzione dell'accesso civico: almeno in questo caso, la soluzione adottata dal legislatore risulta condivisibile.

---

<sup>10</sup> D. U. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della pubblica amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del d.lgs. n. 33/2013*, in *Federalismi.it*, n. 5/16

<sup>11</sup> M. Savino, *Il FOIA Italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit., p. 593