

ACCESSO PROCEDIMENTALE VERSUS ACCESSO CIVICO NEL DIALOGO
FRA LE FONTI: IL CASO FOIA

MARANA AVVISATI*

Sommario

1. Introduzione. I tre pilastri del FOIA italiano. - 2. Quanto al principio della trasparenza: i valori e gli obiettivi. - 3. Quanto all'istituto dell'accesso amministrativo: il diritto alla conoscenza e l'accesso civico generalizzato. - 4. Regolamento dell'Autorità e riserva di legge. - 5. Conclusioni. Partecipazione procedimentale e accesso civico innanzi alle Autorità indipendenti. Si risolvono le criticità del FOIA?

Suggerimento di citazione

M. AVVISATI, *Accesso procedimentale versus accesso civico nel dialogo fra le fonti: il caso FOIA*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2017. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Avvocato. Funzionario presso l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Dottore di ricerca e cultore della materia in diritto pubblico e costituzionale.

Le opinioni espresse sono attribuibili esclusivamente all'Autrice e non coinvolgono in alcun modo la volontà dell'Autorità

1. Introduzione. I tre pilastri del FOIA italiano

Questa nota parte dall'osservazione di un caso di studio, l'approvazione di un Regolamento in esecuzione delle nuove misure in materia di accesso civico generalizzato, introdotte in Italia con la riforma della pubblica amministrazione (l. n. 124/2015)¹ ed entrate in vigore con il d. lgs. n. 97/2016² (cd. FOIA, acronimo di *Freedom Of Information Act* per gli ordinamenti di *common law*).

Si tratta del nuovo Regolamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni sugli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni³, con il quale l'Autorità ha adottato le misure ex ante volte a garantire la conoscibilità generalizzata di dati, documenti e informazioni che riguardano l'attività svolta dell'amministrazione.

Il Regolamento in oggetto, in sintesi, stabilisce precisi obblighi di condotta in capo all'Autorità, atti a soddisfare il diritto della collettività indifferenziata alla conoscenza della attività pubblica, vale a dire in merito alle sue modalità di svolgimento, agli obiettivi proposti e a quelli raggiunti, nonché ai costi sottesi.

Il provvedimento, come si noterà anche oltre, rientra nella categoria dei regolamenti di mera esecuzione. Esso, difatti, non solo dovrà essere coerente con le indicazioni di legge succedutesi nel tempo, ma doppiamente orientato da atti di tipo "soft" di derivazione eterogenea che intervengono con misure di dettaglio. Tuttavia, poiché queste ultime integrano le disposizioni di rango primario, completandole, e orientando *ex ante* l'agere della P.A., al fine di armonizzarlo negli obiettivi e nelle modalità, potrà ritenersi che la loro coerenza sarà indirettamente *hard*.

¹ L. n. 124/2015 recante *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, meglio conosciuta come Legge Madia di Riforma della PA, in GU Gazzetta Ufficiale n. 187 del 13 agosto 2015.

² D. lgs. n.97/2016, *Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in GU Serie Generale n.132 del 08-06-2016. Per un commento, D.U. GALETTA - P. PROVENZANO, *Sul d. lgs. n. 97/2016, recante modifiche alla disciplina sulla trasparenza e sulla prevenzione della corruzione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa. La legge n. 241/1990 nei provvedimenti attuativi della riforma Madia*, Milano, 2016.

³ Allegato A alla Delibera n. 148/17/CONS, rubricata *Adozione del nuovo Regolamento sugli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ai sensi del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 e s.m.i.*, reperibile in: https://www.agcom.it/documentazione/documento?p_p_auth=fLw7zRht&p_p_id=101_INSTANCE_E_kidx9GUnIodu&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_assetEntryId=7469205&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_type=document.

A integrazione del d. lgs. n. 97/2016 è intervenuta, difatti, rispettivamente: l'Autorità Anticorruzione – A.N.A.C. che, nel dicembre 2016, ha approvato le linee guida, oggetto di consultazione pubblica, ma aventi titolo legittimante all'intervento in un precedente decreto legislativo⁴; il Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione che, nel giugno 2017 ha pubblicato una Circolare avente a oggetto l'attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato⁵.

Il primo documento ha fornito una prima serie di indicazioni di carattere esplicativo, ma la successiva prassi ha evidenziato la necessità di fornire alle amministrazioni ulteriori chiarimenti operativi. Pertanto, al fine di promuovere una coerente e uniforme attuazione della disciplina, il Dipartimento della funzione pubblica, in raccordo con l'Autorità nazionale anticorruzione, ha adottato la suddetta circolare⁶.

Parafrasando la nota metafora della P.A. intesa come “casa di vetro”⁷, può concludersi nel senso che tre sono i pilastri su cui si basa la nuova impalcatura normativa:

- il principio della trasparenza;
- gli obblighi di pubblicazione;
- l'istituto dell'accesso civico generalizzato.

Si esamineranno, quindi, le linee essenziali del nuovo Regolamento Agcom,

⁴ Cfr. A.N.A.C., delibera n. 1310, *Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016*, reperibili in: http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=6667. Fu una precedente disposizione introdotta proprio dal d. lgs. n. 97/2016, vale a dire l'art. 5-bis, co. 6, del d. lgs. 33/2013, a fondare il titolo di legittimazione per l'intervento integrativo dell'A.N.A.C., stabilendo che «Ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui al presente articolo, l'Autorità nazionale anticorruzione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, adotta linee guida recanti indicazioni operative».

⁵ Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione, circolare n. 2 /2017, *Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA)*, reperibile in: <http://www.funziopubblica.gov.it/articolo/dipartimento/01-06-2017/circolare-n-2-2017-attuazione-delle-norme-sull%E2%80%99accesso-civico>.

⁶ Si segnala, in merito, che la circolare ministeriale è successiva alla data di approvazione del Regolamento dell'Autorità. Quest'ultimo, pertanto, necessita di essere ulteriormente integrato da un Regolamento successivo, con specifico riferimento all'istituto dell'accesso civico, così come d'altronde preannunciato nel Regolamento medesimo lì dove all'art. 5, co. 2, stabilisce che l'esercizio del diritto di accesso civico è disciplinato dall'Autorità con apposito e separato Regolamento.

⁷ F. TURATI, *Atti del Parlamento italiano*, Camera dei deputati, sess. 1904-1908, 17 giugno 1908, p. 22962: «Dove un superiore, pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro». Il concetto fu ripreso da M. CLARICH, *Trasparenza e diritti della personalità nell'attività amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it, sezione “studi e contributi”, il quale parlò di una casa “all'interno della quale cioè tutto è sempre e costantemente visibile”. V. anche E. CARLONI, *La “casa di vetro” e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2009, p. 806.

al fine di valutarne la sua coerenza con il comando politico, nonché con le indicazioni dell'A.N.A.C. e del Ministero. Rinvenire una perfetta linea di continuità tra fonti primarie, fonti di tipo *soft* e Regolamento non solo conferma la piena legittimità formale dell'atto di normazione secondaria, ma consente di attribuire le eventuali criticità rinvenibili del modello FOIA italiano, da tempo segnalate dalla più attenta dottrina, esclusivamente alla normazione di carattere primario.

2. Quanto al principio della trasparenza: i valori e gli obiettivi

L'Articolo 2 del Regolamento, in perfetta aderenza al comando normativo primario, stabilisce il principio generale della trasparenza, intesa come accessibilità totale dei dati e dei documenti detenuti dall'Autorità, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse a essa assegnate⁸.

Sicché, la fondamentale libertà all'informazione di cui all'art. 21 Cost. qui diventa servente al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., nonché a quello imparzialità e buon andamento di cui agli art. 97 e 118 Cost. A tal fine la libertà d'informazione, pietra angolare dell'ordinamento democratico⁹ nella misura in cui è in grado di realizzare una forma di controllo a carattere diffuso, si contestualizza nell'ambito delle attività della P.A., per assumere un contenuto vincolato. In altri termini, la libertà d'informazione, declinata nell'accezione di libertà di ricerca delle fonti informative, riguarderà questa volta un unico tipo di conoscenza, vale a dire lo svolgimento dell'attività amministrativa nella sua interezza.

Questo riconoscimento del diritto alla ricerca delle fonti informative, e quindi alla conoscenza diffusa della cosa pubblica, risolve e compensa l'asimmetria informativa cui in origine era condannato colui che, trovandosi al di fuori del raggio d'azione dell'amministrazione, non aveva l'opportunità di monitorarne l'azione. In altri termini, la norma primaria, e la fonte regolamentare derivata, introducono una obbligazione a carattere asimmetrico, cioè imposta unicamente in capo all'amministrazione detentrici del bene informazione, al fine di bilanciare l'asimmetria informativa della collettività indifferenziata. La libertà di accedere alle informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni si eleva, in tal guisa, a diritto fondamentale, in conformità con quanto stabilito all'art. 10 della Convenzione europea dei diritti

⁸ F. MERLONI - G. ARENA - G. CORSO - G. GARDINI - C. MARZUOLI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2008.

⁹ Corte Costituzionale, sent. n. 84 del 1969.

dell'uomo (CEDU)¹⁰ che, come la Corte costituzionale ha ricordato¹¹, è “fonte integratrice del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, primo comma Cost.”.

L'istituto della partecipazione è portato alle estreme conseguenze, lì dove si consente ai privati di condividere i percorsi decisionali, nonché i risultati della direzione della cosa pubblica. I cittadini sono dunque nelle condizioni di verificare se l'amministrazione abbia o meno deviato dal perseguimento dell'interesse pubblico rilevante, e risposto alle garanzie della imparzialità.

Le finalità sottese al principio della trasparenza sono pertanto evidenziate anche dal Regolamento in oggetto, secondo il quale sono attuati «il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, di buon andamento, di responsabilità, di efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, di integrità e lealtà nel servizio alla nazione. La trasparenza è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali; integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino».

Può dunque ritenersi che l'esercizio dell'attività tecnico-discrezionale dell'amministrazione con il nuovo Regolamento tende a perdere il velo dell'opacità, per diventare visibile anche esternamente.

Ma con quali mezzi? E quali sono i risultati?

Il Regolamento, in coerenza con il d. lgs. n. 97/2016, individua due diverse modalità per garantire il principio di trasparenza, fra di loro poste in corrispondenza biunivoca: si tratta, da un lato, degli obblighi di pubblicazione dei documenti, informazioni e dati concernenti l'organizzazione e l'attività dell'amministrazione; dall'altro, del riconoscimento della libertà di accesso a chiunque ai dati e ai documenti detenuti (cd accesso civico generalizzato).

Sicché, ai fini dell'attuazione degli obiettivi di trasparenza, viene in primo luogo stabilito il principio generale della pubblicità degli atti, cioè della libera consultazione dei medesimi tramite la libertà di accesso dei cittadini al sito istituzionale, nella sezione “Autorità trasparente”.

La pubblicità degli atti implica, in termini pratici, non solo il riconoscimento del diritto di conoscerli consultando il sito, ma di fruirne gratuitamente, di utilizzarli per fondare un proprio convincimento, e di utilizzarli nelle più svariate sedi (art. 4). L'Autorità, nondimeno, recepisce il bilanciamento

¹⁰ L'art. 10 CEDU, com'è noto, stabilisce, al primo comma, che «Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione» e che «tale diritto include» tra l'altro «la libertà di ricevere (...) informazioni (...) senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche». Il secondo comma dall'art. 10 CEDU prevede che l'esercizio delle libertà garantite dall'art. 10 «può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica» alla tutela di una serie di interessi pubblici e privati corrispondenti».

¹¹In merito si vedano le note pronunce gemelle della Corte Cost., sentt. nn. 348 e 349 del 2007.

fra valori stabilito dal comando politico (e dalle fonti attuative), lì dove stabilisce che a tale principio generale corrispondono alcune eccezioni, al fine di garantire il rispetto dei limiti relativi alla “tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti” (art. 3).

Tali limiti, pur estrinsecati nel d. lgs. n. 97/2016, non trovano al momento specificazione nel Regolamento in oggetto, il che lascia supporre, come d'altronde preannunciato dal Regolamento stesso, che i medesimi saranno oggetto di un successivo intervento regolamentare in merito alle modalità di attuazione dell'accesso civico generalizzato.

La pubblicità degli atti trova, pertanto, una corrispondenza in senso speculare nel diritto di accesso, profondamente modificato nella sua legittimazione attiva e nell'oggetto.

3. Quanto all'istituto dell'accesso amministrativo: il diritto alla conoscenza e l'accesso civico generalizzato

Come è noto, la disciplina sull'accesso agli atti, introdotta dalla legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990), in origine stabiliva un limite intrinseco, vale a dire subordinava la possibilità per i cittadini di avere conoscenza degli atti amministrativi alla titolarità di un “interesse concreto, attuale e diretto”¹² rispetto al contenuto degli atti stessi.

Era escluso, pertanto, un controllo generalizzato sull'attività della PA da parte dei cittadini: il riconoscimento del diritto di accesso da parte dell'ordinamento rappresentava, piuttosto, una conseguenza della particolare posizione soggettiva del singolo, “incisa” proprio dall'atto che pretendeva di conoscere. La finalità del diritto di accesso come riconosciuto ex l. n. 241/90 consisteva nella possibilità di garantire unicamente ai soggetti titolari di una situazione giuridica qualificata l'esercizio delle facoltà partecipative, protensive e oppositive attraverso una più completa rappresentazione, in punto di fatto e di diritto, dei provvedimenti a contenuto discrezionale concretamente adottati dalla P.A.

Ciò implicava, di conseguenza, che la richiesta di accesso fosse accompagnata da congrua motivazione, atta cioè a illustrare le ragioni che giustificavano il bisogno di conoscenza dei provvedimenti amministrativi. A tale obbligo motivazionale corrispondeva il diritto della PA a negare l'accesso qualora quest'ultima non rinvenisse l'esistenza di una posizione qualificata in capo al cittadino richiedente.

¹² L. n. 241/1990, recante *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi* e successive modifiche, artt. 22-28, Capo V, rubricato “Accesso ai documenti amministrativi”, in G.U. del 18 agosto 1990, n. 192. L'art. 22 stabilisce che il requisito per l'accesso agli atti risiede in un “interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso”.

Il d. lgs. n. 150/2009 (c.d. decreto Brunetta), la l. n. 190/2012 sulla prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella PA, e il relativo d. lgs. attuativo n. 33/2013¹³, segnano quindi un cambiamento di rotta, favorendo il passaggio dal "bisogno di conoscere" al "diritto di conoscere".

L'accesso dei cittadini alle informazioni riguardanti la pubblica amministrazione si emancipa dalla torsione individuale del singolo per assumere (anche) una finalità pubblica, vale a dire la prevenzione e il contrasto dell'illegalità nella conduzione della cosa pubblica¹⁴. Le novelle normative introducono per la prima volta uno strumento generalizzato di controllo, per cui il diritto alla conoscenza dell'attività della PA diventa strumentale all'interesse pubblico alla legittimità (e liceità) dell'esercizio dell'azione amministrativa e, contestualmente, mezzo per ristabilire il rapporto di fiducia tra amministrati e amministratore.

La trasparenza amministrativa, declinata secondo le nuove modalità del diritto di accesso, assume la dignità di principio di carattere precauzionale: nelle intenzioni del decisore politico mira a evitare un evento temuto, cioè rappresenta strumento di prevenzione dei fenomeni corruttivi, poiché in grado di fornire una lente di ingrandimento su attività e provvedimenti un tempo nascosti all'attenzione della collettività.

Sicché, agli obblighi di pubblicità, in base ai quali le amministrazioni sono obbligate a pubblicare in un'apposita sezione del proprio sito determinate categorie di provvedimenti, si affianca l'istituto dell'«accesso civico», secondo il quale qualsiasi cittadino può richiedere, senza necessità di autenticarsi o essere identificato, o di motivare la richiesta sulla base del suo interesse personale, le informazioni che la PA è tenuta a pubblicare sulla base del d. lgs. n. 33/2013.

Come tuttavia è stato efficacemente evidenziato, in questa fase "[L]'accesso civico è limitato in due sensi: in primo luogo, esso è circoscritto ai soli documenti, informazioni e dati oggetto degli obblighi di pubblicazione imposti alle amministrazioni dal Decreto; in secondo luogo, esso non è identi-

¹³Tra le modifiche più importanti del d.lgs. 33/2013 si registra quella della piena integrazione del Programma triennale della trasparenza e dell'integrità nel Piano triennale di prevenzione della corruzione, ora anche della trasparenza (PTPCT) come già indicato nella delibera n. 831/2016 dell'Autorità sul PNA 2016 (cfr. § 4). Le amministrazioni e gli altri soggetti obbligati sono tenuti, pertanto, ad adottare, entro il 31 gennaio di ogni anno, un unico Piano triennale di prevenzione della corruzione e della trasparenza in cui sia chiaramente identificata la sezione relativa alla trasparenza. Per un commento al decreto, v. M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa (commento al D.Lgs 14 marzo 2013, n. 33)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, Fascicolo: 8/9, p. 795; P. CANAPARO, *Il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: i nuovi confini della trasparenza pubblica e il diritto alla conoscibilità dell'azione amministrativa*, in *GiustAmm.it*, 2013, Fascicolo 4, p. 1.

¹⁴ A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giust. Civ.*, n. 2, 2015, pp. 228 ss.

ficato quale diritto autonomo, ma quale sanzione rispetto al mancato rispetto degli obblighi di pubblicazione”¹⁵.

Il nuovo d. lgs. n. 97/2016, cd. FOIA¹⁶ ha invece portato alle estreme conseguenze l’istituto dell’accesso civico, trasformandolo in uno strumento di carattere generalizzato: chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, anche ulteriori rispetto a quelli oggetto specifico di obbligo di pubblicazione, con l’unico limite del rispetto e tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti¹⁷.

In altri termini, il decreto consente a qualsivoglia cittadino di richiedere alla pubblica amministrazione dati e documenti, anche in assenza di specifici obblighi di pubblicazione in capo ad essa. Limpide, in proposito, le parole della già citata circolare ministeriale n. 2/2017, secondo la quale «...il nuovo istituto differisce dalle altre due tipologie di accesso previste dalla legge. A differenza del diritto di accesso procedimentale o documentale, il diritto di accesso generalizzato garantisce il bene “conoscenza” in via autonoma, a prescindere dalla titolarità di un interesse qualificato e differenziato. A differenza del diritto di accesso civico “semplice”, che riguarda esclusivamente le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria (art. 5, c. 1, d.lgs. n. 33/2013), il solo limite al diritto di conoscere è rappresentato dagli interessi pubblici e privati espressamente indicati dall’articolo 5-bis. Conseguentemente è inammissibile il rifiuto fondato su altre ragioni».

Ne consegue, secondo la circolare, che il diritto di accesso generalizzato dal punto di vista soggettivo non ammette restrizioni alla legittimazione del richiedente; mentre, dal punto di vista oggettivo, è tendenzialmente onnicomprensivo, fatti salvi i limiti indicati dalle Linee guida A.N.AC.

A tal fine, il Regolamento dell’Autorità definisce “Accesso civico generalizzato”, il diritto di chiunque di accedere ai documenti e ai dati detenuti dall’Autorità, e di richiederli qualora questi ultimi siano ulteriori rispetto a

¹⁵ D.-U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *federalismi.it*, n. 5/2016, reperibile

in: <http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=31502&dpath=document&dfile=02032016110532.pdf&content=Trasparenza+della+P.A.+nella+riforma+Madia++stato++dottrina+-+>. Sullo stesso tema, v. ID., *Transparency and Access to Public Sector Information In Italy: a Proper Revolution?*, in *Italian Journal of Public Law*, 2014/2.

¹⁶ Per un commento, v. G. D'URGOLO, *Trasparenza e prevenzione della corruzione nella P.A.: la recente introduzione del Freedom Act of Information (FOIA) nell'ordinamento italiano*, in *giustamm.it*, n. 2, 2017; S. MILAZZO (a cura di), *Trasparenza nella Pubblica Amministrazione e accesso civico: analisi degli elementi di innovazione e di criticità della disciplina del FOIA italiano, di cui al D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97*, in www.ildirittoamministrativo.it. Si v., altresì, Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, parere del 24 febbraio 2016, n. 515/2016.

¹⁷ Sull’evoluzione e i limiti al diritto di accesso v. F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it*, n. 8, 2013.

quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria (art. 5). Tale estensione viene però controbilanciata, come già visto, dalla possibilità per la PA di opporre alla richiesta interessi di portata più ampia rispetto a quanto previsto dalla legge 241/1990.

4. Regolamento dell'Autorità e riserva di legge

Il Regolamento dell'Autorità, come poc'anzi dimostrato, a oggi si pone in linea di continuità con le indicazioni del comando primario e degli integrativi, realizzando un dialogo vicendevole fra le fonti. Né poteva essere diversamente visto che, come evidenziato dalla circolare della Funzione Pubblica, ciascuna amministrazione può disciplinare con regolamento, circolare o altro atto di natura interna esclusivamente i profili procedurali e organizzativi. Al contrario, i profili di rilevanza esterna, che cioè incidono sull'estensione del diritto (ad esempio, in tema di limiti al principio dell'accessibilità), sono coperti dalla suddetta riserva di legge. Sicché, diversamente da quanto previsto dall'art. 24, c. 6, l. n. 241/1990 in tema di accesso procedimentale, non è possibile individuare (con regolamento, circolare o altro atto interno) le categorie di atti sottratti all'accesso generalizzato. Ciascuna amministrazione è chiamata ad applicare i limiti imposti dalle nuove previsioni legislative, tenendo nella dovuta considerazione le richiamate Linee guida dell'A.N.AC., oggetto di periodico aggiornamento in base all'evoluzione della prassi.

Si tratta, secondo una certa dottrina, di riserva assoluta di legge: tale riserva è desumibile proprio dall'art. 10 CEDU e, dunque, in via mediata, dall'art. 117, primo comma, Cost. Difatti, il secondo comma dall'art. 10 CEDU prevede che l'esercizio delle libertà garantite dall'art. 10 «...può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge»¹⁸.

Pertanto, innanzi all'Autorità si instaura un doppio binario, in ragione della tipologia di accesso che il cittadino si appresta ad attivare. In materia di accesso procedimentale l'Autorità, con atto di natura regolamentare che conserva un certo spazio di autonomia normativa, individua le ipotesi di sottrazione al diritto di accesso, anche in coerenza con gli orientamenti maggioritari della giurisprudenza¹⁹. Al contrario, in materia di accesso civico generalizzato,

¹⁸ M. SAVINO, *Commento allo schema di Linee guida per l'attuazione dell'accesso "generalizzato" alle informazioni in possesso delle amministrazioni (c.d. modello FOIA)*, in *Astrid Rassegna*, n. 21 del 2016.

¹⁹ V., ad esempio, l'Allegato A alla Delibera n. 217/01/CONS, rubricata *Regolamento concernente l'accesso ai documenti, e s.m.i.*, reperibile in: https://www.agcom.it/documentazione/documento?p_p_auth=fLw7zRht&p_p_id=101_INSTANCE_kidx9GUnIodu&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_assetEntryId=633478&_101_INSTANCE_kidx

dove vige una riserva assoluta di legge, l'Autorità non potrà fare altro che recepire le ipotesi di eccezione già designate nelle norme primarie, tramite un regolamento di stretta esecuzione.

Si conclude sottolineando che la circolare della Funzione Pubblica, oltre a ribadire l'operatività della riserva di legge, stabilisce due ulteriori orientamenti, di cui le Autorità dovranno tener conto al pari delle altre amministrazioni.

In primo luogo, l'amministrazione sarà tenuta ad applicare un favor verso il diritto alla conoscenza: si tratta, in altri termini, del principio della tutela preferenziale verso quest'ultimo, per cui nei casi di dubbio circa l'applicabilità di un limite, occorre dare prevalenza all'interesse conoscitivo che la richiesta mira a soddisfare.

In secondo luogo, le amministrazioni dovranno privilegiare il criterio del minor aggravio possibile nell'esercizio del diritto, per cui non potranno pretendere dal richiedente l'adempimento di formalità o oneri procedurali, ponendoli come condizioni di ammissibilità della domanda di accesso.

5. Conclusioni. Partecipazione procedimentale e accesso civico innanzi alle Autorità indipendenti. Si risolvono le criticità del FOIA?

Si saluta con favore il nuovo intervento regolamentare dell'Autorità, che completa il quadro degli istituti sottesi al principio della partecipazione al procedimento.

Si intravede, difatti, una amministrazione che apre le porte ai privati secondo modalità diverse, e in diversi tipi procedimento. Si faccia riferimento, ad esempio, ai consueti meccanismi di partecipazione dei privati al procedimento di *rule making* tramite il noto istituto della consultazione pubblica²⁰; ai tradizionali strumenti dell'accesso procedimentale da parte dei portatori dell'interesse qualificato; e, da ultimo, all'istituto dell'accesso civico generalizzato.

Si conferma, altresì, la natura del provvedimento dell'autorità, atto classificabile quale Regolamento di mera esecuzione, cioè fonte secondaria derivante da un atto normativo primario costruito in fasi diverse e completato grazie all'intervento di diversi autori.

Questo dialogo congiunto tra decisore politico, Ministero e Autorità non

[9GUnIodu_type=document](#). Qui l'Autorità sottrae dall'accesso procedimentale alcune tipologie di provvedimenti, nomando in piena autonomia (cfr., ad esempio, l'art. 4 del Regolamento citato).

²⁰ In tema, v. la Delibera n. 453/03/CONS, *Regolamento concernente la procedura di consultazione di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259*, reperibile in: https://www.agcom.it/documentazione/documento?p_p_auth=fLw7zRht&p_p_id=101_INSTANCE_E_kidx9GUnIodu&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_assetEntryId=761300&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_type=document.

risolve, tuttavia, le critiche che pur sono state mosse al modello italiano di FOIA²¹.

È stato difatti evidenziato il fisiologico conflitto di interessi fra l'Amministrazione, di norma reticente alla pubblicazione dei dati che concernono la sua attività, e la collettività indifferenziata, portatrice dell'interesse contrario alla conoscenza dell'andamento della cosa pubblica.

Elemento sintomatico del conflitto di cui sopra si rinviene nel fatto che il d. lgs. del 2016 offre strumenti, anche di natura diversa, per risolvere il conflitto che potrebbe sorgere a seguito della negazione del diritto di sapere. Si tratta di un doppio strumento: una soluzione stragiudiziale davanti al responsabile della trasparenza (o al difensore civico), e se questo primo passaggio non è sufficiente è possibile ricorrere al giudice amministrativo. Anche l'inattività dell'amministrazione può dar luogo alle responsabilità dirigenziali che incidono sulla retribuzione di risultato, accanto al danno d'immagine sanzionato dalla Corte dei conti²².

Questo contrasto tra amministratore e amministrati, visibile soprattutto in caso di diniego o silenzio ingiustificati dinanzi a una richiesta di accesso potevano risolversi, secondo parte della dottrina, nell'imporre a priori all'amministrazione l'obbligo di pubblicazione di tutto il patrimonio informativo, in modalità *open data*, cioè fruibile da chiunque, attraverso la tecnologia offerta dalla rete, e gratuitamente²³.

In altri termini, secondo questa teoria tutto il patrimonio informativo della P.A. è acquisito al concetto di bene pubblico, e ne deriva pertanto l'obbligo consequenziale per l'amministrazione di pubblicare qualsiasi dato in suo possesso. «Se il dato detenuto dall'amministrazione appartiene al patrimonio indiviso di una collettività, su di esso il soggetto pubblico non può vantare un

²¹ V., ad esempio, G. DE MINICO, *La trasparenza della Pa costruita sull'asimmetria*, in *Il Sole 24 ore*, 21 maggio 2017. Per osservazioni critiche sulle singole disposizioni, v. E. CARLONI, *Se questo è un Foia. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Astrid Rassegna*, n. 4 del 2016, p. 1; V. VITA, *"Foia" all'italiana*, in *Il Manifesto*, 11 gennaio 2017.

²² Sul punto, cfr., l'Articolo 32 del Regolamento in commento, rubricato «Violazione degli obblighi di trasparenza e sanzioni» 1. L'inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dal Regolamento e delle altre misure di trasparenza previste dal Piano triennale di prevenzione della corruzione e della trasparenza costituiscono elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'Autorità e sono comunque valutati ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili di ciascuna unità organizzativa.

²³ M. OREFICE, *Gli open data tra principio e azione: lo stato di avanzamento*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 25 maggio 2015, reperibile in: <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/06/orefice.pdf>.

La procedura prevista dal nuovo art. 5 del d. lgs. n. 33/2013, nelle ipotesi di diniego motivato dell'amministrazione, mira proprio a risolvere le eventuali ipotesi di contrasto fra amministrato richiedente e amministrazione reticente.

titolo proprietario esclusivo perché il dato è della collettività, mentre l'amministrazione ne è semplicemente il custode, peraltro temporaneo. E allora la p.a. non è facoltata, ma obbligata a diffonderlo perché non fa altro che restituire al suo legittimo proprietario quanto già gli appartiene»²⁴.

L'aver rinunciato a risolvere a monte il fisiologico conflitto di interessi fra amministrazione e amministrati comporta, secondo alcuni, numerose criticità al modello FOIA italiano.

In particolare, l'elenco dei limiti all'accesso civico è piuttosto eterogeneo e dal contenuto vago, quindi è suscettibile di interpretazione discrezionale²⁵. «La principale, e già di per sé decisiva, questione attiene ai limiti posti a questo diritto a conoscere: gli interessi, pubblici e privati, che si confrontano con il nuovo diritto di accesso democratico. I limiti appaiono non solo numerosi, ampi ed estesi, ma anche pericolosamente indeterminati, con il duplice effetto di ridurre sensibilmente l'estensione del diritto e della trasparenza che attraverso questa è assicurata e di costringere l'amministrazione di fronte ad un lavoro di bilanciamento complesso»²⁶.

Le domande poste in premessa trovano dunque una risposta.

Il dialogo vicendevole fra le fonti primarie e secondarie risponde alle condizioni imposte dalla riserva di legge, ma non risolve le criticità del modello FOIA all'italiana. Al contrario, il succedersi nel breve periodo di decreti delegati, linee guida, circolari interpretative e regolamenti attuativi denota le difficoltà del percorso normativo intrapreso. Quest'ultimo, d'altro canto, non si è ancora concluso. Piuttosto, sarà nuovamente completato in ragione della prassi applicata dalle singole amministrazioni, chiamate a svolgere, come evidenziato dalle linee guida, un'attività valutativa tramite la tecnica del bilanciamento caso per caso, «...tra l'interesse pubblico alla *disclosure* generalizza-

²⁴ G. DE MINICO, *Gli open data: una politica "costituzionalmente necessaria?"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 12 giugno 2014, reperibile in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0483_de_minico.pdf.

²⁵ Il comma 1 dell'art. 5 bis dispone che l'accesso deve essere rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici contemplati dalla norma, e cioè se il diritto a conoscere può pregiudicare la 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. Secondo il comma 2 dell'art. 5 bis, l'accesso generalizzato deve essere negato se ciò risulta necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia, la libertà e la segretezza della corrispondenza, gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali. Secondo il comma 3 dell'art. 5 bis, il diritto a conoscere è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge.

²⁶ E. CARLONI, *Se questo è un Foia. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, cit., p. 9.

ta e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento»²⁷.

²⁷ A.N.A.C., *Linee guida*, cit., parag. 5.2.