

D.Lgs. n. 97/2016 - Trasparenza

# Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo

DECRETO LEGISLATIVO 25 MAGGIO 2016, N. 97

Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della L. 6 novembre 2012, n. 190 e del D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'art. 7 della L. 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni - *G.U. 8 giugno 2016, n. 132*

Omissis.

## IL COMMENTO di Mario Savino

Il D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97, di modifica del D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (T.U. sulla trasparenza), racchiude una riforma importante, che riallinea l'Italia allo standard europeo e internazionale. Constatato il fallimento della via italiana alla trasparenza, cioè l'illusorietà dell'assunto che centinaia di obblighi di pubblicazione imposti per legge bastino a trasformare le amministrazioni in "case di vetro", la nuova disciplina aderisce al modello FOIA, proprio dell'Unione europea e di molte democrazie liberali. La semplificazione degli obblighi di pubblicazione, sia pure parziale, operata dal D.Lgs. n. 97 è una conseguenza del riconoscimento del "*right to know*" come diritto fondamentale e del ripristino del fisiologico rapporto di strumentalità tra pubblicazione e accesso. 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 le prassi.

### Un punto di svolta

Dal 23 dicembre 2016, chiunque potrà accedere a qualsiasi informazione in possesso delle pubbliche amministrazioni italiane, se non vi osterà uno degli interessi pubblici o privati espressamente indicati dalla legge. Questo è l'innovativo principio stabilito dal D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97, primo decreto

di attuazione della L. 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. legge Madia) giunto al traguardo (1).

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 (testo unico sulla trasparenza) - l'Italia si è allineata al c.d. modello FOIA, largamente prevalente in Europa (2) e in altri ordinamenti li-

(1) Il Consiglio dei ministri ha approvato il decreto in via definitiva nella riunione dell'8 maggio 2016. Pubblicato in G.U. l'8 giugno, il decreto è entrato in vigore il 23 giugno. In base al novellato art. 42, comma 1, D.Lgs. n. 33 del 2013, le amministrazioni e gli altri soggetti indicati dall'art. 2 bis sono obbligati a garantire il nuovo diritto d'accesso civico entro sei mesi, cioè appunto a partire dal 23 dicembre 2016.

(2) Cfr. M. Savino, *The Right to Open Public Administrations in Europe: Emerging Legal Standards*, Paris, Oecd-Sigma, 2010 (<http://www.oecd-library.org>), 15 ss.; H. Kranenborg - W. Voer-

mans, *Access to Information in the European Union. A Comparative Analysis of EC and Member State Legislation*, Groningen, 2006; A. Bonomo, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari, 2012, 83 ss.; R. Tarchi, *Il diritto d'accesso nella prospettiva comparata*, e A. Marchetti, *Il diritto d'accesso: modelli di enforcement e cause di exemptions nella prospettiva comparata*, entrambi in C. Colapietro (a cura di), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli, 2012, 141 ss. e 209 ss.

beral-democratici (3), oltre che nell'Unione europea (4) e in altre organizzazioni internazionali (5).

Nel recepire il modello FOIA, il D.Lgs. n. 97 segue una logica minimalista, rispettosa, ove possibile, del dettato originario del D.Lgs. n. 33 del 2013.

La novità principale, come anticipato, è l'introduzione del diritto d'accesso "generalizzato". Il *right to know*, prima prigioniero dei confini dalla legge assegnati all'area della pubblicazione obbligatoria, travalica ora quei confini. Di questo nuovo diritto si detta una disciplina essenziale, che lascia in vita le altre forme di accesso - procedimentale (1990) e civico (2013) - destinate, tuttavia, col tempo, a divenire superflue.

Inoltre, quanto agli obblighi di pubblicazione, perno della precedente strategia di promozione della trasparenza, il legislatore delegato ha interpretato in modo prudente il mandato, operando una razionalizzazione leggera, che però dischiude la prospettiva di una più incisiva semplificazione affidata alla pubblicazione di banche dati centrali e all'Autorità nazionale anticorruzione (Anac).

Infine, il decreto si limita a effettuare gli interventi di "manutenzione" legislativa necessari a risolvere problemi applicativi e a dissipare dubbi interpretativi posti dalla versione originaria del D.Lgs. n. 33, ad esempio in riferimento all'ambito dei soggetti tenuti ad applicare le norme del testo unico.

Di seguito, illustrato l'antefatto della riforma, sono esaminate, in successione, le seguenti novità: la trasformazione dell'accesso in diritto fondamentale, la determinazione delle sue modalità di esercizio, la definizione degli interessi-limite e le relative modalità di applicazione, la ridefinizione dell'ambito di applicazione soggettiva del testo unico e la razionalizzazione degli obblighi di pubblicazione.

## L'antefatto: la parabola della trasparenza di Bertoldo

Un po' come Bertoldo, archetipo seicentesco dell'italiano che si arrangia, fiero della sua astuzia pratica e convinto che essa basti a risolvere qualsiasi problema (6), il nostro legislatore ha a lungo insistito nel tentare una via tutta italiana alla trasparenza amministrativa.

Mentre nel resto d'Europa e nelle altre democrazie liberali si moltiplicavano le leggi modellate sull'esempio statunitense del *freedom of information act* (FOIA), in Italia si andava definendo una strategia alternativa.

Il fine dichiarato era il medesimo dei FOIA: superare l'asfittica prospettiva dell'accesso procedimentale, previsto a fini di tutela del *due process* (7), per valorizzare il principio di trasparenza in funzione democratica, così da consentire ai cittadini di partecipare in modo consapevole ai processi decisionali e di esercitare un controllo diffuso sull'attività dei pubblici poteri.

Il fine non dichiarato era invece diverso: favorire una apertura cauta e graduale del settore pubblico al principio della accessibilità totale, come soluzione di compromesso tra le pressioni esterne e la istintiva diffidenza del ceto politico-amministrativo verso una disciplina che avrebbe accresciuto la verificabilità e contestabilità delle sue decisioni.

Di qui, la scelta del mezzo: non il FOIA, con possibilità per il singolo di esigere dalle amministrazioni qualsiasi tipo di informazione non riservata (*reactive disclosure*) (8); bensì, la creazione in capo alle seconde di un dovere - inizialmente irrelato, cioè non esigibile - di pubblicare le informazioni ritenute

(3) Cfr. Open Society Justice Initiative, *List of Countries with Access to Information (ATI) Provisions*, febbraio 2014 ([www.justiceinitiative.org](http://www.justiceinitiative.org)), dove, in base a un'accezione molto lata di FOIA, si enumerano 99 legislazioni nazionali, inclusa la disciplina italiana dell'accesso procedimentale (L. 7 agosto 1990, n. 241). Analogamente, R. Vleugels, *Overview of all FOI laws*, 30 settembre 2012, 2 (<http://www.right2info.org>), include tra i 93 sistemi FOIA di allora (2012) anche lo Zimbabwe e l'Italia, precisando, però, che le rispettive leggi sono meno avanzate. In base alla graduatoria internazionale sulla qualità della legislazione in tema di libertà di accesso alle informazioni (*Global Right to Information Rating*, <https://www.rti-rating.org/>), l'Italia, nel 2015, si collocava al 98mo posto su 105 paesi.

(4) G. Sgueo, *L'accessibilità ad atti e informazioni nell'Unione europea: un percorso in divenire*, in A. Natalini - G. Vesperini (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015, 163 ss.

(5) Cfr. D. Bevilacqua, *I "palazzi di vetro" dei regolatori globali*, in A. Natalini - G. Vesperini (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, cit., 187 ss., e i lavori raccolti in A. Bianchi - A. Peters (eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge, 2013.

(6) Bertoldo è il noto protagonista dei racconti di G.C. Croce, *Le sottilissime astutie di Bertoldo*, Milano, 1606.

(7) Sull'esempio della legge francese del 1978, negli anni Ottanta e Novanta del XX secolo, numerosi paesi europei hanno introdotto l'istituto dell'accesso ai documenti in funzione della partecipazione al procedimento e dell'eventuale impugnazione del provvedimento finale. In Italia, come noto, tale disciplina è stata introdotta con la legge sul procedimento (artt. 22 ss. della L. n. 241 del 1990), la quale rappresentò "un ostacolo alla espansione del riconoscimento illimitato del diritto all'accesso che, negli anni precedenti, si stava affermando in materia ambientale e negli enti locali": così, A. Natalini - G. Vesperini, *Le troppe trasparenze*, in Eid. (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, cit., 21.

(8) Sulla garanzia, nei sistemi FOIA, della libertà di accedere alle informazioni come diritto fondamentale della persona, tra gli altri, R. Peled e Y. Rabin, *The Constitutional Right to Information*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2011, 42, 357 ss., e P. Birkinshaw, *Transparency as a Human Right*, in C. Hood - D. Heald (eds.), *Transparency: The Key to Better Governance?*, Oxford, 2006, 47 ss.

te dal legislatore più rilevanti per i cittadini (*proactive disclosure*) (9).

La crisi della finanza pubblica ha contribuito a legittimare questa scelta: meglio gli obblighi di pubblicazione, di cui si sosteneva la attuabilità a costo zero, che un FOIA inevitabilmente costoso, che avrebbe costretto le amministrazioni a fronteggiare il concomitante ampliamento del novero dei soggetti legittimati e dell'oggetto della pretesa conoscitiva.

Alla metà del decennio scorso, la "scoperta" legislativa di internet lasciava intravedere la quadratura del cerchio. La prima intuizione di Bertoldo era questa: pubblicare *online* informazioni di interesse pubblico avrebbe permesso di massimizzare le possibilità di accesso dei cittadini, ai quali sarebbe bastato un "click", e, al contempo, di minimizzare i costi amministrativi, evitando istanze seriali riguardanti le stesse informazioni.

Così, con il codice dell'amministrazione digitale, si è cominciato a imporre alle amministrazioni la pubblicazione sui rispettivi siti di alcune categorie di "dati pubblici" (10). Negli anni seguenti, si è proseguito alacremenente lungo la medesima direttrice (11).

L'euforia per la prodigiosa estensione a colpi di legge dell'area del conoscibile via internet traspariva dalle enfatiche formule che affioravano nella normativa di settore: su tutte, quella della "accessibilità totale" (12), che tale non poteva essere, giacché le informazioni pubbliche (accessibili *online*) erano soltanto quelle corrispondenti alle ipotesi di pubblicazione doverosa (13).

Nel 2012, però, l'idea che la moltiplicazione di siffatte previsioni bastasse a realizzare l'accessibilità totale riceveva un primo duro colpo. Un monitoraggio dell'epoca forniva un quadro sconcertante circa il tasso di *compliance* da parte delle ammini-

strazioni centrali: buona parte delle norme sulla pubblicazione erano rimaste sulla carta (14).

Incassato il colpo, il legislatore bertoldino non arretrava, ma, anzi, rilanciava la sua strategia.

Con il testo unico della trasparenza (D.Lgs. n. 33 del 2013), innanzitutto, confermava l'intenzione di perseguire gli obiettivi tipici del FOIA: "favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche" (a fini di *accountability*); "attuare il principio democratico" (a fini di partecipazione); realizzare "una amministrazione aperta, al servizio del cittadino" (a fini di legittimazione delle amministrazioni stesse) (15).

Inoltre, ribadiva che il mezzo prescelto per promuovere la trasparenza era la pubblicazione via internet legislativamente imposta. Tant'è che il testo unico procedeva 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 (16).

Infine, una nuova astuzia, che avrebbe dovuto fungere da rimedio per i modesti tassi di *compliance*: il *dovere irrelato* di pubblicare le informazioni indicate dal testo unico diveniva un *obbligo seriale*, esigibile dal cittadino (più esattamente, da chiunque) (17).

Nasceva così l'accesso "civico", anomalo *tertium genus*, a metà strada tra l'accesso procedimentale del 1990 e l'accesso generalizzato introdotto nel 2016.

La titolarità dell'accesso civico del 2013 veniva riconosciuta, appunto, a "chiunque", a prescindere dalla sussistenza di un interesse qualificato, inducendo taluni ad assimilare l'istituto al diritto d'accesso tipico dei FOIA, già diffuso in materia ambientale (18). In realtà, nei FOIA, come noto, anche laddove siano previste ipotesi di pubblicazione doverosa, l'accesso ha un'estensione ben più ampia, essendo tendenzialmente onnicomprensivo. Vice-

(9) Sull'evoluzione della disciplina italiana in tema di trasparenza, F. Di Mascio e A. Natalini, *Unpacking Open Government into Varieties of Transparency: Passive and Active Forms of Disclosure in Italy*, working paper, 2016, 9 ss.; A. Police, *New instruments of Control over public Corruption: the Italian Reform to restore Transparency and Accountability*, in *Dir. econ.*, 2015, 189 ss. Sui percorsi evolutivi della trasparenza in prospettiva comparata, C. Hood, *Transparency in Historical Perspective*, in C. Hood - D. Heald (eds.), *Transparency*, cit., 3 ss.

(10) Art. 54 del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

(11) Sull'abnorme e disorganica moltiplicazione degli obblighi di pubblicazione in quegli anni, Civit, *Per una semplificazione della trasparenza. Esiti della consultazione sugli obblighi di pubblicazione previsti in materia di trasparenza e integrità*, Roma, dicembre 2012, spec. 14.

(12) Art. 4, comma 7, L. 4 marzo 2009, n. 15. La medesima previsione è stata reiterata dall'art. 11, comma 1, D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

(13) In tal senso, anche G. Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in questa *Rivista*, 2014, 875 ss.

(14) Il tasso medio di *compliance* rilevato era pari al 59% nei ministeri (Civit, *Rapporto sulla trasparenza nei ministeri*, Roma, agosto 2012, 4) e al 53% negli enti pubblici nazionali (Civit, *Rapporto sulla trasparenza negli enti pubblici nazionali*, Roma, dicembre 2012, 6).

(15) Art. 1 del D.Lgs. n. 33 del 2013.

(16) Questo il conteggio fatto dall'Anac, *Rapporto sul primo anno di attuazione della legge n. 190/2012*, dicembre 2013, 8.

(17) Una proposta in tal senso era stata avanzata da C. Marzuoli, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 62 ss.

(18) C. Cudia, *Il diritto alla conoscibilità*, in B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013*, n. 33, Rimini, 2013, 57 ss., spec. 65.

versa, gli obblighi di pubblicazione italiani, pur numerosi, segnavano anche il limite dell'area di pubblicità nella quale il nuovo diritto era confinato (19). La regola di base dell'ordinamento italiano era, cioè, ancora opposta a quella dei sistemi FOIA: la non conoscibilità, salva espressa previsione di legge (20).

Così, mentre le amministrazioni italiane dedicavano tempo e risorse alla attuazione "tempestiva" (21) degli obblighi di pubblicazione (con buona pace dei sostenitori della strategia "a costo zero" (22)), il nuovo istituto dell'accesso civico restava lettera morta. Costruito sulla premessa che l'interesse conoscitivo del singolo debba essere soddisfatto soltanto in via strumentale, laddove serva a pungolare le amministrazioni inadempienti, quel diritto è nato "zoppo": tutti ne sono titolari, ma pochi sono così zelanti da preoccuparsi di capire se le informazioni di loro interesse rientrano nel suo frammentario oggetto, fatto di 270 fasci di luce che lasciano nell'ombra altrettanti gruppi di informazioni.

In definitiva, l'astuzia che aveva partorito, nel 2013, l'accesso civico ne ha condizionato anche la sorte. Ridotto a strumento di *enforcement* di obblighi di legge e limitato nella sua estensione da una logica dirigista che affida al legislatore la scelta su cosa debba essere d'interesse dei cittadini, quel diritto è stato ignorato dai suoi legittimi titolari.

### La libertà di accesso alle informazioni: un diritto fondamentale

Constatato il fallimento della trasparenza di Bertoldo, al nostro legislatore non è rimasta altra opzione che ravvedersi e abbandonare improbabili scorciatoie, tornando alla via maestra indicata dall'Unione europea e dalle altre democrazie liberali. La L. 7 agosto 2015, n. 124 ha affidato al governo il compito di correggere il T.U. del 2013 per introdurre il modello FOIA: una disciplina che, "fermi restando gli obblighi di pubblicazione", si fonda sul

"riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto d'accesso (...) di chiunque (...) ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, (...) nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati" (23).

Nel dare seguito a questa delega, il D.Lgs. n. 97 del 2016 inquadra il nuovo diritto sotto il vecchio "cappello" dell'accesso civico (art. 5 del D.Lgs. n. 33): una scelta che - pur accomunando istituti le cui premesse sono, come detto, distanti - si giustifica in quanto entrambe le forme d'accesso sono una proiezione del medesimo *right to know* (24) e il loro regime è almeno in parte comune (quanto a beneficiari, soggetti passivi e modalità di esercizio).

Mentre il comma 1 dell'art. 5 continua a prevedere che l'obbligo di pubblicare certe informazioni "comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione", secondo la logica propria dell'accesso civico del 2013, i successivi commi disciplinano il nuovo accesso civico "generalizzato".

Finalizzato a "favorire forme diffuse di controllo" e a "promuovere la partecipazione al dibattito pubblico", il nuovo diritto consente a "chiunque (...) di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, *ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione*" (25). L'area del conoscibile non termina più laddove finiscono gli obblighi di pubblicazione.

L'estensione tendenzialmente illimitata del nuovo accesso converte la regola della pubblicità-conoscibilità, finora di stretto diritto positivo, in principio generale: tutti i documenti e i dati in possesso delle amministrazioni diventano "pubblici" (26), cioè patrimonio della collettività, da essa conoscibile, fatte salve le specifiche limitazioni di cui si dirà.

Il principio di pubblicità non si fonda più sulla logica deontica e dirigista degli obblighi di legge, ma sul pieno riconoscimento della libertà del singolo di attingere alle informazioni amministrative. Tale libertà, in attesa di una esplicita copertura costituzionale (27), è ormai tutelata alla stregua di un di-

(19) Lo stesso ministro della funzione pubblica dell'epoca ammetteva che quel tipo di accesso civico era altra cosa rispetto al FOIA: F. Patroni Griffi, *La trasparenza della Pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *www.federalismi.it*, n. 8/2013, 6.

(20) Sul punto, *amplius*, M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in questa *Rivista*, 2013, 801 ss.

(21) Art. 8, comma 1, D.Lgs. n. 33 del 2013.

(22) La velleitaria clausola di invarianza della spesa compare all'art. 51 del D.Lgs. n. 33 del 2013.

(23) Art. 7, comma 1, lett. h), L. n. 124 del 2015 (c.d. legge Madia).

(24) L'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 33 del 2013 specifica che

la libertà di accesso alle informazioni è ora garantita "tramite l'accesso civico e tramite la pubblicazione".

(25) Art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 33 del 2013.

(26) Art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 33 del 2013.

(27) In base al testo della legge costituzionale approvato in seconda deliberazione da entrambe le Camere e pubblicato in G.U. il 15 aprile 2016, il nuovo art. 97 richiamerebbe, tra i principi-guida nella definizione dell'organizzazione dei pubblici uffici, accanto al buon andamento e all'imparzialità, anche la trasparenza. Analogamente, il secondo comma dell'art. 118 richiederebbe un esercizio delle funzioni amministrative volto ad assicurare "la semplificazione e la trasparenza dell'azione amministrativa". A prescindere dall'esito del processo di riforma



ritto fondamentale (28). Come tale, del resto, il diritto d'accesso è qualificato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (29), da strumenti internazionali (come la Convenzione sull'accesso ai documenti ufficiali, che finalmente l'Italia potrà sottoscrivere) (30), nonché, per quanto riguarda il livello europeo, dai trattati (31) e dalla Carta europea dei diritti dell'Unione (32). L'adozione del FOIA rappresenta, perciò, un punto di non ritorno.

### La titolarità e le condizioni di esercizio del diritto

La qualificazione della libertà di accesso alle informazioni come diritto fondamentale si riflette, innanzitutto, sulla titolarità del diritto e sulle sue modalità di esercizio, aspetti per i quali la disciplina del "vecchio" e del "nuovo" accesso civico coincidono.

Quanto ai beneficiari, nessuna limitazione è ammissibile. Non vi è obbligo di motivare l'istanza (33), ma il richiedente può (avere interesse a) farlo, per consentire all'amministrazione di operare, all'occorrenza, un più accurato bilanciamento con interessi antagonisti (v. *infra*).

Sul piano procedimentale, il carattere fondamentale del diritto in questione esigerebbe una applica-

zione rigorosa del criterio del minor aggravio possibile nell'esercizio della pretesa conoscitiva.

Coerentemente, si prevede che l'istanza possa essere presentata nel modo più agevole, cioè per via telematica (34), a una pluralità di uffici (non necessariamente all'ufficio in possesso dei dati o documenti, giacché potrebbe esser ignoto al richiedente). Inoltre, l'istanza deve soltanto "identifica[re] i dati, le informazioni o i documenti richiesti" (35), dovendosi perciò ammettere le richieste di tipo "esplorativo" volte a verificare se l'amministrazione sia in possesso di un certo dato o documento (36).

Nel senso dell'ampliamento delle possibilità d'accesso depone anche il principio di gratuità, fatto salvo il solo "costo effettivamente sostenuto e documentato dall'amministrazione per la riproduzione su supporti materiali" (37). La gratuità è coerente con la scelta del legislatore di limitare l'accesso ai "documenti" già formati e ai "dati" già disponibili. Restano fuori dall'oggetto dell'accesso generalizzato le "informazioni" nel senso più ampio (38), cioè quelle risultanti da complesse operazioni di elaborazione (ad esempio, l'aggregazione di dati dispersi). In concreto, la produzione di informazioni è esclusa laddove appunto comporti un costo elevato per le stesse amministrazioni, essendo loro preclusa la possibilità di richiedere - come accade in altri ordinamenti - un corrispettivo proporzionato (39).

costituzionale, nell'opinione predominante, la trasparenza amministrativa è da tempo considerata un valore di rilievo costituzionale: v. D. Donati, *La trasparenza nella Costituzione*, in F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 83 ss.

(28) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2015, n. 1370, ove si riconosce che il diritto di accesso "è collegato a una riforma di fondo dell'Amministrazione, ispirata ai principi di democrazia partecipativa, della pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa desumibili dall'art. 97 Cost., che s'inserisce a livello comunitario nel più generale diritto all'informazione dei cittadini rispetto all'organizzazione e alla attività (...) amministrativa quale strumento di prevenzione e contrasto sociale ad abusi e illegalità".

(29) Cfr. Cedu, *Sdruení Jihoeské Matky v. Czech Republic*, 10 luglio 2006 e Cedu, *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, 14 April 2009, spec. par. 35. Si veda anche Inter-American Court on Human Rights, *Claude Reyes y otros v. Chile*, 19 settembre 2006. In tema, E.A. Berton, *The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: A Dialogue on Freedom of Expression Standards*, in *European Human Rights Law Review*, 2009, 3, 332 ss.

(30) La Convenzione, approvata nel 2008 dal Consiglio d'Europa, è il primo strumento di diritto internazionale che vincola le parti a garantire "the right of everyone, without discrimination on any ground, to have access, on request, to official documents held by public authorities" (art. 2). Sottoscritta, a metà 2016, da quattordici paesi europei (ma non dall'Italia), la Convenzione è stata ratificata da otto di essi.

(31) Art. 255 ter CE e, ora, art. 15 TUE.

(32) Art. 42 della Carta UE.

(33) Art. 5, comma 3, D.Lgs. n. 33 del 2013.

(34) Secondo una delle modalità indicate dall'art. 65 del Codice dell'amministrazione digitale (D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82).

(35) Art. 3, comma 3, D.Lgs. n. 33 del 2013.

(36) In tal senso depone l'eliminazione dalla versione finale del D.Lgs. n. 97 dell'avverbio "chiaramente", previsto nella prima bozza del decreto approvata in via preliminare dal Consiglio dei ministri il 20 gennaio 2016: l'intenzione finale del legislatore delegato è, evidentemente, nel senso di non addossare al cittadino l'onere di identificare con precisione dati e documenti che non sono nella sua disponibilità. In proposito, v. anche B. Ponti, *La trasparenza ed i suoi strumenti: dalla pubblicità all'accesso generalizzato*, in corso di pubblicazione in *Id.* (a cura di), *La libertà di accesso alle informazioni. Commento sistematico al nuovo decreto 33*, Rimini, 2016, par. 8.2 della bozza (per la consultazione delle bozze del volume si ringrazia il curatore).

(37) Art. 5, comma 4, D.Lgs. n. 33 del 2013. Nella precedente versione del decreto, in luogo del principio di gratuità era previsto il "rimborso del costo sostenuto dall'amministrazione".

(38) La delega fa riferimento soltanto ai "documenti e dati", e non anche alle "informazioni" (art. 7, comma 1, lett. h, L. n. 124 del 2015). Lo stesso vale per le norme del D.Lgs. n. 97 che disciplinano il nuovo diritto di accesso civico (mentre laddove si faccia riferimento, nel decreto, anche al "vecchio" accesso civico, ricompare il riferimento alle "informazioni").

(39) Si tratta di corrispettivi che - essendo talora anche elevati, in ragione della complessità delle elaborazioni che possono essere richieste - sono definiti dalle amministrazioni *ex ante*, in modo da ridurre il rischio di contenzioso: cfr. M. Savino, *The Right to Open Public Administrations in Europe*, cit., 29 s.

Resta fermo, d'altra parte, l'obbligo per l'amministrazione di motivare in modo circostanziato circa la particolare onerosità di eventuali istanze di questo tipo (40).

La conclusione del procedimento attivato con la richiesta di accesso civico deve avvenire entro trenta giorni "con provvedimento espresso e motivato" (41). Così, diversamente dalla prima versione del decreto, che prevedeva l'ipotesi del "silenzio-rigetto", la formulazione adottata impone all'amministrazione di motivare le ragioni di diniego (42). Ovviamente, può comunque accadere che l'amministrazione non risponda nel termine previsto. In questa ipotesi di "silenzio-inadempimento", come nel caso di diniego espresso (totale o parziale), si può ricorrere al giudice amministrativo nelle forme del rito speciale in materia di accesso (art. 116 c.p.a.) (43) e/o chiedere il riesame della decisione al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza della stessa amministrazione. Il provvedimento motivato di quest'ultimo, da adottare entro venti giorni, è anch'esso impugnabile davanti al giudice amministrativo (44).

### I limiti all'accesso: un tradimento del FOIA?

Il D.Lgs. n. 33 del 2013 non indicava quali interessi pubblici e privati dovessero fungere da limite al diritto d'accesso civico: la definizione del contenuto degli obblighi di pubblicazione presupponeva che fosse il legislatore a contemperare *ex ante* l'interesse alla conoscenza con eventuali interessi antagonisti, individuando esattamente le categorie di informazioni, dati e documenti da rendere pubblici.

L'introduzione dell'accesso civico generalizzato spostata, invece, il momento del bilanciamento a valle, assegnando il relativo compito all'ammini-

strazione destinataria della richiesta. Essendo l'oggetto del diritto tendenzialmente onnicomprensivo, la legge deve indicare gli interessi pubblici e privati in nome dei quali l'amministrazione può derogare al principio dell'accessibilità totale.

L'art. 5 *bis* del D.Lgs. n. 33 elenca due gruppi di interessi-limite.

Da una parte, vi sono gli interessi pubblici, riconducibili a funzioni sovrane - essenzialmente, di ordine - dello Stato (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), oppure a funzioni che, per l'imparzialità che le caratterizza, richiedono un certo grado di riservatezza durante il loro svolgimento (conduzione di indagini sui reati e loro perseguimento; svolgimento di attività ispettive) (45).

Dall'altra, vi sono interessi privati di rango costituzionale: i) "la protezione dei dati personali", comprensiva della c.d. *privacy* e riconducibile al principio personalistico (art. 2 Cost.); ii) "la libertà e segretezza della corrispondenza" (art. 15 Cost.); iii) "gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali", riferibili alla libera iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) (46).

Rispetto a questa elencazione sono state manifestate forti riserve, lamentandosi la numerosità e l'eccessiva indeterminatezza delle ipotesi di deroga previste, con conseguente rischio di tradimento del modello FOIA (47).

In realtà, il numero e la formulazione degli interessi-limite indicati dal legislatore delegato sono in linea con lo standard prevalente. I dieci interessi pubblici e privati indicati dall'art. 5 *bis* corrispondono all'elencazione che compare nella maggior

(40) Il carattere fondamentale del diritto in questione impone una interpretazione restrittiva dell'ipotesi indicata, tale da escludere che possano essere rigettate altre tipologie di richieste onerose. Si pensi a richieste implicanti una complessa attività di reperimento presso diversi archivi dei dati e documenti richiesti (l'inadeguata archiviazione non può ricadere a danno dei richiedenti) o riguardanti una molteplicità di dati "grezzi". In tali ipotesi, la giurisprudenza comunitaria suggerisce varie modalità di adempimento, tese a contemperare tra loro i principi di proporzionalità e di buona amministrazione: *inter alia*, Tribunale di primo grado CE, Case T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation c. Commissione*, 13 aprile 2005, par. 100-115.

(41) Art. 5, comma 6, del D.Lgs. n. 33 del 2013.

(42) Come rilevato dal Consiglio di Stato nel parere consultivo del 18 febbraio 2016 riguardante il primo schema del decreto in esame, al par. 11.11, l'opzione del "silenzio-rigetto", non contemplata dai principali FOIA, avrebbe contraddetto le

stesse finalità di trasparenza della normativa e segnato un arretramento rispetto alla disciplina dell'accesso procedimentale (art. 25, L. n. 241 del 1990), costringendo il richiedente a ricorrere "al buio".

(43) In proposito, F. Dinelli, *Le sanzioni per le violazioni degli obblighi di pubblicazione e la tutela giurisdizionale dell'accesso civico*, in corso di pubblicazione in B. Ponti (a cura di), *La libertà di accesso alle informazioni*, cit., par. 3.1.

(44) Art. 5, comma 7, D.Lgs. n. 33 del 2013.

(45) Art. 5 *bis*, comma 1, D.Lgs. n. 33 del 2013.

(46) Art. 5 *bis*, comma 2, D.Lgs. n. 33 del 2013.

(47) Convergenti sul punto - ma non condivisibili, per le ragioni di seguito indicate - le critiche avanzate da E. Carloni, *Se questo è un FOIA. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Rassegna Astrid*, 22 febbraio 2016, n. 4, 9 s., B. Ponti, *La trasparenza ed i suoi strumenti*, cit., par. 11, e C. Cudia, *Pubblicità e diritto alla conoscibilità*, in corso di pubblicazione in B. Ponti (a cura di), *La libertà di accesso*, cit., par. 6.

parte dei FOIA europei, rispetto ai quali, anzi, il nostro legislatore è stato più parco (48).

Occorre, poi, considerare che gli interessi indicati coincidono - con differenze marginali - con quelli del FOIA dell'Unione europea (49). Questa scelta, non casuale, presenta un vantaggio importante: offrire alle amministrazioni e ai giudici italiani un prezioso ausilio interpretativo, rappresentato dalla ricca giurisprudenza comunitaria formatasi in relazione a ciascun interesse-limite.

Più in generale, la formulazione ampia delle eccezioni - dato, come detto, comune alla maggior parte dei FOIA - sposta l'attenzione sulle modalità di applicazione delle stesse.

Le tecniche più diffuse sono il "test del danno" e il "test dell'interesse pubblico". La prima (*harm test*) richiede che l'amministrazione valuti se l'accesso possa danneggiare uno degli interessi-limite in modo "specifico, concreto e diretto" (natura del danno), nonché "ragionevolmente prevedibile" o "non meramente ipotetico" (probabilità del danno), secondo le formule più in voga nei FOIA. La seconda tecnica - *public interest test* - esige di considerare, in aggiunta, anche il danno che il diniego di accesso comporterebbe per l'interesse pubblico alla co-

noscenza delle informazioni: solo quando il primo (danno all'interesse-limite) è ritenuto più serio e probabile del secondo (danno all'interesse conoscitivo della collettività) l'accesso può essere negato. Benché quest'ultimo test, previsto da circa metà dei FOIA esistenti (50), assicuri una più robusta salvaguardia del principio di trasparenza (51), il decreto in commento opta per l'altra soluzione (*harm test*) (52). Ciò nondimeno, il carattere fondamentale del diritto in questione impone comunque all'amministrazione di intendere restrittivamente le eccezioni in esame (53) e di rispettare il canone della proporzionalità, adottando decisioni che arrechino all'interesse conoscitivo del richiedente il minimo pregiudizio possibile (54). In altri termini, ogni qual volta venga in rilievo uno degli interessi-limite indicati dai primi due commi dell'art. 5 *bis* (55), l'amministrazione è chiamata non solo a verificare la serietà e probabilità del danno a quell'interesse, ma anche a contemperarlo con l'interesse del richiedente (che può quindi avere convenienza a esplicitarlo in sede di proposizione dell'istanza), con conseguente esercizio di un potere discrezionale (56).

Da ciò deriva una implicazione di ordine processuale: quando la richiesta incroci un interesse-limi-

(48) Due eccezioni frequentemente previste dai FOIA - la formazione delle decisioni di governo (cc.dd. documenti interni) e l'interesse ambientale alla salvaguardia di specie protette - non compaiono nell'elenco italiano e non potranno, perciò, essere invocate come causa di diniego: cfr. M. Savino, *The Right to Open Public Administrations*, cit., 20 s.

(49) Tra l'elenco italiano (art. 5 *bis*, commi 1-2) e quello dell'Unione (art. 4, commi 1-2, Reg. CE n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001), le uniche differenze sono le seguenti: i) il FOIA italiano menziona in via autonoma l'interesse alla "sicurezza nazionale", mentre nel FOIA europeo si parla soltanto (per evidenti ragioni) di "sicurezza pubblica"; ii) nel FOIA italiano, le c.d. eccezioni *class-based*, riferite alle classi di informazioni relative allo svolgimento di procedimenti giudiziari e attività ispettive, hanno una minore ampiezza; iii) il FOIA italiano tutela gli interessi privati non solo "commerciali", come previsto anche nel FOIA europeo, ma anche "economici": l'indubbia genericità del riferimento va ridimensionata attraverso una interpretazione restrittiva, circoscritta a valori tutelati dall'art. 41 Cost.

(50) In base allo studio di M. McDonagh, *The public interest test in FOI legislation*, in *www.right2info.org*, 2013, 7, il *public interest test* è previsto in 44 dei 93 FOIA esistenti nel 2012.

(51) M. Savino, *The Right to Open Public Administrations*, cit., 25-27.

(52) L'art. 5 *bis* non prevede la classica formula del *public interest override*, ma si limita a richiedere la valutazione del "pregiudizio concreto" arrecabile a uno degli interessi-limite. La stessa scelta è compiuta dai FOIA di Stati Uniti e Svezia, paesi nei quali la libertà di accesso alle informazioni è saldamente radicata nella tradizione amministrativa. Ciò conferma che sono numerosi i fattori che orientano la prassi e determinano il grado di effettività del *right to know*.

(53) Nei sistemi Foia abbondano norme o *guidelines* che impongono, nei casi dubbi, una presunzione interpretativa in favore della *disclosure*. Esempio è il *Memorandum on Tran-*

*sparency and Open Government* del Presidente degli Stati Uniti, Barack Obama: "*The Freedom of Information Act should be administered with a clear presumption: In the face of doubt, openness prevails*" (*Memorandum FOIA for the Heads of Executive Departments and Agencies*, 21 gennaio 2009, <http://www.uspto.gov/ip/boards/foiarr/>). Sul principio di "*maximum disclosure*" posto a fondamento del modello FOIA, T. Mendel, *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, Unesco, 2008, 25.

(54) Una chiara indicazione nel senso della proporzionalità si desume anche da altre previsioni in tema di eccezioni, laddove si stabilisce che "se i limiti (...) riguardano soltanto alcuni dati o alcune parti del documento richiesto, deve essere consentito l'accesso agli altri dati o alle altre parti", e che i predetti limiti "si applicano unicamente per il periodo nel quale la protezione è giustificata in relazione alla natura del dato" (art. 5 *bis*, commi 4-5).

(55) Discorso diverso vale per il segreto di Stato e gli altri limiti indicati dal comma 3 dell'art. 5 *bis*, configurati dal legislatore come divieti assoluti, posti a tutela di interessi prioritari e insuscettibili di contemperamento, in quanto oggetto di un bilanciamento già incorporato nella norma.

(56) Il giudice amministrativo sembra già orientato in tal senso. Si veda Cons. Stato, Sez. IV, 14 luglio 2016, n. 3631, dove - negata a un giornalista la legittimazione ad accedere a documenti contrattuali in possesso del Ministero dell'economia e delle finanze, in base alla restrittiva disciplina dell'accesso procedimentale (art. 24, L. n. 241 del 1990) - si afferma, a proposito del nuovo diritto di accesso e dei limiti previsti dall'art. 5 *bis* del D.Lgs. n. 33 del 2013, che le amministrazioni saranno chiamate a "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 tener conto, nella suddetta valutazione, anche delle peculiarità della posizione legittimante del richiedente" (corsivo aggiunto).

te e quindi la decisione sia frutto di un bilanciamento, il giudice amministrativo non può, a rigore, ordinare l'esibizione, non potendo sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio di quel potere (57), ma soltanto esigerne il corretto esercizio (58).

Anche in considerazione di questo limite della *judicial review*, sarebbe stato preferibile - come accade in altri sistemi FOIA - assegnare la guida unitaria del processo di applicazione a un'apposita autorità indipendente, attribuendole il compito di decisore di ultima istanza sui ricorsi amministrativi (59).

Il D.Lgs. n. 97 si limita, invece, a prevedere un sistema (non accentrato, ma) diffuso di ricorsi amministrativi (60), privilegiando di fatto la via giudiziale. A parziale correttivo, è stato assegnato all'Anac il compito di adottare, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali, "linee guida recanti indicazioni operative" in merito alla "definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico" (61): uno strumento prezioso di armonizzazione delle prassi, che, tuttavia, essendo disgiunto dal compito di decidere sui ricorsi amministrativi, nasce depotenziato.

Nell'applicare le eccezioni previste dall'art. 5 *bis*, le amministrazioni italiane sono, dunque, chiamate ad aggiornare le tecniche di bilanciamento già impiegate per l'accesso procedimentale (62). Decisivi saranno gli orientamenti giurisprudenziali e le linee

guida dell'Anac: l'auspicio è che gli uni e le altre forniscano indicazioni convergenti, utilizzando la giurisprudenza comunitaria come punto di riferimento comune.

### I soggetti obbligati

Il D.Lgs. n. 97 del 2016 detta una disciplina parzialmente innovativa dei criteri di selezione dei soggetti pubblici e privati tenuti a garantire l'accesso civico e ad applicare gli obblighi di pubblicazione previsti dal testo unico (63).

Da un lato, resta ferma l'applicazione della disciplina del testo unico a tutte le amministrazioni. Tuttavia, la nozione di "pubblica amministrazione" è ora inequivocabilmente intesa nell'accezione più ampia: vi sono ricompresi espressamente non soltanto i soggetti di cui all'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 165 del 2001, inclusi gli enti territoriali (64), ma anche gli enti pubblici economici (65) e le autorità indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione (66).

Dall'altro, la disciplina relativa agli enti privati viene incisivamente modificata. Inizialmente, a un criterio soggettivo restrittivo (le sole società partecipate o controllate) l'art. 11 del testo unico associava un criterio funzionale (la rilevanza pubblicistica dell'attività) di difficile interpretazione (67). In un secondo momento, l'Anac estendeva l'appli-

(57) Tale conclusione pare imposta dal dettato dell'art. 34, comma 2, c.p.a., che vieta al giudice di pronunciarsi in merito a poteri non ancora esercitati. Lo stesso art. 116, comma 4, c.p.a. autorizza il giudice a ordinare l'esibizione a condizione che "sussist[ano] i presupposti".

(58) Al contrario, laddove all'accesso non osti nessuno degli interessi-limite indicati, si deve ritenere che la decisione amministrativa sia vincolata, potendo, in tal caso, il giudice amministrativo ordinare l'esibizione del dato o documento richiesto ai sensi del richiamato art. 116, comma 4, c.p.a.

(59) Sui vantaggi di questo modello, M. Savino, *The Right to Open Public Administrations*, cit., 33 ss.

(60) Ai sensi del nuovo art. 5, comma 7, D.Lgs. n. 33 del 2013, nei casi di silenzio o di diniego totale o parziale dell'accesso, è possibile presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza. Qualora si tratti di atti delle amministrazioni delle regioni o degli enti locali, il richiedente può altresì presentare ricorso al difensore civico competente (art. 5, comma 8).

(61) Art. 5 *bis*, comma 6, D.Lgs. n. 33 del 2013.

(62) Nell'ambito dell'accesso procedimentale, il dibattito sulla qualificazione della posizione individuale come diritto soggettivo o interesse legittimo (si vedano le pronunce dell'adunanza plenaria del Cons. Stato 24 giugno 1999, n. 16, 18 aprile 2006, n. 6 e 20 aprile 2006, n. 7) ha finito per oscurare il fatto che l'applicazione delle eccezioni previste dall'art. 24 della L. n. 241 del 1990 richiede un bilanciamento tra interessi antagonisti, di fatto ampiamente praticato dalle amministrazioni italiane. In tal senso depone anche la giurisprudenza amministrativa che, in materia di conflitto tra accesso e *privacy*, esclude l'assoluta prevalenza delle ragioni di riservatezza, richiedendo, a garanzia del diritto di difesa cui è preordinato l'accesso,

una valutazione da effettuare caso per caso: *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3083, e Cons. Stato, Sez. IV, 23 febbraio 2009, n. 1074. Proprio l'identità strutturale della tecnica decisionale - unita alla tendenziale coincidenza tra gli interessi-limite indicati nei due regimi (del 1990 e del 2016) - consente di ipotizzare, come anticipato in premessa, la graduale marginalizzazione dell'accesso procedimentale a vantaggio del nuovo accesso civico generalizzato.

(63) Sulla quale, F. Giglioni, *I soggetti obbligati alla disciplina sulla trasparenza (art. 2-bis; art. 22; art. 48)*, in corso di pubblicazione in B. Ponti (a cura di), *La libertà di accesso alle informazioni*, cit.

(64) Così già la delibera Anac 4 luglio 2013, n. 50, 5.

(65) L'applicazione a questa categoria di enti della disciplina del testo unico "in quanto compatibile" (art. 2 *bis*, comma 2, lett. a) pone fine a una situazione di incertezza interpretativa. L'Anac aveva prima stabilito la parziale applicabilità delle norme in materia di trasparenza agli enti pubblici economici (delibera n. 50 del 2013, 6), per poi dichiararne la piena equiparazione alle pubbliche amministrazioni (determinazione 17 giugno 2015, n. 8, 29 s.).

(66) Come già stabilito con la modifica al precedente art. 11, D.Lgs. 33 del 2013 disposta dall'art. 24 *bis* della L. 11 agosto 2014, n. 114, per queste autorità vale lo stesso regime delle altre amministrazioni, essendo venuta meno la clausola di adattabilità ("secondo le disposizioni dei rispettivi ordinamenti") originariamente prevista. In proposito, C. Raiola, *La trasparenza nelle autorità indipendenti*, in questa *Rivista*, 2015, 164 ss.

(67) L'art. 11, comma 2, D.Lgs. n. 33 del 2013, assoggettava le società controllate o partecipate da pubbliche amministrazioni alla disciplina in esame "limitatamente alla loro attivi-



cazione del testo unico anche agli altri soggetti privati (diversi dalle società) controllati da regioni ed enti locali (68). Quindi, nel 2014, l'ambito di applicazione veniva ulteriormente ampliato per ricomprendervi - sempre limitatamente alle attività di interesse pubblico - la totalità degli enti di diritto privato in controllo pubblico (69).

Le difficoltà sorte nell'applicazione di tale normativa (70) hanno indotto il legislatore a operare una complessiva ridefinizione dei criteri selettivi.

Per quanto riguarda le società, il nuovo art. 2 *bis* distingue tra partecipate e controllate, continuando a prevedere il criterio funzionale per le prime, ma non più per le seconde. Il testo unico, infatti, si applica "in quanto compatibile": a) alle società partecipate, sempre e soltanto per la parte relativa alle attività di interesse pubblico (qui, dunque, le incertezze legate a tale criterio funzionale rimangono); b) alle società controllate (ad eccezione di quelle quotate), a prescindere dal tipo di attività svolta, con conseguente virtuale rafforzamento degli obblighi di trasparenza.

Per quanto riguarda, invece, gli altri soggetti di diritto privato, non aventi forma societaria, la scelta è nel senso di una radicale semplificazione: al di sotto della soglia dei cinquecentomila euro di bilancio, la disciplina del testo unico non si applica (71); al di sopra, invece, si applica, "in quanto compatibile", a condizione che l'ente svolga funzioni amministrative (72) o riceva un finanziamento pubblico maggioritario (73).

Il risultato di questa ridefinizione è una disciplina composita. Sul versante pubblicistico, l'inclusione nell'ambito di applicazione di tutti gli enti ricon-

ducibili alla sfera pubblica è coerente con il principio della pubblicità e dell'accessibilità totale.

Sul versante privatistico, invece, l'attenuarsi delle esigenze partecipative, il prevalere di obiettivi di *accountability* finanziaria e la necessità di rispettare l'autonomia privata producono un grado di coerenza sistematica inferiore.

Per i soggetti privati diversi dalle società, l'obiettivo dell'*accountability* finanziaria prevale nel caso di rilevanti finanziamenti pubblici o di esercizio di funzioni amministrative, ma si escludono gli enti privati di minori dimensioni per salvaguardarne la funzionalità.

Per le società, si opera un ulteriore sdoppiamento: le partecipate restano assoggettate al criterio funzionale originario, mentre le controllate sono sostanzialmente equiparate alle amministrazioni pubbliche, fatta salva la clausola di compatibilità.

### La razionalizzazione degli obblighi di pubblicazione

L'adozione del FOIA, con l'introduzione di un accesso generalizzato destinato a divenire il nuovo perno del sistema di trasparenza, alimentava le aspettative di quanti, compresa l'Anac, auspicavano una consistente riduzione degli obblighi di pubblicazione (74). Si trattava di aspettative legittime: in un sistema FOIA ben funzionante, la pubblicazione tende ad affermarsi come regola "spontanea", dato l'interesse delle stesse amministrazioni a rendere disponibili *online* informazioni che altrimenti possono divenire oggetto di richieste seriali d'accesso (75).

tà di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea".

(68) Anac, delibera n. 50 del 2013, 5.

(69) Art. 11, comma 2, lett. b), D.Lgs. n. 33 del 2013, come sostituito dall'art. 24 *bis* della L. 11 agosto 2014, n. 114. In proposito, M. Macchia, *Gli obblighi di trasparenza per le società pubbliche: prevale il sostantivo o l'aggettivo?*, in questa Rivista, 2014, 767 ss., nonché G. Fonderico, *Le società pubbliche tra diritto amministrativo e diritto comune*, in A. Natalini - G. Vespe-  
rini (a cura di), *Il Big Bang della trasparenza*, cit., spec. 147 ss., ove si rileva la sovrapposizione nella legislazione di settore di criteri eterogenei e almeno in parte discordanti.

(70) Da ultimo, Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 28 giugno 2016, n. 13.

(71) Restano, però, salvi gli obblighi di pubblicazione di cui all'art. 22, comma 2, lett. c), D.Lgs. n. 33 del 2013, che garantiscono una soglia minima di trasparenza proattiva anche in riferimento a questa categoria di enti privati minori.

(72) Art. 2 *bis*, comma 3, D.Lgs. n. 33 del 2013.

(73) La formula dell'art. 2 *bis*, comma 2, lett. c), D.Lgs. n. 33 del 2013 è particolarmente restrittiva, facendo riferimento a enti "la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei

componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni".

(74) Già alla fine del 2013 (*Rapporto sul primo anno di attuazione della legge n. 190/2012*, Dicembre 2013, 8), l'Anac sottolineava l'esistenza di un "problema di sostenibilità complessiva del sistema", dovuto alla "abnorme estensione del numero degli obblighi di pubblicazione", e ribadiva "la necessità di semplificare gli obblighi di pubblicazione e, comunque, di differenziarli per tipologia di amministrazioni, in relazione alla dimensione e alle caratteristiche organizzative delle stesse". Per un quadro delle varie richieste di semplificazione, P. Canaparo, *L'anticorruzione e la trasparenza: le questioni aperte e la delega sulla riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in *www.federalismi.it*, 2016, 12 ss.

(75) Esemplare è la previsione contenuta nell'*Access to Public Information Act (APIA)* sloveno del 22 marzo 2003, che prevede la pubblicazione di "All public information requested by the applicants *at least three times*" (art. 10, par. 1, n. 6, APIA, corsivo aggiunto). Il FOIA statunitense contiene una previsione analoga, che prescrive la pubblicazione di "all records, regardless of form or format, which have been released to any person (...) and which, because of the nature of their subject matter, the agency determines have become or are *likely to become the subject of subsequent requests for substantially the*

Tuttavia, il rischio che una riduzione degli obblighi potesse essere percepita come un segnale di arretramento dell'area di trasparenza ha indotto il legislatore delegato - in ossequio alla delega ricevuta ("fermi restando gli obblighi di pubblicazione") - a effettuare una razionalizzazione molto cauta. Eliminati soltanto alcuni obblighi specifici di pubblicazione ritenuti manifestamente superflui o sproporzionati (76), l'opera di semplificazione è stata affidata a tre previsioni di portata generale.

La prima è la pubblicazione di dieci banche dati centrali, finora gelosamente custodite come patrimonio conoscitivo riservato dalle amministrazioni competenti (77). L'art. 9 *bis*, oltre a prevedere l'apertura alla consultazione *online* di tali banche, vi ricollega un effetto di semplificazione potenzialmente molto incisivo: per adempiere agli obblighi relativi ai dati contenuti in quelle banche centrali, le amministrazioni potranno limitarsi a pubblicare sul proprio sito il collegamento ipertestuale: un *link* permanente alle suddette banche centrali - che dovranno divenire consultabili *online* entro un anno dalla data di entrata in vigore del decreto (78) - basterà a soddisfare le esigenze di trasparenza proattiva.

In secondo luogo, il decreto introduce un meccanismo permanente di semplificazione del contenuto dei singoli obblighi: l'Anac potrà, infatti, con propria delibera, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, "identificare i dati, le informazioni e i documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della disciplina vigente per i quali la pubblicazione in forma integrale è sostituita con quella di informazioni riassuntive, elaborate per aggregazione" (79).

In terzo luogo, sempre all'Anac è affidato il compito di modulare l'intensità e l'estensione degli obblighi di pubblicazione in rapporto alle dimensioni (e alla conseguente capacità amministrativa) degli enti, nonché alla natura dell'attività da essi svolta,

in particolare prevedendo "modalità semplificate per i comuni con popolazione inferiore a 15.000 abitanti, per gli ordini e collegi professionali" (80). Il D.Lgs. n. 97 prefigura, dunque, una razionalizzazione che nell'immediato è limitata, in quanto lascia in vita la quasi totalità degli obblighi di pubblicazione preesistenti, ma, che, col tempo, potrebbe produrre effetti significativi e rompere la rigida simmetria derivante dall'applicazione integrale delle disposizioni del testo unico alla totalità delle pubbliche amministrazioni. L'esito complessivo dipenderà dal coraggio delle scelte dell'Anac e dalla capacità del riformatore di superare le prevedibili resistenze delle amministrazioni detentrici delle banche dati.

### Il futuro della riforma

L'introduzione del FOIA segna una tappa importante nell'evoluzione del rapporto tra pubblico potere e cittadini in Italia.

In primo luogo, il FOIA è la premessa giuridica necessaria per creare le condizioni di *open government* e, più in generale, per promuovere una concezione democratica matura, che non si limiti a esaltare le elezioni come momento privilegiato di verifica sull'operato dei rappresentanti, ma postuli, altresì, una partecipazione consapevole alle decisioni pubbliche e un controllo informato sull'attività delle amministrazioni (81).

In secondo luogo, il FOIA serve da contrappeso alla transizione da un sistema politico consociativo, nel quale un maggior numero di forze politiche e componenti sociali era incluso nel processo decisionale, a un sistema maggioritario, nel quale chi non si identifica nel *government of the day* rivendica una più ampia possibilità di controllo sul suo operato (82).

In terzo luogo, il FOIA può dare un contributo effettivo alla lotta della corruzione: che la trasparen-

*same records*" (5 U.S.C. sect. 552 (2), come modificato dall'e-FOIA del 1996; corsivo aggiunto).

(76) Significativa è l'eliminazione degli obblighi di pubblicazione riguardanti i soggetti che ricevono incarichi di collaborazione o consulenza a titolo gratuito (art. 15, comma 1, D.Lgs. n. 33 del 2013, come modificato dall'art. 14 del D.Lgs. n. 97 del 2016). Sono stati abrogati, inoltre, gli obblighi di pubblicazione di cui agli artt. 20, comma 3, 23, comma 1, lett. a) e c), 24, 25, 34, 38, comma 1 (in parte), 39, comma 1, lett. b), 42, comma 1, lett. d), del D.Lgs. n. 33 del 2013.

(77) Si tratta delle seguenti banche dati, indicate nell'allegato B al D.Lgs. n. 97 del 2016: Perla PA (Dipartimento della funzione pubblica), Sistema conoscitivo del personale dipendente dalle p.a. (Ragioneria generale dello Stato), Archivio contratti del settore pubblico (Aran - Cnel), Sistema informativo questionario enti locali (Corte dei conti), Patrimonio della PA (Dipartimento del Tesoro del Ministero dell'economia e delle finanze), Rendiconto dei gruppi consiliari regionali (Corte dei conti), Banca dati amministrazioni pubbliche (Ragioneria generale dello Stato), Sistema di gestione degli immobili di proprietà statale (Agenzia del demanio), Banca dati nazionale dei contratti pubblici (Aran), Servizio contratti pubblici (Ministero delle infrastrutture e dei trasporti).

(78) Art. 42, comma 2. D.Lgs. n. 97 del 2016.  
(79) Art. 3, comma 1 *bis*, D.Lgs. n. 33 del 2013.  
(80) Art. 3, comma 1 *ter*, D.Lgs. n. 33 del 2013.

(81) B. Sullivan, *FOIA and the First Amendment: Representative Democracy and the People's Elusive 'Right to Know'*, in *Maryland Law Review*, 2012, 72, 1 ss.

(82) Secondo S. Grimmelikhuisen - J. Kasymova, *Not So Universal After All: Exploring the Meaning and Use of Government Transparency in Consensual and Majoritarian Democracies*.

za “reattiva” abbia, sotto questo profilo, potenzialità maggiori rispetto alla trasparenza “proattiva”, sulla quale il nostro legislatore ha a lungo insistito in passato, è un dato intuitivo (83).

D'altra parte, ritenere che l'adozione di un decreto basti a modificare l'approccio di dipendenti pubblici e cittadini al tema della trasparenza e ad accrescere *ipso facto* il livello di apertura del sistema amministrativo sarebbe illusorio.

Quello compiuto è solo il primo passo della riforma. Un buon primo passo - i cui limiti più evidenti sono l'assenza di un sistema accentrato di ricorsi amministrativi, la sopravvalutazione dell'interesse alla *privacy* rispetto agli altri interessi-limite (84) e la consueta clausola di invarianza della spesa (85) - al quale si deve però dare un séguito adeguato sul piano amministrativo. La responsabilità grava innanzitutto sull'Anac, che avrà bisogno di nuove risorse e competenze per semplificare il contenuto degli obblighi di pubblicazione e per orientare (insieme ai giudici amministrativi) il delicato processo di applicazione delle eccezioni all'accesso. Ma si tratta di una responsabilità condivisa dalle singole amministrazioni e dai rispettivi dirigenti, chiamati a comprendere lo spirito della riforma e ad adottare gli accorgimenti conseguenti, dalla completa digitalizzazione di dati e documenti alla valorizzazione della pubblicazione (facoltativa) come regola pragmatica, necessaria a contenere il numero di richieste individuali di accesso.

Occorre, infine, non sopravvalutare le virtù del FOIA. Nonostante la diffusione globale e il “quasi-religious status” acquisito (86), il FOIA non basta a prevenire la corruzione e non è una panacea per gli altri mali della burocrazia. Non essendo il fine, ma un mezzo per raggiungere altri fini (87), la sua attuazione può produrre paradossi e conseguenze inattese (88). Può indurre le amministrazioni ad adottare strategie difensive, volte a eludere il controllo diffuso (89). Può rallentare i processi decisionali, che, proprio perché più visibili e partecipati, possono portare a un irrigidimento delle posizioni negoziali (90). Può essere utilizzato da società interessate a commercializzare dati che, in quanto pubblici, dovrebbero essere nella disponibilità di tutti (91).

Per raggiungere gli obiettivi della riforma sarà, dunque, necessario vigilare costantemente sulla sua attuazione e apportare i correttivi (non necessariamente legislativi) utili ad avvicinare il disegno alla realtà amministrativa italiana. Il successo non è scontato, perché vi si oppone il perverso e consolidato connubio tra una cultura giuridica formalista - che confonde il processo con il prodotto, cioè l'adempimento di un obbligo di legge con il servizio (informativo) al cittadino - e una cultura politico-amministrativa refrattaria all'idea che la trasparenza sia nell'interesse di tutti: anche di chi amministra e governa (92).

cies, in *Public Integrity*, 2015, 17, 404, mentre nelle democrazie consensuali la trasparenza tende ad affermarsi come obbligo informativo in capo alle amministrazioni, nelle democrazie maggioritarie “the environment is a more adversarial and therefore transparency is perceived more as a right and a means of empowerment”.

(83) M. Savino, *La trasparenza amministrativa e la prevenzione della corruzione*, in A. Del Vecchio - P. Severino (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, 2014, 355 ss.

(84) Sopravvalutazione testimoniata dalle numerose ipotesi nelle quali le modifiche apportate al D.Lgs. n. 33 del 2013 prevedono la consultazione del Garante per la protezione dei dati personali (ad es., artt. 3, comma 1 *bis*, e 5, comma 7) o, addirittura, la concertazione con lo stesso (art. 5 *bis*, comma 6).

(85) Art. 44, D.Lgs. n. 97 del 2016.

(86) S. Grimmelikhuijsen - J. Kasymova, *Not So Universal After All*, cit., 389.

(87) D. Heald, *Transparency as an instrumental value*, in C.

Hood - D. Heald (eds.), *Transparency*, cit., 59 ss.

(88) T. Erkkilä, *Paradoxes and Unintended Consequences of Transparency*, in Id., *Government Transparency. Impacts and Unintended Consequences*, Basigstoke, Palgrave, 2012, 3 ss.

(89) Sul ritorno delle amministrazioni alla oralità come strategia elusiva conseguente all'introduzione dei FOIA, A. Flynn e H. Jones, *Freedom of Information. Open Access, Empty Archives?*, London, Routledge, 2009.

(90) J. de Fine Licht - D. Naurin, *Transparency*, in C. Ansell - J. Torfing (eds.), *Handbook on Theories of Governance*, Cheltenham, Elgar, 2016, 217 ss.

(91) M.B. Kwoka, *FOIA, Inc.*, in *Duke Law Journal*, 2016, 65, 1361 ss.

(92) Cfr. Barack Obama, *Memorandum FOIA*, cit.: “In our democracy, the Freedom of Information Act (FOIA) (...) is the most prominent expression of a profound national commitment to ensuring an open Government. At the heart of that commitment is the idea that accountability is in the interest of the Government and the citizenry alike”.