

Mario Savino

**IL FOIA ITALIANO E I SUOI
CRITICI: PER UN DIBATTITO
SCIENTIFICO MENO PLATONICO**

Estratto



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

IL FOIA ITALIANO E I SUOI CRITICI: PER UN DIBATTITO SCIENTIFICO MENO PLATONICO

453

SOMMARIO: 1. L'importanza del FOIA per le democrazie: « *hard to resist and hard to escape* ». — 2. Dalla legislazione alla sua attuazione: gli elementi essenziali per un dibattito assente. — 3. I nemici del FOIA: le ragioni e i limiti delle critiche radicali. — 4. Un primo inquadramento della natura giuridica: la necessaria distinzione tra dimensione costituzionale e legislativa. — 5. Un diritto “funzionalizzato”? — 5.1. La debolezza della tesi giurisprudenziale... — 5.2. ...e della sua rielaborazione in sede scientifica. — 6. Un interesse legittimo? — 6.1. Le implicazioni del test del danno. — 6.2. Le implicazioni del test dell'interesse pubblico. — 6.3. Il fraintendimento del test dell'interesse pubblico nella tesi della “funzionalizzazione”. — 7. Il FOIA come occasione persa?

1. *L'importanza del FOIA per le democrazie: « hard to resist and hard to escape »*. — Il dibattito scientifico sull'accesso civico generalizzato, a tre anni dalla introduzione dell'istituto¹, conferma le sue predilezioni, per così dire, platoniche. L'oggetto principale della riflessione e dello sforzo critico è, da un lato, il disegno astratto, cioè il testo legislativo, di cui si lamentano le lacune e l'inadeguato raccordo con le preesistenti norme sull'accesso; dall'altro, l'idea in sé, il modello dei *freedom of information acts* (FOIA) in quanto tale, di cui ora si afferma l'estraneità alla cultura amministrativa italiana, ora, invece, la torsione tutta italica in senso pubblicistico.

¹ Avvenuta con il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, che ha introdotto nel d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (c.d. codice della trasparenza) gli artt. 5 e 5-bis, entrati in vigore il 23 dicembre 2016.

Al di là dei diversi punti di vista dai quali si può guardare alla nuova disciplina e degli innegabili problemi di coordinamento con le altre forme di accesso, il FOIA italiano, come il FOIA degli altri 128 paesi che lo hanno in qualche forma introdotto², si fonda su una ragione “democratica” particolarmente forte. Il riconoscimento del diritto di accedere alle informazioni amministrative è uno strumento indispensabile per permettere a giornalisti, accademici, gruppi di interesse e cittadini in generale di verificare la correttezza delle decisioni pubbliche e di condividere quelle informazioni con la collettività. Per questo, il diritto in questione è entrato a far parte del patrimonio costituzionale di gran parte delle democrazie. E per questo anche gli ordinamenti nei quali l’istituto sembra aver prodotto risultati meno convincenti non possono rinunciarvi. « *Hard to resist* », dunque, ma anche « *hard to escape* »³.

L’opacità delle decisioni pubbliche non giova alla democrazia perché « i cittadini hanno delegato il potere ad altre persone e vogliono quindi sapere che cosa fanno queste altre persone, cioè come usano il potere loro delegato »⁴. Per garantire il buono stato di una democrazia, è essenziale poter contare su strumenti che arricchiscano il patrimonio di conoscenze individuali e collettive, tanto più in un’epoca di “post-

² Il dato si evince dal *Global Right to Information Rating*, classifica internazionale sulla qualità delle legislazioni in tema di accesso alle informazioni che include 124 stati e segnala la recente introduzione di *freedom of information acts* in altri 5 ordinamenti. Si veda anche V. MABILLARD, *FOI Laws around the World: Where Are We Now?*, IDHEAP Working 5/2018.

³ Secondo la formula « *hard to resist and hard to escape* » mutuata dal titolo del capitolo di apertura del libro di B. WORTHY, *The Politics of Freedom of Information: How and Why Governments Pass Laws that Threaten their Power*, Manchester, 2017. Negli Stati Uniti, considerati la “patria” della legislazione contemporanea sul FOIA, non mancano contributi scientifici tesi ad evidenziare i problemi e le distorsioni alle quali ha dato luogo l’applicazione dell’istituto: tra gli altri, M.B. KWOKA, *FOIA, Inc.*, in *Duke Law Journal*, 2016, vol. 65, 1361 ss., e D. E. POZEN, *Freedom of Information Beyond the Freedom of Information Act*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 165: 2017, p. 1096 ss. Tuttavia, non risulta alcuna iniziativa diretta ad abolire il FOIA statunitense. Le più recenti iniziative hanno riguardato il problema, politicamente saliente, dell’ambito di applicazione della “Exemption Five”, riguardante i documenti interni delle agenzie governative, nonché lo scambio di pareri tra queste e con il Congresso. In generale, sul FOIA statunitense, M. MAGRI, *La trasparenza “oltre il FOIA”. Attualità e limiti del modello statunitense*, in G. GARDINI e M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti*, cit., p. 89 ss., e L. CARBONARA, *Stati Uniti*, in B.G. MATTARELLA e M. SAVINO (a cura di), *L’accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 93 ss.

⁴ M.G. LOSANO, *Trasparenza e segreto: una convivenza difficile nello Stato democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 660. Sulla correlazione tra democrazia e visibilità del potere, F. MERLONI, *Trasparenza delle amministrazioni e principio democratico*, in ID. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, p. 20 ss., ed E. CARLONI, *L’amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell’open government*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 46 ss.

IL FOIA ITALIANO E I SUOI CRITICI

verità”⁵, nella quale la disponibilità di informazioni affidabili può contribuire a salvare la democrazia dai suoi demoni, fungendo da antidoto alla tendenza (anche della politica) a manipolare i dati di realtà⁶.

Ammessso che si tratti di un istituto così essenziale — si chiederà lo scettico — si tratta anche di uno strumento che mantiene le sue promesse? Non sono pochi gli studi nei quali ci si chiede se il FOIA italiano stia raggiungendo l’obiettivo per il quale è nato: arricchire le opportunità di conoscenza dei cittadini. Una risposta fondata dovrebbe potersi appoggiare ad analisi riguardanti la fase attuativa. Tuttavia, mancano *case studies* e ricerche empiriche sull’effettività del FOIA⁷.

Una rapida ricerca sui mezzi di informazione *online* è però sufficiente a dare l’idea di quello che accade “sul campo”. Si scopre, così, che l’accesso civico generalizzato ha consentito di svolgere inchieste su aspetti quali le coperture vaccinali⁸, le condizioni dell’edilizia scolastica⁹, lo stato della scuola digitale¹⁰, l’obiezione di coscienza nelle strutture sanitarie pubbliche¹¹, i regali di rappresentanza ricevuti dai membri del governo¹², l’emergenza idrica a Roma¹³, le spese di viaggio e di rappresentanza di numerosi sindaci e presidenti di regione. Analogamente, le organizzazioni non governative, attraverso il FOIA, hanno ottenuto dalle amministrazioni dati e notizie sul funzionamento e sui

455

⁵ M. ADINOLFI, *Hanno tutti ragione? Post-verità, fake news, big data e democrazia*, Roma, 2019.

⁶ Per questa tesi, sviluppata sulla base di una ricostruzione in chiave storica del rapporto tra democrazia e verità negli Stati Uniti, S. ROSENFELD, *Democracy and Truth: A Short History*, Philadelphia, 2019. In generale, sui limiti della democrazia e sul suo rafforzamento tramite la realizzazione dell’ideale habermasiano della “democrazia deliberativa”, S. CASSESE, *La democrazia a i suoi limiti*, Milano, 2017, spec. p. 99 ss.

⁷ Come rileva A. SIMONATI, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell’arte e prospettive future*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 319, «[u]na differenza che appare immediatamente evidente, prendendo in considerazione i contributi scientifici stranieri in materia di trasparenza, ha a che fare con la presenza, all’estero assai più consistente, di indagini di carattere empirico».

⁸ R. SAPORITI, *Vaccini, la mappa dell’Italia che rinuncia a proteggersi*, in *Wired*, 18 maggio 2017.

⁹ R. LUNA, *Quanto sono fatiscienti le scuole italiane? Abbiamo trovato tutti i dati*, in *Agenzia giornalistica italiana (AGI) - Blog Italia*, 24 settembre 2017.

¹⁰ E. TOLA, *Poco connesse e a bassa velocità: le #scuole digitali sono ancora un miraggio*, in *AGI - Blog Italia*, 2 novembre 2017.

¹¹ G. ROMEO, *Medici obiettori e le non risposte delle Asl: trasparenza a privacy da rivedere*, in *Sole-24-ore*, 9 luglio 2017.

¹² C. TECCE, *Renzi e i regali quando era premier: ha restituito solo una statuetta. Nessuna traccia del Rolex dei sauditi*, in *Il Fatto Quotidiano*, 2 febbraio 2017.

¹³ R. LUNA, *Dispersione, tubi rotti, soluzioni: tutta la verità sull’acqua di Roma*, in *AGI - Blog Italia*, 9 agosto 2017.

costi del sistema di accoglienza dei migranti ¹⁴, sulla corretta gestione dei beni confiscati alla mafia ¹⁵, sulle condizioni di vita dei detenuti nelle carceri, sul numero delle unioni civili celebrate nelle principali città italiane, sui finanziamenti ai consultori e ai centri antiviolenza, sui reclami presentati nei confronti delle aziende di trasporti locale, sulla sicurezza degli edifici che ospitano scuole e ospedali ¹⁶.

Questi esempi confermano l'utilità dell'accesso generalizzato come strumento per informare i singoli e la collettività su aspetti importanti della vita quotidiana e del dibattito pubblico: grazie al FOIA, informazioni destinate a rimanere nei cassetti delle amministrazioni vengono condivise e messe "a sistema" da amministrazioni non ordinate nella gestione delle loro conoscenze. Tuttavia, proprio la portata generale dei temi toccati dagli esempi riportati potrebbe rafforzare un malinteso che si va diffondendo nella giurisprudenza e nella letteratura, ossia che il nuovo accesso non sarebbe un diritto individuale, bensì un istituto "funzionalizzato" alla tutela di interessi pubblici.

L'analisi che segue mira a confutare questa tesi e, più in generale, a operare una ricognizione critica della letteratura sul FOIA. Il lavoro è diviso in due parti. La prima intende chiarire i termini della asimmetria più evidente nel dibattito scientifico sul tema: mentre l'utilizzo del FOIA e la sua attuazione da parte delle amministrazioni cominciano a dare i primi importanti risultati (§ 2), il dibattito resta impigliato nella contrapposizione tra sostenitori e nemici del FOIA (§ 3). Nella seconda parte, si concentrerà l'attenzione sul nuovo oggetto della riflessione sul tema — la natura giuridica della posizione sottesa all'accesso civico generalizzato — nel tentativo di affrontare i dubbi che riguardano la valenza costituzionale della libertà sottesa al nuovo diritto (§ 4), la asserita "funzionalizzazione" di tale diritto al perseguimento di interessi pubblici (§ 5) e la sua qualificazione come diritto soggettivo o interesse legittimo (§ 6). Ne emergerà un quadro nel quale la pretesa ad accedere alle informazioni

¹⁴ Una mappatura dei centri di accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati in Italia, con il censimento dei contratti, dei soggetti che gestiscono i centri e delle spese, è racchiusa nel rapporto "Centri d'Italia" realizzato da Openpolis e Actionaid (<https://www.openpolis.it/esercizi/i-centri-di-accoglienza-in-italia-la-spesa-e-i-contratti-pubblici/>).

¹⁵ Si veda il portale per la trasparenza dei beni confiscati (www.confiscatibene.it), promosso da Libera e Ondata con l'obiettivo di dimostrare che la richiesta civica di informazioni può contribuire a promuovere una migliore gestione dei beni confiscati alla mafia, con riduzione dei tempi tra la confisca definitiva e la loro riassegnazione.

¹⁶ Per questi e altri esempi di utilizzo del FOIA in Italia, si veda E. BELISARIO, *Compie due anni la legge che ci dà il diritto di conoscere la verità*, in *AGI - Blog Italia*, 23 dicembre 2018.

amministrative, a dispetto della sua matrice liberal-individualista, rischia di essere deformata e impoverita da una rilettura in chiave pubblicistica.

2. *Dalla legislazione alla sua attuazione: gli elementi essenziali per un dibattito assente.* — Uno dei principali vizi solitamente imputati alla cultura riformatrice italiana è l'«ossessione per il testo», dalla quale derivano due conseguenze opposte: leggi di riforma «spesso caratterizzate per il dettaglio» e una scarsa attenzione per la loro attuazione¹⁷. Non può, perciò, sorprendere che una parte rilevante della produzione scientifica sul FOIA condivida lo stesso atteggiamento: una meticolosa attenzione al testo, confermata dai molteplici lavori che stigmatizzano l'incompletezza di una disciplina intenzionalmente scritta per principi e condensata in appena due articoli e 1500 parole, cui fa da contraltare una sostanziale disattenzione per ciò che accade nella fase attuativa.

Cominciamo dal primo versante, quello legislativo. Nonostante i dubbi e i rilievi avanzati rispetto al testo, pare difficile negare che la disciplina italiana corrisponda allo standard internazionale. Dei 61 indicatori utilizzati per stilare il *Global Right to Information Rating* annuale sulla qualità delle legislazioni in tema di accesso alle informazioni, la gran parte è incorporata negli articoli 5 e 5-bis del codice della trasparenza, il che spiega la buona posizione ora raggiunta dall'Italia in tale classifica¹⁸.

Le principali deviazioni rispetto a quello standard globale, peraltro, non riguardano gli aspetti più dibattuti a livello domestico, come il numero e l'ampiezza delle eccezioni¹⁹, bensì altri profili meno esplorati:

457

¹⁷ COSÌ, Y. MÉNY, *Le riforme amministrative in Italia e in Europa*, in *Le riforme amministrative italiane: un confronto europeo*, Bologna, 2000, p. 18, da cui sono tratte le citazioni.

¹⁸ Nel 2015, prima dell'introduzione dell'accesso civico generalizzato, l'Italia si collocava al 98° posto su 105 paesi. A seguito dell'adozione del d.lgs. n. 97/2016, la posizione è sensibilmente migliorata, attestandosi, nel 2019, al 65° posto su 124 paesi (<https://www.rti-rating.org/country-data/>). L'elenco dei 61 indicatori sui quali si basa il *Global Right to Information Rating* è consultabile qui: <https://www.rti-rating.org/country-data/by-indicator/>.

¹⁹ Su questo tipo di critica, ricorrente nel dibattito scientifico, per tutti, E. CARLONI, *Se questo è un Foia. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in www.astrid-online.it, p. 9 s., e ID., *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la preesistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. amm.*, 2016, n. 4, p. 13 ss. In base all'indicatore 29 del *Global Right to Information Rating*, le eccezioni al diritto di accesso dovrebbero essere conformi allo standard internazionale, che include, tra le eccezioni ammissibili, le seguenti: «national security; international relations; public health and safety; the prevention, investigation and prosecution of legal wrongs; privacy; legitimate commercial and other economic interests; management of the economy; fair administration of justice and legal advice privilege; conservation of the environment; and legitimate policy making and other operations of public authorities». Al netto delle differenze nella formulazione, le dieci eccezioni dell'elenco italiano, racchiuso nei

il principio dell'anonimato del richiedente, che la legge italiana non tutela adeguatamente, così limitando l'attività di inchiesta dei giornalisti e degli altri c.d. *social watchdogs*²⁰; l'assenza di un esplicito riferimento legislativo al *public interest test* o *public interest override*, sul quale si tornerà più avanti per tentare di dissipare i fraintendimenti che questa formula genera nel dibattito interno²¹; la mancata previsione di attività di disseminazione e comunicazione ai cittadini, nonché di rapporti annuali sull'attuazione²²; l'assenza di una autorità indipendente con compiti di promozione dell'attuazione del FOIA, di decisione sui ricorsi amministrativi "esterni" e di correzione delle prassi inadeguate²³; l'as-

commi 1 e 2 dell'art. 5-bis, d.lgs. n. 33/2013, sono tutte sostanzialmente coperte dal richiamato elenco internazionale, nel quale, anzi, alcune appaiono declinate in modo più ampio (si pensi all'ultima delle eccezioni richiamate, riferita al *policy making*). Alla medesima conclusione si giunge se la comparazione viene fatta con il FOIA statunitense, che prevede nove esenzioni e tre eccezioni (<https://foia.state.gov/Learn/FOIA.aspx>); con il Modello inter-americano di legge sull'accesso alle informazioni elaborato dal Dipartimento di diritto internazionale dell'Organizzazione degli Stati Americani, che al § 41 prevede tre eccezioni riferite a interessi privati e nove a interessi pubblici (http://www.oas.org/en/sla/dil/access_to_information_model_law.asp); o con il FOIA dell'Unione europea (regolamento Ce n. 1049/2001 del 30 maggio 2001), il cui elenco dettato dall'art. 4 è in larga parte corrispondente, anche nella formulazione, al testo italiano, al di là delle marginali differenze segnalate in M. SAVINO, *Il FOIA Italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, p. 599, nota 49.

²⁰ In base all'indicatore 14, « Requesters are only required to provide the details necessary for identifying and delivering the information (i.e. some form of address for delivery) ». Il fatto che la legislazione italiana esiga l'identificazione dell'autore della richiesta — come chiarito nella Circolare del Dipartimento della funzione pubblica n. 2/2017, recante *Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato* ("Circolare FOIA n. 2/2017"), § 3.3 — determina problemi reali. Come si evince dal documento del Dipartimento della funzione pubblica, *FOIA: che cosa non ha funzionato?*, 13 marzo 2019 (<http://www.foia.gov.it/foia-che-cosa-non-ha-funzionato-le-criticita-emerse/>), la mancata tutela dell'anonimato dei richiedenti scoraggia la attività di inchiesta. Quando i giornalisti utilizzano il FOIA per accedere a informazioni relative a soggetti terzi, le amministrazioni, nel notificare la richiesta ai controinteressati, non oscurano i dati personali dei richiedenti, creando situazioni di concreto rischio per il sereno svolgimento delle attività di inchiesta, talora molto sensibili.

²¹ Indicatore 31. Su questo tema, si veda *infra*, § 6.

²² Indicatori 56, 60 e 61. Diverso è il discorso che riguarda l'attività di formazione dei dipendenti pubblici impegnati nell'attuazione del FOIA (indicatore 59). Dal 2017, la Scuola nazionale di amministrazione offre un'ampia gamma di programmi di formazione sull'accesso civico generalizzato, calibrati sulle varie tipologie di dirigenti e funzionari impegnati nell'attuazione del FOIA. Altri programmi del Dipartimento della funzione pubblica, gestiti da Formez PA, coinvolgono le amministrazioni locali, sia pure in modo non capillare.

²³ Indicatori 37-43 e 49-51. Sulla necessità di istituire una apposita autorità indipendente, per tutti, G. GARDINI, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, in G. GARDINI e M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 54 ss., le cui considerazioni, in larga parte condivisibili, appaiono però di difficile praticabilità nell'attuale contesto politico-istituzionale.

senza di una unica autorità centrale (anche governativa) responsabile della promozione del processo di attuazione ²⁴.

Così — passando al secondo versante, relativo all'attuazione di tale disciplina — mentre gli studi di diritto comparato confermano che, al di là del disegno astratto, decisivo è il modo in cui si procede alla sua traduzione sul piano amministrativo ²⁵, il nostro dibattito, oltre che platonico, si fa strabico: continua a guardare al mondo delle idee — anzi, alle loro ombre, giacché come nel mito della caverna si ignora cosa accada realmente — mentre le norme, da tre anni, sono quotidianamente attuate dalle amministrazioni senza che gli studiosi vi prestino la dovuta attenzione ²⁶.

Al più, le analisi arrivano a occuparsi della giurisprudenza che si va formando sul tema. Mancano, però, studi volti a verificare se, *al di là* del testo normativo, sempre perfettibile, sia stato messo a punto un *metodo di riforma* adeguato, che consenta di analizzare i problemi applicativi, individuare le soluzioni (che non sempre richiedono un intervento legislativo) e supportare le amministrazioni nel loro quotidiano — e altrimenti solitario — tentativo di avvicinare la realtà al disegno astratto. Così, le istituzioni chiamate a guidare il processo di attuazione non possono contare su indagini scientifiche in grado di correggerne e orientarne l'operato. Ma intanto vi è già chi invita a ridimensionare il FOIA e le aspettative ad esso connesse, pur trattandosi di una disciplina che richiede tempi lunghi di gestazione e metabolizzazione, data la sua

²⁴ Indicatore 55. Sul problema della frammentazione della *governance* in materia di accesso civico generalizzato, si vedano B.G. MATTARELLA e M. SAVINO, *L'Italia e gli altri sistemi FOIA: convergence at last?*, in B.G. MATTARELLA e M. SAVINO (a cura di), *L'accesso dei cittadini*, cit., p. 22 s.; A. MOLITERNI, *Italia*, ivi, p. 38-40, e, più esaurientemente, I. PIAZZA, *L'organizzazione dell'accesso generalizzato: dal sistema di governance all'attuazione amministrativa*, in questo fascicolo.

²⁵ Cfr. T. NAM, *What enhances the right to information? A cross - national examination of legal, technological, and administrative influences*, in *International Social Science Journal*, 2018, vol. 67 (1), e M. PRIEST, *Designing Freedom of Information Systems: An Overview from Legislation to Implementation*, Independent Research Report Commissioned by the Office of the Information and Privacy Commissioner of Alberta, Giugno 2018: entrambi gli studi evidenziano che il successo di un FOIA dipende, più che dal confezionamento della legge, dalla qualità del processo di attuazione e dalle capacità amministrative dell'ordinamento.

²⁶ Tra le eccezioni si segnalano A. MOLITERNI, *La via italiana al "FOIA": bilancio e prospettive*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, n. 1, p. 23 ss., F. DI MASCIÒ, *L'attuazione delle norme sulla trasparenza*, in *Giorn. dir. amm., Speciali digitali*, 2018, p. 11 ss., e i contributi di I. Piazza, M. Filice, M. De Rosa e B. Neri, raccolti in questo e nel successivo fascicolo della Rivista.

incidenza sulla dimensione organizzativa, tecnologica e culturale delle amministrazioni ²⁷.

Vale perciò la pena richiamare alcuni dati sul processo di attuazione. Tali dati rivelano, anzitutto, che non vi è un problema di sostenibilità: la temuta “alluvione” di richieste di accesso civico generalizzato non si è realizzata. Una analisi cursoria dei registri degli accessi pubblicati dagli enti territoriali consente di constatare che il numero di richieste di accesso generalizzato — in genere, molto limitato nei piccoli comuni e più significativo nelle città medie e grandi, con sensibili oscillazioni geografiche — è in aumento costante, ma è ancora contenuto e resta di gran lunga inferiore alle richieste di accesso procedimentale che continuano a essere avanzate ai sensi dell’art. 22 della legge n. 241/1990.

Dati più analitici emergono, poi, dal monitoraggio che il Dipartimento della funzione pubblica periodicamente compie sull’attuazione presso le amministrazioni centrali. Il numero delle richieste di accesso civico generalizzato complessivamente ricevute dai ministeri è aumentato da 1146 nel 2017 a 1818 nel 2018 (più 59 per cento), con una media, nel secondo anno, di 11 richieste mensili per ministero ²⁸. La sostenibilità complessiva — confermata negli incontri di consultazione periodica con i responsabili degli apparati centrali — trova riscontro anche in un altro dato: nonostante il progressivo aumento delle richieste, il tasso di risposte evase dagli uffici ministeriali entro il termine di legge (30 giorni) è addirittura in aumento, dal 74 per cento nel 2017 all’83 per cento nel 2018 ²⁹. Segno evidente che un processo di graduale apprendimento e adattamento alla nuova disciplina è in atto.

Dal medesimo monitoraggio si traggono almeno altre due indicazioni interessanti. Una riguarda il rapporto tra la regola (dell’accesso) e le sue eccezioni. A dispetto delle critiche sulla eccessiva ampiezza delle ecce-

²⁷ E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la preesistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, cit., p. 27 e *passim*.

²⁸ Un metro di paragone può essere fornito dalle richieste di accesso ricevute dalla Commissione europea. Il loro numero, nel 2018, è stato pari a 6912, in aumento del 10 per cento rispetto al 2017 ma sostanzialmente in linea con il dato del 2015: cfr. Commissione europea, *Report on the application in 2018 of Regulation (EC) No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*, COM(2019) 356 final, 29 luglio 2019, p. 9 s.

²⁹ Per questi dati, Dipartimento della funzione pubblica, *FOIA - Ministeri: situazione al 31 dicembre 2018*, 13 aprile 2019. Gli aggiornamenti relativi al monitoraggio periodico sui ministeri sono disponibili sul sito del Centro nazionale di competenza FOIA (<http://www.foia.gov.it/monitoraggio-foia/>).

zioni previste dall'art. 5-*bis* del d.lgs. n. 33/2013, la proporzione di richieste soddisfatte prevale nettamente su quelle respinte: le risposte positive equivalgono al 74 per cento nel 2017 (con un 10 per cento di accoglimenti parziali) e al 67 per cento nel 2018 (di cui 12 per cento di accoglimenti parziali). In quest'ultimo anno, il numero di dinieghi totali è stato pari ad appena il 17 per cento ³⁰, percentuale in linea con quella registrata dalla Commissione europea ³¹.

L'altra indicazione riguarda la procedura amministrativa di riesame. Benché tale procedura non assicuri l'imparzialità del decisore di seconda istanza, che la legge individua nel Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) appartenente alla stessa amministrazione dell'ufficio che ha deciso in prima istanza ³², il rimedio si conferma efficace, con un numero di accoglimenti (parziali o totali) pari al 51 per cento nel 2017 e al 40 per cento nel 2018 ³³.

Nonostante questi segnali confortanti, il dibattito scientifico sul FOIA italiano continua, come si diceva, a interrogarsi sull'*an*, cioè sul "se" sia stato opportuno introdurlo nell'ordinamento italiano e se lo si sia fatto nel modo migliore, trascurando il *quomodo*, cioè "come" questa disciplina legislativa è o dovrebbe essere attuata ³⁴. Sarebbe, invece, particolarmente utile il contributo della scienza giuridica e delle altre scienze sociali, a partire da quelle organizzative, per recuperare il ritardo accumulato, imparando dai sistemi FOIA più avanzati come limitare gli abusi, valorizzare la tecnologia, potenziare i meccanismi di trasparenza proattiva e ridurre gli oneri di trasparenza gravanti sulle amministrazioni.

461

3. *I nemici del FOIA: le ragioni e i limiti delle critiche radicali.* — I critici dell'accesso civico generalizzato si dividono in due categorie

³⁰ Le rimanenti richieste sono state trasmesse per competenza ad altre amministrazioni (8 per cento) o differite per ragioni di riservatezza temporanee (8 per cento) ai sensi dell'art. 5-*bis*, c. 5, d.lgs. n. 33/2013.

³¹ Percentuale che nell'ultimo quinquennio ha oscillato tra il 15 e il 19 per cento: Commissione europea, Report on the application in 2018 of Regulation (EC) No 1049/2001, cit., p. 16.

³² Art. 5, c. 7, d.lgs. n. 33/2013.

³³ Dipartimento della funzione pubblica, *FOIA - Ministeri*, cit.

³⁴ Di contrapposizione tra prospettiva "entusiastica" o "irenica" e prospettiva "disincantata" o "polemica" parla G. TROPEA, *Forme di tutela giurisdizionale dei diritti d'accesso: bulimia dei regimi, riduzione delle garanzie?*, in *Il Processo*, 2019, n. 1, p. 71 s. Per le ragioni di seguito esposte, questa contrapposizione, pur efficace, non fornisce una rappresentazione adeguata della varietà di posizioni e delle ragioni che le sorreggono.

principali. Su un primo versante, si collocano coloro che stigmatizzano le lacune del dettato normativo e i problemi di coordinamento e di “confusione” derivanti dalla giustapposizione del FOIA alle altre forme di accesso preesistenti. Queste critiche non si appuntano sull’accesso civico generalizzato in quanto tale, di cui anzi talora si riconoscono le potenzialità in parte inesprese, ma insistono sulla necessità di una revisione normativa per liberare quelle potenzialità ³⁵.

Poiché di queste critiche si è in parte già detto nel paragrafo precedente, qui ci si limita a osservare che il rischio di “confusione” tra le diverse forme di accesso non va sopravvalutato. Da un lato, in molti ordinamenti il FOIA coesiste con l’accesso di tipo procedimentale e, quindi, anche altrove occorre distinguere tra le domande formulate *uti cives* e quelle proposte a difesa di un diverso interesse giuridico del richiedente. Dall’altro lato, anche il rischio di confusione con l’accesso civico semplice va ridimensionato. Già inutilizzato prima del d.lgs. n. 97/2016, con l’introduzione del FOIA l’accesso civico semplice ha perso buona parte della sua residua rilevanza: chi sia interessato a una informazione può richiederla in base al FOIA senza preoccuparsi di verificare se essa debba essere anche pubblicata. A fronte di tale richiesta (di accesso civico generalizzato), l’amministrazione deve comunque verificare se i dati o documenti in questione debbano essere rilasciati al richiedente ed eventualmente anche pubblicati. Perciò, mentre l’esistenza di un obbligo di pubblicazione aiuta a dissipare eventuali dubbi sulla accessibilità di alcune informazioni, il corrispondente diritto di accesso civico semplice non riveste una particolare utilità pratica e può considerarsi, nei fatti, assorbito dal nuovo istituto dell’accesso generalizzato.

Ferma restando l’opportunità di un intervento legislativo che prenda

³⁵ G. GARDINI, *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal “FOIA Italia”*, in *federalismi.it*, 2018; ID., *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell’arte di rendere oscure le cose semplici*, in *federalismi.it*, 2017; E. CARLONI e F. GIGLIONI, *Three transparencies and the persistence of opacity in the Italian government system*, in *European public law*, 2017, n. 2, p. 285 ss.; S. VACCARI, *Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili: le nuove regole sulla trasparenza*, in *Ist. fed.*, 2017, p. 1036 ss.; D.U. GALETTA, *The Italian Freedom of information act 2016. Why transparency-on-request is a better solution*, in *Italian Journal of Public Law*, 2016, n. 2, 269 ss.; EAD., *La trasparenza per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un’analisi storico-evolutiva in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, 1019 ss., spec. 1047 ss.; A. SIMONATI, *L’accesso civico come strumento di trasparenza amministrativa: luci, ombre e prospettive future (anche per gli Enti locali)*, in *Ist. Fed.*, 2016, p. 737 ss.

atto di questo dato, sarebbe ancor più utile semplificare la scelta del cittadino sul piano applicativo, sia favorendo la diffusione sui siti istituzionali di istruzioni operative e strumenti tecnologici di supporto alla scelta ³⁶, sia superando l'approccio restrittivo di quei giudici che negano all'amministrazione la possibilità di riqualificare l'istanza in senso più favorevole al richiedente ³⁷.

Sull'altro versante, si collocano invece i veri "nemici" dell'accesso generalizzato, cioè coloro che, avendo spesso a cuore cause concorrenti, interpretano i problemi derivanti dall'introduzione del nuovo istituto come indice della incompatibilità di tale scelta con le caratteristiche dell'ordinamento interno, prefigurando o, talora, auspicando la prematura scomparsa del nuovo istituto. Le posizioni di critica radicale sono riconducibili a tre prospettive principali.

In prima linea vi sono i nostalgici degli obblighi di pubblicazione, che il legislatore, prima del parziale ripensamento avvenuto con il FOIA, aveva compulsivamente moltiplicato, nella convinzione che ciò fosse funzionale a prevenire la corruzione e nel tentativo di individuare una via tutta italiana alla trasparenza ³⁸. Per costoro, i pregi degli obblighi di pubblicazione, legati a una applicazione più meccanica e quindi più certa delle norme, superano anche i loro più macroscopici difetti: dall'approccio dirigista, che impedisce ai singoli di accedere a informazioni diverse da quelle meritevoli per legge, alla logica dell'adempimento, che costringe le amministrazioni a inseguire centinaia di obblighi e scadenze pur di schivare le (rare e casuali) sanzioni dell'ANAC, invece che erogare un servizio informativo diretto a soddisfare i reali bisogni conoscitivi dei cittadini. Nonostante il fallimento di questa strategia, testimoniata dalla

³⁶ Cfr. Circolare del Dipartimento della funzione pubblica n. 1/2019, recante *Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato* ("Circolare FOIA n. 1/2019"), § 8.1.

³⁷ Questa possibilità, prospettata dalla Circolare FOIA n. 2/2017 (§ 2.2, lett. i), è negata da una parte della giurisprudenza: ad es., Tar Lazio, sez. I, 8 marzo 2018, n. 2628, e Cons. St., sez. V, 20 marzo 2019, n. 1817. Ma si veda anche Cons. St., sez. VI, 29 aprile 2019, n. 2737, ove si ammette, nel caso di domanda congiunta di accesso documentale e accesso civico generalizzato, la possibilità per l'amministrazione di « applicare uno dei due istituti, in ragione dell'esito della verifica circa la sussistenza dei presupposti legittimanti l'una o l'altra richiesta ».

³⁸ M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit., 593 ss. Si vedano anche A. CORRADO (a cura di), *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli, 2018, 3 ss., e S. CASSESE, *Evoluzione della normativa sulla trasparenza*, in *Giorn. dir. amm., Speciali digitali*, 2018, p. 1 ss., che stigmatizza la pervasività del fine di prevenzione della corruzione, in nome del quale gli obblighi di pubblicazione si sono moltiplicati.

penuria di richieste di accesso civico c.d. semplice, si insiste nell'invocare un improbabile passo indietro rispetto al FOIA, in nome di un rilancio degli obblighi di pubblicazione e della corrispondente forma di accesso ³⁹. Non sarebbe, però, utile interrogarsi sulle ragioni dell'unicità dell'esperienza italiana, cioè sul perché negli altri ordinamenti non esista un numero comparabile di obblighi di pubblicazione?

In seconda fila vi sono i sostenitori della assiologica superiorità della legalità rispetto alla discrezionalità. Secondo questo punto di vista, il bilanciamento operato *ex ante* dal legislatore italiano garantirebbe dal rischio di un bilanciamento svolto *ex post* dalle (meno capaci) amministrazioni. Meglio, in altri termini, moltiplicare le norme per tener conto dell'infinita varietà dei casi concreti e abituare i funzionari all'idea di una passiva esecuzione meccanicistica della legge, che responsabilizzare le amministrazioni, benché queste ultime, se adeguatamente preparate, possano decidere meglio, tenendo conto della diversa consistenza che di volta in volta assumono gli interessi in gioco. Troppo grande è, in questa logica, il rischio di arbitrio insito nel potere di scelta dell'amministrazione. Cosicché, una posizione di diritto soggettivo — come quella garantita dall'accesso civico c.d. semplice, costruito su una totale vincolatezza dell'agire amministrativo — sarebbe sempre e comunque preferibile rispetto alla posizione (che si assume) di interesse legittimo nella quale il richiedente è alla mercé della decisione più o meno "discrezionale" dell'amministrazione ⁴⁰.

Senza anticipare quanto si dirà oltre sugli aspetti di maggiore complessità ⁴¹, basti qui avvertire che questo punto di vista tende a sottovalutare il fatto che la prima posizione (l'accesso civico semplice) è più forte solo sulla carta. Innanzitutto, l'idea di un'applicazione meccanica degli obblighi di pubblicazione, in grado di annullare la discrezionalità dell'amministrazione, è frutto di un'astrazione: come la prassi applicativa

³⁹ E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato*, cit., p. 30 ss. Nello stesso senso, S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili, in Federalismi.it*, 2016, p. 6 e *passim*.

⁴⁰ La tesi può farsi risalire a C. MARZUOLI, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., p. 45 ss., ed è stata di recente articolata, in riferimento al mutato quadro normativo, da C. CUDIA, *Appunti su trasparenza amministrativa e diritto alla conoscibilità*, in *Giustamm.it*, 2017, EAD., *Pubblicità e diritto alla conoscibilità*, in B. PONTI, *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Rimini, 2016, p. 93 ss., e da N. VETTORI, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico*.

⁴¹ Si veda *infra*, §§ 5-6.

ampiamente dimostra (basta una comparazione tra le sezioni “amministrazione trasparente” dei siti istituzionali per constatarlo), gli obblighi di pubblicazione hanno spesso una formulazione generica, che lascia alle amministrazioni ampi margini di scelta circa i documenti da pubblicare. Inoltre, anche se qualificabile come diritto soggettivo, la posizione corrispondente all’accesso civico semplice è di fatto inutilizzata⁴², essendo imprigionata in un labirinto di 270 obblighi nel quale i cittadini non sono in grado di muoversi. Viceversa, l’accesso civico generalizzato consente al richiedente di scavalcare quel labirinto, giacché impone l’accessibilità come principio generale esteso anche ai documenti e dati « ulteriori » rispetto a quelli coperti dagli obblighi di pubblicazione⁴³.

Infine, in terza fila, i sostenitori della superiore caratura giuridica — fino alla incomprimibilità — del diritto alla protezione dei dati personali sembrano rimpiangere i tempi in cui l’unica forma di accesso consentita era quella prevista dalla legge n. 241/1990⁴⁴. Costoro diffidano dell’accesso civico generalizzato al punto da ritenerlo un pervasivo strumento di mercificazione dei dati in possesso delle pubbliche amministrazioni, inclusi appunto quelli personali. A causa del nuovo istituto, quei dati non sarebbero più adeguatamente protetti dalla legge, spettando a ciascun ufficio amministrativo il compito di decidere, di volta in volta, in favore del diritto alla *privacy* o del diritto di accesso, pur a fronte di una richiesta non qualificata, ma rivendicabile da chiunque, curiosi compresi. Il risultato sarebbe, così, la costante esposizione dei dati personali, che le amministrazioni possono raccogliere soltanto per scopi di legge, al rischio di riuso indiscriminato, anche per finalità diverse, e di manipolazione da

465

⁴² Il dato emerge dai registri degli accessi pubblicati *online*: il numero di richieste di accesso semplice ricevute dalle amministrazioni centrali e territoriali è spesso pari a zero o comunque irrisorio.

⁴³ I dati e i documenti « ulteriori » rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria costituiscono, appunto, secondo la lettera dell’art. 5, c. 2, d.lgs. n. 33/2013 l’oggetto dell’accesso civico generalizzato.

⁴⁴ Questa tesi pare evincersi dalla posizione del Garante per la protezione dei dati personali, manifestata sia in occasione della adozione delle Linee guida previste dall’art. 5-bis, comma 6, d.lgs. n. 33/2013 e adottate dall’ANAC con delibera 28 dicembre 2016, n. 1309 (*Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013*, d’ora in avanti “Linee guida ANAC 2016”), sia tramite i pareri adottati su singoli casi ai sensi dell’art. 5, comma 7, d.lgs. n. 33/2016. Preoccupazioni analoghe affiorano in D.U. GALETTA, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall’entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de “le vite degli altri”?*, in *federalismi.it*, 2018, e in C. DEODATO, *La difficile convivenza dell’accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?*, in *Giustamm.it*, 2017.

parte di operatori di mercato che perseguono fini egoistici e talora persino di lucro.

Benché il tema ecceda l'oggetto di questo lavoro, qualche considerazione appare opportuna per ridimensionare il problema. Il rapporto tra l'accesso di chiunque e la protezione dei dati personali costituisce uno degli aspetti di maggiore complessità in tutti i sistemi FOIA. Ma proprio l'analisi delle principali esperienze europee, nonché della giurisprudenza della Corte di giustizia ⁴⁵, evidenzia la possibilità di realizzare un accettabile equilibrio tra gli interessi in gioco attraverso un progressivo affinamento dei criteri applicativi. Molti conflitti di valore possono essere risolti tramite l'accesso parziale, oscurando i dati personali. Laddove ciò non sia possibile, soccorre il canone della proporzionalità, che porterà al rigetto della richiesta quando siano in gioco dati "sensibilissimi" e anche quando i dati siano almeno "sensibili", a meno che prevalgano ragioni di interesse pubblico, come può accadere se le informazioni pertengono allo svolgimento di funzioni istituzionali ⁴⁶. Viceversa, maggiori sono i margini di accoglimento quando siano in gioco dati personali non sensibili o "comuni", sempre che la loro diffusione non arrechi un pregiudizio concreto al titolare di quei dati ⁴⁷.

Nell'applicazione dell'eccezione, il problema principale fin qui emerso è un altro: l'applicazione poco rigorosa di quei criteri non tanto da parte delle amministrazioni, che, nel caso di dubbio, possono comunque acquisire il parere del Garante, quanto da parte di questa autorità indipendente. Il Garante, infatti, ravvisata l'esistenza di dati personali nei documenti richiesti, non di rado "dimentica" di identificare il « pregiudizio concreto » che l'ostensione potrebbe arrecare ai terzi, considerando in *re ipsa* e così tradendo non solo il dettato legislativo (art. 5-*bis*, c. 2, d.lgs. n. 33/2013) ma anche le indicazioni concordemente dettate con l'ANAC nelle Linee guida ⁴⁸.

Occorrerà tempo per definire standard applicativi che siano suffi-

⁴⁵ Su cui, I. PIAZZA, *Unione europea*, in B.G. MATTARELLA e M. SAVINO (a cura di), *L'accesso dei cittadini*, cit., 261 ss.

⁴⁶ In tal senso, anche E. CARLONI e M. FALCONE, *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, in *Dir. pubbl.*, 2017, p. 767 ss.

⁴⁷ Si vedano, sul punto, i criteri elaborati nelle Linee guida richiamate nella nota successiva.

⁴⁸ Autorità nazionale anticorruzione, *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013*, Delibera n. 1309/2016 (di seguito, "Linee guida ANAC"), § 8.1.

cientemente condivisi e compatibili con un convincente sindacato di proporzionalità. Ma assumere che il FOIA italiano sia soltanto un pericoloso strumento di indagine voyeristica non aiuta. Occorrerebbe piuttosto accertare quali dati personali sensibili siano effettivamente finiti in pasto all'opinione pubblica "per colpa" del FOIA, in modo da evitare il ripetersi dell'errore, e indagare sui criteri che nella giurisprudenza sovranazionale e negli altri sistemi FOIA sono stati messi a punto per applicare in modo convincente l'eccezione universale in questione ⁴⁹.

4. *Un primo inquadramento della natura giuridica: la necessaria distinzione tra dimensione costituzionale e legislativa.* — Definito il perimetro della riflessione scientifica sull'accesso civico generalizzato, occorre ora rivolgere l'attenzione a una delle questioni più dibattute: quale natura abbia la posizione di chi eserciti questa forma d'accesso. La contesa ruota attorno a due profili, che spesso si sovrappongono ma che è bene tenere distinti: il profilo *costituzionale* della natura più o meno fondamentale della libertà di acquisire le informazioni amministrative; e il profilo *legislativo* della pretesa soggettiva nella quale quel valore deve tradursi.

Partiamo dal primo. Per le ragioni in senso lato democratiche già richiamate, nei sistemi FOIA la libertà di accedere alle informazioni in possesso delle autorità pubbliche è ormai assurta, nel patrimonio costituzionale europeo, a libertà fondamentale. Le costituzioni più recenti garantiscono tale libertà in modo esplicito, con disposizioni *ad hoc* ⁵⁰. Poiché, però, le costituzioni meno recenti non tengono conto di questo diritto di nuova generazione, altrettanto spesso la protezione del valore della conoscenza è desunta implicitamente, in via interpretativa, dallo stretto collegamento con la libertà di espressione o, più indirettamente, con principi (ad esempio, di trasparenza) di rango costituzionale ⁵¹.

⁴⁹ Art. 5-bis, c. 2, lett. a), d.lgs. n. 33/2013.

⁵⁰ Si veda, ad esempio, l'art. 105 della Costituzione spagnola, che alla lett. b) assegna al legislatore il compito di regolare «el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas».

⁵¹ Sul progressivo riconoscimento della libertà di accesso alle informazioni amministrative come diritto fondamentale della persona, H.J. BLANKE e R. PERLINGEIRO, *Essentials of the Right of Access to Public Information: An Introduction*, in H.J. BLANKE e R. PERLINGEIRO (eds.), *The Right of Access to Public Information*, Berlin, 2018, p. 1 ss.; M. McDONAGH, *The Right to Information in International Human Rights Law*, in *Human Rights Law Review*, 2013, Vol. 13 (1), p. 25 ss.; R. PELED e Y. RABIN, *The Constitutional Right to Information*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2011, vol. 42, 357 ss.; M. SAVINO, *The Right to Open Public Administrations*

Che la libertà di acquisire informazioni amministrative abbia rilevanza costituzionale anche nell'ordinamento italiano, sia pure in modo implicito, è un punto sul quale il consenso sembra crescente ⁵². Se è vero, infatti, che la formulazione dell'art. 21 Cost. risente del tempo in cui fu formulata, una interpretazione adeguatrice di quella disposizione non può non tener conto — anche per effetto dell'art. 117 Cost. — degli sviluppi in corso nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'ambito della quale il diritto a ricevere informazioni dalle autorità pubbliche è riconosciuto come pretesa autonoma, corollario essenziale della libertà di espressione ⁵³.

Sia pure in modo più indiretto, all'inizio del 2019, la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto che la libertà di accedere alle informazioni amministrative ha rango costituzionale sia nell'ordinamento sovranazionale (art. 15, par. 3, primo comma, TFUE e art. 42 della Carta dei diritti fondamentali UE), sia nell'ordinamento interno. L'ancoraggio, nella impostazione dei giudici della Consulta, è rappresentato dai principi di pubblicità e trasparenza, a loro volta intesi come corollari del principio democratico (art. 1 Cost.) e del buon funzionamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.): principi che « nella legislazione interna, tendono ormai a manifestarsi, nella loro declinazione soggettiva, nella forma di un *diritto dei cittadini ad accedere ai dati in possesso della pubblica amministrazione* » ⁵⁴. La medesima impostazione è stata seguita a stretto giro

in *Europe: Emerging Legal Standards*, Paris, Oecd-Sigma, 2010 (<http://www.oecd-library.org>), p. 6 ss.; P. BIRKINSHAW, *Freedom of information and openness: fundamental human rights?*, in *Administrative Law Review*, 2006, vol. 58, 177 ss. Documentano il medesimo sviluppo anche in comparazione con paesi africani, F. ADELEKE, *Constitutional Domestication of the right of access to information in Africa: retrospect and prospects*, in F. DIALLO e R. CALLAND (eds.), *Access to Information in Africa: Law, Culture and Practice*, Leiden, 2013, p. 83 ss., e T. BULL e H. CORDER, *Ancient and modern: access to information and constitutional governance*, in M. TUSHNET, T. FLIENER e C. SAUNDERS (eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, 2013, p. 219 ss.

⁵² Sul riconoscimento della trasparenza come principio costituzionale implicito, D. DONATI, *Il principio di trasparenza in Costituzione*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, p. 83 ss. Per una ricostruzione del dibattito più di recente, S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 65 ss., S. VACCARI e M. RENNA, *Dalla "vecchia" trasparenza amministrativa al c.d. open government*, in *Giustamm.it*, 2019, n. 1, p. 1 s., nonché E. CARLONI e M. FALCONE, *L'equilibrio necessario*, cit., spec. 732, ove si evidenzia la prevalente ricostruzione in chiave oggettiva, invece che personalistica, della trasparenza come valore costituzionale.

⁵³ Su questi sviluppi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si veda *infra*, § 6.3.

⁵⁴ C. cost., sent. 21 febbraio 2019, n. 20, punto 2.2 della motivazione in diritto. Il rango costituzionale del diritto « dei cittadini al libero accesso ai dati e alle informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni » è ribadito ai punti 2.3 e 3.

dal Consiglio di Stato, secondo cui « il nuovo accesso civico risponde pienamente ai (...) principi del nostro ordinamento nazionale di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa e di partecipazione diffusa dei cittadini alla gestione della “cosa pubblica” ai sensi degli articoli 1 e 2 della Costituzione, nonché, ovviamente, dell'art. 97 Cost., secondo il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 della Costituzione » ⁵⁵.

Come si evince da queste recenti pronunce, sembra delinearsi una graduale convergenza nel riconoscimento al nuovo diritto di un fondamento costituzionale. Nell'ambito di questo processo, l'appiglio costituzionale, per ora prevalentemente individuato in principi generali dell'ordinamento, sembra propedeutico al più pieno ed esplicito riconoscimento del diritto di ricevere informazioni come libertà individuale ⁵⁶.

Più controverso, invece, è il problema legislativo: quale è la forma di accesso che è meglio in grado di tradurre quel valore costituzionale in pretesa esigibile? Nella già richiamata sentenza n. 20 del 2019, la Corte costituzionale ha precisato che, mentre il diritto di accesso procedimentale previsto dalla legge n. 241 del 1990 persegue un fine più circoscritto, non democratico ma di difesa di interessi giuridici, il diritto di accesso generalizzato introdotto dal d.lgs. n. 97 del 2016 costituisce, invece, « il *punto d'arrivo del processo evolutivo* che ha condotto all'affermazione del principio di trasparenza amministrativa, che consente la conoscenza diffusa delle informazioni e dei dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni »: un « modello di trasparenza fondato sulla “accessibilità” » che — secondo la stessa Corte — è destinato a « non essere più abbandonato » ⁵⁷.

In questa lettura, anche il concorrente « regime di “disponibilità” » delle informazioni oggetto degli obblighi di pubblicazione è espressione dei medesimi principi. Si tratta, però, di un regime che, essendo nato dalla legislazione anticorruzione ⁵⁸, ha prevalenti finalità di controllo

⁵⁵ Cons. St., sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546, punto 14.

⁵⁶ Mentre nel dibattito interno prevale — come si è visto — la tendenza a ricondurre la posizione soggettiva a principi dell'ordinamento, nella letteratura europea e internazionale, il diritto ad acquisire le informazioni amministrative è in genere considerato corollario della libertà di espressione, anche per effetto della riconduzione della pretesa all'art. 10 CEDU operata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: si veda, ad es., B. WORTHY, *Freedom of information and the Media*, in H. TUMBER e S. WAISBORD (a cura di), *The Routledge Companion to Media and Human Rights*, New York, 2017, p. 60 s.

⁵⁷ C. cost., sent. n. 20/2019, punto 4.1 (corsivi aggiunti).

⁵⁸ Com'è noto, il d.lgs. n. 33/2013 è stato adottato in attuazione della delega contenuta nella legge 6 novembre 2012, n. 190.

diffuso (*accountability*) e prevenzione dei fenomeni corruttivi, e affida al legislatore la valutazione « *ex ante* e una volta per tutte (...) circa la pertinenza, rispetto a quelle finalità, della pubblicazione di alcuni dati »⁵⁹.

Questi chiarimenti consentono di evidenziare un aspetto importante. La legalità stringente, sulla quale poggiano gli obblighi di pubblicazione e il corrispondente diritto di accesso civico semplice, comporta l'indubbio vantaggio di consentire una applicazione "meccanica" e perciò "certa" del precetto normativo da parte delle amministrazioni, con apprezzabile (anche se teorico) effetto di uniformità nell'applicazione. Tuttavia, la stessa pronuncia della Consulta lascia intravedere alcuni problemi.

Innanzitutto, prevedere la pubblicazione obbligatoria di 270 categorie di informazioni comporta una serie notevole di adempimenti, non sempre compensati dalla effettiva fruizione di quelle informazioni da parte dei cittadini. Così, non solo i controlli diventano arbitrari, perché è impossibile verificare il puntuale adempimento da parte di migliaia di amministrazioni, ma vi è il rischio, che la stessa Corte costituzionale segnala, « di generare "opacità per confusione", proprio per l'irragionevole mancata selezione, a monte, delle informazioni più idonee al perseguimento dei legittimi obiettivi perseguiti »⁶⁰.

Inoltre, il bilanciamento effettuato *ex ante* del legislatore, pur assicurando maggiore uniformità nell'attuazione, può condurre anch'esso ad esiti non convincenti dal punto di vista del bilanciamento di valori costituzionali. La Corte, infatti, censura lo squilibrio tra trasparenza e protezione dei dati personali prodotto dall'onnicomprendività di alcuni obblighi di pubblicazione, giustificata in nome di una idea sin troppo assorbente di prevenzione della corruzione⁶¹.

A questi deve aggiungersi il problema dei "vuoti", cioè delle zone d'ombra tra un obbligo e l'altro, che sono difficili da giustificare da un

⁵⁹ C. cost., sent. n. 20/2019, punto 4.2.

⁶⁰ C. cost., sent. n. 20/2019, punto 5.3.1.

⁶¹ È stata dichiarata illegittima la disposizione che prevedeva la pubblicazione obbligatoria di dati personali di natura reddituale e patrimoniale concernenti i dirigenti amministrativi e i loro stretti congiunti (art. 14, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 33/2013), ritenendola sproporzionata sia rispetto alla finalità perseguita dalla legge (la prevenzione della corruzione), sia rispetto al canone di stretta necessità, potendo il medesimo fine essere soddisfatto con previsioni meno pregiudizievoli per la tutela della riservatezza dei dati personali (C. cost., sent. n. 20/2019, punto 5.3 della motivazione di diritto).

punto di vista costituzionale. Una libertà fondamentale può essere limitata in nome di interessi e valori che siano anch'essi di rango costituzionale. Ma così ovviamente non è se l'area della conoscibilità è delimitata dagli obblighi di pubblicazione, perché i tanti "vuoti" di tutela di quella libertà la degradano da diritto fondamentale a diritto di stretto diritto positivo, che inizia e finisce laddove stabilisce la legge, lasciando zone d'ombra "interstiziali" che senza il FOIA non sarebbe possibile dissipare.

Ne derivano due conclusioni preliminari. La prima è che, osservati dal punto di vista costituzionale, gli obblighi di pubblicazione non possono ritenersi alternativi al FOIA ma possono al più rappresentarne un utile complemento. Soltanto il modello della "accessibilità" tendenzialmente onnicomprensiva incarnato dal FOIA può considerarsi una fedele traduzione sul piano legislativo del diritto fondamentale di conoscere le informazioni in possesso delle autorità pubbliche.

La seconda è che se il fine (del tutto condivisibile) è far sì che le amministrazioni pubblichino le informazioni di maggiore rilevanza per le collettività di riferimento anche a prescindere da richieste *ad hoc*, così da realizzare "*targeted transparency policies*" ⁶², gli obblighi di pubblicazione non sono l'unico mezzo, né, forse, il più appropriato, data la loro rigidità e necessaria uniformità. L'alternativa più promettente è la pubblicazione proattiva, intesa non come adempimento di obblighi, ma come regola *generale*, in linea di principio applicabile a tutti i dati e i documenti che non incrocino gli interessi tutelati dalle eccezioni. In ordinamenti come il

⁶² Il concetto di *targeted transparency policies*, cioè di politiche di pubblicazione orientate a fornire ai cittadini-utenti le informazioni di cui hanno bisogno, nel momento in cui ne hanno bisogno e nella forma utile a favorire una partecipazione effettiva ai processi decisionali, è stato elaborato da A. FUNG, M. GRAHAM e D. WEIL, *Full Disclosure: The Perils and Promise of Transparency*, Cambridge, 2007. L'idea è caldeggiata anche da E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, cit., p. 35, il quale però giunge a conclusioni opposte a quelle qui formulate. All'origine della divergenza vi è probabilmente una sottovalutazione, per un verso, della rigidità degli obblighi di pubblicazione e, per altro verso, della stretta connessione che nei sistemi FOIA esiste tra l'accesso generalizzato e la pubblicazione come regola (non selettiva, cioè fondata su specifici obblighi, ma) generale: cfr. M. SAVINO, *The Right to Open Public Administrations in Europe*, cit., p. 32 s. La tesi della netta contrapposizione tra il regime della pubblicazione e quello dell'accesso FOIA è presente anche nel dibattito statunitense, benché anche i suoi più accesi sostenitori non arrivino a negare la complementarità tra i due regimi: per tutti, B.S. NOVECK, *Is Open Data the Death of FOIA?*, in *Yale Law Journal*, 2016, vol. 126, p. 273 ss., spec. 281, dove si ammette che il regime di pubblicazione (*open data*) non può fare a meno del FOIA, tra le altre ragioni, perché « where gaps exist in the open data regime, FOIA provides the legal right of action to fight for the data that government refuses to disclose ».

Regno Unito, questa regola non è alternativa al FOIA, ma è strettamente associata ad esso come suo naturale complemento, ed è attuata attraverso “schemi di pubblicazione” che consentono alle amministrazioni di discernere tra documenti pubblicabili *ab origine* e documenti accessibili su richiesta ⁶³. Poiché le amministrazioni stesse hanno interesse a pubblicare le informazioni più richieste dai cittadini, è la stessa logica del FOIA che può portare a ridurre l’ambito dell’accesso a vantaggio della pubblicazione.

Pertanto, ove si volesse attuare in modo compiuto il nuovo modello — più coerente, come detto, con le nuove coordinate costituzionali — si dovrebbe prendere in seria considerazione l’opzione di un incisivo ridimensionamento degli obblighi di pubblicazione in favore di un sistema che agevoli (tramite gli schemi di pubblicazione) ed eventualmente incentivi (con appositi meccanismi premiali) la pubblicazione proattiva da parte delle amministrazioni, così da consentire a ciascun ente di svolgere un servizio informativo correlato alla specificità dei rispettivi compiti e contesti socio-economici. Un obiettivo che spaventerà quanti ritengono che le amministrazioni non siano pronte a interpretare in modo autonomo quel servizio. Ma che forse non per questo dovrebbe essere in principio scartato.

5. *Un diritto “funzionalizzato”?* — Nella giurisprudenza amministrativa più recente si va delineando un singolare orientamento, che tende a contraddire sia la caratura costituzionale dell’accesso civico generalizzato, sia la sua conformazione sul piano legislativo, “funzionalizzandolo” al perseguimento di fini pubblici invece che privati ⁶⁴. Gli studiosi hanno prontamente rilevato il problema, desumendone che la natura giuridica del nuovo istituto « oscilla pericolosamente tra i diritti fondamentali della persona e le tecniche di contrasto alla corruzione » ⁶⁵.

È stato per primo il Tar Lazio, con una pronuncia del 2 luglio 2018,

⁶³ Sull’esperienza britannica degli schemi di pubblicazione, previsti dagli artt. 19 e 20 del FOIA del Regno Unito, M. FILICE, *Regno Unito*, cit., p. 73 s., e R. MEDDA, *Il modello britannico tra right to know*, cit., p. 147-151.

⁶⁴ L’art. 5, c. 2, d.lgs. n. 33/2013, come noto, stabilisce che « allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione [obbligatoria] ».

⁶⁵ G. GARDINI, *L’incerta natura della trasparenza amministrativa*, cit., p. 17. Nello stesso senso, E. CARLONI, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corru-*

ad affermare l'inammissibilità di una richiesta di accesso civico generalizzato a documenti riguardanti l'acquisizione di un bene al patrimonio comunale in conseguenza dell'inottemperanza ad un ordine di demolizione in base all'argomento delle finalità improprie: « per quanto la legge non richieda l'esplicitazione della motivazione della richiesta di accesso, deve intendersi implicita la rispondenza della stessa al soddisfacimento di un interesse che presenti una valenza pubblica e non resti confinato ad un bisogno conoscitivo esclusivamente privato, individuale, egoistico o peggio emulativo che, lungi dal favorire la consapevole partecipazione del cittadino al dibattito pubblico, rischierebbe di compromettere le stesse istanze alla base dell'introduzione dell'istituto »⁶⁶. Da allora, alcuni giudici amministrativi⁶⁷ hanno reiterato la formula per giustificare il rigetto delle richieste di accesso generalizzato quando « non è dato comprendere, né sono state esplicitate dal ricorrente, le finalità pubbliche sottese alla richiesta »⁶⁸.

Lo spazio di "manipolazione" che siffatto orientamento lascia al giudice è molto ampio. Emblematico un altro caso, deciso ancora dal Tar Lazio. Nell'ottobre 2018, un giornalista aveva presentato al Garante per la protezione dei dati la richiesta di accedere alla documentazione relativa al contenzioso civile che aveva visto contrapposte, nel 2001, la stessa Autorità e la Rai, per accertare se nello svolgimento dell'incarico difensivo conferito dal Garante, l'avvocato Guido Alpa fosse stato coadiuvato dall'avvocato Giuseppe Conte, presidente del Consiglio dei ministri al momento della richiesta. Come ricostruito nella pronuncia, lo scopo dell'inchiesta giornalistica era accertare gli eventuali rapporti professionali tra i due avvocati, « per approfondire la legittimità della posizione del professor Alpa nell'ambito dell'organo collegiale che ha conferito la docenza all'avvocato Conte ». Il ricorso del giornalista contro il rigetto dell'istanza opposto dall'Autorità garante è stato respinto sulla base dell'argomento che il diritto di accesso in questione sarebbe esercitabile soltanto se « funzionale allo scopo stabilito dalla legge, ravvisabile nel controllo generalizzato sul buon andamento della

zione, in questo fascicolo, § 9, e N. VETTORI, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico*, ivi, § 4.2.

⁶⁶ TAR Lazio, sez. II-bis, 2 luglio 2018, n. 7326, punto 11.5.

⁶⁷ Cfr. TAR Lazio, sez. I, 23 luglio 2018, n. 8302-8303, TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 22 novembre 2018, n. 347, TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 6 marzo 2019, n. 2019; TAR Lazio, sez. I-quater, 28 marzo 2019, n. 4122.

⁶⁸ Così ancora TAR Lazio, sez. II-bis, n. 7326/2018, punto 11.8.

pubblica amministrazione e sul corretto utilizzo delle risorse pubbliche », e che viceversa non potrebbe essere utilizzato « per controllare l'attività dei privati o i rapporti tra essi intercorrenti », a nulla rilevando il fatto che uno dei soggetti privati in questione ricopra una delle massime cariche pubbliche dello Stato.

Come questo caso dimostra, non essendovi alcun obbligo di motivare le richieste di accesso civico generalizzato, il sindacato sulla corrispondenza tra la finalità soggettiva del richiedente e la finalità oggettiva della legge si traduce in un esercizio interpretativo del tutto arbitrario da parte del giudice, che, così, può arrivare a negare la “valenza pubblica” di un'inchiesta giornalistica anche quando questa riguardi il presidente del Consiglio dei ministri.

5.1. *La debolezza della tesi giurisprudenziale...* — Alla base della tesi della “funzionalizzazione”, vi è il seguente sillogismo: posto che il nuovo diritto di accesso civico generalizzato non deve sovrapporsi al tradizionale diritto di accesso procedimentale (premessa maggiore) e quest'ultimo serve esclusivamente a proteggere interessi *individuali*, giacché « non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni »⁶⁹ (premessa minore), ne deriva che l'accesso generalizzato consente di proteggere soltanto interessi *meta-individuali*, funzionali all'esercizio di un controllo generalizzato sull'operato delle pubbliche amministrazioni e quindi alla prevenzione della corruzione (conclusione)⁷⁰.

La fallacia del sillogismo è evidente sotto almeno tre profili. Innanzitutto, è errata la premessa maggiore della “non sovrapponibilità” tra i due istituti, che affiora anche dalle prime pronunce del Consiglio di Stato⁷¹. Le due forme di accesso (procedimentale e generalizzato) sono

⁶⁹ Art. 24, c. 3, l. n. 241/1990.

⁷⁰ Si veda, ad esempio, TAR Lazio, sez. I-quater, 28 marzo 2019, n. 4122, secondo cui, mentre il diritto di accesso documentale riconosciuto dalla legge n. 241/1990 è « posto a tutela di interessi privati e (...) presuppone una posizione soggettiva differenziata », il diritto di accesso civico generalizzato, invece, « *per la natura pubblicistica che è propria di esso, è un diritto funzionale a un interesse pubblico*, ravvisabile, appunto, nel controllo generalizzato e diffuso sull'attività delle pubbliche amministrazioni ».

⁷¹ In Cons. St., sez. V, 20 marzo 2019, n. 1817, punto 4.6, le differenze tra le diverse forme di accesso sono richiamate per « dare conto delle ragioni di una convivenza tra istituti *che, altrimenti, avrebbero finito per sovrapporsi l'uno all'altro, in modo irragionevole* » (corsivo aggiunto). Analogamente, in Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546, punto 17, la ricostruzione del quadro normativo viene compiuta per « evidenziare che il nuovo accesso

certamente *complementari*, in quanto l'accesso modellato sul FOIA persegue (anche) quei fini di controllo diffuso che l'accesso tradizionale esclude, *ma non* possono considerarsi *alternative*, nel senso che laddove si applica l'una non può applicarsi l'altra, giacché gli interessi individuali possono essere soddisfatti, sia pure in misura diversa, anche con il FOIA. Come chiarito dalla più attenta giurisprudenza, infatti, « anche richieste di accesso civico presentate per finalità “egoistiche” possono favorire un controllo diffuso sull'amministrazione, se queste consentono di conoscere le scelte amministrative effettuate », dal momento che « il controllo diffuso di cui parla la legge (...) non è da riferirsi alla singola domanda di accesso ma è il risultato complessivo cui “aspira” la riforma sulla trasparenza »⁷². Perciò, a dispetto delle ambizioni sistematiche dei giudici amministrativi, l'accesso tradizionale e quello nuovo per questa parte si sovrappongono.

Inoltre, la conclusione del sillogismo non regge dal punto di vista logico, sia perché confonde le finalità della norma con l'interesse del richiedente, dimenticando che le finalità dell'istituto « non sono quelle che devono sorreggere l'interesse del cittadino, ma quelle in base alle quali il cittadino può avere un accesso potenzialmente illimitato dei documenti amministrativi »⁷³; sia perché le finalità della norma sono

475

civico, che attiene alla cura dei beni comuni a fini d'interesse generale, si affianca *senza sovrapposizioni* alle forme di pubblicazione on line del 2013 ed all'accesso agli atti amministrativi del 1990 » (corsivo aggiunto), ma senza che se ne traggano implicazioni volte a limitare l'estensione del nuovo diritto.

⁷² TAR Campania, n. 2486/2019, punto 11, ove si trae la seguente implicazione: « Potranno trovare, così, accoglimento anche istanze tese all'acquisizione di informazioni utili a fini personali, ad esempio professionali, se l'istanza riguarda informazioni, dati e documenti amministrativi e ciò perché ai fini della trasparenza e del diritto a conoscere rileva “che cosa si può conoscere” e non “perché si vuole conoscere”. Se i dati e i documenti richiesti sono inerenti a scelte amministrative, all'esercizio di funzioni istituzionali, all'organizzazione e alla spesa pubblica, questi potranno essere considerati di “interesse pubblico” e quindi conoscibili, a meno che non si rinverano concomitanti interessi pubblici e privati prevalenti da salvaguardare ». Nello stesso senso, si veda lo stesso Tar Lazio (sez. II-bis, 19 giugno 2018, n. 6875), secondo cui « escludere che il privato, portatore di un autonomo ed ulteriore interesse rispetto alla dichiarata finalità della disposizione, non confliggente con la stessa, possa agire al fine di ottenere l'ostensione di un documento detenuto dalla pubblica amministrazione significherebbe violare l'applicazione della norma, introducendo limitazioni non consentite dalla legge ».

⁷³ TAR Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 28 novembre 2018, n. 325, che ulteriormente precisa: « Da questo punto di vista, il disposto letterale dell'art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 33 del 2013 è chiaro nel separare i due piani, in quanto *lo scopo di favorire le forme di controllo non è altro che la ragione per cui il legislatore conferisce un diritto così ampio a tutti i cittadini*. Si tratta di una tecnica legislativa, tipica dell'ordinamento sovranazionale, secondo cui la moti-

talmente ampie da non autorizzare l'esclusione *a priori* di un dato o documento dall'area della accessibilità, se non a prezzo di evidenti arbitri. Basti pensare alla « generica promozione della “partecipazione al dibattito pubblico”, concetto in cui è possibile far rientrare, in senso lato, l'ostensibilità di qualsiasi documento amministrativo » ⁷⁴.

In terzo luogo, la tesi della funzionalizzazione entra in tensione con il dato costituzionale. In virtù del riconoscimento della natura fondamentale del diritto in questione ⁷⁵, la libertà di accedere alle informazioni delle autorità pubbliche può trovare un limite soltanto negli interessi pubblici o privati di pari rango che la legge qualifichi come eccezioni ⁷⁶. Tali eccezioni — enunciate dai primi commi dell'art. 5-*bis* — rappresentano un *numerus clausus*, nel quale non possono farsi rientrare con una acrobazia interpretativa le finalità che la legge individua come « scopi » generali della medesima disciplina ⁷⁷.

Pertanto, il fatto che un istituto come il FOIA persegua fini meta-individuali non autorizza a inferirne che il diritto così conferito a “chiunque” possa essere esercitato soltanto per promuovere quei fini generali. Trattandosi di una libertà fondamentale, il suo carattere tendenzialmente onnicomprensivo impedisce di compiere un sindacato sulle finalità perseguite, ma anche di aggiungere in via interpretativa nuove condizioni per il suo esercizio, in violazione della riserva di legge implicita che presidia i valori costituzionali in gioco ⁷⁸. L'unica valutazione ammessa è

vazione delle disposizioni contenute negli atti aventi valore di legge sono formalmente inserite nello stesso corpo normativo di riferimento » (corsivo aggiunto). Nello stesso senso, Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5502-5503, § 7, ove si rigetta espressamente la tesi della funzionalizzazione.

⁷⁴ TAR Emilia-Romagna, n. 325/2018, ove si aggiunge che sarebbe « arduo individuare un atto pubblico che, in un regime di trasparenza e democraticità delle istituzioni, debba restare interno e non conoscibile — al di fuori dei limiti di tutela riconosciuti agli interessi pubblici e privati “sensibili” ».

⁷⁵ *Supra*, § 4.

⁷⁶ Cfr. H.J. BLANKE, *Scope and Aim of a General Regulation on Access to Public Information*, in H.J. BLANKE e R. PERLINGEIRO (eds.), *The Right of Access to Public Information*, cit., p. 131 ss.

⁷⁷ Come chiarito dal TAR Campania, sez. VI, 22 maggio 2019, n. 2486, punto 10, le finalità di partecipazione e controllo diffuso enunciate dall'art. 5, c. 2, d.lgs. n. 33/2013 « non possono trasformarsi in limiti “impliciti” », inverandosi, altrimenti, il duplice rischio « di introdurre limiti alla libertà di informazione non previsti espressamente dal legislatore » e « di confondere la finalità della legge con la finalità soggettiva del richiedente ».

⁷⁸ Come chiarito dal Dipartimento della funzione pubblica nelle circolari FOIA n. 2/2017 (§ 2.2) e n. 1/2019 (§ 3), la riserva di legge che salvaguarda l'estensione dell'accesso civico generalizzato è desumibile dall'art. 10 CEDU, che, come noto, rileva nell'ordinamento interno per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost. Ne consegue che i limiti al nuovo diritto di

quella di contrarietà agli interessi-limite (pubblici o privati) preventivamente identificati come tali dalla legge. Se la predeterminazione legislativa delle condizioni per comprimere una libertà fondamentale vale per il diritto al rispetto della vita privata (art. 14-15 Cost. e 8 CEDU), per la libertà di circolazione (art. 16 Cost.), per la libertà di riunione e di associazione (artt. 17-18 Cost.), per il diritto alla libera manifestazione del pensiero (art. 21) e altri ancora, lo stesso principio vale ormai anche per il diritto di accesso civico generalizzato.

5.2. ... e della sua rielaborazione in sede scientifica. — Nonostante l'oggettiva debolezza della tesi giurisprudenziale della "funzionalizzazione" e il fatto che molti giudici amministrativi la respingano apertamente, in letteratura essa ha trovato ampio riscontro. Nel principale contributo sul tema, pur prendendosi le distanze dal richiamato orientamento, si è paventato il rischio che l'accesso civico generalizzato possa diventare una « creatura ermafrodita sospesa tra il diritto soggettivo e la funzione (...) riconosciut[a] come diritto individuale, ma solo laddove venga esercitato per finalità di interesse generale »⁷⁹ e per lambire, sul piano processuale, la figura dell'azione popolare⁸⁰. Il rischio, cioè, sarebbe quello di assistere a « una riedizione della vecchia teoria dell'«interesse occasionalmente protetto», ossia una situazione di natura oggettiva alla cui tutela è abbinata un'azione processuale concepita, invece, in termini strettamente soggettivi »⁸¹.

477

Come accade per le profezie che si auto-avverano, questo tipo di lettura finisce involontariamente per dare credito al richiamato orientamento, rielaborandolo sulla base di un assunto — che un diritto possa subire una torsione tale da divenire mera "funzione" ovvero "interesse

accesso non possono essere desunti dai regolamenti approvati ai sensi dell'art. 24, c. 2, l. n. 241/1990, né da altre disposizioni di rango secondario.

⁷⁹ G. GARDINI, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, cit., p. 18 s.

⁸⁰ G. GARDINI, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, cit., p. 19. Così anche G. TROPEA, *Forme di tutela giurisdizionale dei diritti d'accesso*, cit., p. 20 s. Nega recisamente la possibilità di questo accostamento A. CORRADO, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 153. In tema di diritto di accesso e azione popolare si veda anche V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *www.federalismi.it*, n. 11/2018.

⁸¹ G. GARDINI, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, cit., p. 22. Nello stesso senso, N. VETTORI, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico*, cit., § 4.2.

occasionalmente protetto” — che merita un approfondimento. Non di rado, infatti, l’attribuzione a “chiunque” della pretesa ad accedere alle informazioni amministrative genera dubbi sulla consistenza giuridica della posizione corrispondente all’accesso civico generalizzato, dubbi che vale la pena provare a dissipare.

Per chiarire i termini del problema, appare indispensabile l’apporto della teoria generale delle posizioni soggettive. Secondo l’impostazione largamente prevalente, un interesse individuale assume consistenza giuridica ed è quindi tutelabile in giudizio a due condizioni: che sia *qualificato* come valore meritevole di tutela tramite una norma che renda azionabile la pretesa, e che sia *differenziato*, cioè che la stessa o altra norma (c.d. investitiva) identifichi uno o più soggetti come beneficiari del corrispondente obbligo di comportamento gravante su un altro soggetto, nel nostro caso l’amministrazione ⁸².

478

Il discorso sulla necessaria qualificazione e differenziazione della posizione giuridica non cambia nel caso di interessi che rientrino nella titolarità di tutti i consociati, cioè di “chiunque”. In particolare, la circostanza che quell’interesse rientri nel patrimonio giuridico di ogni persona, come tipicamente avviene per i diritti fondamentali (libertà personale, di movimento, ecc.), non implica affatto il venir meno della possibilità di differenziazione: implica soltanto che il criterio di spettanza della pretesa è “seriale”, riferito a una classe di persone comunque considerate individualmente (e non collettivamente) ⁸³.

Se si muove da questa premessa, appare subito evidente la contraddittorietà dell’immagine della funzionalizzazione del diritto: se un diritto è davvero tale — cioè ha una autonoma consistenza giuridica, definita tramite norme che la qualificano e differenziano — quella posizione non può mai degradare a mera “funzione”, se per funzione si intende una posizione ancillare rispetto a un interesse pubblico.

Ciò vale anche per l’accesso civico generalizzato. La relativa disciplina legislativa, per un verso, *qualifica* l’interesse alla conoscenza delle informazioni amministrative come valore meritevole di tutela, preve-

⁸² Per questo ordine concettuale, G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Santarcangelo di Romagna, 2016, cap. 3. Sulla nozione di norma “istitutiva” o “investitiva”, N. MACCORMICK, *Rights in legislation*, in P.M.S. HACKER e J. RAZ (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L. Hart*, Oxford, 1977, p. 189 ss., spec. 207.

⁸³ MACCORMICK, *Rights in Legislation*, cit., p. 202 s.

dendo un apposito meccanismo per far valere la pretesa nei confronti dell'amministrazione, in capo alla quale sorge il corrispondente obbligo all'ostensione; per altro verso, lo *differenzia*, stabilendo che la titolarità di quell'interesse tutelato spetta a "chiunque", trattandosi di un interesse fondamentale della persona, e che quella posizione può essere azionata da chiunque abbia avanzato una richiesta di accesso rimasta insoddisfatta.

E lo stesso vale altresì per l'accesso civico semplice. Anche qui, la legge (art. 5, c. 1, d.lgs. n. 33/2013) *qualifica* l'interesse del singolo alla conoscenza, riconoscendolo come un valore meritevole di tutela, sia pure nei ristretti confini segnati dagli obblighi di pubblicazione; e lo *differenzia*, utilizzando come criterio investitivo quello (amplissimo) del chiunque. A dispetto del prevalente orientamento dirigista — o, se si preferisce, deontico — di questo istituto, ad entrambe le forme di accesso civico corrispondono diritti in senso proprio, in vista della soddisfazione dei quali la norma impone all'amministrazione un dato comportamento, sia esso di pubblicazione o di ostensione ⁸⁴.

È allora evidentemente inadeguata la caratterizzazione della posizione corrispondente all'accesso civico generalizzato come "interesse occasionalmente protetto". Con quella risalente figura ⁸⁵ si intende richiamare « una situazione di natura oggettiva alla cui tutela è abbinata

479

⁸⁴ D'altra parte, sulla scorta della critica rivolta dalla teoria analitica hartiana alla prospettiva deontica tradizionale, è agevole comprendere perché l'accesso civico semplice abbia una curvatura deontica che invece manca nell'accesso civico generalizzato. Hart, come noto, rigettava l'idea benthamiana di diritto come mero "rovescio" di una posizione obbligatoria e vi contrapponeva un'idea di diritto più circoscritta, ma tesa a rivalutare la componente della volizione individuale: il diritto sarebbe, così, davvero tale soltanto se il suo titolare è « sovrano » nello scegliere se l'obbligo correlativo deve essere adempiuto o meno (l'idea del titolare di un diritto come « *small-scale sovereign* » è esposta in H.L.A. HART, *Legal Rights*, in Id., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, 1982, p. 183 s.). Riletto attraverso il prisma hartiano, appare evidente lo scarto — per l'appunto, tutto deontico — tra l'accesso civico semplice, che non rende il richiedente davvero « sovrano » dell'adempimento dell'obbligo (di pubblicazione), dovendo tale obbligo comunque essere adempiuto per legge, e l'accesso civico generalizzato, dove invece il cittadino ha il diritto potestativo di decidere circa l'adempimento o meno da parte dell'amministrazione dell'obbligo di ostensione dei dati e documenti di suo interesse. Nel primo caso, il *prius* logico e assiologico è il comportamento doveroso dell'amministrazione, rispetto al quale il diritto (di accesso civico semplice) è un mero "riflesso", mentre nel secondo caso accade esattamente il contrario. Di qui, la ricostruzione dell'accesso civico semplice come diritto "riflesso", già avanzata in M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, p. 804 s.

⁸⁵ A proposito della quale è sufficiente il rinvio a F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 91 ss.

un'azione processuale concepita, invece, in termini strettamente soggettivi »⁸⁶. Si tratterebbe, cioè, di una ipotesi di « scollamento logico tra il momento dell'esercizio attivo e quello della garanzia giurisdizionale: quando si richiede l'ostensione di un documento pubblico, il diritto di accesso civico si attegga come tecnica anticorruzione o strumento di ispezione popolare sull'efficienza delle amministrazioni, e non come diritto individuale; viceversa, quando si invoca la protezione giurisdizionale dell'accesso civico, torna a prevalere il profilo individuale e soggettivo della relativa pretesa, e viene seccamente esclusa l'ipotesi dell'azione popolare »⁸⁷. Quando, però, come qui avviene, vi è una norma che chiaramente qualifica e differenzia l'interesse all'accessibilità delle informazioni amministrative, non vi sono margini, dal punto di vista della teoria generale, per parlare di “scollamento logico” tra il piano sostanziale (titolarità di una posizione soggettiva) e il piano processuale (legittimazione a ricorrere).

Così, la tesi della funzionalizzazione del diritto di accesso generalizzato finisce per rinverdire i fasti della nozione di “diritto pubblico subbiiettivo”: una nozione partorita da quella cultura pubblicistica del primo Novecento, intrisa di statalismo, che vedeva nel soggetto privato il titolare di meri interessi di fatto e in ogni posizione giuridica un « diritto pubblico [che] esiste nell'interesse generale, il quale è identico con l'interesse dello Stato »⁸⁸. Non a caso, quella stessa cultura ha partorito, in tempi diversi, analoghi tentativi di “funzionalizzazione” — in concreto, di contrazione del loro ambito soggettivo e oggettivo — operati con riferimento alle libertà di manifestazione del pensiero e di informazione⁸⁹. Come si è osservato allora, può ripetersi anche oggi che « [m]olto probabilmente ha favorito il capovolgimento e spinto a concepire l'uso di questa libertà come esercizio di una funzione l'idea generale che la contrapposizione tra individuo e Stato sia astrazione e che il rapporto tra l'uno e l'altro sia quello della parte col tutto, della comunità con il partecipe e che perciò non solo l'adempimento dei doveri, ma

⁸⁶ G. GARDINI, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, cit., p. 22.

⁸⁷ Così ancora G. GARDINI, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, cit., p. 21.

⁸⁸ G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, (1905, II ed.) Milano, 1912, p. 78.

⁸⁹ Per una critica serrata di quei tentativi di de-individualizzazione dei corrispondenti diritti, si vedano, rispettivamente, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, e A. BEVERE e A. CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, Milano, 2006.

anche l'esercizio delle libertà sia modo di partecipazione del singolo alla vita dello Stato »⁹⁰.

A quanti vogliano continuare a utilizzare quelle lenti stataliste, chi richieda l'accesso generalizzato può apparire come il titolare di meri interessi di fatto, elevati a diritti soltanto in funzione della loro rispondenza a un interesse pubblico. Ma la realtà giuridica è un'altra: l'accesso generalizzato ha una sua sostanza individuale, conseguenza della qualificazione e differenziazione di quell'interesse da parte di una norma. Il fatto che quella posizione giuridica possa contribuire a realizzare uno o più interessi pubblici (al controllo diffuso, alla partecipazione, alla trasparenza, al buon andamento, ecc.) non ne altera la natura individuale, ma può, al più, comportarne una tutela più intensa⁹¹.

6. *Un interesse legittimo?* — Nella riflessione giuridica italiana, si dà per scontato che l'applicazione dell'accesso civico generalizzato implichi l'attribuzione all'amministrazione di un potere discrezionale e da ciò si traggono, tra le altre, le seguenti implicazioni: che la posizione giuridica corrispondente all'accesso civico generalizzato sia di interesse legittimo; che la debolezza di tale posizione contraddirebbe il carattere fondamentale della libertà di accedere alle informazioni amministrative; che i giudici non avrebbero il potere di sindacare adeguatamente i dinieghi e di ordinare l'esibizione dei documenti. Ma è davvero così?

481

Prima di rispondere, occorre sgombrare il campo da un duplice equivoco. Il primo riguarda la asserita incompatibilità tra il carattere fondamentale di una libertà e l'interesse legittimo. La rilevanza costituzionale di una pretesa è "neutra" rispetto all'ulteriore distinzione, propria della cultura giuspubblicistica italiana, tra diritto soggettivo e interesse legittimo: una libertà fondamentale può tradursi, sul piano legislativo, nell'uno o nell'altro schema secondo che l'obbligo di comportamento dell'amministrazione cui corrisponde la pretesa del singolo sia

⁹⁰ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., p. 58. Più in generale, A. BARBERA, F. COCOZZA e G. CORSO, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di uguaglianza*, in G. AMATO e A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico, I, Diritto pubblico generale*, Bologna, 1984, p. 226, ricordano che « la scienza giuridica nazionalsocialista tese a demolire il concetto di diritto soggettivo "funzionalizzandolo" », al contempo sottolineando la difficoltà logica di funzionalizzare un diritto individuale in un ordinamento liberal-democratico.

⁹¹ Nello stesso senso, A. BEVERE e A. CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, cit., p. 38.

vincolato in tutti i suoi aspetti da un precetto normativo o, per converso, consista nel corretto esercizio di una attività di contemperamento tra l'interesse sotteso a quella pretesa ed eventuali altri interessi, pubblici o privati, concorrenti ⁹². Pertanto, la discussione sulla conformazione legislativa dell'accesso generalizzato non può portare a rimettere in discussione la caratura fondamentale della libertà in questione.

Il secondo equivoco riguarda la tendenza a sopravvalutare la distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo. Posto che una decisione su una richiesta di accesso civico generalizzato può avere natura più o meno vincolata o discrezionale a seconda dei casi, quella distinzione tende a perdere rilievo anche sul piano applicativo, in quanto di per sé non aiuta né a definire correttamente l'iter logico che l'amministrazione deve compiere nel valutare le richieste, né a identificare l'estensione dei poteri spettanti al giudice.

Come si cercherà di argomentare di seguito, più utile è chiarire quali siano le tecniche prescelte per applicare le eccezioni all'accesso civico generalizzato. Fermo restando che quando tali eccezioni non si applicano, la pretesa conoscitiva si traduce in uno schema vincolato, nell'ipotesi opposta l'esito cambia secondo che le eccezioni si applichino in uno dei due modi o "test" tipici: il test del danno (*harm test*) e il test dell'interesse pubblico (*public interest test* o *public interest override* o *balancing test*). Come emerge dalla comparazione con le altre legislazioni ispirate al modello FOIA, la scelta in favore dell'uno o dell'altro test dipende dall'inserimento o meno nel testo legislativo della clausola del *public interest override* ("a meno che vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione" ⁹³) nella disposizione che elenca le eccezioni. In presenza della clausola, si applica il test dell'interesse pubblico. In caso contrario, l'esclusivo riferimento al pregiudizio che l'ostensione arreherebbe a uno degli interessi protetti dalle eccezioni implica che la scelta

⁹² Sulla irriducibilità delle libertà (o diritti) fondamentali al diritto soggettivo, G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 3 ss., M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 525 ss., e A. BARBERA, Art. 2, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna, 1975, p. 69 ss. Sulla configurabilità di quelle libertà, sul piano legislativo, anche come interessi legittimi, oltre a G. AMATO, *Individuo e autorità*, cit., p. 6, si veda anche M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, p. 223. La tesi della vincolatezza/discrezionalità come criterio distintivo tra diritto soggettivo e interesse legittimo è, come noto, ascrivibile a A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 ss.

⁹³ Questa la clausola del *public interest override* utilizzata dall'art. 4, par. 2, reg. CE n. 1049/2001.

debba ricadere sul test del danno. Quest'ultima, appunto, è la scelta operata nella legislazione italiana ⁹⁴, che tuttavia giudici e amministrazioni non di rado sovvertono nella pratica. Il che contribuisce ulteriormente a relativizzare la predetta distinzione.

6.1. *Le implicazioni del test del danno.* — In base al primo schema (*harm test*) — per il quale, come detto, il legislatore italiano ha optato — l'amministrazione deve soddisfare l'interesse conoscitivo del richiedente quando l'accesso ai dati e documenti richiesti e la loro conseguente diffusione (nel modello FOIA, vige la presunzione di pubblicità delle informazioni rilasciate) non arrechi un danno agli interessi pubblici o privati protetti dalle eccezioni ⁹⁵. Viceversa, quando l'ostensione/pubblicità possa compromettere uno di quegli interessi, arrecando loro un pregiudizio « concreto » ⁹⁶ — ovvero, secondo i più analitici parametri europei, un pregiudizio “concreto, specifico e serio” (natura del danno), “ragionevolmente prevedibile” o “non meramente ipotetico” (probabilità del danno) e direttamente correlato all'ostensione/divulgazione (nesso di causalità) ⁹⁷ — il diritto di accesso recede ⁹⁸.

Nella riflessione giuridica sul modello FOIA, si ritiene che il test del danno non conferisca all'amministrazione un potere discrezionale ⁹⁹, giacché l'unica valutazione che esso richiede — circa l'esistenza e la intensità del richiamato pregiudizio — non implica un bilanciamento tra interessi. Per constatarlo, si considerino i singoli passaggi logici nei quali la valutazione può essere scomposta: *i*) verificare se nel documento richiesto vi siano informazioni sensibili, suscettibili di pregiudicare con la loro divulgazione un altro interesse (pubblico o privato); in caso affer-

⁹⁴ L'art. 5-*bis*, d.lgs. n. 33/2013 fa esclusivo riferimento alla necessità del diniego « per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi » pubblici o privati elencati dai commi 1 e 2, secondo la formula tipica del test del danno.

⁹⁵ Si tratta degli interessi contenuti nelle eccezioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 5-*bis*, d.lgs. n. 33/2013.

⁹⁶ Questo l'unico aggettivo che qualifica il pregiudizio da accertare, in base al dettato dell'art. 5-*bis*, c. 1-2, d.lgs. n. 33/2013.

⁹⁷ Sui criteri elaborati dalla giurisprudenza europea, si vedano, ad esempio, Tribunale di primo grado, T-21/00, *Kuijer c. Consiglio*, 7 febbraio 2002, punti 55-57 (standard della ragionevole prevedibilità) e Tribunale di primo grado, T-194/04, *Bavarian Lager c. Commissione*, 8 novembre 2007, punto 117 (sul carattere “attuale e specifico” del pregiudizio). Anche nelle Linee guida ANAC n. 1309/2016 (§§ 5.2 e 5.3) si afferma che il pregiudizio deve essere effettivo, attuale e non potenziale o eventuale.

⁹⁸ Concorde sul punto E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato*, cit., p. 16 s.

⁹⁹ M. SAVINO, *The Right to Open Public Administrations in Europe*, cit., p. 22-24.

mativo, *ii*) accertare se quell'interesse possa essere ricondotto nel perimetro di una delle eccezioni previste dalla legge (ad esempio, ordine pubblico o protezione dei dati personali di un terzo); in caso affermativo, *iii*) valutare se il pregiudizio all'interesse protetto dall'eccezione raggiunga una soglia apprezzabile di serietà e ragionevole prevedibilità; in caso affermativo, *iv*) valutare sia possibile la ostensione parziale, con cancellazione dal documento delle (sole) informazioni sensibili, o se invece l'intero contenuto del documento debba ritenersi sensibile, con conseguente rigetto totale della richiesta di accesso.

Come si vede, si tratta di operazioni logiche più o meno complesse, che implicano una attività di accertamento della natura dei dati o documenti richiesti, per verificare la sensibilità delle informazioni ivi contenute (passaggi *i* e *iv*), e una attività interpretativa, per stabilire se l'interesse suscettibile di essere leso sia sussumibile all'interno di una delle clausole generali (ordine pubblico, relazioni internazionali, ecc.) previste dalle eccezioni e se il pregiudizio possa raggiungere la soglia di rilevanza prevista dall'ordinamento. In nessun caso, è invece prevista una ponderazione comparativa tra interessi o valori: l'interesse conoscitivo del richiedente non entra in bilanciamento, ma semplicemente recede di fronte al rischio di pregiudizio agli interessi tutelati dalle eccezioni. Lo schema applicativo è equivalente a quello che opera per altre libertà fondamentali. Si pensi alla libertà di movimento: quando sopravvengano esigenze di sicurezza o sanità indicate dall'art. 16 Cost., nei termini precisati dalla legge, il "vincolo del fine" impone che tali esigenze prevalgano sulla libertà, che subisce, di conseguenza, un ridimensionamento¹⁰⁰.

Se la ricostruzione è corretta, ne deriva che l'accesso civico generalizzato non implica l'attribuzione all'amministrazione di un potere discrezionale in senso proprio, ma, al più, di un margine di scelta fondato su valutazioni più o meno tecniche, più o meno complesse, ma comunque rivedibili dal giudice che sia chiamato a sindacare la correttezza del diniego opposto al richiedente. Il giudice amministrativo potrà — salva la riserva di aree che lambiscono la valutazione politica (come può accadere, ad esempio, in riferimento alla clausola "relazioni internazionali") — sostituirsi all'amministrazione nelle predette attività di accertamento e interpretazione, e ordinare l'esibizione dei dati o documenti illegitti-

¹⁰⁰ Cfr. A. BARBERA, F. COCOZZA e G. CORSO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 259 ss.

mamente negati. La maggiore profondità del sindacato giudiziale, del resto, è una delle ragioni per le quali anche altri ordinamenti, oltre al nostro, hanno optato per il test (non discrezionale) del danno ¹⁰¹.

6.2. *Le implicazioni del test dell'interesse pubblico.* — Nonostante la chiara scelta in favore del test del danno operata dal legislatore, il diritto vivente offre indicazioni discordanti. In un ordinamento abituato a bilanciare l'interesse del richiedente qualificato con gli interessi contrapposti nell'ambito dell'accesso procedimentale tradizionale era forse prevedibile che si manifestasse nell'applicazione del nuovo istituto la stessa propensione al bilanciamento ¹⁰². Così, da un lato, nelle Linee guida ANAC del dicembre 2016 si assume che la disciplina legislativa italiana « rinvi[i] a una attività valutativa che deve essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla disclosure generalizzata e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento » ¹⁰³. Dall'altro, parte della giurisprudenza fa espressamente riferimento al bilanciamento per contemperare gli interessi protetti delle eccezioni dell'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 33/2013 con l'interesse individuale o, più spesso, pubblico alla base della richiesta ¹⁰⁴. Occorre, allora, chiarire le principali implicazioni derivanti da tale bilanciamento, che corrisponde al *public interest test* in uso nei sistemi FOIA allorché nella ponderazione ai fini della decisione si accordi rilievo a un interesse pubblico alla divulgazione.

La prima conseguenza derivante dall'applicazione del test dell'interesse pubblico (*public interest test* o *override* o, appunto, *balancing test*) è

485

¹⁰¹ Emblematico, in proposito, il caso tedesco, sul quale F.G. ALBISINNI, *Germania*, in B.G. MATTARELLA e M. SAVINO (a cura di), *L'accesso dei cittadini*, cit., p. 123 ss.

¹⁰² Per una comparazione tra le modalità di bilanciamento tra trasparenza e protezione dei dati personali previste dall'accesso procedimentale, dagli obblighi di pubblicazione e dall'accesso civico generalizzato, E. CARLONI e M. FALCONE, *L'equilibrio necessario*, cit., p. 746 ss. Sul tema, di recente, anche E. D'ALTERIO, *Protezione dei dati personali e accesso amministrativo: alla ricerca dell'«ordine segreto»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, p. 9 ss.

¹⁰³ Linee guida ANAC, p. 11 (corsivo aggiunto).

¹⁰⁴ Basti richiamare, tra le pronunce più recenti, Tar Lazio, sez. III, 1° agosto 2019, n. 10202 e Tar Campania, sez. VI, 22 maggio 2019, n. 2486. In quest'ultima pronuncia si legge che « nonostante la scelta esplicita operata dal legislatore italiano sembri orientata al solo criterio del pregiudizio, la scelta finale deve tenere conto anche dell'interesse alla divulgazione che fonda la richiesta dell'istante ». Sul tema, *amplius*, A. CORRADO, *Il giudice amministrativo e l'«effettività» della trasparenza amministrativa*, in G. GARDINI e M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano*, cit., p. 426 ss., e M. FILICE, *I limiti all'accesso civico generalizzato: l'applicazione delle eccezioni alla luce del modello Foia*, in corso di pubblicazione in questa Rivista, § 4.1.

l'attribuzione all'amministrazione di un vero e proprio potere discrezionale¹⁰⁵. In base a questo schema, quando dalla divulgazione possa derivare un pregiudizio concreto a uno o più interessi protetti dalle eccezioni (valutazione da effettuare in base all'*harm test*), l'amministrazione non può limitarsi a tale constatazione per negare l'accesso. Deve altresì considerare il danno che deriverebbe dalla mancata divulgazione, ossia il pregiudizio che il diniego di accesso comporterebbe per altri interessi pubblici, come la prevenzione della corruzione o la divulgazione di informazioni rilevanti per il dibattito pubblico¹⁰⁶. Solo quando il primo danno (all'interesse-limite) sia ritenuto più serio e probabile del secondo danno (all'interesse pubblico alla conoscenza), l'accesso può essere negato, mentre nel caso contrario — qualora, cioè, un più rilevante interesse pubblico alla conoscenza lo richieda — l'amministrazione darà comunque accesso ai documenti¹⁰⁷.

La seconda conseguenza riguarda i poteri del giudice. Com'è noto, la scelta discrezionale, per la parte che attiene al merito, è riservata all'amministrazione, cosicché il giudice non dovrebbe sostituirsi ad essa nella decisione¹⁰⁸, né condannarla all'adempimento specifico, ordinando l'esibizione dei documenti illegittimamente negati¹⁰⁹. Tuttavia, sono

¹⁰⁵ Si veda, ad es., Tribunale UE, sez. II, T-798/17, *De Masi e Varoufakis c. BCE*, 19 marzo 2019, punto 65, dove, a proposito di una eccezione alla quale si applica il test dell'interesse pubblico, si è affermato che il regime « è fondato su una *ponderazione degli interessi* che si contrappongono in una data situazione, ossia, da un lato, gli interessi che sarebbero favoriti dalla divulgazione dei documenti in questione e, dall'altro, quelli che sarebbero minacciati da tale divulgazione », cosicché la decisione « dipende dallo stabilire quale debba essere l'interesse prevalente nel caso di specie » (corsivo aggiunto).

¹⁰⁶ Come chiariscono le *Guidelines* dell'Information Commissioner's Office (ICO) del Regno Unito, « The public interest can cover a wide range of values and principles relating to the public good, or what is in the best interests of society. Thus, for example, there is a public interest in transparency and accountability, to promote public understanding and to safeguard democratic processes. There is a public interest in good decision-making by public bodies, in upholding standards of integrity, in ensuring justice and fair treatment for all, in securing the best use of public resources and in ensuring fair commercial competition in a mixed economy. This is not a complete list; the public interest can take many forms »: ICO, *The Public Interest Test - Freedom of Information Act*, 19 luglio 2016, p. 5 s.

¹⁰⁷ Sul *public interest test*, M. PATERSON e M. McDONAGH, *FOI in the Balance: The Function and Role of the Public Interest*, in *Public Law*, 2017, p. 81 ss.; EAD., *Freedom of information and the public interest: the Commonwealth experience*, in *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 2017, vol. 17, p. 189 ss.; M. SAVINO, *The Right to Open Public Administrations in Europe*, cit., spec. p. 22-29.

¹⁰⁸ Artt. 31, comma 3, e 34, comma 2, c.p.a.

¹⁰⁹ In base all'art. 116, comma 4, c.p.a., il giudice può ordinare l'esibizione dei documenti richiesti « sussistendone i presupposti ».

molteplici le variabili che concorrono a limitare l'area della insindacabilità e a dare nerbo alla pretesa del privato.

Innanzitutto, lo schema in astratto discrezionale non sempre è tale in concreto. Si pensi alle ipotesi in cui *ictu oculi* non possa trovare applicazione una delle eccezioni, nel qual caso la pretesa conoscitiva si traduce comunque in uno schema vincolato. Oppure alle ipotesi in cui l'interesse leso dalla divulgazione non rientri nel perimetro delle eccezioni di legge o non risponda ai parametri di rilevanza (concretezza, attualità, ragionevole prevedibilità ecc.): queste valutazioni pertengono alla sfera del test del danno e dunque il giudice ben può sostituirsi all'amministrazione nelle attività di interpretazione e accertamento che quel test richiede.

Inoltre, anche quando il diniego sia frutto di una vera attività di bilanciamento, un rigoroso sindacato sull'eccesso di potere o sulla proporzionalità della decisione dovrebbe comunque consentire di censurare le ipotesi nelle quali l'amministrazione assegni al primo pregiudizio (agli interessi protetti dalle eccezioni) un peso irragionevole rispetto al secondo (il pregiudizio agli interessi pubblici che la divulgazione promuoverebbe) ¹¹⁰. Semmai, il problema generale che qui emerge non deriva dalla natura della posizione soggettiva, quanto dalla oscillante e spesso inadeguata applicazione che il giudice amministrativo fa dei canoni del suo sindacato, sia sul versante dell'eccesso di potere ¹¹¹, sia soprattutto su quello della proporzionalità ¹¹².

Anche nell'ambito del test dell'interesse pubblico, infine, vi è spazio per correzioni normative che limitano i margini di scelta dell'amministrazione accordando prevalenza a uno specifico interesse pubblico. Si consideri il caso, di recente deciso a livello europeo, relativo alla ostensione di due studi sulla tossicità di una sostanza attiva (glifosato) acquisiti nell'ambito della procedura di approvazione di tale sostanza. L'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA) aveva negato l'accesso a tali studi in base all'eccezione relativa alla tutela degli interessi commerciali,

¹¹⁰ In tal senso, da ultimo, Tar Lazio, sez. III, 1° agosto 2019, n. 10202, dove, constatata la prevalenza delle ragioni favorevoli alla divulgazione delle informazioni (in quel caso, relative alle operazioni di soccorso in mare dei migranti), si ordina all'amministrazione di esibire i documenti richiesti, salvo l'oscuramento — adeguatamente motivato — di eventuali dati pertinenti a interessi pubblici tutelati dalle eccezioni.

¹¹¹ Cfr. gli scritti raccolti in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018.

¹¹² Per tutti, F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 361 ss.

in quanto la loro divulgazione avrebbe rivelato il *know-how* e la strategia commerciale dei loro autori. Nell'applicare la clausola del *public interest override*, il Tribunale UE ha ordinato l'ostensione dei suddetti studi, ad eccezione dei nomi e delle firme delle persone ivi menzionate, ritenendo prevalente l'interesse pubblico alla divulgazione delle informazioni riguardanti le emissioni nell'ambiente sulla base di una specifica previsione normativa ¹¹³.

6.3. *Il fraintendimento del test dell'interesse pubblico nella tesi della "funzionalizzazione"*. — Chiarite le principali implicazioni del *public interest test*, non resta che dissipare un malinteso circa la sua portata allorché esso viene invocato, nel dibattito scientifico sul FOIA, come riprova non solo della natura di interesse legittimo della pretesa, ma anche, di nuovo, del suo carattere "funzionalizzato".

L'assunto dal quale questa ricostruzione muove è che le richieste di accesso civico non sarebbero sorrette da un autonomo interesse individuale, in quanto — a differenza dell'accesso procedimentale — non sono necessariamente finalizzate a tutelare altri diritti facenti capo al richiedente, tant'è che non devono essere motivate. Di conseguenza, o la richiesta è sorretta anche da un interesse pubblico, oppure le sue *chances* di successo sarebbero nulle: in assenza di una giustificazione "pubblicistica" (come quella richiesta appunto dal *public interest test*), l'esangue libertà di informazione partorita dal FOIA italiano non sarebbe in grado di superare l'ostacolo dei pervasivi interessi-limite e, di conseguenza, di arricchire le opportunità di conoscenza dei cittadini ¹¹⁴. Perciò, sostenere

¹¹³ Così ha deciso il Tribunale UE, sez. VIII, T-716/14, *Tweeddale c. EFSA*, 7 marzo 2019, facendo leva sull'articolo 6 del regolamento n. 1367/2006. Tale disposizione, dedicata alla « Applicazione delle eccezioni relative alla richiesta di accesso alle informazioni ambientali », stabilisce al comma 1 che, « Per quanto concerne l'articolo 4, paragrafo 2, primo e terzo trattino, del regolamento (CE) n. 1049/2001, eccezion fatta per le indagini, in particolare quelle relative ad una possibile violazione della normativa comunitaria, si ritiene che vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione qualora le informazioni richieste riguardino emissioni nell'ambiente » (corsivo aggiunto).

¹¹⁴ In tal senso, C. CUDIA, *Pubblicità e diritto alla conoscibilità*, cit., p. 113, secondo la quale « se non è richiesta la dimostrazione di un interesse a sostegno della richiesta di accesso, non ci sarà alcun argomento che potrà risultare prevalente nel giudizio di bilanciamento con gli interessi di segno contrario all'ostensione », con la (discutibile) conseguenza che « l'amministrazione potrà limitarsi a valutare l'esistenza di un interesse che può essere pregiudicato dalla diffusione dell'informazione, senza avere elementi utili per raffrontare tale interesse con quello che avrebbe potuto sorreggere la richiesta di accesso ». Nello stesso ordine di idee, E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato*, cit., p. 26 e G. TROPEA, *Forme di tutela giurisdizionale dei diritti d'accesso*, cit., p. 10 s., secondo i quali il richiedente sarebbe di fatto costretto a motivare la richiesta FOIA,

— come si è appena fatto ¹¹⁵ — che a rigore non vi sarebbe spazio per l'applicazione del test dell'interesse pubblico nel nostro ordinamento significherebbe tarpare definitivamente le ali a un istituto che già stenta a volare ¹¹⁶.

A sostegno di questa tesi spesso si invoca il passaggio di una importante pronuncia del 2016, in cui la Corte EDU ha affermato che « the information, data or documents to which access is sought *must generally meet a public-interest test in order to prompt a need for disclosure under the Convention* » ¹¹⁷. Da questo passaggio si evincerebbe una diversa valenza del *public interest test*: l'interesse pubblico alla conoscenza non sarebbe un criterio utile a “oltrepassare” gli interessi-limite ¹¹⁸, secondo la funzione propria del *public interest* “override” recepita in numerose legislazioni FOIA (inclusa, come si è visto, quella dell'Unione europea), ma diverrebbe il presupposto necessario per divulgare le informazioni richieste e, dunque, per esercitare il diritto di accesso ¹¹⁹.

Benché l'affermazione della Corte di Strasburgo sembri autorizzare questa lettura, essa va interpretata — come anche altri hanno avvertito — *cum grano salis* ¹²⁰, letta nel suo insieme e calata nel suo contesto ¹²¹.

489

che così si avvicinerebbe all'accesso procedimentale, nonché N. VETTORI, *ult. loc. cit.*, che prospetta una radicale alternativa: o la completa “funzionalizzazione” del FOIA alla soddisfazione di interessi pubblici (con eventuale limitazione del diritto ai « *social watchdogs* ») oppure, all'opposto, il suo ripiegamento verso la logica della strumentalità rispetto a un'altra posizione giuridica del richiedente, propria dell'accesso procedimentale tradizionale. Questa logica, peraltro, viene impropriamente associata all'idea di strumentalità rispetto allo *status* di cittadinanza attiva, sulla scorta di una confusa giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2017, n. 3461) che appunto parla, in senso riduttivo, dell'accesso generalizzato come “posizione strumentale ad uno *status*”. A riguardo, basti osservare, che la strumentalità allo status di cittadinanza (sia essa intesa in senso formale o sostanziale) è cosa ben diversa dalla strumentalità a un altro diritto: anche per altre libertà di cittadinanza attiva — di riunione, associazione, espressione, ecc. — può predicarsi la stessa “strumentalità” senza con ciò mettere in discussione il carattere autonomo del valore o interesse individuale che sorregge il diritto fondamentale.

¹¹⁵ *Supra*, § 6.

¹¹⁶ La formulazione più limpida di questa tesi è in N. VETTORI, *Regime degli accessi civici e buon andamento del 'sistema trasparenza'*, cit., § 4.2.

¹¹⁷ Corte EDU, Grande Camera, 8 novembre 2016 (ric. n. 18030/11), *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, punto 161 (corsivo aggiunto).

¹¹⁸ Superamento (*override*), che, come anticipato, è possibile ogni qual volta il pregiudizio arrecabile a quegli interessi sia inferiore al pregiudizio che si arrecherebbe al dibattito pubblico nel caso di diniego.

¹¹⁹ Cfr. N. VETTORI, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico*, cit., § 4.2, nota 76.

¹²⁰ G. GARDINI, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, cit., p. 52.

¹²¹ Su questa pronuncia, M. VACIRCA, *Il diritto d'accesso come presupposto essenziale della libertà d'espressione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, p. 755 ss.

Un contesto nel quale la Corte EDU doveva sciogliere la contraddizione tra due sue linee interpretative: da un lato, un orientamento restrittivo, più risalente e consolidato, che dal caso *Leander* del 1987 in poi aveva negato la possibilità di desumere dall'art. 10 CEDU « a general right of access to administrative data and documents » ovvero « positive obligations to collect and disseminate information of its own motion » a carico degli Stati aderenti ¹²²; dall'altro, un orientamento di sostanziale apertura al modello FOIA, fondato su due precedenti (del 2006 e del 2009) nei quali sia era riconosciuto « a certe condizioni » un diritto di accesso alle informazioni in base allo stesso art. 10 CEDU ¹²³.

Nel tentativo di dimostrare l'assenza di contraddizioni tra i due orientamenti, la Corte EDU si è rifugiata in una soluzione compromissoria. Dopo aver rilevato che il diritto di accesso alle informazioni è ormai riconosciuto da 30 paesi Ocse su 31 come diritto autonomo (« *self-standing right* » ¹²⁴), la Corte ha affermato che l'art. 10 CEDU, pur non potendo (ancora?) fondare un analogo diritto, può comportare comunque il riconoscimento di « *such a right* » quando sia strumentale all'esercizio della libertà di espressione (« *instrumental for the individual's exercise of his or her right to freedom of expression* ») ¹²⁵. E ciò avviene tutte le volte che una informazione sia richiesta per alimentare il dibattito pubblico (§ 159), ovvero sia di *pubblico interesse* e non miri a soddisfare mere curiosità o voyerismo (§ 162). Con la notevole conseguenza che il nuovo diritto entra a far parte del patrimonio giudico indefettibile di tutti i richiedenti che operino come « *social watchdogs* »: non solo giornalisti e ONG, ma anche ricercatori, saggisti e finanche *bloggers* e « *popular users of the social media* » (§ 168).

Riletto alla luce di questi dati, è evidente che il riferimento al « *public interest test* » serve ad aggirare la pregressa giurisprudenza restrittiva, svuotandola senza contraddirla apertamente ¹²⁶. Il gioco di prestigio riesce perché le richieste FOIA spesso contribuiscono (anche) ad alimentare il dibattito pubblico. Facendo leva su questo dato empirico, riassunto nel concetto atecnico ma “legittimante” di « *public interest*

¹²² La giurisprudenza pregressa è ricostruita in Corte EDU, *Magyar*, §§ 127-131, da cui sono tratti i passaggi riportati nel testo.

¹²³ Corte EDU, *Magyar*, § 132.

¹²⁴ Corte EDU, *Magyar*, § 139.

¹²⁵ Corte EDU, *Magyar*, § 156.

¹²⁶ Emblematica, sul punto, la disincantata *dissenting opinion* del giudice Spano, spec. pt.

test », la Corte di Strasburgo ha ricavato dall'art. 10 CEDU un diritto di accesso modellato sul FOIA (che nacque in Svezia per agevolare l'attività dei giornalisti) a beneficio di tutti i « *social watchdogs* », ossia per quanti vogliano alimentare un dibattito sulle decisioni pubbliche, anche laddove una legislazione FOIA manchi o non sia applicata correttamente. E lo ha di fatto imposto a tutti e 47 gli Stati membri del Consiglio d'Europa, Russia compresa, come nuovo “minimo comune denominatore”. Una piccola grande rivoluzione, rispetto alla quale il richiamo all'interesse pubblico alla conoscenza — inteso nel senso più ampio possibile — appare poco più che un artificio retorico, utile giustificare il proprio *revirement* di fronte a sensibilità nazionali ancora orientate in senso statalista e ad aprire il varco all'affermazione anche nell'ordinamento CEDU di un *right to know* inteso come posizione individuale.

Una conferma si trae dal riferimento che la stessa Corte EDU fa al carattere autonomo (« *self-standing* ») di quella posizione nei paesi Ocse ¹²⁷. Implicito è il riconoscimento che chiedere l'accesso alle informazioni amministrative significa far valere un interesse (non pubblico ma) *individuale* autosufficiente: quello di ogni consociato a informarsi per maturare un proprio convincimento sulla gestione della cosa pubblica ed eventualmente esercitare le facoltà proprie della cittadinanza attiva ¹²⁸. Un interesse equiordinato e coesenziale rispetto ad altri diritti di cittadinanza attiva riconosciuti anch'essi come fondamentali, dalla libertà di riunione e di associazione alla libertà, appunto, di espressione.

491

¹²⁷ Corte EDU, *Magyar*, § 139.

¹²⁸ Come si legge in una decisione sul FOIA spesso richiamata nel dibattito anglo-americano, « It is implicit that citizens in a representative democracy have a right to seek to participate in and influence the processes of government decision making and policy formulation on any issue of concern to them, whether or not they choose to exercise the right. The importance of FoI legislation is that it provides the means for a person to have access to the knowledge and information that will assist a more meaningful and effective exercise of that right. » (*Re Eccleston and Department of Family Services and Islanders* (1993) 1 QAR 60, Decision of the QLD Information Commissioner No 93002 30 June 1993, p. 25). Un significato affine può riconoscersi alla posizione di recente espressa dal nostro Consiglio di Stato, secondo cui l'accesso civico generalizzato « si pone in diretta attuazione delle previsioni costituzionali risultanti dalla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, quale istituto strumentale volto ad assicurare le condizioni — ovvero la conoscibilità generalizzata degli atti e delle informazioni in possesso dell'Amministrazione — necessarie “al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico” (art. 5, citato, sull'accesso civico) e quindi volte a favorire la “autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale” (art. 118 Cost.) » (Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546, punto 16).

7. *Il FOIA come occasione persa?* — Secondo un punto di vista diffuso, « molti dei problemi legati all'effettivo funzionamento del FOIA italiano derivano dall'incerta natura della trasparenza »¹²⁹. Sulla base di questo assunto, come si è visto, alcuni studiosi arrivano a prospettare la trasfigurazione del FOIA in pretesa “funzionalizzata” alla tutela di interessi pubblici, oppure a pronosticarne la fine per “assorbimento” nel diritto di accesso tradizionale. Per confutare l'assunto e le sue implicazioni, nelle pagine precedenti si è proposta una ricostruzione dell'istituto più coerente con il modello europeo e internazionale sul quale la disciplina italiana è costruita.

Chiarite le ragioni per le quali il FOIA assume un rilievo “identitario” e non negoziabile per gli ordinamenti democratici, l'indagine ha evidenziato l'esistenza di uno iato crescente: da un lato, il processo di attuazione — guidato dalla triade ANAC, Garante per la protezione dei dati personali e Dipartimento della funzione pubblica — comincia a dare risultati apprezzabili; dall'altro, il dibattito scientifico trascura questi sviluppi sul campo, perché ancora tutto orientato nella prospettiva “platonica” della critica al disegno legislativo e all'istituto in sé.

In particolare, emerge in parte della letteratura e della giurisprudenza la tendenza a ricostruire il nuovo diritto come pretesa de-individualizzata e servente rispetto alla tutela di interessi pubblici. Come si è visto, la difficoltà di cogliere l'autonoma consistenza giuridica della posizione individuale che sorregge il nuovo istituto si pone in aperta tensione con l'impostazione liberal-individualista del modello FOIA ed è il prodotto di una serie di fraintendimenti che riguardano sia il concetto di “funzionalizzazione” del diritto, sia le implicazioni derivanti dall'applicazione dei c.d. test del danno e dell'interesse pubblico. Quei fraintendimenti rivelano la persistenza di una cultura statalista orientata a “oggettivizzare” le pretese individuali di nuova generazione, delle quali non riesce a cogliere l'autonoma portata assiologica. Da questo punto di vista, il caso dell'accesso civico generalizzato è emblematico: la difficoltà di concepirlo come autonomo *right to know*, corollario della libertà di espressione, porta a ricostruire quella pretesa in una chiave pubblicistica deformante, che lo degrada a sottoprodotto eventuale e fungibile dei principi “oggettivi” di democraticità, trasparenza, buon andamento.

Il dibattito sul FOIA conferma un altro vizio della cultura ammini-

¹²⁹ G. GARDINI, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, cit., p. 61.

strativistica italiana: l'attenzione per il mondo delle idee si associa spesso a un riflesso "hegeliano", che induce a ritenere « che tutto ciò che diventa normativo diventi anche reale »¹³⁰. Così, ogni problema di interpretazione o attuazione della legge o di coordinamento con altre discipline diventa patologica conferma dell'erroneità del disegno legislativo, invece che componente fisiologica di un processo graduale e incrementale che serve per avvicinare la realtà amministrativa a quel disegno. Come per altre riforme, anche nel caso del FOIA, non tutti i problemi richiedono (almeno, non necessariamente) la bacchetta magica del legislatore. Si pensi al tema della sostenibilità del FOIA, cioè alla necessità di individuare modalità di attuazione compatibili con il principio di buon andamento; alla carenza di una cultura della trasparenza in funzione democratica, tanto presso i TAR quanto presso le amministrazioni; alla disattenzione per il tema della pubblicazione proattiva, decisivo in ogni sistema FOIA ben funzionante e potenzialmente in grado, anche in Italia, di sdrammatizzare la contrapposizione tra il modello della "accessibilità" e il modello della "disponibilità".

Se si riuscirà a orientare il dibattito scientifico verso questo ordine di problemi e, così, a contribuire al loro graduale superamento, l'introduzione dell'accesso civico generalizzato non sarà stata una occasione persa. Il nuovo regime, di derivazione anglo-americana, offre infatti l'occasione per riflettere sui limiti di una cultura amministrativa di tipo legalistico, dominata da una « profonda sfiducia nei confronti dell'amministrazione e, soprattutto, della sua capacità di scegliere »¹³¹.

Ovviamente non sarà il nuovo istituto a far germogliare, come d'incanto, quelle capacità di interpretazione delle norme, di analisi dei problemi e di orientamento al risultato che sarebbero richieste all'appa-

¹³⁰ F. MERUSI, *Verso lo Stato Europa*, in ID., *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002, p. 19. Su questi e altri "vizi" del riformatore italiano, S. CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 79 ss., M. SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 641 ss., e R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016.

¹³¹ Così, TORCHIA, *L'efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati*, in *Astrid rassegna*, 2019, n. 11, che altresì rileva la tendenza di parte della scienza giuridica e della giurisprudenza « ad attrarre l'efficienza nella legalità e a qualificarla, quindi, come un elemento della legittimità dell'azione amministrativa, con l'effetto di sovrapporre, appunto, lo scrutinio di legittimità ad attività, condotte e decisioni che mal si valutano secondo il criterio della conformità alla legge » (p. 10). Questa osservazione si attaglia altrettanto bene allo specifico ambito della politica della trasparenza amministrativa, che si vorrebbe costantemente ri(con)durre alla stretta legalità.

rato pubblico di una delle economie più avanzate al mondo. Tuttavia, la novità introdotta con il d.lgs. n. 97/2016 ci pone davanti a un'alternativa netta: continuare a coltivare l'illusione che il legislatore possa sostituirsi nelle scelte alle amministrazioni, vincolandole *in toto* attraverso norme sempre più pervasive, in nome di una astratta idea della certezza giuridica; oppure consentire alle amministrazioni di raccogliere le sfide del nostro tempo, guidandole, anche attraverso strumenti non legislativi, nel fisiologico processo di apprendimento e adattamento che è richiesto dall'applicazione di norme con un rilevante impatto organizzativo, tecnologico e culturale.

Se si accetta di percorrere quest'ultima strada, l'accesso civico generalizzato può rappresentare un ottimo banco di prova. Per superarla, sarà necessario guardare a quegli ordinamenti che hanno già fatto i conti con le implicazioni di questa disciplina e hanno imparato ad armonizzarne gradualmente l'applicazione. E sarà altresì necessario accantonare la tendenza a versare il vino nuovo in otri vecchi, se non si vuole depotenziare una riforma capace di propagare una cultura amministrativa diversa, coerente con il DNA democratico degli ordinamenti occidentali e, prim'ancora, con le esigenze di una amministrazione al servizio del cittadino ¹³². Bisogna scegliere, in altri termini, se continuare a combattere contro i mulini a vento, contestando una riforma necessaria, oppure rompere gli indugi, issare le vele e tentare di guidare il sistema amministrativo italiano verso approdi migliori. E mai come in questo caso il viaggio conterà più della destinazione.

Abstract

A tre anni dall'introduzione dell'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA), il dibattito scientifico resta impigliato nella contrapposizione tra sostenitori e nemici del nuovo istituto, mentre si disinteressa del processo di attuazione, dal quale pure emergono confortanti segnali di sostenibilità amministrativa e di utilità per il dibattito pubblico. Perché? Lo scritto ha il duplice obiettivo di rispondere a questo interrogativo e di confutare la tesi — che si va pericolosamente diffondendo nella giurisprudenza e nella letteratura — secondo cui all'accesso civico generalizzato non corrisponderebbe un diritto individuale, bensì una pretesa de-soggettivizzata e funzionalizzata alla tutela di interessi

¹³² Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica, *Indirizzi per la modernizzazione delle pubbliche amministrazioni*, Roma, 1993, p. 7 s.

pubblici. Questa prospettiva rifiuta la matrice liberal-individualista del modello FOIA e la sostituisce con una visione statalista che rischia di deformare e impoverire il nuovo diritto.

Abstract

Three years after the introduction of the Italian freedom of information act (FOIA), the scientific debate is still trapped in the opposition between supporters and enemies of the new institute, whereas it disregards the results of the implementation process, which begins to reveal the administrative sustainability of the new regime and its importance in feeding the public debate. Why? The paper aims to answer these questions and to refute a view that is dangerously spreading in jurisprudence and literature: that the Italian FOIA would not create an individual right, but rather a claim that is instrumental to the protection of public interests, and thus “de-subjectivized”. This view rejects the liberal-individualistic foundation of the right of access to administrative information, replacing it with a statist vision that may determine a deformed and impoverished understanding of the new right.