

2 MARZO 2016

Accesso civico e trasparenza della
Pubblica Amministrazione alla luce
delle (previste) modifiche
alle disposizioni del Decreto
Legislativo n. 33/2013

di Diana-Urania Galetta
Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Milano



Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D. Lgs. n. 33/2013*

di Diana-Urania Galetta

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Milano

Sommario: **1.** Note introduttive: trasparenza e diritto di accesso agli atti della P.A. nella L. 241/90.- **2.** Il Decreto Legislativo 150/290 (c.d. Decreto Brunetta) e il Decreto Legislativo 33/2013.- **3.** Le novità del c.d. “Decreto Trasparenza” che attua la delega ex art. 7 della Legge Madia: nota introduttiva.- **4.** Le novità del c.d. “Decreto Trasparenza”: dalla trasparenza come obbligo di pubblicazione alla trasparenza come libertà di accesso (a dati e documenti).- **5.** *Segue.* I limiti al nuovo accesso civico.- **6.** *Segue.* L’ambito soggettivo di applicazione della disciplina contenuta nel novellato D.Lgs. n. 33/2013 (i soggetti passivi dell’accesso).- **7.** *Segue.* Accesso civico e gratuità.- **8.** *Segue.* La comunicazione ai controinteressati.- **9.** *Segue.* Una nuova fattispecie di responsabilità dirigenziale.- **10.** Sull’attuale distinzione fra diritto di accesso ex artt. 22 ss. L. 241/90 e diritto di accesso civico ex D.lgs. 33 (come riformato): o quel che resta del diritto di accesso “classico”.- **11.** Conclusioni: luci e ombre della riforma proposta dalla bozza di Decreto e prospettive future.-

1. Note introduttive: trasparenza e diritto di accesso agli atti della P.A. nella L. 241/90

Per come lo concepiscono e lo disegnano le norme contenute nell’attuale art. 22 ss. della L. 241/90 il diritto di accesso “classico” (che chiamerò così per contrapporlo all’accesso civico introdotto dal D.Lgs. 33/2013) è una forma di garanzia riconosciuta a titolo particolare solo a

* Il presente scritto rappresenta la versione ampliata della relazione presentata al convegno dal titolo “*La riforma della pubblica amministrazione e i decreti di attuazione della legge 124/2015 (Legge Madia)*”, svoltosi in data 26.02.2016 presso l’Università degli Studi di Milano. La presente pubblicazione rientra fra le Pubblicazioni PRIN 2012 (2012SAM3KM) sulla codificazione dei procedimenti dell’Unione europea.



taluni soggetti e con un collegamento assai debole con l'idea di trasparenza dell'attività amministrativa¹.

Mentre, infatti, nella versione originaria della L. 241/90 il diritto di accesso era riconosciuto “*Al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale*”, “*a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti*” con la novella del 2005² la previsione viene modificata addirittura in senso restrittivo. Scompare infatti il riferimento, nel comma 1 dell'art. 22, all'accesso come strumento di trasparenza e gli interessati vengono indentificati (recependo in questo modo – come è noto – l'indirizzo ormai consolidato della giurisprudenza in materia) solo come “*i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*”.

La finalità dell'accesso *ex* L. 241/90 diviene dunque, chiaramente, soltanto quella di porre questi soggetti in grado di esercitare al meglio le facoltà - partecipative e/o oppositive - che l'ordinamento attribuisce loro a tutela della posizione giuridica qualificata di cui questi sono titolari, attraverso una più completa rappresentazione della situazione di fatto e di diritto che più direttamente li interessa³.

Il riferimento alla trasparenza finisce, invece, nel nuovo comma 2 nell'art. 22 L. 241/90. Quello che identifica il rapporto con le discipline adottate dalle Regioni in materia, specificando che l'accesso “*attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse*” attiene ai livelli essenziali delle prestazioni ai sensi dell'art. 117 c. 2 lett. m) Cost. e costituisce “*principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza*”⁴.

Sicché (e per farla breve) l'accesso agli atti della Pubblica Amministrazione quale strumento di trasparenza dell'azione amministrativa è stato per lungo tempo garantito soltanto in ambiti particolari⁵. E, in effetti, è il D. Lgs. 195/2005⁶ sull'accesso agli atti riguardanti un'informazione di

¹ Trasparenza intesa secondo la ben nota metafora di Filippo Turati: e cioè di una pubblica amministrazione come “casa di vetro”, “*all'interno della quale cioè tutto è sempre e costantemente visibile*”. Così M. Clarich, *Trasparenza e diritti della personalità nell'attività amministrativa*, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, link “studi e contributi”.

² Mi riferisco alla ben nota legge 11 febbraio 2005, n. 15.

³ Per approfondimenti sul punto: D.U. Galetta, *Transparency and Access to Public Sector Information In Italy: a Proper Revolution?*, in *Italian Journal of Public Law*, 2014/2.

⁴ Sempre con la legge 15/2005 cit. è stato inserito questo comma 2 nell'art. 22.

⁵ Si veda sul punto l'insuperato contributo di S. Cognetti, «*Quantità*» e «*qualità*» della partecipazione, Milano, 2000, in particolare p. 44 ss., che sottolinea come il nostro legislatore della 241/90 non avesse collegato la pretesa del privato ad ottenere l'esibizione degli atti richiesti all'interesse civico di chi chiede piena trasparenza sull'operato della propria amministrazione, bensì alla soddisfazione di un altro interesse: quello



carattere ambientale disponibile presso la PA., (adottato per dare trasposizione alla direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale), il primo vero tentativo di superare, nell'ottica della trasparenza, gli angusti limiti posti al diritto di accesso dalla L. 241/90⁷.

2. Il Decreto Legislativo 150/290 (c.d. Decreto Brunetta) e il Decreto Legislativo 33/2013

Tuttavia, è solo con il D.Lgs. 150/2009 (c.d. decreto Brunetta)⁸ che la trasparenza viene finalmente declinata come "... *accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni*", con la dichiarata finalità) di "... *favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità*"⁹.

Si costituisce in questo modo, in capo a ciascun cittadino, una posizione giuridica qualificata ad ottenere le informazioni pubbliche, che è dichiaratamente volta - diversamente da quanto è previsto per il diritto di accesso agli atti della L. 241/90 - a favorire quel controllo generalizzato sull'operato delle pubbliche amministrazioni che è (e resta) invece espressamente escluso dalla previsione *ex art. 24 c. 3 della L. 241/90*¹⁰.

Peraltro nel decreto Brunetta convivono due obiettivi: la trasparenza mira, da un lato, a garantire l'efficienza della pubblica amministrazione per il tramite della trasparenza sulle *performance* dell'amministrazione e dei servizi pubblici; e, dall'altro, essa mira a prevenire la corruzione, attraverso la trasparenza dei procedimenti e degli assetti organizzativi.

È invece dichiaratamente su questa seconda linea direttrice che si colloca il successivo Decreto Legislativo n. 33/2013¹¹ che ha come obiettivo specifico - in base alla legge delega n. 190/2012¹² - quello di prevenire e reprimere l'illegalità nella PA.

ad ottenere un bene idoneo a soddisfare i propri bisogni e rispetto a cui la conoscenza dell'informazione è puramente strumentale.

⁶ Decreto Legislativo 19 agosto 2005, n. 195, Attuazione della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale.

⁷ Come è noto, sin d'allora il diritto di accesso in materia ambientale riguarda chiunque ne faccia richiesta, senza bisogno di dichiarare o qualificare il proprio interesse. In argomento si rinvia a S. Grassi, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, (con il coordinamento di D.U. Galetta e M. Gigante), Milano, 2011 p. 1321 ss. e bibliografia ivi indicata.

⁸ Decreto legislativo 27.10.2009, n. 150, Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni".

⁹ Così art. 11, comma 1, del D.Lgs. 150/2009. L'evidenziazione in grassetto è mia.

¹⁰ Ai sensi dell'art. 23 c. 3 della L. 241/90 "*Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni*". Si ricorda che il comma in questione è stato anch'esso inserito nella L. 241 dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15.

¹¹ Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni.



Nello specifico, nella versione tuttora in vigore del D.Lgs. 33/2013, le pubbliche amministrazioni sono tenute ad adempiere agli obblighi sulla trasparenza previsti dal decreto (e riguardanti tutta la loro attività) attraverso l'uso dello strumento principe del "sito istituzionale" di ogni singola amministrazione. Sito sul quale ogni utente può ricercare tutte le informazioni inerenti all'attività e all'organizzazione degli enti senza la necessità di autenticarsi o essere in qualche modo identificato.

Le suddette informazioni devono essere infatti pubblicate nella *home page* dei siti istituzionali, all'interno della sezione "Amministrazione trasparente".

Il responsabile della trasparenza è il soggetto chiave, istituito *ex novo* dal decreto 33/2013 e preposto all'attività di controllo degli adempimenti prescritti per le amministrazioni pubbliche¹³. È a questo soggetto che compete l'obbligo di aggiornare il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità e di segnalare all'organo di indirizzo politico, all'Organismo indipendente di valutazione (OIV), all'Autorità nazionale anticorruzione e, nei casi più gravi, all'ufficio di disciplina, i casi di mancato o ritardato adempimento degli obblighi di pubblicazione.

Di particolare rilievo è, a questo proposito, il capo VI del D.Lgs. 33/2013, dedicato alla vigilanza sull'attuazione delle disposizioni e alle sanzioni. Le sanzioni previste sono dirette sia al responsabile della trasparenza, rispetto ai suoi specifici adempimenti, ma anche ai dirigenti e agli organi politici che devono fornire i dati per realizzare la pubblicazione. Oltre alle sanzioni a carico dei soggetti, sono previste anche sanzioni sull'atto, che bloccano l'efficacia del provvedimento¹⁴.

Una sanzione affatto particolare consiste poi (per tornare al tema specifico della nostra analisi) nel c.d. accesso civico, previsto dall'art. 5 del D.Lgs. 33/2013. Tale norma statuisce infatti, espressamente, che *"L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione"*.

L'accesso civico è dunque sì introdotto già con il D.Lgs. 33/2013 nella sua versione attualmente in vigore, ma tale accesso civico è limitato in due sensi: in primo luogo, esso è circoscritto ai soli documenti, informazioni e dati oggetto degli obblighi di pubblicazione imposti alle amministrazioni dal Decreto; in secondo luogo, esso non è identificato quale diritto autonomo, ma quale **sanzione** rispetto al mancato rispetto degli obblighi di pubblicazione.

¹² Legge 6 novembre 2012, n. 190, Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.

¹³ Cfr. art. 43 del D.Lgs. 33/2013.

¹⁴ Cfr. Art. 15, comma 2; Art. 26, comma 3; Art. 39, comma 3, del D.Lgs. 33/2013.



Non è un dettaglio!

3. Le novità del c.d. “Decreto Trasparenza” che attua la delega ex art. 7 della Legge Madia: nota introduttiva

In questo quadro generale si inserisce ora la previsione contenuta nell’Art. 7 della Legge Madia¹⁵, rubricato “*Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza*” e che delega il Governo ad adottare “... uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33”, sulla base di una serie di principi e criteri direttivi ivi elencati.

Fra questi principi e criteri vi è appunto quello di cui alla lettera h) dell’art. 7, comma 1: “*fermi restando gli obblighi di pubblicazione, riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto di accesso, anche per via telematica, di chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, salvi i casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall’ordinamento e nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati, al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche*”.

Su questa base il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione ha proposto uno schema di Decreto legislativo in materia di trasparenza, che reca la data dell’11 febbraio 2016¹⁶ e sul quale ha nel frattempo già espresso il proprio esauritivo parere la sezione consultiva del Consiglio di Stato¹⁷ (e sul quale devono invece ancora esprimerlo le commissioni parlamentari a ciò preposte).

È sulla base di questo schema di Decreto che svolgerò qui di seguito alcune riflessioni, avendo riguardo e alle novità che ci si può attendere da questa importante riforma, e agli aspetti critici che emergono dall’esame dello stesso.

¹⁵ Legge 7 agosto 2015, n. 124, Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

¹⁶ L’analisi che segue si riferisce al testo del Decreto legislativo recante revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione pubblicità e trasparenza correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell’articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, che si poteva leggere in <http://www.funzionepubblica.gov.it/comunicazione/notizie/2016/gennaio/riforma-pa-approvati-i-primi-11-decreti-attuativi.aspx> (ultimo accesso effettuato in data 21.02.2016).

¹⁷ Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, parere del 24 febbraio 2016, n. 515/2016, reperibile in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

4. Le novità del c.d. “Decreto Trasparenza”: dalla trasparenza come obbligo di pubblicazione alla trasparenza come libertà di accesso (a dati e documenti)

La prima novità importante è contenuta già nell’art. 2 dello schema di Decreto, che modifica l’art. 1, comma 1, del D.Lgs. n. 33/2013 inserendovi espressamente un’indicazione ulteriore circa lo scopo della trasparenza intesa come “accessibilità totale”: non si tratta solo di “*favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche*”, ma anche (ed è questa la modifica apportata dallo schema di Decreto) di “*tutelare i diritti fondamentali*”.

Di quali diritti fondamentali si tratti ce lo dice poi il successivo comma 2 dell’art. 1, immutato, che afferma che la trasparenza “... è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino”.

Questa importante precisazione inserita nell’art. 1, comma 1, prelude a quella che è la vera novità della riforma Madia e di cui lo schema di Decreto si fa attento esecutore.

Si tratta di una vera e propria ridefinizione dell’oggetto del D.Lgs. n. 33/2013, che aggiusta opportunamente il tiro rispetto alla identificazione delle modalità di attuazione del principio di trasparenza. Mentre, infatti, secondo la versione attualmente in vigore del D.Lgs. n. 33/2013 oggetto della disciplina sono gli “*obblighi di trasparenza concernenti l’organizzazione e l’attività delle pubbliche amministrazioni*”¹⁸, il nuovo comma 1 dell’art. 2 del D.Lgs. n. 33/2013, come modificato dallo schema di Decreto, recita che “*Le disposizioni del presente decreto disciplinano la **libertà di accesso di chiunque** ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni e dagli altri soggetti di cui all’articolo 2-bis, garantita, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti, **tramite l’accesso civico e tramite la pubblicazione** di documenti, informazioni e dati concernenti l’organizzazione e l’attività delle pubbliche amministrazioni e le modalità per la loro realizzazione*”¹⁹.

Si tratta di una modifica assai rilevante, perché mette chiaramente in evidenza come lo scopo della normativa in materia di trasparenza non sia (più), *in primis*, quello di ottenere la pubblicazione di documenti in possesso della pubblica amministrazione, mettendo in atto forme di quello che avevo polemicamente definito come “voyerismo amministrativo”²⁰. Lo scopo è, piuttosto (e molto più correttamente), quello di garantire la **libertà di accesso** a dati e documenti

¹⁸ Così recita l’attuale art. 2 comma 1 del D.Lgs. n. 33/2013.

¹⁹ L’evidenziazione in grassetto è mia.

²⁰ D.U. Galetta, *Alcuni recenti sviluppi del diritto amministrativo italiano (fra riforme costituzionali e sviluppi della società civile)*, in *Giustizia amministrativa* (www.giustamm.it), Anno XI, Giugno 2014, p. 1 ss. (p. 6)



in possesso della pubblica amministrazione: “tramite l’accesso civico” *in primis*, e solo in subordine “tramite la pubblicazione di documenti, informazioni e dati concernent?”.

Di conseguenza, l’art. 6 dello schema di Decreto modifica l’art. 5 del D.Lgs. n. 33/2013 (che sino ad ora, come già si è detto, identificava l’accesso civico come mera sanzione rispetto alla violazione dell’obbligo di pubblicare documenti, informazioni o dati) introducendovi un nuovo comma 2 nel quale si statuisce 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 ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti?*”²¹.

Si tratta di una novità importantissima, perché in questo modo il vecchio accesso civico-sanzione si trasforma in **un vero e proprio diritto di accesso civico** ai dati e ai documenti pubblici, che trova il suo equivalente in quella che nei sistemi anglosassoni è definita con l’acronimo di FOIA (Freedom Of Information Act)²². L’accesso civico introdotto dallo schema di Decreto consiste, infatti, in un diritto di accesso del tutto indipendente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti e che concerne **tutti i dati e i documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni**²³ (seppur nel rispetto di alcuni limiti tassativamente indicati, che vedremo). Esso concerne non solo i dati e i documenti per i quali esistono specifici obblighi di pubblicazione (e per i quali permane, comunque, l’obbligo dell’amministrazione di pubblicare quanto richiesto, nel caso in cui non fosse già presente sul sito istituzionale), ma anche i dati e documenti per i quali non esiste un obbligo di pubblicazione²⁴.

Peraltro lo schema di Decreto specifica altresì, molto opportunamente, che l’ampliato accesso civico si riferisce all’accesso a “dati e documenti” eliminando, a questo proposito, il riferimento

²¹ L’evidenziazione in grassetto è mia.

²² V. sul punto, espressamente, nella Relazione illustrativa allegata al Decreto legislativo recante revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell’articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, p. 1.

²³ Sottolinea a questo proposito il Consiglio di Stato nel suo parere che “*Il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (from need to right to know, nella definizione inglese F.O.I.A) rappresenta per l’ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine, cara a Filippo Turati, della Pubblica Amministrazione trasparente come una ‘casa di vetro’*”. Così parere del Consiglio di Stato n. 515/2016 cit., p. 77

²⁴ Sicché, come sottolinea il Consiglio di Stato nel suo parere, non si comprende l’utilità di lasciare il comma 1 del nuovo articolo 5, che si limita a consentire l’accesso civico ai documenti da pubblicare e che appare ora “*del tutto assorbito dal più ampio accesso di cui al comma 2 e può essere espunto*”. Parere del Consiglio di Stato n. 515/2016 cit., p. 78.



fuorviante alle “informazioni”²⁵. Il riferimento alle “informazioni” ritorna tuttavia, senza alcuna coerenza, in vari commi dell’art. 5: nel comma 3 che statuisce (molto opportunamente, per il vero)²⁶ che l’istanza di accesso civico deve identificare chiaramente “*i dati, le informazioni o i documenti richiesti*”; e nei commi successivi, che si riferiscono alle modalità di esercizio del diritto di accesso.

La distinzione fra dato e informazione, mutuata dal linguaggio dell’informatica, è invece una distinzione molto importante²⁷ e sarebbe stato opportuno mantenerla sempre in modo coerente all’interno dello schema di Decreto: poiché questa distinzione si riferisce alla circostanza che, mentre il “dato” è sempre un elemento conosciuto, la “informazione” ha una connotazione in qualche maniera soggettiva, in quanto è quello che l’utente di volta in volta ricava dall’aggregazione dei dati che può ottenere consultando un database.

5. *Segue. I limiti al nuovo accesso civico*

Il nuovo art. 5-bis del D.Lgs. n. 33/2013, introdotto dall’art. 6 comma 2 dello schema di Decreto, prevede poi tutta una serie di ipotesi in cui può essere escluso l’accesso civico.

Si tratta, anzitutto, delle ipotesi (abbastanza classiche ed elencate al comma 1) in cui sia necessario rifiutare la richiesta di accesso per evitare un pregiudizio alla tutela interessi pubblici inerenti alla sicurezza pubblica, alla sicurezza nazionale, alla difesa e alle questioni militari, alle relazioni internazionali, alla politica e alla stabilità finanziaria ed economica dello Stato, alla conduzione di indagini sui reati e al loro perseguimento, al regolare svolgimento di attività ispettive.

Il comma 2 dell’art. 5-bis precisa, poi, che l’accesso di cui all’articolo 5, comma 2, è rifiutato anche ove “*il diniego è necessario per evitare un pregiudizio alla tutela di uno dei seguenti interessi privati:*

- a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;*
- b) la libertà e la segretezza della corrispondenza;*
- c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d’autore e i segreti commerciali”.*

²⁵ V. la nuova rubrica dell’art. 5 e l’art. 2, comma 1, del D.Lgs. n. 33/2013, come novellati dallo schema di Decreto.

²⁶ In questo senso non concordo affatto con l’osservazione contenuta nel parere del Consiglio di Stato, che definisce invece tale riferimento, qualificato tramite l’uso dell’avverbio chiaramente, come “incongruo” rispetto alle finalità stesse dell’accesso civico. Cfr. parere del Consiglio di Stato n. 515/2016 cit., p. 78.

²⁷ Secondo quanto ci spiega infatti Kock “*data will only become information or knowledge when they are interpreted by human beings*”. N. Kock, N., *Systems Analysis & Design Fundamentals: A Business Process Redesign Approach*, SAGE Publications, Thousand Oaks, 2006, Cap. 2, p. 4.

Segue una previsione che richiama i casi di esclusione dell'accesso legati al segreto di Stato ed altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge *“ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990”*²⁸.

La ricca lista sopra elencata mostra che, sebbene le limitazioni potenziali all'accesso civico si palesino in larga misura necessarie ed opportune, queste sono in effetti molto ampie e, soprattutto, troppo poco puntuali. Lo sottolinea anche il Consiglio di Stato nel suo parere dove mette in evidenza che, a fronte dell'ampiezza delle categorie a cui le eccezioni *ex art. 5-bis* si riferiscono, le amministrazioni *“potrebbero essere indotte ad utilizzare la propria discrezionalità nella maniera più ampia, al fine di estendere gli ambiti non aperti alla trasparenza”*; e che queste eccezioni *“possono ragionevolmente aumentare le perplessità circa la concreta efficacia del provvedimento in esame”*²⁹.

Queste ampie limitazioni possibili all'accesso civico sono, in effetti, solo in minima parte mitigate dai riferimenti contenuti nei successivi commi 4 e 5 dell'art. 5-bis. Il comma 4 fa riferimento alla possibilità di escludere l'accesso solo rispetto ad alcune parti del documento (c.d. accesso parziale), ove questo appaia sufficiente a garantire la tutela degli interessi che vi si oppongono; il comma 5 si riferisce, invece, all'ipotesi del differimento dell'accesso, in luogo del suo diniego *tout court*³⁰.

Passibile di critiche è poi, sicuramente, anche la scelta di prevedere che il diniego di accesso non solo non debba essere motivato, ma sia normativamente indentificato, nel nuovo art. 5 comma 5 del D.Lgs. n. 33/2013, come un'ipotesi di c.d. **silenzio-rigetto**. Sebbene risulti infatti evidente la finalità di riduzione degli oneri posti in capo alla pubblica amministrazione che è ad essa collegata³¹, è tuttavia senza dubbio vero che *“Si verificherebbe, così, il paradosso che un provvedimento in tema di trasparenza neghi all'istante di conoscere in maniera trasparente gli argomenti in base ai quali la P.A.*

²⁸ Si tratta, oltre ai casi di documenti coperti da segreto di Stato dei documenti, dei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano; dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione; dei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi.

²⁹ V. parere del Consiglio di Stato n. 515/2016 cit., p. 85 s.

³⁰ Ciò in analogia rispetto a quanto già prevede per l'accesso “classico” l'art. 9 del DPR 12 aprile 2006, n.184, Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi.

³¹ Sui costi complessivi dell'operazione trasparenza e le relative criticità rinvio alle mie riflessioni nel successivo par. 11., dedicato alle conclusioni.



*non gli accorda l'accesso richiesto: ciò rappresenterebbe un evidente passo indietro rispetto alla stessa legge n. 241 del 1990 e al generale obbligo di motivazione dalla stessa previsto*³².

6. Segue. L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina contenuta nel novellato D.Lgs. n. 33/2013 (i soggetti passivi dell'accesso)

L'art. 3 dello schema di decreto introduce un nuovo Art. 2-bis rubricato “*Ambito soggettivo di applicazione*”, che andrà a sostituirsi all'art. 11 del D.Lgs. n. 33/2013 (che viene di conseguenza abrogato).

La nuova norma mirerebbe a superare talune criticità emerse, a questo riguardo, in fase di prima applicazione del D.Lgs. n. 33/2013 e che trovano espressione anche in delibere adottate dall'ANAC al riguardo.

In particolare, salta anzitutto all'occhio l'inserimento dell'inciso “*in quanto compatibile*” (non presente nell'attuale art. 11) nell'*incipit* del comma 2, che estende l'ambito di applicazione del D.Lgs. n. 33/2013 anche ad enti pubblici economici, autorità portuali e ordini professionali³³; alle società in controllo pubblico³⁴; alle associazioni, fondazioni, enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario da pubbliche amministrazioni o in cui la totalità o la maggioranza dei titolari dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni³⁵.

Precisa poi il comma 3 che la medesima disciplina si applica, sempre in quanto compatibile, e “*limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, alle società in partecipazione pubblica di cui all'articolo 2 del decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124 e alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione*

³² Così nel parere del Consiglio di Stato n. 515/2016 cit., p. 82 ss., ove il Consiglio di Stato conclude che appare dunque opportuno “*omologare la procedura in argomento a quella prevista dall'articolo 25 della legge n. 241 del 1990 per le modalità di esercizio del diritto di accesso “ordinario”, imponendo, dunque, che il rifiuto dell'accesso, salvi i limiti e i casi di esclusione appresso disciplinati, debba comunque essere motivato, ancorché sinteticamente*”.

³³ V. a questo riguardo la Delibera ANAC numero 145 del 21/10/2014, Parere dell'Autorità sull'applicazione della l. n. 190/2012 e dei decreti delegati agli ordini e ai collegi professionali.

³⁴ Ad esclusione delle società che emettono azioni quotate in mercati regolamentati e di quelle che prima del 31 dicembre 2015 abbiano emesso strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati e delle società partecipate dalle une o dalle altre.

³⁵ V. a questo proposito la Delibera ANAC n. 34 del 18/12/2012, Applicabilità della legge n. 190/2012 a un ente ex IPAB ancora non trasformato in azienda pubblica di servizi alla persona o in persona giuridica di diritto privato. V. anche il Comunicato del Presidente ANAC del 10 aprile 2015, Osservanza delle regole in materia di trasparenza e di prevenzione della corruzione da parte degli Istituti pubblici di assistenza e beneficenza (IPAB) e delle Aziende pubbliche di servizi alla persona (ASP).

di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici o nei quali sono riconosciuti alle pubbliche amministrazioni poteri di nomina di componenti degli organi di governo”.

Su questa previsione sono peraltro stati formulate precisi rilievi critici nel parere del Consiglio di Stato, che si riferiscono, in particolare, alla circostanza di non avere essa tenuto conto delle riforme in atto che riguardano, da un lato le autorità portuali, dall’altro le società in controllo pubblico ed in partecipazione pubblica³⁶.

7. Segue. Accesso civico e gratuità

Quanto alla gratuità dell’accesso civico prevista nella versione attualmente in vigore del D.Lgs. n. 33/2013 (artt. 3 e 5 comma 2) essa in parte scompare. Perché, mentre nel nuovo art. 3, comma 1, resta la statuizione che *“Tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto (di accesso civico e)”³⁷ pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli”,* il successivo art. 5, al comma 3, precisa, *ex novo*, che *“Il rilascio di dati o documenti in formato elettronico o cartaceo è subordinato soltanto al rimborso del costo sostenuto dall’amministrazione”.*

A questo riguardo i redattori della novella hanno operato un opportuno allineamento rispetto alla previsione di cui all’art. 25 L. 241/90, che precisa che *“L’esame dei documenti è gratuito”,* ma che *“Il rilascio di copia è subordinato soltanto al rimborso del costo di riproduzione, salve le disposizioni vigenti in materia di bollo, nonché i diritti di ricerca e di visura”³⁸.*

Tramite l’uso del termine a-tecnico “fruizione del documento” ci si vuole, quindi, certamente riferire all’ipotesi in cui l’accesso civico si risolva in una mera richiesta di esame del documento, senza estrazione di copia. In questo caso è fatto salvo il principio di gratuità dell’accesso. L’accesso tramite estrazione di copia, viceversa, non potrà essere fornito gratuitamente: anche perché pure un costo pari ad, in ipotesi, un solo centesimo, ove moltiplicato per centinaia di migliaia di richieste, finirebbe per rappresenterebbe alla lunga un enorme costo per le pubbliche amministrazioni.

A questo proposito è infatti precisato nella Relazione tecnica allegata al testo del Decreto che *“All’esercizio di tale diritto da parte dei consociati le amministrazioni fanno fronte nell’ambito delle risorse umane,*

³⁶ V. parere del Consiglio di Stato n. 515/2016 cit., p. 70 ss.

³⁷ Il riferimento, qui, anche all’accesso civico è inserito *ex novo* dallo schema di Decreto.

³⁸ Ai sensi della quale *“Il diritto di accesso si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi, nei modi e con i limiti indicati dalla presente legge. L’esame dei documenti è gratuito. Il rilascio di copia è subordinato soltanto al rimborso del costo di riproduzione, salve le disposizioni vigenti in materia di bollo, nonché i diritti di ricerca e di visura”*

*strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, anche in considerazione del fatto che, pur essendo l'accesso civico gratuito, lo stesso è comunque subordinato al rimborso del costo sostenuto dall'amministrazione per il rilascio di dati e documenti in formato elettronico o cartaceo, ferme restando le disposizioni vigenti in materia di bollo, nonché i diritti di ricerca e di visura*³⁹.

Ma su questo aspetto della c.d. “clausola di invarianza finanziaria” tornerò nelle mie conclusioni.

8. Segue. La comunicazione ai controinteressati

Una previsione che appare invece grandemente problematica sotto il profilo del contenimento dei costi dell'attività amministrativa (e quindi dell'economicità dell'azione amministrativa) è quella di cui al nuovo comma 4 dell'art. 5, ai sensi del quale “*L'amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua **soggetti controinteressati, ai sensi dell'articolo 5-bis, comma 2, della legge, è tenuta a dare comunicazione agli stessi, mediante invio di **copia con raccomandata con avviso di ricevimento**, o per via telematica per coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione. Entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione, i controinteressati possono presentare una motivata opposizione, anche per via telematica, alla richiesta di accesso. Decorso tale termine, la pubblica amministrazione provvede sulla richiesta, accertata la ricezione della comunicazione***”⁴⁰.

Si tratta dei soggetti (elencati al successivo articolo 5-bis), che possano avere interesse a:

- a) la protezione dei propri dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;
- b) la protezione della libertà e segretezza della propria corrispondenza;
- c) la protezione degli interessi economici e commerciali (di una persona fisica o giuridica), ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.

Dal punto di vista del bilanciamento tra esigenze di trasparenza, da un lato, ed esigenze di tutela della riservatezza di eventuali controinteressati, dall'altro, questa previsione deve essere salutata certamente con favore⁴¹. Tuttavia non è possibile non rimarcare come, data la platea potenzialmente molto ampia di controinteressati, i costi, anche in termini organizzativi, che potrebbero scaturirne per le pubbliche amministrazioni destinatarie di richieste di accesso civico rischino di essere veramente insostenibili. La previsione prevede infatti la necessità di inviare a

³⁹ Relazione tecnica al Decreto legislativo recante revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, p. 2.

⁴⁰ L'evidenziazione in grassetto è mia.

⁴¹ Avevo infatti osservato altrove come il grande assente nel dibattito generale fossero le esigenze – perlomeno di pari rango rispetto a quelle di trasparenza – di tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti. Così in D.U. Galetta, *Alcuni recenti sviluppi* cit., p. 6.



costoro una raccomandata con avviso di ricevimento, se non si può provvedere con la comunicazione per via telematica: che è possibile solo nei confronti di coloro che “*abbiano consentito tale forma di comunicazione*”.

Ciò detto, ovviamente, per verificare l’impatto reale di questa previsione occorrerebbe verificare anche le modifiche che verranno introdotte dal Decreto che attua la delega inerente alle modifiche al Codice dell’Amministrazione digitale, in relazione sia all’uso ed alla diffusione della posta elettronica certificata, sia alla ben più complessa questione del c.d. domicilio digitale⁴².

9. Segue. Una nuova fattispecie di responsabilità dirigenziale

Lo schema di Decreto innova in modo sostanziale anche con riguardo all’apparato sanzionatorio che fa da contraltare ai diritti ed obblighi di cui la novella normativa si fa portatrice. In particolare (e senza potere qui scendere nel dettaglio) il nuovo art. 46 del D.Lgs. 33/2013 - la cui rubrica verrebbe significativamente modificata in “*Responsabilità derivante dalla violazione delle disposizioni in materia di obblighi di pubblicazione e di accesso civico*⁴³” – prevede che “*L’inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente e il rifiuto, il differimento e la limitazione dell’accesso civico, al di fuori delle ipotesi previste dall’articolo 5-bis, costituiscono elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all’immagine dell’amministrazione e sono comunque valutati ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili*” e precisa che il responsabile non risponde dell’inadempimento solo ove provi “*... che tale inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile*”.

A questo proposito appare anzitutto evidente, che l’inciso “*eventuale causa di responsabilità per danno all’immagine dell’amministrazione*” può significare unicamente che si applicano, al riguardo, le norme di riferimento in materia: le quali prevedono che il danno all’immagine resti circoscritto ad un novero di fattispecie ben precise e determinate, consistente nei reati contro la Pubblica Amministrazione ex artt. 314-335 cod. pen. o in altre fattispecie di rilievo penale espressamente previste⁴⁴. Ciò è stato peraltro espressamente ribadito, di recente, dalle stesse Sezioni Riunite della

⁴² Sul che si rinvia allo scritto di G. Carullo, *Posta Elettronica Certificata e domicilio digitale: futuro e incertezze in una prospettiva europea*, di prossima pubblicazione in RIDPC, 2016/1.

⁴³ La rubrica attuale dell’art. 46 è “Violazione degli obblighi di trasparenza – Sanzioni”.

⁴⁴ Le fattispecie ulteriori che esistono al di fuori da tale norma generale (l’art. 55-quinquies, d.lgs. n. 165 del 2001, “False attestazioni o certificazioni”) sono peraltro anch’esse legate ad una fattispecie di rilievo penale, anche se non ricompresa negli articoli 314-335 cod. pen.



Corte dei Conti⁴⁵. Sicché occorre che la violazione dell'obbligo di pubblicazione o il diniego dell'accesso civico si accoppino (o vadano ad integrare) anche una delle summenzionate fattispecie di reato.

Quanto, poi, alle altre possibili sanzioni connesse alla violazione di questi obblighi, suscita qualche perplessità la scelta operata dallo schema del Decreto, di collegare il mancato rispetto dei summenzionati obblighi anche alla "retribuzione di risultato" e al "trattamento accessorio collegato alla performance". Si tratta di una sorta di "sanzione accessoria", rispetto a questa nuova fattispecie di responsabilità dirigenziale, che appare di entità imprevedibile e rispetto alla quale sarebbe stata forse preferibile (e quasi certamente più efficace) la previsione di una multa di importo fisso (nella quota o in percentuale).

10. Sull'attuale distinzione fra diritto di accesso ex artt. 22 ss. L. 241/90 e diritto di accesso civico ex D.lgs. 33 (come riformato): o quel che resta del diritto di accesso "classico"

Come ho già altrove osservato⁴⁶, sin dal momento della sua entrata in vigore il D.Lgs. n. 33/2013 ha creato una sorta di doppio binario: l'accesso tradizionale (diritto di accesso "classico") di cui alla L. 241/1990, che continua ad operare, con i propri diversi presupposti e la sua diversa disciplina, e l'accesso civico ex D.Lgs. 33/2013, ora nella sua versione ampliata, e che si estende - come si è visto - anche ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, **ulteriori** rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del D.Lgs. 33/2013.

Questa coesistenza implica che un soggetto, pur titolare di una posizione differenziata (e che potrebbe essere dunque tutelata secondo la tipologia di accesso "classica", ex art. 22 L. 241/90), potrà ora decidere quasi sempre di optare per l'accesso civico: che ha l'indubbio vantaggio di non richiedere un obbligo di motivazione rispetto alla propria richiesta di accesso.

Permarrà tuttavia una certa percentuale di situazioni - difficile da quantificare esattamente - nelle quali non opererà l'accesso civico ed opererà, invece, ancora soltanto il diritto di accesso "classico" ex art. 22 L. 241/90. E, in effetti, è specificato espressamente nella Relazione illustrativa dello schema Decreto che "*... i limiti applicabili alla nuova forma di accesso civico (di cui al nuovo articolo 5-bis del decreto legislativo n. 33 del 2013) sono più ampi e dettagliati rispetto a quelli indicati*

⁴⁵ Corte dei Conti, Sezioni Riunite, Sentenza 19 marzo 2015, n. 8. Per approfondimenti in argomento si rinvia senz'altro al volume di prossima pubblicazione: G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, 2016, *passim*.

⁴⁶ D.U. Galetta, in D.U. Galetta, M. Ibler, *Decisioni amministrative "multipolari" e problematiche connesse* cit., p. 21.



dall'articolo 24 della legge n. 241 del 1990, consentendo alle amministrazioni di impedire l'accesso nei casi in cui questo possa compromettere alcuni rilevanti interessi pubblici generali⁴⁷.

Vi saranno dunque delle ipotesi (per quanto residuali) in cui sarà possibile accedere solo ove titolari di una situazione giuridica qualificata, ad atti e documenti per i quali è invece negato l'accesso civico per via della necessità di tutelare interessi riconducibili alle summenzionate fattispecie di interessi (pubblici e privati) elencate nel nuovo art. 5-bis del D.Lgs. 33/2013. In queste ipotesi è peraltro chiaro che la richiesta di accesso (*ex art. 22 L. 241/90*) dovrà essere tanto più adeguatamente motivata, quanto non si richiede alcuna motivazione per la richiesta di accesso civico. Ed è anzi prevedibile che il sindacato dei giudici amministrativi sulla sussistenza (in caso di controversie con la Pubblica Amministrazione) dei presupposti necessari per potersi avvalere di questa seconda tipologia di accesso “non civico”, diventerà ancora più stringente; che si farà cioè ricorso a quello schema di ragionamento già applicato con riguardo all'accesso “classico” (*ex art. 22 L. 241/90*) nella vigenza dell'attuale versione (assai più ristretta) di accesso civico-sanzione. Si tratta di una linea di ragionamento che - sulla base della constatazione di una evidente “*diversificazione di finalità e di disciplina dell'accesso agli atti, rispetto al cosiddetto accesso civico*” - trae come conseguenza che, con riguardo all'accesso che abbiamo definito “classico”, “*non bastino esigenze difensive genericamente enunciate per garantire l'accesso, dovendo quest'ultimo corrispondere ad una effettiva necessità di tutela di interessi che si assumano lesi ed ammettendosi solo nei limiti in cui sia strettamente indispensabile la conoscenza di documenti, contenenti dati sensibili e giudiziari*”⁴⁸.

11. Conclusioni: luci e ombre della riforma proposta dalla bozza di Decreto e prospettive future

In conclusione, e pur con le criticità sin qui menzionate, va accolta senz'altro con grande favore la scelta dell'attuale Governo di optare per un accesso civico allargato, invece di giocare la partita della trasparenza solo sul piano degli obblighi di pubblicazione posti in capo alle Pubbliche Amministrazioni.

Come avevo infatti altrove già osservato⁴⁹, richiamando al riguardo anche la dottrina più attenta, la scelta compiuta in precedenza in favore di una trasparenza intesa essenzialmente come obblighi di pubblicazione imposti in capo alle Pubbliche Amministrazioni, non si palesava affatto come

⁴⁷ Relazione illustrativa al Decreto legislativo cit., p. 2.

⁴⁸ Così Cons. Stato, Sez. VI, 20.11.2013, n. 5515.

⁴⁹ V. D.U. Galetta, in D.U. Galetta, M. Ibler, *Decisioni amministrative “multipolari” e problematiche connesse: la libertà di informazione e il diritto alla riservatezza in una prospettiva di diritto comparato (Italia- Germania)*, in *Federalismi.it*, Numero 9 - 06 maggio 2015, p. 25 ss. e dottrina ivi richiamata.



una scelta felice e dava corpo alla facile obiezione che, in Italia, se la privacy serve a tener nascoste le cose che interessano a tutti, la trasparenza serve invece, di converso, per far conoscere a tutti le cose che non interessano nessuno.

Il fatto è che, in verità, non solo non vi è un rapporto di equivalenza diretta fra quantità di informazioni rese disponibili in rete e trasparenza (la conoscenza che il cittadino è in grado di maturare rispetto all'attività dell'amministrazione non è direttamente proporzionale rispetto alla quantità di informazioni disponibili in rete). Ma, anzi, si possono produrre attraverso la pubblicazione di troppi dati ed elementi fenomeni di c.d. "opacità per confusione"⁵⁰

Sotto questo profilo lo schema di Decreto esaminato compie un'opera di razionalizzazione, riducendo un poco anche gli oneri gravanti in capo alle amministrazioni pubbliche. Viene per esempio eliminato l'obbligo previsto dall'attuale art. 20 c. 3 (che il Decreto abrogherebbe) di pubblicare i dati relativi ai "livelli di benessere organizzativo" e vengono meglio precisati taluni obblighi di pubblicazione (v. ad es. le modifiche previste agli artt. 3, 17, 20 del D.Lgs. 33/2013).

In questa prospettiva non si coglie molto, invece, il senso della previsione dell'art. 18 dello schema di decreto, che modificherebbe l'articolo 19 del D.Lgs. 33/2013 per estendere l'obbligo di pubblicazione in tema di bandi di concorso per il reclutamento di personale presso la PA anche ai "criteri di valutazione della Commissione e delle tracce delle prove scritte".

Al di là dell'infelice formulazione della novellata previsione (non si capisce, infatti, se l'obbligo di pubblicazione concerna i criteri di valutazione della Commissione anche per quel che concerne le prove scritte o se l'obbligo di pubblicazione riguardi anche le tracce delle prove scritte) il punto è che essa potrebbe influire - in maniera al momento non del tutto prevedibile - sulla (sacrosanta) discrezionalità riconosciuta al riguardo alle commissioni di concorso. Ed appare sicuramente idonea a favorire un ampliamento del contenzioso, in un ambito dove questo è peraltro già in costante crescita: come sottolinea in modo puntuale il Consiglio di Stato nel suo parere⁵¹.

⁵⁰ Così E. Carloni, *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Diritto pubblico*, 2009/3, p. 806. L'espressione è stata ripresa anche nel parere del Consiglio di Stato 515/2016 cit., p. 63.

⁵¹ Si legge infatti nel parere del Consiglio di Stato 515/2016 cit., p. 93, "Tale prescrizione, infatti, rischia di essere fuorviante, creando un precedente in grado di incidere sul potere di ogni commissione di esame di decidere, di volta in volta, quali debbano essere detti criteri, con il rischio, altresì, di creare ulteriori motivi di contenzioso in un settore già molto esposto, e restando comunque salva l'accessibilità dei soggetti interessati e l'applicazione degli obblighi che derivano dalla normativa e dall'applicazione dei principi emergenti dall'interpretazione giurisprudenziale".

Sullo sfondo poi – ed è impossibile non farvi cenno in chiusura – resta la più ampia questione del “costo complessivo dell’operazione trasparenza”. Né basta, a questo proposito, affermare che si tratta di una “*finalità di rilevante interesse pubblico*” per potere eludere il problema⁵².

Quello dei costi (in termini sia strettamente economici, che organizzativi) delle riforme è infatti un problema relevantissimo: soprattutto in un’epoca connotata da una crisi economica ormai endemica e dai (largamente conseguenti) tagli costanti al personale e ai fondi assegnati alle pubbliche amministrazioni. Né si può liquidare la questione con una semplice “*Clausola di invarianza economica*”, quale quella contenuta nell’art. 44 dello schema di Decreto. La norma menzionata si limita infatti a dichiarare, con una formula ormai del tutto abusata (e sulla quale mi esimo dunque dal commentare), che “*Dall’attuazione del presente decreto non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica*” e che “*Le amministrazioni interessate provvedono agli adempimenti di cui al presente decreto con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente*”.

Da nessuna parte emerge, invece, l’idea (a mio parere più che legittima) che sarà ad un certo punto opportuno e necessario operare una rivisitazione della disciplina in oggetto, anche sulla base di una valutazione costi-benefici (e ovviamente non solo nel senso di “costi economici”) dell’operazione trasparenza e nell’ottica del principio di proporzionalità⁵³.

In questo senso la statuizione richiamata poc’anzi, secondo cui si tratti di integrare una finalità di rilevante interesse pubblico (seppur “*nel rispetto della disciplina in materia di protezione dei dati personali*”), è foriera, anzi, di potenziali malintesi: poiché parrebbe sottrarre l’operazione trasparenza, anche sul piano concettuale, a qualsiasi esigenza di una valutazione *ex post*.

La valutazione in parola appare invece, come si è detto (e come sottolinea peraltro bene il Consiglio di Stato nel suo parere⁵⁴), un’operazione quanto mai opportuna e necessaria. Né, per evitare qualunque obiezione con riguardo all’esigenza di un esame “costi-benefici” per il cittadino, ci si può trincerare (prendendo a prestito il genio di Mozart) dietro un facile: “così fan tutte”, le amministrazioni, nelle moderne democrazie occidentali⁵⁵.

⁵² Così recita il nuovo art. 7-bis, comma 2, introdotto dall’art. 7 dello schema di Decreto.

⁵³ In questo senso vedi le interessanti riflessioni che emergono nel parere del Consiglio di Stato n. 515/2016 cit., in particolare p. 52 ss.

⁵⁴ Cfr. nota precedente.

⁵⁵ Sono noti, a questo proposito, gli entusiasmi ma anche le polemiche che ha suscitato Oltreoceano l’operazione trasparenza lanciata dall’Amministrazione Obama con il “Freedom of Information Act - Memorandum for the Heads of Executive Departments And Agencies”, lanciato dal neo Presidente americano al momento stesso dell’assunzione della carica e che si può leggere in https://www.whitehouse.gov/the_press_office/FreedomofInformationAct.



Se infatti, anche al livello dell'Unione europea, si ritiene che una buona amministrazione sia per definizione un'amministrazione aperta⁵⁶, e se è vero che una maggiore trasparenza può certamente elevare il livello di responsabilità dei Governi nei confronti dei cittadini, è tuttavia altrettanto vero che, senza agire sul funzionamento interno degli organi di governo, è improbabile che si produrranno dei cambiamenti seri e di lungo corso⁵⁷. Sicché, se non si sorveglia bene nel “dopo riforma”, se non si opera quel “ ‘monitoraggio’ delle riforme amministrative, capace di registrarne ex post gli effetti concreti e di raccogliere le reazioni di cittadini e operatori economici”⁵⁸, l'operazione trasparenza (al pari dell'intero disegno riformatore ipotizzato dalla legge Madia) rischia di rivelarsi come una semplice promessa mancata.

⁵⁶ In uno dei numerosi discorsi che il primo Mediatore europeo Jacob Söderman aveva dedicato specificamente a queste tematiche egli aveva infatti dichiarato: “*You have asked me to speak about good administration and the impact of openness on the internal functioning of the institutions. I firmly believe that openness promotes good administration. As I see it, openness is also an essential part of democracy and in a democracy, the citizens must be able to inform themselves about what the public authorities are doing and why*” . J. Söderman, in Working seminar on “Transparency and good administration: impact on the internal functioning of the institutions” - Brussels, 18 September 2000, in <http://www.euro-ombudsman.eu.int>. In argomento si rinvia a D.U. Galetta, *Trasparenza e Governance amministrativa nel diritto europeo*, in RIDPC, 2006/2, p. 265 ss.

⁵⁷ V. a tale proposito l'interessante saggio L. Rhue, A. Sundararajan, *Digital access, political networks and the diffusion of democracy*, in *Social Networks*, 2014 (vol. 36), p. 40 ss. (42).

⁵⁸ Così nel parere del Consiglio di Stato n. 515/2016 cit., p. 44 s.