

1 MARZO 2017

Il silenzio dell'amministrazione
sull'istanza di accesso civico
generalizzato: quale possibile tutela
processuale

di Anna Corrado
Magistrato TAR Campania



Il silenzio dell'amministrazione sull'istanza di accesso civico generalizzato: quale possibile tutela processuale *

di Anna Corrado
Magistrato TAR Campania

Sommario: **1.** L'accesso generalizzato e la disciplina introdotta dal d. lgs. 97/2013. **2.** Il diritto a conoscere e la tutela degli interessi previsti dal legislatore. **3.** Il ruolo delle amministrazioni in materia di disclosure. **4.** La novella al codice del processo amministrativo in tema di trasparenza e accesso civico (c.p.a.). **5.** Inerzia della P.A.: quale azione a favore del richiedente.

1. L'accesso generalizzato e la disciplina introdotta dal d. lgs. 97/2013

L'articolo 5 del d. lgs. 33/2013, come novellato dal d. lgs. 97/2016¹, introduce nell'ordinamento italiano (a decorrere dallo scorso 23 dicembre) l'istituto dell'accesso civico generalizzato, sulla scorta dell'esperienza maturata nei paesi anglosassoni con il modello FOIA (Freedom of Information Act).²

Con tale disciplina si assicura la possibilità, per tutti i cittadini, di conoscere le informazioni, i dati e i documenti nella disponibilità delle amministrazioni e afferenti all'organizzazione e all'attività delle stesse, dati che potranno essere richiesti e appunto conosciuti nel rispetto dei limiti rivenienti dall'esigenza di tutelare interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti, quali individuati espressamente ai commi 1 e 2 dell'art. 5 bis del decreto trasparenza (d. lgs. 33/2013).

Lo scopo di questa breve disamina non è tanto quello di illustrare la disciplina relativa al c.d. accesso "aperto" ovvero generalizzato, ma è quello di comprendere il ruolo che la novella legislativa assegna in materia al giudice amministrativo: in particolare, ciò che si rivela di particolare interesse, in questa fase di prima attuazione del nuovo istituto, è provare a delineare, alla luce del dato normativo, quali soluzioni possono venire, in sede interpretativa, dal giudice amministrativo alle criticità che la norma indubbiamente pone quanto allo specifico profilo della tutela giurisdizionale nella particolare ipotesi in cui il cittadino non ottiene risposta alla sua istanza dall'amministrazione competente ovvero quando non

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Il d. lgs. 25 maggio 2016, n. 97 è stato adottato in attuazione della delega recata dall'art. 7 della legge 124/2015.

² L'acronimo viene da Freedom of Information Act (FOIA), la legge sulla libertà di informazione introdotta negli Stati Uniti il 4 luglio 1966.

abbia risposta neanche dal Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza investito della richiesta in sede di riesame, per come consentito dalla disciplina.

Come è noto, l'accesso civico generalizzato è uno strumento della trasparenza amministrativa, ulteriore rispetto all'accesso documentale disciplinato dagli artt. 22 e ss. della legge 241/1990 e aggiuntivo rispetto agli obblighi di pubblicazione, di cui agli artt. 12 e ss, del d. lgs 33/2013: uno strumento che, ragionevolmente, può innescare un effettivo processo di trasformazione delle pubbliche amministrazioni in “case di vetro” secondo la metafora di turatiana memoria³.

L'accesso generalizzato si pone su un piano diverso rispetto all'accesso documentale che è caratterizzato da un rapporto qualificato con i documenti che si intendono conoscere, derivante proprio dalla titolarità, in capo al soggetto richiedente, di una posizione giuridica tutelata dall'ordinamento. La titolarità di una posizione giuridica legittimante in capo al richiedente l'accesso documentale consente a questi di conoscere molto in merito alle scelte fatte dalle amministrazioni e in modo più profondo, rispetto al soggetto che invece chiede di accedere, mediante istanza di accesso generalizzato, solo per ragioni di “trasparenza amministrativa” e per partecipare al dibattito pubblico, come vuole la norma. L'accesso documentale, infatti, è idoneo a superare, in un giudizio di bilanciamento, anche i limiti posti dalla legge allorché gli interessi giuridici sottesi alla pretesa conoscitiva hanno “pari rango” di quelli che alla pretesa medesima si oppongono.

Per proporre una istanza di accesso civico generalizzato, al contrario di quanto avviene con l'accesso documentale, non è richiesta alcuna legittimazione soggettiva: l'accesso è garantito a “chiunque” e quindi il richiedente non deve dimostrare, nell'istanza che inoltra all'amministrazione, alcuna relazione qualificata con i documenti e i dati che intende conoscere. Inoltre, non è necessario esternare alcuna motivazione sul perché si intende conoscere la documentazione richiesta.

Richiamando in questa sede solo le parti della disciplina di cui all'art. 5 del d. lgs. 33/2013 che sono di interesse rispetto all'argomento in trattazione (quindi tralasciando le disposizioni che prevedono il coinvolgimento nel procedimento del controinteressato e il ricorso al difensore civico), la norma prevede in primo luogo che il procedimento di accesso civico generalizzato deve concludersi con provvedimento espresso e motivato nel termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza con la comunicazione al richiedente e agli eventuali controinteressati. E' quindi previsto che “... *Il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso devono essere motivati con riferimento ai casi e ai limiti stabiliti dall'articolo 5-bis. Nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine indicato al comma 6, il richiedente può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, (RPCT) che decide con*

³ Filippo Turati, nel 1908 pronunciava le seguenti parole” *Dove un superiore, pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro*”.

provvedimento motivato, entro il termine di venti giorni. Avverso la decisione dell'amministrazione competente o, in caso di richiesta di riesame, avverso quella del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il richiedente può proporre ricorso al Tribunale amministrativo regionale ai sensi dell'articolo 116 del Codice del processo amministrativo di cui al [decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104](#)".

L'amministrazione è tenuta, quindi, all'esito della procedura avviata con l'istanza di accesso generalizzato, a corredare la sua decisione, in caso di rifiuto, differimento e limitazione dell'accesso, di una congrua e completa motivazione. Che le determinazioni sfavorevoli siano congruamente motivate appare viepiù necessario in questa fase di prima applicazione della disciplina dell'accesso generalizzato, in quanto ciò consentirà al cittadino di comprendere gli ambiti di concreta operatività e i limiti dell'accesso generalizzato per come inteso dalle amministrazioni e potrà servire a definire, progressivamente, i criteri operativi dell'amministrazione stessa.

La disciplina prevede, quindi, l'intervento di un soggetto interno all'amministrazione competente a ricevere le istanze, il RPCT, al quale viene assegnato il compito preciso di intervenire in sede di riesame nel caso in cui l'istanza di accesso venga negata, totalmente o parzialmente, ovvero nel caso in cui l'ufficio adito in prima battuta non abbia dato risposta nel termine assegnato. Una volta richiesto il suo intervento (che può avvenire solo su istanza del richiedente), il RPCT decide entro 20 giorni con provvedimento motivato.

Rispetto all'accesso documentale, come è evidente, una rilevante differenza (oltre all'assenza di presupposti legittimanti, come già visto) si rinviene nella mancata previsione di una ipotesi di silenzio significativo (segnatamente, nel senso del rigetto) a fronte dell'istanza di accesso presentata, nel senso che il decorso del termine di 30 giorni, senza che giunga una risposta dell'amministrazione, non sostanzia un rigetto tacito dell'istanza. Né tale ipotesi di silenzio-diniego è prevista a fronte dell'eventuale inerzia che dovesse essere mantenuta anche dal RPCT, coinvolto in sede di riesame.

Lo schema di decreto 97/2016, nella originaria stesura prevedeva invero che rispetto all'istanza di accesso generalizzato si formasse il silenzio diniego con la seguente disposizione: "*Decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta*". Le Commissioni parlamentari, ⁴ in sede di parere, avevano evidenziato la necessità di sostituire l'ipotesi del silenzio-diniego con l'obbligo di adottare un provvedimento espresso e motivato in caso di rifiuto, analogamente a quanto previsto dall'articolo 25 della legge n. 241 del 1990, senza considerare che il menzionato articolo della legge sul procedimento amministrativo, in verità, pur sottolineando che il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso

⁴ Parere reso in data 20 aprile 2016, sullo schema di decreto 97/2016 nel quale si legge che è necessario "eliminare il silenzio diniego e prevedere che il rifiuto debba essere motivato da parte dell'amministrazione".

(come, del resto, in forza dell'art. 3 della stessa legge, ogni altro provvedimento amministrativo) debbano essere motivati, dispone che, decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta.

Con la definitiva stesura del testo dell'art. 5 del d. lg. 33/2013 è stato, quindi, eliminata la previsione del silenzio significativo, stabilendo ora la norma solo che il procedimento di accesso civico deve concludersi con provvedimento espresso e motivato nel termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza con la comunicazione al richiedente e agli eventuali controinteressati. In caso di mancata risposta è previsto che possa essere coinvolto in sede di riesame, sull'istanza inevasa, un diverso soggetto appartenente alla stessa amministrazione, il quale anche lui avrà un termine (20 giorni) per provvedere sulla richiesta.

Per quanto concerne la tutela giurisdizionale, la norma prevede che avverso la decisione dell'amministrazione competente o, in caso di richiesta di riesame, avverso quella del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il richiedente può proporre ricorso al Tribunale amministrativo regionale secondo il rito dell'accesso (art. 116 del d. lg. 104/2010 c.p.a.). Come è evidente, la norma, non disciplinando l'ipotesi in cui l'amministrazione ovvero il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, compulsato in sede di riesame rispetto alla precedente decisione della amministrazione o a fronte di precedente silenzio serbato dall'ufficio competente, non si pronuncino, conduce a qualificare tale inerzia come silenzio non significativo e cioè come silenzio-inadempimento, silenzio-rifiuto. Nel termine "decisione", infatti, da considerare impugnabile davanti al giudice amministrativo non può ritenersi inclusa anche l'ipotesi di "inerzia" perché la norma non la qualifica come ipotesi di silenzio-significativo.

Stante tale vuoto di disciplina e, in particolare, al contrario della disciplina dell'accesso ai documenti, stante l'impossibilità che si formi un rifiuto *per silentium* si pone, quindi, il problema del rito da intentare, se cioè deve ritenersi l'inerzia dell'amministrazione e poi, eventualmente del Responsabile sostanziare una ipotesi di silenzio-inadempimento, la cui illegittimità va fatta valere con un ricorso (avverso il silenzio) ex art. 117 c.p.a., con al limite anche la possibilità di chiedere un accertamento sulla fondatezza della pretesa (art. 31, co. 3 del c.p.a.) ovvero, se occorre attivare comunque il rito dell'accesso ex art. 116 c.p.a. per come previsto dalla norma (art. 5, comma 8 del d. lgs. 33/2013) con riguardo, però, ai soli provvedimenti espressi, chiedendo al giudice amministrativo di accertare la sussistenza del diritto a conoscere.

2. Il diritto a conoscere e la tutela degli interessi previsti dal legislatore

Prima di passare all'esame della problematica dal punto di vista processuale è necessario soffermarsi sul tipo di attività che è chiamata a svolgere l'amministrazione in tema di istanza di accesso civico.

Come si è detto, l'accesso civico generalizzato consente di conoscere tutti gli atti, i documenti e le informazioni in possesso delle amministrazioni nel rispetto della salvaguardia degli interessi pubblici e

privati individuati dall'art. 5 bis del d. lgs. 33/2013 e fatti salvi gli ambiti applicativi previsti dalla disciplina in tema di accesso documentale.

Il comma 1 dell'art. 5 bis individua i limiti da applicare alle richieste di accesso civico generalizzato prevedendo che detto accesso deve essere rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici contemplati dalla norma, e cioè se il diritto a conoscere può pregiudicare la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale, la difesa e le questioni militari, le relazioni internazionali, la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato, la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento, il regolare svolgimento di attività ispettive.

Ancora, ai sensi del comma 2 dell'art. 5 bis, l'accesso generalizzato deve essere negato se ciò risulta necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia, la libertà e la segretezza della corrispondenza, gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.

A completamento della disciplina riferita ai limiti dell'accesso generalizzato, va considerato quanto dispone il comma 3 dell'art. 5 bis, a mente del quale il diritto a conoscere è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, 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.

Si tratta di una lunga serie di limitazioni potenziali dell'accesso civico che, per quanto opportune, risultano comunque molto ampie e poco definite⁵ non potendo su tale punto non condividersi i timori espressi dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema del d. lg 97/2016 secondo cui *“le numerose e non sempre puntuali eccezioni previste, a tutela di interessi pubblici e privati, all'obbligo di disclosure dal nuovo articolo 5-bis, che vanno ad aggiungersi ai “casi di segreto di Stato” ed agli “altri divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge”, seppur evidentemente contrassegnate da finalità compensative a fronte della potenziale ampiezza degli ambiti dell'accesso civico, possono ragionevolmente aumentare le perplessità circa la concreta efficacia del provvedimento in esame. In mancanza di criteri più dettagliati per la valutazione del pregiudizio che la pubblicazione potrebbe arrecare agli interessi tutelati; le amministrazioni, infatti, potrebbero essere indotte ad utilizzare la propria discrezionalità nella maniera più ampia, al fine di estendere gli ambiti non aperti alla trasparenza, e sicuramente la genericità di alcune previsioni, pur riferite a tematiche*

⁵ D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013 - 5/2016*, in www.federalismi.it, 2016; D.U. GALETTA, P. PROVENZANO, *Sul d. lgs. n. 97/2016, recante modifiche alla disciplina sulla trasparenza e sulla prevenzione della corruzione*, in *Le nuove regole della semplificazione amministrativa. La legge n. 241/1990 nei provvedimenti attuativi della riforma Madia*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2016

“sensibili” (come, a titolo di esempio, le “questioni militari” o le “relazioni internazionali”) potrebbe essere motivo dell’insorgenza di ulteriore contenzioso”⁶.

Il timore che, nel dubbio, le amministrazioni decidano, quanto meno nella fase iniziale di applicazione della disciplina, di limitare il diritto a conoscere per non incorrere in responsabilità, si appalesa come possibilità molto concreta, tenuto anche conto che le decisioni da assumere non sempre saranno facili, non risultando la richiesta di accesso civico delimitata dalla posizione legittimante del richiedente e dovendosi comunque considerare che, rispetto alla materia, sarà necessario acquisire una rinnovata competenza ed esperienza decisionale. Indubbiamente, saranno la pratica e le concrete richieste di accesso civico che giungeranno alle amministrazioni che consentiranno di delimitare meglio gli ampi limiti previsti dall’art. 5 bis del d. lg. 33/2013 in tema di accesso generalizzato e a definire gli ambiti operativi “reali” della *disclosure* sottesa alla nuova normativa sulla trasparenza amministrativa, naturalmente anche grazie all’apporto che darà in materia la giurisprudenza amministrativa con le sue decisioni alla stregua di quanto si è già verificato con l’accesso documentale.

3. Il ruolo delle amministrazioni in materia di *disclosure*

Al fine di sostenere le amministrazioni e i soggetti nel complesso compito di assicurare la trasparenza amministrativa anche attraverso l’accesso civico generalizzato, l’art. 5 bis, comma 6 del d. lgs. 33/2013 ha previsto l’adozione da parte dell’ANAC di linee guida recanti indicazioni operative, d’intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza unificata.

Queste linee operative sono state appena varate con la determinazione dell’ANAC n. 1309 del 28 dicembre 2016 e risultano di particolare interesse nella parte in cui prevedono, rispetto all’attività che deve svolgere l’amministrazione con riguardo all’istanza di accesso ricevuta, che l’amministrazione *“non può limitarsi a prefigurare il rischio di un pregiudizio in via generica e astratta, ma dovrà: a) indicare chiaramente quale tra gli interessi previsti viene pregiudicato; b) valutare se il pregiudizio (concreto) prefigurato dipende direttamente dalla disclosure dell’informazione richiesta; c) valutare se il pregiudizio conseguente alla disclosure è un evento altamente probabile e non soltanto possibile”⁷.*

Il pregiudizio concreto deve essere, infine, valutato rispetto al momento e al contesto in cui l’informazione viene resa accessibile e non in termini assoluti e atemporalmente.

⁶ Cfr. parere reso dal Consiglio di Stato sullo schema di parere al d. lgs. 97/2016, Cons. Stato, 24 febbraio 2016, n. 515, in www.federalismi.it

⁷ Determinazione dell’Anac n. 1309 del 28 dicembre 2016, “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”.

Le amministrazioni sono quindi chiamate a svolgere *“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”*⁸.

Riprendendo il dato normativo, a fronte dell’istanza di accesso generalizzato, l’amministrazione potrà quindi accordare l’ostensione della documentazione richiesta (e motivare la scelta di trasparenza rispetto all’eventuale diniego opposto dal controinteressato coinvolto nel procedimento) ovvero negare espressamente l’accesso in ragione della necessità di tutelare uno degli interessi previsti dalla norma, che collida con la richiesta di trasparenza, ritenendo in tal caso che l’accesso possa creare un pregiudizio a uno o più interessi considerati ed evidenziando il nesso di causalità sussistente tra l’accesso e il pregiudizio che potrebbe prodursi.

Proprio perché l’art. 5 bis prevede che l’accesso è rifiutato quando il diniego è necessario per evitare un pregiudizio “concreto” alla tutela degli interessi pubblici e privati, non andranno operate valutazioni astratte, in via teorica. Sarà quindi necessario, quando si nega l’accesso, mettere in evidenza i pregiudizi che in concreto si vogliono scongiurare e rispetto a quali degli interessi individuati.

L’amministrazione è chiamata, in altri termini, da una parte a garantire l’interesse pubblico alla trasparenza amministrativa, consentendo l’accesso “aperto” ai cittadini che ne fanno richiesta e, dall’altra, a tutelare gli interessi individuati come limiti dal legislatore.

E’ evidente che la singola amministrazione, chiamata a pronunciarsi su una data istanza, è il soggetto meglio deputato in ragione della specifica conoscenza che ha dell’attività che svolge, delle sue stesse decisioni, della sua organizzazione e del come e se la “conoscenza diffusa” può comportare un pregiudizio alla tutela degli interessi che è chiamata a tutelare. Ragionevolmente, è per questo che il legislatore ha voluto che rispetto a ogni istanza di accesso civico l’amministrazione debba esprimersi in maniera diretta, per rendere conoscibili a un eventuale controinteressato le ragioni dell’accoglimento ovvero al soggetto istante le ragioni del diniego, del differimento e dell’accesso parziale ed è questa pure la ragione, verosimilmente, per cui non si è attribuito al silenzio valore “provvedimentale”.

Se tali considerazioni sono ragionevoli, è necessario che vengano trasposte sul piano della tutela processuale riservata al cittadino, provando a comprendere quale sia la strada percorribile, in termini di azione da intentare, dal cittadino a fronte del silenzio serbato dall’amministrazione/ RPCT chiamati a decidere sull’istanza di accesso.

⁸ Cfr. nota 7

4. La novella al codice del processo amministrativo in tema di trasparenza e accesso civico (c.p.a.).

La tutela processuale in materia di trasparenza dell'attività amministrativa è disciplinata dall'art. 52, comma 4, lett. e) del d. lg. 14 marzo 2013, n. 33, che ha apportato modifiche al codice del processo amministrativo, in particolare al rito previsto in tema di accesso ai documenti (art. 116 c.p.a. comma 1), che ora appunto si applica, in forza della novella, anche al contenzioso relativo alla tutela del diritto di accesso civico.

In primo luogo è stato modificato l'articolo 23 c.p.a., con la riconosciuta possibilità per le parti di stare in giudizio personalmente senza l'assistenza del difensore anche nei giudizi in materia di trasparenza amministrativa; quindi, l'articolo 87 c.p.a., che dispone che sono trattati in camera di consiglio anche i giudizi in materia di violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa e, infine, l'art. 133 c.p.a., che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie in materia di violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa.

Infine, va richiamata la modifica recata all'articolo 116, comma 4, c.p.a., che disciplina il rito dell'accesso, quanto al contenuto della sentenza in forma semplificata di eventuale accoglimento del ricorso in materia di trasparenza e accesso civico, disponendo che con essa potrà essere ordinata, ove prevista, la pubblicazione dei documenti richiesti, entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni.

Il decreto 97/2016 (che ha novellato il decreto trasparenza) non ha previsto ulteriori novità processuali in tema di trasparenza e accesso generalizzato, dovendosi considerare applicabile a tale ultima tipologia di accesso il regime processuale previsto in tema di accesso documentale, anche per quanto riguarda in particolare l'ordine di esibizione che il giudice impartisce in sentenza all'amministrazione soccombente.

5. Inerzia della P.A.: quale azione a favore del richiedente

Come già anticipato sopra, il legislatore pur avendo previsto espressamente un regime di tutela amministrativa e giurisdizionale anche in materia di accesso civico generalizzato, non ha disciplinato espressamente l'ipotesi di un eventuale silenzio, sia dell'amministrazione (nella ipotesi particolare in cui il richiedente decida di non rivolgersi al RPCT) sia del RPCT, al quale il cittadino può rivolgersi per rimediare a un precedente silenzio dell'ufficio competente ovvero a un diniego dell'ufficio medesimo, in sede di riesame.

L'articolo 5, comma 6 del d. lg. 33/2013 come novellato, recependo le indicazioni delle Commissioni parlamentari, per come già detto prima, in linea con i principi generali, ha posto innanzitutto la regola per cui il procedimento di accesso civico deve concludersi con un provvedimento espresso e motivato da adottarsi nel termine di 30 giorni dall'istanza e sottolinea che, oltre al diniego, anche il differimento e la

limitazione dell'accesso devono essere motivati. Il comma 7 del citato articolo 5 prevede, poi, che, in caso di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine di 30 giorni, il richiedente può presentare richiesta di riesame al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza il quale a sua volta decide in merito all'originaria istanza, con provvedimento motivato, nel termine di venti giorni. La norma si chiude con la previsione della possibilità di tutela in sede processuale dell'istante, il quale avverso la decisione dell'amministrazione competente o, in caso di richiesta di riesame, avverso quella del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, può proporre ricorso al Tribunale amministrativo regionale, secondo la disciplina recata dall'articolo 116 del Codice del processo amministrativo, e cioè secondo il rito dell'accesso.

Residua, quindi, per come già rilevato, il problema della tutela dell'istante nell'ipotesi in cui l'amministrazione ovvero il RPCT rimangano inerti, non rinvenendosi alcuna "decisione" da impugnare davanti al giudice amministrativo.

Viene in gioco non solo il silenzio mantenuto dal RPCT, ma anche, più a monte, la mancata risposta dell'ufficio competente a ricevere e a decidere dell'istanza di accesso in quanto lo stesso legislatore prevede che *"Nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine indicato...., il richiedente può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza"* (art. 5, c. 7). La norma individua, infatti, la richiesta di riesame al Responsabile come una mera possibilità offerta al richiedente - questi **può** presentare richiesta di riesame - come alternativa immediata alla strada giurisdizionale, ben potendo, invece, il richiedente ritenere di adire direttamente il giudice amministrativo. Una volta decorsi i 30 giorni dalla presentazione dell'istanza, ovvero i 20 nel caso in cui il RPCT non si pronunci sull'istanza di riesame avanzata, non risultando espressamente contemplata una ipotesi di silenzio significativo, si pone il problema di individuare l'esatto rito da intraprendere da parte del richiedente.

Partendo da considerazioni sistematiche, va detto che nel caso in cui l'amministrazione, rispetto a una istanza del cittadino sulla quale ha un obbligo di provvedere, non conclude il procedimento con un provvedimento espresso, si ha una ipotesi di silenzio – inadempimento, che consente al cittadino medesimo di proporre l'azione avverso il silenzio, ex art. 117c.p.a. al fine di far accertare dal giudice la violazione dell'obbligo dell'amministrazione a provvedere e ottenere quindi una condanna dell'amministrazione inadempiente a concludere il procedimento con un provvedimento espresso. Il comma 3 dell'art. 31 del c.p.a. prevede anche che il giudice amministrativo si pronunci sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio *"quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione"*.

Il legislatore non avendo previsto, contrariamente alla disciplina sull'accesso ai documenti ex legge n. 241 del 1990, una fattispecie di silenzio significativo, in caso di inerzia dell'amministrazione sull'istanza di accesso generalizzato, il richiedente dovrebbe adire il giudice amministrativo proponendo un ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, per vederne dichiarata l'illegittimità e veder ordinato all'amministrazione di provvedere sull'istanza di accesso civico proposta. Tale scelta sembrerebbe quella più in linea con la volontà del legislatore di prevedere che a fronte di ogni istanza di accesso generalizzato si abbia una decisione motivata dell'amministrazione avendo appunto previsto che *“il procedimento di accesso civico deve concludersi con provvedimento espresso e motivato”*. Tale soluzione (che come si dirà a breve potrebbe risultare comunque anche più coerente con il ruolo attribuito all'amministrazione di tutela degli interessi pubblici e privati individuati) tuttavia, non appaga del tutto se solo si considera che il cittadino, a fronte di una richiesta di accesso civico inoltrata per la esigenza di sentirsi parte del “dibattito pubblico” e di avere contezza delle scelte amministrative fatte, senza quindi la spinta della diretta tutela dei propri interessi giuridici (che si richiede quando si tratta di accedere ai documenti ex art. 22 della legge 241/1990), dovrebbe prima adire il giudice amministrativo per ottenere una sentenza favorevole a fronte dell'illegittimo silenzio mantenuto dalla PA e successivamente, in caso di eventuale risposta espressa negativa in ordine all'istanza di accesso, ricorrere nuovamente al TAR per avversare il diniego espresso. Potrebbe a questo punto ipotizzarsi che trovi qui applicazione il comma 3 dell'art. 31 c.p.a. sopra richiamato, per cui, a fronte dell'inerzia dell'amministrazione, il cittadino che intende intraprendere direttamente la strada processuale potrà chiedere non solo che venga dichiarata illegittima l'inerzia serbata dall'amministrazione, ma anche che il giudice si pronunci sulla fondatezza della istanza e quindi che il giudice, qualora ritenga che si tratti di attività vincolata, decida direttamente in merito all'istanza del richiedente e stabilisca se i documenti richiesti possano essere conosciuti ovvero che ordini all'amministrazione di fornire i dati e le informazioni richieste lasciando alla stessa amministrazione la tutela in concreto di eventuali informazioni riservate e/o segrete.

Seguendo tale soluzione dovrebbe, quindi, ritenersi, secondo il dettato del comma 7 dell'art. 5 richiamato, che in caso di impugnativa di diniego espresso, differimento o accesso parziale, il richiedente deve adire il giudice amministrativo invocando il rito dell'accesso previsto all'art. 116 c.p.a. (in quanto espressamente voluto solo per avversare decisioni esplicite), mentre in caso di silenzio dell'amministrazione/RPCT sull'istanza proposta può ricorrere al giudice amministrativo secondo il rito sul silenzio con la riconosciuta possibilità di chiedere una espressa pronuncia sulla fondatezza della pretesa.

Questa soluzione incontra, tuttavia, la difficoltà del dato letterale della norma, atteso che il rito dell'accesso è l'unico richiamato in maniera espressa per assicurare tutela alle ragioni dell'istante.

Va, infatti, considerato che avendo il legislatore previsto la possibilità di attivare il rito dell'accesso avverso la "decisione" dell'amministrazione competente o, in caso di richiesta di riesame, avverso quella del RPCT, dovrebbe considerarsi attratta sotto tale rito anche l'ipotesi di tutela avverso l'inerzia e cioè quando alcuna decisione è presa dall'amministrazione. Tale interpretazione è supportata da ulteriori considerazioni. In primo luogo la ricostruzione può trovare avallo nella considerazione della natura del diritto di accesso civico, come anche il *nomen iuris* evoca, quale diritto soggettivo riconosciuto ai cittadini tutelabile davanti al giudice amministrativo (sussistendo, peraltro, in materia la giurisdizione esclusiva), per cui, anche nel segnalato caso di inerzia, è ipotizzabile che l'interessato possa proporre un'azione di accertamento del diritto stesso senza che sia necessaria l'interposizione di un atto di rigetto tacito da impugnare. Dovrebbe, quindi, ritenersi che nel sistema sia consentita, nel caso in cui manchi una pronuncia espressa sull'istanza di accesso generalizzato, proporre un'azione di accertamento.

Come è noto, il rito in materia di accesso è costruito come rito impugnatorio, nel rispetto della regola generale che segna il processo amministrativo (il ricorrente chiede di annullare il provvedimento di rigetto esplicito ovvero il rigetto formatosi *per silentium* sull'istanza di accesso ai documenti, con azione proposta entro il termine di decadenza di 30 giorni). L'azione, tuttavia, presenta i caratteri di un giudizio di accertamento, in cui il giudice dispone di ampi e penetranti poteri cognitori (il ricorrente, infatti, chiede contestualmente l'accertamento del diritto a conoscere) ed è chiamato a valutare se sussistono i presupposti per l'ostensione degli atti richiesti. In definitiva, il giudizio in materia di accesso agli atti della P.A., pur seguendo il rito impugnatorio, non ne ha sostanzialmente la natura, ma si atteggia come rito rivolto all'accertamento della sussistenza o meno del diritto dell'istante all'accesso medesimo; esso è dunque un giudizio sul rapporto, come del resto si evince dall'art. 116, comma 4, del d.lgs. n. 104 del 2010, secondo cui "*il giudice, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione e, ove previsto, la pubblicazione dei documenti richiesti*".

Il giudice, in particolare, dispone di ampi e penetranti poteri cognitori ed esecutivi. Egli è, infatti, chiamato a verificare la sussistenza del titolo per l'accesso, ossia della situazione soggettiva giuridicamente tutelata e sottesa all'istanza fatta valere dal privato, alla luce dei parametri normativi e a prescindere dalla maggiore o minore correttezza delle ragioni addotte dall'amministrazione a giustificazione del diniego. Pertanto, l'eventuale carenza di motivazione del provvedimento impugnato non potrà determinare l'annullamento dell'atto per difetto di motivazione, ma imporrà all'organo giudicante di verificare direttamente la sussistenza dei presupposti di legge per ordinare l'esibizione degli atti richiesti. La particolare natura del rito e la sua differenza rispetto a quello ordinario caducatorio-impugnatorio può ravvisarsi, inoltre, nel diverso tipo di pronuncia finale, che è quella di condanna dell'amministrazione ad

un *facere* specifico, che si concretizza nell'ordine all'esibizione dei documenti di cui era stato chiesto l'accesso.⁹

La scelta del rito in materia di accesso dovrebbe essere, quindi, quella da preferire anche nella ipotesi di silenzio serbato dall'amministrazione.

A sostegno di tale interpretazione deve considerarsi, ancora, che la previgente disciplina dell'accesso civico, di cui alla originaria formulazione dell'art. 5 del d. lg. 33/2013 (che ancora non contemplava l'accesso civico generalizzato), pur non avendo previsto, a fronte dell'inerzia dell'amministrazione (registrata anche in sede di riesame) sull'istanza del cittadino, una ipotesi di silenzio significativo, aveva tuttavia ritenuto tutelabili le ragioni del richiedente con il ricorso al rito dell'accesso (art. 52, d. lg. 33/2013).

In tal senso, infine, si muovono anche le indicazioni operative dell'Anac, fornite con la determinazione n. 1309/2016 sopra menzionata, le quali in tema di tutela prevedono che *“in ogni caso, a fronte del rifiuto espresso, del differimento o dell'inerzia dell'amministrazione, il richiedente può attivare la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo, ai sensi dell'articolo 116 del codice del processo amministrativo”*.

Sebbene questa sembri essere la tutela processuale voluta dal legislatore, non possono non rilevarsi le criticità che anche il sistema così interpretato comunque pone.

In primo luogo, si pone la questione del termine per proporre ricorso ex art. 116 del d. lgs. 104/2010, tenuto conto che il comma 1 prevede che *“Contro le determinazioni e contro il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi, nonché per la tutela del diritto di accesso civico connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza il ricorso è proposto entro trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio, mediante notificazione all'amministrazione e ad almeno un controinteressato”*.

Non risultando prevista, come detto sopra, l'ipotesi di silenzio diniego, c'è da chiedersi da quando decorre il termine per la notifica del ricorso.

Come si evince dall'art. 116 citato il rito prevede che il termine dei 30 giorni vada calcolato a partire dalla formazione del silenzio. Questo termine, pur in mancanza dell'ipotesi di silenzio significativo nell'ambito della norma in tema di accesso generalizzato, dovrebbe farsi decorrere, comunque, dalla scadenza del termine per provvedere assegnato dall'amministrazione, in linea con la regola processuale applicabile al rito in tema di accesso.

L'altra questione che viene in evidenza assume maggior rilievo perché riguarda la decisione del giudice. Si tratta, infatti, di capire fino a che punto potrà spingersi il giudice quando, in accoglimento delle ragioni

⁹ F. Caringella – M. Giustiniani, *Manuale del processo amministrativo*- Dike Giuridica Editrice, 2016, pag. 693.

del ricorrente, dovrà ordinare un *facere* all'amministrazione e così garantire il "diritto a conoscere" dei cittadini.

Il giudice potrà o "dovrà" procedere a quella attività valutativa che l'amministrazione rimasta inerte avrebbe dovuto porre in essere "con la tecnica del bilanciamento caso per caso" sottesa alla istanza di accesso generalizzato?

Potrebbe soccorrere l'esperienza maturata dalla giurisprudenza amministrativa nel campo dell'accesso documentale, anche se, comunque, quello generalizzato appare per certi versi un accesso più ampio ma anche più "superficiale", risultando, peraltro, più ampio anche il potere attribuito all'amministrazione di intervenire nel senso di limitarlo, muovendosi sul piano della tutela degli interessi pubblici e privati individuati dalla norma.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in tema di accesso documentale ha affermato che *"L'accesso è collegato a una riforma di fondo dell'amministrazione, informata ai principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, che si inserisce a livello comunitario nel più generale diritto all'informazione dei cittadini rispetto all'organizzazione e alla attività amministrativa. Ed è evidente in tale contesto, che si creino ambiti soggettivi normativamente riconosciuti di interessi giuridicamente rilevanti, anche in contrapposizione tra di loro: interesse all'accesso; interesse alla riservatezza di terzi; tutela del segreto. Trattasi, a ben vedere, di situazioni soggettive che, più che fornire utilità finali (caratteristica da riconoscere, oramai, non solo ai diritti soggettivi ma anche agli interessi legittimi), risultano caratterizzate per il fatto di offrire al titolare dell'interesse poteri di natura procedimentale volti in senso strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante (diritti o interessi). Il carattere essenzialmente strumentale di tali posizioni si riflette inevitabilmente sulla relativa azione, con la quale la tutela della posizione soggettiva è assicurata. In altre parole, la natura strumentale della posizione soggettiva riconosciuta e tutelata dall'ordinamento caratterizza marcatamente la strumentalità dell'azione correlata e concentra l'attenzione del legislatore, e quindi dell'interprete, sul regime giuridico concretamente riferibile all'azione, al fine di assicurare, al tempo stesso, la tutela dell'interesse ma anche la certezza dei rapporti amministrativi e delle posizioni giuridiche di terzi controinteressati"*¹⁰.

Stante queste argomentazioni, va osservato che, in caso di silenzio dell'amministrazione serbato sull'istanza di accesso documentale, la decisione del giudice non pone particolari problematiche in quanto la stessa risulta delimitata dalla posizione legittimante del richiedente, dalle ragioni esposte nell'istanza e dall'interesse da tutelare. L'operato del giudice si muove, quindi tra i presupposti dell'accesso e la considerazione dei limiti previsti all'art. 24 della legge 241/1990.

Nel caso di accesso civico generalizzato, invece, a fronte dell'inerzia dell'amministrazione, il giudice chiamato a decidere non riceve indicazione alcuna dalla titolarità in capo al richiedente di una specifica

¹⁰Cons. St. ad. plen. 18 aprile 2006, n.6.

posizione giuridica tutelata dall'ordinamento (come per l'accesso documentale), se non l'indicazione generica che viene dal suo diritto alla trasparenza dell'attività amministrativa, garantito in via generale dall'ordinamento, nei limiti degli interessi pubblici e privati che devono essere tutelati in primis dall'amministrazione. Né può il giudice facilmente sostituirsi all'amministrazione nell'assicurare una tutela agli interessi previsti quali potenziali limiti del diritto a conoscere (si pensi, tra gli interessi pubblici da tutelare, alle ipotesi di conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento ovvero del regolare svolgimento di attività ispettive). L'attività decisoria del giudice, quindi, sembra porsi in termini diversi rispetto alla tutela dell'accesso documentale negato e in particolare rispetto ai diversi presupposti e limiti che caratterizzano l'accesso generalizzato.

In esito al ricorso proposto a tutela di quest'ultimo potrebbero, quindi, venire in evidenza due differenti ipotesi. In una prima ipotesi il giudice può trovarsi a decidere un ricorso riferito a una istanza rispetto alla quale, in ragione della natura dei documenti richiesti e di come la loro eventuale conoscenza impatta sull'esercizio dell'azione amministrativa, alla P.A. non è attribuita alcuna discrezionalità nel concedere o meno l'accesso, venendo, quindi, in gioco una attività vincolata. La seconda ipotesi concerne, invece, una richiesta di accesso rispetto alla quale l'attività dell'amministrazione non presenta i connotati della vincolatività ma piuttosto della discrezionalità, per cui in questo caso (rito permettendo...) più che ordinare l'ostensione, andrebbe ordinato all'amministrazione di provvedere rispetto all'istanza in ragione anche del limite generale previsto dall'art. 34 cpa, comma 2, secondo cui *"2. In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati"*.

In conclusione, a dispetto dell'interpretazione che potrebbe ritenersi più in linea con il dato normativo, a fronte dell'inerzia dell'amministrazione, la soluzione migliore sembrerebbe essere, piuttosto, quella di attivare il rito avverso il silenzio, tenuto conto dell'attività che l'amministrazione è chiamata a svolgere, degli interessi che è chiamata a tutelare e della situazione giuridica soggettiva di cui risulta titolare il *quisque de populo* (richiedente/ricorrente) non sempre facilmente paragonabile a quella del legittimato nell'accesso documentale.

Naturalmente sarà la giurisprudenza che si formerà in materia nei prossimi mesi a dipanare il groviglio che, per come visto, viene ora in rilievo esaminando il nuovo quadro normativo.