

rappresentative del potere legislativo e giudiziario — i rappresentanti del potere esecutivo sono ridotti da quattro a uno e quelli dell'accademia da quattro a due, passando da quattro professori di ruolo in materie giuridico-amministrative a due professori di ruolo in materie giuridiche.

Venendo, infine, al mutamento di funzioni si registra la più importante innovazione. Invariata la funzione di referto e di proposta si assiste ad una innovazione di tipo sistematico in relazione a quella di vigilanza e ad una innovazione sostanziale consistente nell'attribuzione di una nuova funzione giustiziale.

La innovazione sistematica è stata introdotta dal regolamento (d.P.R. 12 aprile 2006 n. 184 che ha sostituito ed abrogato il d.P.R. 27.6.92 n. 352).

Il relativo art. 11, infatti, riconduce al potere di vigilanza della Commissione ogni suo potere consultivo, così come ridefinito per adeguarlo alla mutata disciplina dei casi di esclusione dall'accesso e di sottrazione dall'accesso come elencati dalla novella nella nuova stesura dell'art. 24 della legge, senza peraltro introdurre innovazioni sostanziali. Rimane fissa, infatti, la previsione di parere, a richiesta del Governo, sul regolamento governativo che prevede i casi di sottrazione all'accesso e sulla predisposizione di normative comunque attinenti al diritto di accesso. Altresì fermo rimane il parere obbligatorio sugli atti delle singole amministrazioni che prevedono i casi di sottrazione dall'accesso “per finalità di coordinamento dell'attività organizzativa delle amministrazioni in materia di accesso e per garantire l'uniforme applicazione dei principi”. Viene, da ultimo, confermata la consulenza facoltativa sugli atti adottati dalle singole amministrazioni in materia di esercizio ed organizzazione del diritto di accesso.

Sempre in funzione strumentale alla vigilanza, l'ultimo comma dell'art. 11 conferma la vecchia disposizione relativa all'archivio degli atti limitativi dell'accesso prevedendone obbligatoriamente la trasmissione alla Commissione in via telematica, con norma pacificamente ritenuta applicabile anche agli enti territoriali in quanto attivazione del principio di leale collaborazione.

Alla stessa funzione di vigilanza il Regolamento del 2006 riconduce, (art. 11, comma 1, lettera b) anche il potere giustiziale nuovo conferito alla Commissione dal novellato art. 25 della legge, che costituisce la più importante innovazione introdotta dalla novella del 2005 con riguardo alla Commissione stessa.

Ad essa viene, infatti, attribuito, in parallelo con quanto accadeva già per il difensore civico (L. 340/2000, art. 15), il potere di decidere in via amministrativa i ricorsi contro i dinieghi di accesso, espressi o taciti, ed i relativi differimenti o limitazioni.

Entrambi i rimedi non sono né alternativi né condizionanti rispetto al rimedio giurisdizionale del ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale, come invece avviene per la CADA francese⁴ secondo lo schema tipico della ricorribilità del solo atto definitivo proprio anche del nostro sistema di giustizia amministrativa fino al 1971. Sono, invece, rimedi facoltativi ed aggiuntivi rispetto a quelli giurisdizionali, previsti in funzione deflattiva, in quanto offrono all'accendente un rimedio economico e spedito. Il ricorso, redatto in carta semplice e senza che sia necessario ministero di avvocato può essere, infatti, inoltrato, oltre che per raccomandata A.R. anche via fax o in via telematica (art. 12, comma 1° da d.P.R. 184/2006) e deve essere deciso entro trenta giorni, decorsi i quali il ricorso si intende respinto. L'accendente ha, in altri termini, la scelta fra adire immediatamente il T.A.R. o sperimentare prima la via amministrativa. In tale secondo caso il termine per il ricorso al T.A.R. decorre dal ricevimento dell'esito del ricorso amministrativo.

Il riparto di competenze fra difensore civico e Commissione avviene per tipo di amministrazione. Il primo, nell'originaria formulazione, aveva competenza per ambito territoriale in ordine ai ricorsi contro atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, con supplenza del difensore civico nell'ambito territoriale immediatamente superiore se quello dell'ambito inferiore non fosse stato istituito.

La legge finanziaria 2010 (l. 23.12.2009, art. 2 comma 180) ha, peraltro, soppresso la figura del difensore civico comunale e provinciale. Quello regionale rimane, pertanto, l'unico competente in materia di accesso ai documenti di enti territoriali.

Quid nel caso non sia stato istituito il difensore civico neanche a livello regionale? La *ratio* della normativa indurrebbe a pensare che la logica di supplenza che sposta la competenza fra difensori civici, in caso di totale assenza di tali organi di garanzia, devolga la relativa competenza alla Commissione, attesa la pregnanza del suo potere di vigilanza che ha per oggetto la piena attuazione di quell'accesso che costituisce principio generale dell'attività amministrativa ed attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione.

La tesi sopra svolta sembrerebbe trovare supporto anche nella linea interpretativa ampliativa fatta propria dalla Commissione, proprio in nome del potere di vigilanza sopra indicato, con riguardo alla affermata competenza in materia di ricorsi per l'accesso contro soggetti che a stretto rigore non possono qualificarsi amministrazioni centrali o periferiche dello Stato quali, ad

⁴ J. Rivero – J. Waline, *Droit Administratif*, 18° edizione – Dalloz, Parigi, 2000; Cons. Stato francese 19.2.82, Commaret, *Recueil Conseil d'Etat*, p. 78

esempio, Banca d'Italia, Università degli Studi, ordini professionali, Camere di commercio ecc.⁵. Si va, in effetti, facendo strada nell'attività della Commissione la tendenza ad affermare la propria competenza giurisdizionale nei confronti dei soggetti contemplati dall'art. 22, comma 1^o, lettera e) della legge 241/90 nel testo novellato, con la ovvia esclusione degli enti territoriali (e sempreché il difensore civico competente sia stato nominato).

Il ricorso alla Commissione viene maggioritariamente qualificato da dottrina e giurisprudenza come ricorso gerarchico improprio. La classificazione è sicuramente calzante in caso di rigetto del ricorso, in quanto in tal caso l'oggetto immediato dell'impugnativa al T.A.R. sarà la decisione negativa della Commissione, fornita all'uopo dalla necessaria legittimazione processuale⁶ (ferma naturalmente la possibilità, per il giudice amministrativo, di sindacare — ove ne ricorrono i presupposti — anche l'originario provvedimento impeditivo dell'accesso).

In caso di accoglimento del ricorso, peraltro, la Commissione non pronuncia un annullamento del provvedimento negativo impugnato, ma una dichiarazione di sua illegittimità che costituisce non già attività decisoria ma attività di controllo mediante motivato invito al riesame rivolto all'amministrazione. Di fronte a tale pronuncia l'autorità disponente può confermare entro trenta giorni il diniego con motivazione che tenga conto dei rilievi mossi dalla Commissione, (nel qual caso non resterà all'accedente che la via del ricorso al TAR) oppure prestare acquiescenza e consentire l'accesso.

Tale alternativa rappresenta, peraltro, lo sviluppo fisiologico del rapporto fra amministrazione e cittadino. Possono verificarsi, invece, due ipotesi patologiche: una conferma immotivata del provvedimento di diniego o un diniego espresso o tacito nonostante la mancata emanazione del provvedimento confermativo del diniego nei trenta giorni.

Nel primo caso il rimedio sembra essere, ovviamente, quello di un ricorso al TAR da decidersi con l'annullamento dell'atto confermativo sulla base del semplice rilievo del non aver l'amministrazione tenuto conto degli argomenti addotti dalla Commissione nella sua decisione⁷. Nel secondo caso, oltre all'ovvio rimedio della denuncia penale del funzionario responsabile per violazione dell'art. 328 c.p., sembra poter soccorrere ancora una volta il ricorso al TAR per elusione o inesecuzione di decisioni amministrative⁸ attesa la carenza di qualunque potere coercitivo in capo alla Commissione⁹.

Nel procedimento dinanzi alla Commissione la novella del 2005 ha, poi, inserito un sub-procedimento incidentale eventuale. Se l'accesso è stato

⁵ cfr Relazione per l'anno 2007.

⁶ T.A.R. Lazio, I, dec. 17.3.08 n. 2405.

⁷ T.A.R. Lazio, III ter, dec. 3.4.08 n. 2835.

⁸ F. Caringelli, R. Garofoli, M. T. Sempreviva, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Giuffrè 2007, 664.

⁹ W. Giulietti, op. cit., 789.

negato o differito per motivi inerenti ai dati personali che si riferiscono a soggetti terzi, la Commissione deve, infatti, chiedere parere al Garante per la protezione dei dati personali, che deve pronunciarsi entro un termine perentorio di dieci giorni, trascorso il quale il parere si intende reso.

Analoga previsione è dettata per procedimenti di competenza del Garante, quando un problema di accesso interferisca con il trattamento di dati personali.

I due subprocedimenti, benché logicamente speculari, sono diversamente disciplinati. Innanzitutto il parere che la Commissione rende al Garante è qualificato come “obbligatorio e non vincolante” mentre quello che il Garante rende alla Commissione è privo di ogni qualificazione. Ferma la obbligatorietà della richiesta, implicita nella formula “la Commissione provvede sentito il Garante”, sembrerebbe doversi desumere che il parere del Garante, se reso, sia vincolante per la Commissione.

Altra diversità della disciplina può rilevarsi nel termine assegnato per la resa del parere, trascorso inutilmente il quale l’organo decidente procede ugualmente. Tale termine è infatti di dieci giorni per il Garante e di quindici per la Commissione.

Altra differenza – difficilmente spiegabile – sta nel fatto che solo per il Garante e non anche per la Commissione la richiesta di parere sospende il termine per la pronuncia. La relativa lacuna è stata peraltro colmata (forse non del tutto legittimamente) dall’art. 12, comma 6, del d.P.R. 184/2006 il quale prevede che quando venga richiesto il parere del Garante, il termine per la decisione è prorogato di venti giorni.

La normativa, contenuta nel novellato art. 25 della legge 241/90 contiene, poi, una vistosa lacuna: i sub-procedimenti incidentali sopra descritti sono contemplati soltanto con riguardo alla Commissione per l’accesso e non anche con riguardo al difensore civico. Il che comporta una differenza di garanzie procedurali della quale è difficile scorgere la ragionevolezza. Né sembra soccorrere l’art. 12 comma 10 del d.P.R. 184/2006 che estende al difensore civico, in quanto compatibile, la relativa disciplina (che contempla anche il parere del Garante) per ovvio rispetto della gerarchia delle fonti.

3. in particolare: b) il procedimento dinanzi alla Commissione

Il procedimento dinanzi alla Commissione è minuziosamente regolato dal d.P.R. 184/2006, in particolare dall’art. 12, il quale prevede che il ricorso alla Commissione – proponibile sia dall’accedente che dall’eventuale controinteressato in caso di accoglimento dell’istanza di accesso – debba essere indirizzato alla Commissione per l’accesso nei termini di legge per raccomandata A.R. via fax o telematicamente e debba contenere – a pena di inammissibilità – le generalità del ricorrente, la sommaria esposizione dei fatti

e l'indicazione dell'indirizzo cui dovranno pervenire - anche via fax o telematicamente - le decisioni della Commissione.

Ad esso debbono essere allegati - sempre a pena di inammissibilità - il provvedimento impugnato (salvo, ovviamente, il caso di silenzio rigetto) e le ricevute dell'avvenuta spedizione (con raccomandata A.R.) di copia del ricorso ai controinteressati ove individuati già in sede di presentazione della richiesta di accesso.

Con riguardo ai controinteressati, il regolamento prevede anche che "ove la Commissione ravvisi l'esistenza di controinteressati non già individuati nel corso del procedimento, notifica ad essi il ricorso" per garantire l'integrità del contraddittorio.

Le sedute della Commissione, che non sono pubbliche, sono valide con la presenza di almeno sette componenti e le sue deliberazioni sono adottate a maggioranza dei presenti.

Le decisioni della Commissione sono di irricevibilità in caso di ricorsi tardivi, di inammissibilità in caso di ricorsi proposti da soggetti non legittimi o privi dell'interesse differenziato qualificante previsto dalla legge o privi dei requisiti e degli allegati di cui sopra; di accoglimento o di rigetto in ogni altro caso.

Il regolamento ha cura di precisare che la decisione di irricevibilità o di inammissibilità non preclude una riproposizione della richiesta di accesso e la proposizione del ricorso alla Commissione avverso le nuove determinazioni o il nuovo comportamento del soggetto che detiene il documento¹⁰.

Un problema di particolare delicatezza è quello della integrazione del contraddittorio con i controinteressati, cioè "i soggetti individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto che, dall'esecuzione dell'accesso, vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza" (art. 22, co. 7, lett. c) della legge 241/90 nel testo novellato).

Il regolamento del 2006 contiene in proposito tre norme non del tutto coordinate fra di loro, e cioè l'art. 12, 4^o comma lettera b), il quale prevede, come requisito di ammissibilità del ricorso, l'allegazione ad esso della prova della spedizione mediante raccomandata del ricorso ai controinteressati "ove individuati già in sede di presentazione della richiesta di accesso"; il precedente art. 3 il quale fa carico all'amministrazione acceduta, se individua soggetti controinteressati, di comunicare ad essi copia dell'istanza di accesso per consentire loro una motivata opposizione; l'art. 12 comma 5 che fa carico alla Commissione, che ravvisi l'esistenza di controinteressati non già individuati nel corso del procedimento, di notificare ad essi il ricorso.

Nonostante la presenza di una giurisprudenza assai concessiva nei confronti dell'accedente, che fa carico alla sola Amministrazione dell'obbligo di

¹⁰ Tale norma sembra doversi interpretare nei limiti consentiti da Cons. Stato Ad. Plen. 18.4.2006 n. 6, secondo cui è inammissibile un'istanza di accesso che reiteri puramente e semplicemente quella precedentemente respinta.

individuare e chiamare alla partecipazione al procedimento i controinteressati¹¹ la Commissione, dopo alcune iniziali oscillazioni, ha adottato la linea di interpretare la normativa in esame come se al posto del partecipio passato “individuati” dovesse leggersi l’aggettivo “individuabili”. In altri termini se l’individuabilità esisteva già al momento della presentazione dell’istanza di accesso, l’onere della notificazione del ricorso ai controinteressati ricade sull’accidente.

Se l’individuabilità si presenta dopo tale presentazione all’amministrazione, ad essa amministrazione competranno le relative comunicazioni ancorché la loro mancanza emerga in sede di procedimento dinanzi alla Commissione.

Se l’individuabilità emerge solo in sede di Commissione, ad essa spetteranno gli incombenti per l’integrazione del contraddittorio.

Stranamente non era previsto né dalle leggi né dal Regolamento l’onere della notificazione del ricorso all’amministrazione acceduta: tale lacuna è stata rilevata dalla Commissione che ha suggerito al Governo le necessarie modifiche normative¹². Il suggerimento è stato prontamente accolto e realizzato con l’adozione della norma di cui all’art. 8 della l. 18.6.2009 n. 69.

4. L’attività svolta dalla Commissione con particolare riguardo ai momenti più significativi. La fase iniziale dell’attività della Commissione è stata caratterizzata da una serie di iniziative destinate, in qualche modo, a caratterizzare l’attività degli anni successivi, e quindi anche quelle successive alle riforme del 2005.

Un primo impegno assunto su indicazione del Sottosegretario alla Presidenza *pro tempore* fu la redazione dello schema di Regolamento che, con poche modifiche, doveva diventare il D.P.R. 27.6.92 n. 352¹³.

Una seconda iniziativa fu quella di diramare circolari e direttive a tutte le Amministrazioni. Prima di esse quella sollecitatoria dell’invio dei regolamenti disciplinanti casi di esclusione dall’accesso, possibilmente su supporto magnetico, supporto propedeutico alla instaurazione di un archivio informatizzato dei regolamenti poi pienamente realizzato; quella sulla non soggezione al bollo delle copie rilasciate in sede di accesso e sulla trasmissione di uno schema tipo di regolamento come modello di tecnica redazionale per tutte le amministrazioni.

Una terza iniziativa fu quella editoriale che dette vita alla collana di volumi annuali identificata con il titolo “L’accesso ai documenti amministrativi”, contenente tutte le più rilevanti notizie relative all’accesso ed all’attività della

¹¹ T.A.R. Campania, sez. V, dec. 4.1.07 n. 39; Cons. Stato, VI, 25.6.07 n. 2954.

¹² Relazione per l’anno 2007.

¹³ cfr. Relazione per l’anno 1994.

Commissione e giunta oggi al tredicesimo volume, cui vanno aggiunti, da qualche tempo, degli aggiornamenti quadrimestrali¹⁴.

Una quarta iniziativa fu quella di monitorare mediante audizioni lo stato di attuazione della legge 7.8.1990 n. 241.

Furono quindi sentiti i rappresentanti designati da tutti i principali ministeri, interpellati numerosi Comuni e numerose Prefetture, invitate a segnalare i casi più ricorrenti e significativi di inosservanza della legge sull'accesso.

Il risultato, per la verità non molto incoraggiante, fu la constatazione che l'attuazione della legge sull'accesso appariva lontana dall'essere compiuta¹⁵.

Particolare importanza ebbe, naturalmente, la funzione consultiva.

Tra gli avvisi più rilevanti espressi in fase iniziale vi fu quello di ritenere che la Commissione – quale guardiano della trasparenza – fosse tenuta a rispondere a qualsiasi privato, anch'esso legittimato a richiedere pareri alla Commissione, così anticipando in qualche modo quella funzione giustiziale che doveva essere attribuita nel 2005¹⁶; quelli sulla accessibilità dei trattamenti economici tabellari dei pubblici dipendenti (con esclusione dei dati da cui si potesse risalire a notizie riservate, quali ad es. la cessione di una quota di stipendio) sulla inaccessibilità dei test psico-attitudinali¹⁷ e sui rapporti fra accesso ex lege 241/90 ed accesso ex lege 142/90.

Questo ultimo parere dette vita anche ad una direttiva in cui si precisava quanto segue: “Il termine cittadini, di cui all’art. 7 della legge sulle autonomie locali, deve essere interpretato nel senso che la speciale disciplina dell’accesso, ivi prevista, si applica solo ai cittadini residenti nella provincia o nel comune. Ciò in quanto solo l’appartenenza alla comunità locale, e la conseguente esigenza di controllo sulla gestione amministrativa degli interessi che coinvolgono gli appartenenti a quella comunità, può giustificare l’applicazione delle speciali disposizioni della legge 142/90 in tema di legittimazione all’accesso. Infatti, la legge n. 241/90 non circoscrive la titolarità del diritto di accesso ad una o più categorie di soggetti; “chiunque” può esercitarlo, a norma dell’art. 22; tuttavia ne consente l’esercizio solo in funzione della tutela di situazioni giuridicamente rilevanti. Invece la legge n. 142/90, riconosce il diritto solo ai cittadini (e non a “chiunque”) ma non prevede limiti sul piano dell’interesse, in quanto i cittadini possono accedere non solo ai documenti, ma anche alle informazioni in possesso degli enti locali per soddisfare qualunque tipo di interesse, quindi senza onere di motivazione.”

Entrambe le leggi, pertanto, prevedono dei limiti riguardo alla legittimazione all’accesso, ma ben diversi: la legge n. 241/90 in relazione all’interesse, la legge

¹⁴ Relazione per l’anno 2006.

¹⁵ Relazione per il 2000.

¹⁶ Relazione per il 1994.

¹⁷ Relazione per il 2001-2002.

n. 142/90 in relazione allo *status* di cittadino dell'ente locale¹⁸. Tale parere è tuttora tenuto fermo dalla Commissione nelle sue linee — guida nonostante un più restrittivo pronunciato dei giudici amministrativi, che richiedono anche per l'accesso del cittadino dell'ente locale una situazione legittimante analoga a quella prevista dalla legge 241/90¹⁹.

Ciò però avviene perché la tendenza giurisprudenziale di cui sopra non si è ancora consolidata.

La Commissione è, infatti, ben conscia di quale sia, nella scala dei valori, la gerarchia degli organi deputati a fornire giustizia nell'amministrazione e si adegua, quindi, alla giurisprudenza dei giudici amministrativi quando sia divenuta diritto vivente.

Nel quadro del potere di proposta al Governo, la Commissione, nella sua relazione alle Camere ed al Presidente del Consiglio per il 1994, così concludeva: “Come sottolineato più volte una delle funzioni primarie della Commissione, cioè la vigilanza sull'attuazione del principio di piena conoscibilità dell'attività della pubblica amministrazione (art. 27, quinto comma della legge n. 241/90), non può essere efficacemente esercitata soprattutto a causa della mancanza di adeguati poteri istruttori e sanzionatori o di impulso e sostituzione nei confronti delle amministrazioni inadempienti. Di qui la necessità di una riforma legislativa che, tenendo conto delle innovazioni intervenute a livello di normazione primaria, dopo l'elaborazione dell'originario testo normativo, elimini le incertezze della legge sia riconoscendo espressamente alla Commissione i poteri necessari per esercitare i compiti che le sono stati affidati, sia attribuendole un ruolo più incisivo modellato sulla figura dell'Authority, analogamente a quanto previsto per garantire l'attuazione di altre leggi di pari rilevanza”.

Tale proposta veniva puntualmente rinnovata — con scarso successo — in occasione della redazioni di tutte le successive Relazioni.

Uno dei problemi più delicati che la Commissione dovette affrontare fu quello del bilanciamento fra accesso e riservatezza: problema che, all'inizio, il legislatore del 1996 (L. 31.12.96 n. 675) aveva sbrigativamente risolto con un rinvio alla disciplina dell'accesso, che privilegiava la trasparenza, purché funzionale al diritto di difesa.

La Commissione rese in proposito alcuni importanti pareri. Si segnalano, in particolare quelli relativi all'accesso agli atti concernenti l'identità dei genitori biologici degli adottati²⁰.

¹⁸ Relazione per il 1995.

¹⁹ Cons. Stato, V, dec. 29.11.2004 n. 7773. Contra, TAR Lecce, sez. II, dec. 12.4.2005 n. 2067; TAR Marche Sez. I, dec. 3.4.2006 n. 101.

²⁰ Allegati alla Relazione per il 2003.

Attualmente, come è noto, il problema è risolto dalla articolata disciplina di cui all'art. 24, 7° comma della novellata L. 241/90 che contempla ben quattro gradi di relativa durezza e cedevolezza reciproche di trasparenza e riservatezza a seconda della importanza degli interessi a cui sono funzionali. L'art. 24 della legge 241 del 1990, modificato dalla l. n. 15 del 2005 afferma che “Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'art. 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale”.

Il diritto di accesso, quindi, necessario a curare o difendere interessi giuridicamente rilevanti, è sempre prevalente sulla riservatezza del terzo anche se si tratta di dati sensibili, a meno che non si tratti di dati supersensibili, ovvero quelli idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale del terzo. In questi casi, il responsabile del procedimento, in base ad una valutazione in concreto, potrà dare prevalenza al diritto di accesso solo se la situazione rilevante sia di rango almeno pari ai diritti dell'interessato²¹.

Altro delicatissimo problema che la Commissione dovette affrontare in seguito fu quello della propria competenza nei confronti delle autonomie locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione.

La soluzione adottata – tuttora valida – fu quella di ritenere che la Commissione conservasse la sua competenza al solo fine di sindacare il rispetto, da parte delle Regioni e degli enti minori, dei livelli minimi essenziali di trasparenza garantiti dalle leggi dello Stato, salva la introduzione di ulteriori e più pregnanti forme di garanzia sulle quali la Commissione non avrebbe avuto *os ad loquendum*.

Un ulteriore contributo non trascurabile della Commissione fu quello di proporre al Governo le linee ispiratrici di quella che – con riguardo all'accesso – doveva diventare la novella del 2005 ed ulteriore contributo è stato quello fornito in sede di sua prima applicazione.

E' noto, infatti, che alcune fra le più importanti innovazioni (tra cui quella che conferiva alla Commissione poteri giustiziali) avrebbero avuto effetto non già dall'entrata in vigore della legge, bensì dal giorno dell'entrata in vigore del nuovo Regolamento, sostitutivo del d.P.R. 352/92.

Orbene, l'*iter* formativo di quello che sarebbe stato il più volte citato d.P.R. 12.4.2006 n. 184 fu particolarmente lungo e complesso, soprattutto per quanto riguarda la sua applicabilità a Regioni ed Enti locali.

²¹ Sul punto, Cons. St., Ad. Plen., 4 febbraio 1997, n. 5; Cons. St., 16 maggio 2008, n. 2511; parere della Commissione del 16 ottobre 1998.

Esso entrò, quindi, in vigore soltanto il 2.6.2006, essendo stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 18.5.2006, ponendo alla Commissione una serie di problemi.

Innanzitutto quello organizzativo, che imponeva al Collegio di decidere i ricorsi entro trenta giorni pena la formazione di un silenzio rigetto poco o punto congruente con la sua missione di garante – anche giustiziale – della trasparenza.

In secondo luogo quello funzionale del destino da dare ai ricorsi pervenuti in data posteriore all'entrata in vigore della novella ma anteriore al 2.6.2006 e che, a stretto rigore, avrebbero dovuto essere dichiarati inammissibili.

Entrambi i problemi furono risolti nel senso della massima garanzia da fornire al cittadino e quindi il primo con una accelerazione dei tempi di convocazione della Commissione, che hanno assunto una cadenza inframensile, tanto che non risulta essersi mai formato, ad oggi, alcun silenzio-rigetto, il secondo attraverso l'*escamotage* di interpretare il ricorso inammissibile come richiesta di parere, come tale da prendere in esame al fine di consentire alla Commissione di esprimere un avviso idoneo ad orientare immediatamente in modo legittimo l'operato della Amministrazione²², in coerenza con quella vocazione di garante della trasparenza che la Commissione ha sempre osservato.

Dal punto di vista organizzativo è interessante notare che l'Ufficio di supporto della Commissione (Dipartimento per il Coordinamento amministrativo) ha completato l'informatizzazione a suo tempo iniziata.

Funzionano, infatti, a regime le banche dati che contengono gli archivi dei regolamenti, dei pareri e dei ricorsi e la Commissione è titolare di un proprio sito su internet.

Per concludere questo breve *excursus* sulla attività della Commissione, svolto, ovviamente, senza nessuna pretesa di completezza e volto solo ad accennare ai momenti più significativi della sua attività, sembra di poter cogliere un filo rosso che collega tutte le relazioni annuali al Parlamento ed al Presidente del Consiglio e che, da un lato, attiene ad una diagnosi sul grado di metabolizzazione del principio di trasparenza da parte della pubblica Amministrazione, dall'altro al grado di effettività dell'azione della Commissione.

Orbene, nell'arco di un quindicennio le “considerazioni conclusive” non sono molto cambiate con riguardo a questi due temi.

Se all'inizio la metabolizzazione era considerata insoddisfacente, all'attualità essa è valutata come non pienamente soddisfacente.

Quanto, poi, all'effettività dell'azione della Commissione nulla è cambiato rispetto alle sempre ripetute doglianze di carenza totale di ogni potere coercitivo nei confronti delle amministrazioni inadempienti.

²² Relazione per l'anno 2006.

5. *Natura giuridica della Commissione*

Sulla natura giuridica della Commissione è stato detto tutto ed il contrario di tutto, sia prima che dopo la novella del 2005. Già nel 1992 la sua configurazione giuridica veniva problematicamente descritta con i seguenti interrogativi: “organo temporaneo della Presidenza del Consiglio dei Ministri? Ufficio di diretta collaborazione con il Presidente del Consiglio? Struttura di raccordo fra Parlamento, Amministrazioni, Governo?”²³

All’indomani della novella del 2005 l’interrogativo si riproponeva in altra forma addirittura nel titolo di uno scritto di Simoncini che suonava provocatoriamente così: “La riforma della Commissione per l’accesso ai documenti amministrativi: crescita o aborto di un’autorità indipendente?”²⁴

Unico punto sul quale esiste una certa concordia di opinioni è che la sua composizione la rende in qualche modo più rappresentativa dello Stato-comunità che non dello Stato-apparato e che le funzioni che le sono attribuite postulano una posizione di imparzialità.

Il che comporterebbe come logica conseguenza la sua configurazione come Autorità indipendente²⁵. Istanza, questa, che fu avanzata dalla Commissione fin dal suo primo rapporto al Parlamento ed al Presidente del Consiglio.

Probabilmente la discrasia fra le funzioni attribuite alla Commissione e la sua veste formale deriva dal tempo trascorso fra elaborazione del disegno di legge da parte della Commissione Nigro (primissimi anni 80) che si ispirò, come sopra detto, alle suggestioni del modello francese ed all’*Ombudsman* e la data della sua approvazione da parte del Parlamento (inizio del decennio successivo) che tale ispirazione recepì.

Tale periodo di tempo, pur breve rispetto al respiro lungo della storia, fu, all’epoca, particolarmente significativo perché al momento dell’elaborazione di studio non erano ancora prepotentemente apparse sull’orizzonte delle istituzioni straniere da importare nel nostro ordinamento quelle Autorità indipendenti che tanto successo ebbero, invece, nel decennio successivo ed il cui modello era molto più congruente con le funzioni attribuite alla Commissione.

Purtroppo nemmeno la novella del 2005 ha saputo fare chiarezza, aumentando anzi, se mai, la confusione, in quanto alla introduzione di innovazioni che potenziano le caratteristiche di neutralità e paragiurisdizionalità delle funzioni attribuite alla Commissione si

²³ C. Biagini, *Brevi riflessioni sulla Commissione per l’accesso ai documenti amministrativi*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Vol. I, 157.

²⁴ www.astridonline.it

²⁵ In tal senso C. Gessa, in *Commento alla L. 241/90 (autori vari)* in *Prime note*, 1990, n. 10/11, 148.

accompagnano, contraddittoriamente, modifiche normative che ne depotenziano le caratteristiche di indipendenza ed imparzialità.

Nella prima direzione si muove la norma che attribuisce alla Commissione funzioni paragiurisdizionali o giustiziali con finalità deflattive del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo in materia di accesso e coerente con tale innovazione appare sia la modifica della composizione della Commissione che riduce da quattro ad uno i membri rappresentanti del potere esecutivo e da quattro a due i membri rappresentanti dell'accademia, lasciando invariata la rappresentanza dei poteri legislativo e giudiziario e la competenza alla loro designazione, con conseguente potenziamento delle caratteristiche di neutralità ed imparzialità della Commissione.

Del pari coerente con la finalità apparentemente così perseguita appare la norma che equiordina (anche se non completamente) la Commissione al Garante per la protezione dei dati personali (cioè ad una Autorità indipendente per tale pacificamente riconosciuta) in caso di interferenza fra i relativi procedimenti.

Nella seconda direzione si muovono, invece, contraddittoriamente, le norme che trasferiscono dal Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri la competenza per la nomina dei membri della Commissione ed incardinano la stessa nella struttura burocratica della Presidenza del Consiglio attribuendo ad un suo Dipartimento la funzione di supporto organizzativo per il funzionamento della Commissione ed al relativo Capo Dipartimento le funzioni di membro di diritto della Commissione.

Ancora: il supporto tecnico-scientifico della Commissione è assicurato da esperti nominati ai sensi dell'art. 29 della legge 23.8.88 n. 400.

In tale quadro sembra difficile ipotizzare una qualificazione della Commissione diversa da quella di organo della Presidenza del Consiglio dei Ministri, privo di ogni garanzia di indipendenza che non sia quella della provenienza e della designazione dei suoi membri di estrazione parlamentare, giudiziaria ed accademica e della onestà intellettuale delle persone fisiche che ne fanno parte.

La novella del 2005 è stata quindi la classica occasione mancata per una riforma coerente. Le buone intenzioni che la ispiravano sono rimaste a metà del guado, realizzate solo parzialmente e contraddette da innovazioni che si muovono in direzione opposta.

Nel concreto, gioverà, però, rilevare che nell'arco più che trilustre della sua attività la Commissione sembra aver sempre privilegiato interpretazioni estensive del diritto di accesso in coerenza con una funzione concepita come quella di garante del principio di trasparenza, come si confida di aver illustrato nel precedente paragrafo, e tutto ciò, sia detto per amore di verità, senza aver mai subito, da nessuno dei governi succedutisi dal 1991 ad oggi,

condizionamenti di alcun genere. E questo sia quando — come il più delle volte è accaduto — il Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, Presidente e membro di diritto della Commissione, premuto da più impellenti incombenze si disinteressava della Commissione, sia quando — più raramente (e meritoriamente) — ha ritenuto di presiederla con continuità ed effettività.

Nella realtà effettuale la Commissione, pur senza godere formalmente di piene garanzie di indipendenza e neutralità, ha, quindi, sempre svolto il suo compito in piena libertà e con imparzialità di giudizio.

Ciò di cui si è sempre doluta e continua a dolersi è, peraltro, la totale mancanza di quei poteri coercitivi, sostitutivi e sanzionatori necessari a rendere effettiva la funzione di vigilanza svolta in qualità di “cane da guardia della trasparenza”.

Basti pensare al caso emblematico (e non infrequente) dell'accoglimento di un ricorso cui non segue, nei trenta giorni dalla comunicazione all'amministrazione, una conferma motivata dal diniego da parte di quest'ultima, ma non segue nemmeno il consenso all'accesso che in questo caso, secondo l'ordinamento, sarebbe invece automaticamente consentito. La Commissione non ha alcun potere per imporlo e all'accidente non resta altra via che la denuncia penale ed il ricorso al T.A.R., restando così inutilizzato tutto il procedimento svoltosi dinanzi alla Commissione stessa.

Come già accennato precedentemente, anche di fronte alle più patenti violazioni del principio di trasparenza da parte delle amministrazioni, la Commissione ha, infatti, il solo potere di denunciare il fatto nel rapporto annuale al Parlamento ed al Capo del Governo.

Questo ricorda molto da vicino quanto è stato ironicamente scritto da un grande giurista inglese sul “*Council on Tribunals*”, collegio britannico privo di poteri coercitivi e definito, quindi, “cane da guardia che può abbaiare, ma non mordere”²⁶.

²⁶ W. Wade, *Administrative Law*, 6^o ed., Clarendon Press, Oxford, 915-916.

1.4 Relazione del Presidente di Sezione del Consiglio di Stato Salvatore Giacchetti

Il diritto d'accesso tra segreto d'ufficio e trasparenza "totale" (Lisbona permettendo)

Sommario

- 1- *Problemi generali del diritto d'accesso.*
- 2- *La preistoria del diritto d'accesso: il segreto d'ufficio. Il testo originario dell'art. 15 del dPR n. 10 gennaio 1957 n. 3.*
- 3- *Il testo attuale dell'art. 15 del dPR n. 3/1957, introdotto dall'art. 28 della legge n. 241/1990.*
- 4- *Il principio generale del diritto d'accesso, sancito dall'art. 22, comma 2, della legge n. 241/1990, come modificato dall'art. 10 della legge 18 giugno 2009 n. 69; i suoi limiti interni soggettivi, oggettivi e funzionali. Superdiritto o gigante dai piedi d'argilla? Diritto strumentale o bene in sé? L'attuale crisi del sistema.*
- 5- *I limiti esterni del diritto d'accesso: i segreti di Stato, istruttorio, professionale, scientifico o industriale. Gli appalti segreti dei dirigenti generali. La tutela della riservatezza.*
- 6- *Il reato di violazione del segreto d'ufficio: la sentenza 12 settembre 2009 n. 39706 della Corte di cassazione penale, Sezione VI, afferma la "imprescindibilità della previsione normativa degli atti che devono rimanere segreti", che sono pertanto tutti atti tipici, ed il principio che "tutto ciò che non è segreto è accessibile": perplessità circa l'esattezza della bipartizione stabilita da tale principio, che non prevede la specifica area della riservatezza.*
- 7- *L'accesso limitato previsto dalla legge 241/1990 e la trasparenza "totale", sancita dagli artt. 11 e 74 del decreto legislativo Brunetta 27 ottobre 2009 n. 150. La veemente reazione del Garante della protezione dei dati personali, anche in nome dei diritti fondamentali dell'UE alla riservatezza e alla tutela dei dati personali come recepiti dal Trattato di Lisbona del 2007.*
- 8- *La nuova testa di ponte dell'accesso nell'area della riservatezza stabilita dalla sentenza della Cassazione civile 9 luglio 2010 n. 16236, in nome del diritto d'inchiesta giornalistica. Da parte di chiunque? La pratica riaffermazione, per altra via, del principio che "tutto ciò che non è segreto è accessibile", già enunciato dalla Cassazione penale.*
- 9- *Esiste ancora la necessità che la legge n. 241/1990 rechi un'apposita disposizione sulla violazione del segreto d'ufficio?*
- 10- *Uno strano quartetto. La necessità di un salto di qualità del diritto d'accesso, da garanzia giustiziale ad interesse europeo in quanto fattore di produzione, con conseguente nuovo e più ampio ruolo della Commissione per l'accesso.*

1- Problemi generali del diritto d'accesso.

Oggi per gran parte di noi il diritto d'accesso ai documenti amministrativi è come una carta di credito, da tenere distrattamente nel proprio portafoglio giuridico, nell'eventualità che serva. Sembra ormai uno strumento scontato, quasi banale, senza problemi. Sembra. Ma invece è uno strumento che presenta molti problemi sia sul piano sistematico generale, sia sul piano

sistematico specifico dell'istituto, sia - di conseguenza - sul piano operativo concreto.

Sul piano sistematico generale il diritto d'accesso fa parte di un paniere di concetti - quali il segreto, il segreto d'ufficio (che con il segreto in senso stretto ha poco da spartire), la riservatezza, la trasparenza, il riutilizzo delle informazioni in possesso della pubblica amministrazione - che si presuppongono e si condizionano a vicenda, nel senso che ciascuno di essi tende naturalmente ad allargarsi a spese degli altri e si trova quindi in perpetuo equilibrio dinamico; concetti che quindi razionalmente dovrebbero essere inseriti in un sistema unitario che li comprenda armonicamente tutti in una disciplina omogenea e coordinata. Ma purtroppo ognuno di questi concetti ha una sua disciplina autonoma; il che dà luogo a gravi difficoltà interpretative perfino in relazione ai livelli essenziali delle prestazioni che le amministrazioni pubbliche sono tenute ad erogare ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione.

Sul piano sistematico specifico il diritto d'accesso, come diritto soggettivo, presenta singolari incongruenze che lo rendono da una parte molto potente e dall'altra molto fragile: un gigante dai piedi d'argilla.

Conseguenza pratica di tutto ciò è che sul piano operativo concreto esistono tuttora profonde incertezze applicative, come dimostrano alcune recenti sentenze della Cassazione ed una ancora più recente presa di posizione del Garante della *privacy*.

Per meglio mettere a fuoco l'analisi di questi tre piani è opportuno risalire per un momento allo statuto del 1848, che ha preceduto la Costituzione repubblicana.

2- La preistoria del diritto d'accesso: il segreto d'ufficio. Il testo originario dell'art. 15 del dPR n. 10 gennaio 1957 n. 3.

Lo statuto albertino del 1848 affermava: “*La persona del re è sacra e inviolabile*” e “*Al re solo appartiene il potere esecutivo*”; e così delineava la figura di un re tale anche “per grazia di Dio” e padrone assoluto del potere esecutivo, dato che - almeno nelle intenzioni originarie dello Statuto - non solo comandava “*tutte le forze di terra e di mare*” ma anche dichiarava la guerra e faceva trattati di pace, di alleanza e di commercio “*dandone notizia alle camere*” - bontà sua - “*tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato il consentano*”. In una situazione di questo genere andare ad ingerirsi negli affari di una pubblica amministrazione che risaliva a piramide alla persona del sovrano, in cui s'impersonava, costituiva una pretesa giuridicamente insostenibile di ingerirsi in una cosa altrui; pretesa non solo temeraria, perché ognuno delle cose sue può fare quello che crede, ma addirittura al limite della blasfemia, dato il preteso concorso divino nell'investitura del sovrano. Ne conseguiva che sull'attività amministrativa,

specie su quella ad alto livello, gravava - di fatto - un monolitico plumbeo segreto d'ufficio, con conseguente generalizzata esclusione del diritto d'accesso.

La successiva evoluzione costituzionale non comportò grandi modifiche. Il potere esecutivo, salvo modeste aree relative per lo più agli enti locali, ben presto in gran parte si trasferì - di fatto - dal re al governo e alle camere (è noto l'episodio di Vittorio Emanuele II, che per affermare la sua autorità disse a Cavour "Io sono il re"; e Cavour gli ribatté duramente "Il re sono io!"). Ma questa traslazione di poteri non ebbe alcuna significativa conseguenza sul segreto d'ufficio. La contesa politica era soltanto su chi il potere dovesse detenerlo; ma a questa contesa era estranea l'idea che il potere andasse condiviso con i pur *"amatissimi sudditi"*, come li definiva magnanimamente lo statuto, peraltro con una espressione in cui l'affettuosa levità del superlativo assoluto non riusciva a compensare la soffocante pesantezza del sostantivo, e che manifestava una mentalità analoga a quella che taluni stati mantengono nei confronti delle donne. In questo clima il codice Rocco del 1930, all'art. 326, tuttora vigente, previde espressamente che la violazione del segreto d'ufficio costituisse reato.

L'attuale Costituzione repubblicana ripudiò il termine "sudditi" sostituendolo con "cittadini", ai quali riconosceva la pari dignità sociale; ma quando poi si trattò di precisare, all'art. 98, i rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini si limitò ad affermare che i pubblici impiegati *"sono al servizio esclusivo della Nazione"*, concetto quest'ultimo per la verità piuttosto vago ed astratto, che aveva un senso nel risorgimento, quando forte era la pulsione verso l'unità etnica degli italiani in un unico Stato, ma che oggi - purtroppo - appare fuori moda, malgrado autorevolissime prese di posizione in contrario; e comunque l'art. 98 non ebbe all'inizio un seguito apprezzabile, perché una cosa è parlare di "Nazione", che non è un corpo organizzato con propri vertici, sicché nessun semplice cittadino può ritenersi legittimato ad agire in nome e per conto di essa, altra cosa è parlare di "cittadini" (e non più di "sudditi"), ciascuno dei quali ha una sua autonoma legittimazione ad agire. In pratica i "cittadini" restavano "sudditi" nei confronti della pubblica amministrazione; e questo senza neanche la consolazione di continuare a sentirsi "amatissimi". A dieci anni dalla Costituzione il dPR 10 gennaio 1957 n. 3, testo unico sul pubblico impiego, riaffermava ancora all'art. 15 il principio di un segreto d'ufficio generalizzato, la cui violazione da parte del pubblico impiegato poteva determinare - a parte le eventuali conseguenze penali - la perdita di parte dello stipendio e addirittura la decadenza dall'ufficio. La disposizione originaria così recitava:

"L'impiegato deve mantenere il segreto d'ufficio e non può dare a chi non ne abbia diritto, anche se non si tratti di atti segreti, informazioni o comunicazioni relative a provvedimenti