

L'inerzia della p.a. a fronte di richieste di accesso civico. Un nuovo rito per il silenzio-inadempimento?

Federica Lombardi

Oggetto del presente lavoro è costituito dal regime giuridico processuale applicabile al silenzio sulle istanze di accesso civico, questione su cui la giurisprudenza ha espresso opinioni divergenti. Dopo aver esaminato la normativa e la giurisprudenza, l'A., nell'avanzare una proposta che possa porre rimedio alle incertezze processuali connesse ad una normativa piuttosto oscura, evidenzia che l'ampiezza e i limiti della tutela del silenzio dipendono non tanto dal rito prescelto dal ricorrente quanto piuttosto dalla natura (discrezionale o vincolata) dell'attività valutativa della p.a. sull'istanza di accesso civico.

1. Premessa

Oggetto delle presenti brevi note è la tutela giurisdizionale avverso l'inerzia della pubblica amministrazione (d'ora in poi p.a.) a fronte di una richiesta di accesso civico.

Come è ben noto, il diritto di accesso, nel corso delle ultime decadi, è stato interessato da alcuni interventi normativi, che hanno affiancato a quello originario *ex art. 22 ss. della l. 7 agosto 1990, n. 241*¹, altri tipi di

(1) Sul diritto di accesso documentale si v., tra i vari, G. ARENA, *La trasparenza amministrativa e il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in Id. (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 15 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Diritto di accesso e interesse pubblico*, Napoli, Jovene, 2006; S. FIORENTINO, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dopo la legge 11 febbraio 2005 n. 15: nuove regole sostanziali e giurisdizionali*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 462 ss.; C.E. GALLO, S. FOÀ, voce *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., 2000; L. MAZZAROLLI, *L'accesso ai documenti della Pubblica Amministrazione. Profili sostanziali*, Padova, CEDAM, 1998; A. ROMANO TASSONE, *A chi serve il diritto d'accesso. Riflessioni sulla legittimazione e modalità di esercizio del diritto di accesso nella legge n. 241 del 1990*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 315 ss.; Id., *Considerazioni in tema di diritto d'accesso*, in *Scritti per E. Silvestri*, Milano, 1992, p. 442 ss.; A. ROMANO, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in Id. (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappi-

accesso, vocati a perseguire finalità differenti. Ci si riferisce, in particolare, al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, profondamente modificato dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, che ha regolamentato il diritto di accesso civico, distinto in *semplice*² e *generalizzato*³.

Queste tipologie di accesso, pur presentando vari elementi comuni, si differenziano per molteplici aspetti, tra cui figura anche la disciplina prevista in caso di inerzia della p.a.

Ed infatti, mentre all'inerzia sull'istanza di accesso la l. n. 241/1990 ha attribuito il significato di diniego (ovvero rifiuto, che dir si voglia)⁴,

chelli, 2016, p. 911 ss.; A. SANDULLI, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, p. 1061 ss.; M.A. SANDULLI, voce *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, Giuffrè, 2000.

(2) Sul diritto di accesso civico *semplice* si v., tra i vari, A. BONOMO, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in *questa Rivista*, 3-4, 2013, p. 725 ss.; E. CARLONI, *L'amministrazione aperta: regole strumenti limiti dell'open government*, Rimini, Maggioli, 2014, p. 162 ss.; G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 875 ss.; B. PONTI, *Il regime dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria: i tempi, le modalità e i limiti della diffusione; l'accesso civico; il diritto al riutilizzo* (artt. 4, 5, 7-9, 52 commi 2 e 3, 53), in Id. (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, Maggioli, 2013, p. 75 ss.; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 8-9, 2013, p. 795 ss.

(3) Sul diritto di accesso civico *generalizzato* si v. *ex multis*: P. FALLETTA, *Il freedom of information act italiano e i rischi della trasparenza digitale*, in *federalismi.it*, 23, 2016; G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *federalismi.it*, 1, 2017; Id., *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal 'FOIA Italia'*, in *federalismi.it*, 19, 2018; M. MAGRI, *La trasparenza "oltre il FOIA". Attualità e limiti del modello statunitense*, in G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Rimini, Maggioli, 2019, p. 89 ss.; F. MUZZI, *Brevi note sul diritto di accesso civico generalizzato. Riflessioni a margine di una recente sentenza del TAR Lombardia*, in *giustamm.it*, 6, 2018; M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2016, p. 593 ss.; S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) e il suo coordinamento con istituti consimili*, in *federalismi.it*, 23, 2016.

(4) Sulle varie ipotesi di silenzio e sulla loro distinzione v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base*, Napoli, Editoriale Scientifica, III ed., 2012, p. 825, il quale mette in rilievo che, in generale, è possibile distinguere «il silenzio-inadempimento dal silenzio significativo [e], all'interno di quest'ultimo distinguiamo le ipotesi di silenzio-rigetto, silenzio-rifiuto o silenzio-assenso». In merito al silenzio, il Consiglio di Stato, nel parere del 13/7/2016, n. 1640, reso sull'art. 17-bis l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 3, l. 7 agosto 2015, n. 124, sottolinea la «natura "patologica" e la valenza fortemente negativa che connota il silenzio amministrativo». Sul tema si v. anche A. DE CHIARA, *Effettività dell'obbligo di conclusione del procedimento e silenzio-rifiuto nella giurisprudenza dopo la legge 241/90*, in G. ARENA, C. MARZUOLI, E. ROZO ACUNA (a cura di), *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, Napoli, ESI, 2001, p. 149 ss.

nell'ipotesi in cui l'inerzia riguardi una richiesta di accesso civico si configura invece un mero silenzio-inadempimento⁵.

Il differente regime giuridico applicabile al silenzio nei due testi normativi in esame avrebbe dovuto essere tenuto in adeguata considerazione dal legislatore al fine di espressamente unificare o differenziare la tutela processuale prevista in caso di inerzia.

Tuttavia, a dispetto delle paventate aspettative, l'esame della normativa di riferimento restituisce un quadro regolativo tutt'altro che chiaro in cui la individuazione dell'azione da proporre per opporsi giudizialmente al silenzio a fronte di un'istanza di accesso civico costituisce una operazione per nulla agevole. Ciò in quanto, per un verso, l'art. 5, comma 6 e 7, d.lgs. n. 33/2013, si limita a disporre – senza menzionare espressamente l'ipotesi di silenzio – che contro «la decisione»⁶ della p.a. su una istanza di accesso civico è possibile proporre ricorso al Tribunale amministrativo regionale (d'ora in poi TAR) utilizzando il rito speciale dell'accesso, disciplinato dall'art. 116, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (d'ora in poi CPA)⁷; e, per altro verso, l'art. 116 CPA, applicabile anche in caso di silenzio, sem-

(5) L'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 33/2013, si limita a prevedere che «Il procedimento di accesso civico deve concludersi con provvedimento espresso e motivato nel termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza».

(6) Sulla nozione di decisione amministrativa si v. A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, Napoli, ESI, 2018, p. 19 ss., e L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 18 ss.

(7) Sulla tutela processuale del diritto di accesso si v. *ex multis*: A. CORRADO, *Il silenzio dell'amministrazione sull'istanza di accesso civico generalizzato: quale possibile tutela processuale*, in *federalismi.it*, 5, 2017, p. 2 ss.; Id., *Il giudice amministrativo e l'«effettività» della trasparenza amministrativa*, in G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano cit.*, p. 409 ss.; F. DINELLI, *Le sanzioni per le violazioni degli obblighi di pubblicazione e la tutela giurisdizionale dell'accesso civico*, in B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Rimini, Maggioli, 2016, p. 505 ss.; V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *federalismi.it*, 11, 2018, p. 2 ss.; M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *questa Rivista*, 2013, p. 425 ss.; N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, p. 605 ss.; V. TORANO, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, in *Dir. amm.*, 4, 2013, p. 789 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 349 ss.; G. TROPEA, *Forme di tutela giurisdizionale del diritto di accesso: bulimia dei regimi, riduzione delle garanzie?*, in *Il processo*, 1, 2019, p. 71 ss.

brerebbe non essere facilmente conciliabile con il regime processuale generale previsto per il silenzio inadempiuto (artt. 31 e 117 CPA)⁸. Per questa ragione, dopo aver proceduto alla indispensabile previa illustrazione della disciplina, da una parte, del silenzio nel caso delle varie tipologie di accesso e, da altra parte, della tutela processuale del diritto di accesso, si analizzerà la giurisprudenza amministrativa, la quale ha risolto in maniera tutt'altro che univoca la questione relativa al rito da applicare – se quello ex art. 116 o 117 CPA – nell'ipotesi di silenzio serbato innanzi a una istanza di accesso civico.

Lo studio si concluderà poi rassegnando alcune osservazioni critiche sull'elaborazione giurisprudenziale, provando infine ad avanzare una proposta ricostruttiva che possa porre rimedio alle incertezze connesse ad una normativa piuttosto oscura.

2. La diversa disciplina dell'inerzia della p.a. a fronte delle varie richieste di accesso: la peculiarità dell'accesso civico

Il diritto di accesso ai documenti amministrativi – come è noto – è disciplinato dagli artt. 22 ss. della l. n. 241/1990, ove lo stesso è qualificato come «principio generale dell'attività amministrativa, al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza» (art. 22, comma 2). Esso è riconosciuto soltanto ai «soggetti privati»⁹, 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» (art. 22, comma 1, lett. b).

Il procedimento di accesso finalizzato alla visione e alla estrazione di copia di un documento amministrativo ha inizio con la presentazione

(8) Sul giudizio ex artt. 117 e 31 CPA si v., tra i vari, G. CARLOTTI, *Spigolature attorno al termine annuale per la proposizione dell'azione avverso il silenzio*, in *Giur. it.*, 2013, p. 194 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni*, cit., p. 825 ss.; G. CORSO, *L'azione avverso il silenzio della pubblica amministrazione dopo il codice del processo amministrativo*, in *Studium iuris*, 2012, p. 997 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia* cit., p. 352 ss.

(9) L'art. 22, comma 1, lett. b), letto in combinato disposto con l'art. 22, comma 5, esclude dal campo di applicazione della l. n. 241 il caso in cui il richiedente l'accesso sia una p.a. Sul punto si v. S. FIORENTINO, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dopo la legge 11 febbraio 2005 n. 15: nuove regole sostanziali e giurisdizionali*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 462 ss., p. 470.

di una istanza motivata (art. 25, comma 2, l. n. 241/1990) rivolta alla «autorità competente a formare l'atto conclusivo o a detenerlo stabilmente» (art. 2, comma 2, d.p.r. 18 maggio 2006, n. 184) che si esprime sulla richiesta entro trenta giorni, con provvedimento motivato (art. 25, comma 3, l. n. 241)¹⁰. Tuttavia, decorso inutilmente il termine indicato, la istanza di ostensione si intenderà respinta, *ex art.* 25, comma 4, l. n. 241/1990.

Dal diritto di accesso documentale va distinto quello civico, che ha fatto ingresso nell'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 33/2013. Nella sua attuale versione, il diritto di accesso civico è disciplinato dall'art. 5, d.lgs. n. 33/2013, il quale, al primo comma, si riferisce all'accesso civico *semplice* – corrispondente al diritto di «chiunque» di richiedere la pubblicazione, qualora la stessa non sia stata effettuata o non sia stata correttamente realizzata, di informazioni, dati o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria –, mentre, al secondo comma, regola l'accesso civico *generalizzato* – ossia il diritto di «chiunque» di ottenere l'ostensione di dati e documenti ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria¹¹.

Il procedimento di accesso civico (*semplice* o *generalizzato* che sia) – disciplinato dall'art. 5, comma 3 ss., d.lgs. n. 33/2013 – ha inizio con la trasmissione alla p.a. di un'istanza, nella quale devono essere identifi-

(10) Se però la p.a. ravvisa la presenza di controinteressati, la stessa «è tenuta a dare comunicazione agli stessi» della richiesta di accesso, così da consentire loro, «entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione», di «presentare una motivata opposizione [...]». Decorso tale termine, la pubblica amministrazione provvede sulla richiesta» (art. 3, d.p.r. n. 184/2006). I soggetti controinteressati sono definiti dall'art. 22, comma 1, l. n. 241/1990.

(11) Le due tipologie di accesso sembrerebbero essere differenti soprattutto in relazione all'oggetto. Sul punto si v. E. SOTTILE, *La nuova tipologia di accesso civico: (finalmente) il pieno riconoscimento del diritto alla conoscibilità delle informazioni pubbliche*, in P. CANAPARO (a cura di), *La trasparenza della pubblica amministrazione dopo la Riforma Madia*, Roma, Dike giuridica editrice, 2016, p. 57 ss., p. 111; B. PONTI, *La trasparenza ed i suoi strumenti: dalla pubblicità all'accesso generalizzato*, in ID. (a cura di), *Nuova trasparenza*, cit., p. 25 ss., p. 44; e, in giurisprudenza, TAR Puglia, sez. II, 16 giugno 2017, n. 647; TAR Campania, sez. II, 5 maggio 2017, n. 850. Tuttavia, ad avviso dell'ANAC (determinazione 28 dicembre 2016, n. 1309, p. 7), dall'art. 5-bis, d.lgs. n. 33/2013, si evincerebbe invece che oggetto dell'accesso *generalizzato* possano essere anche le informazioni.

cati «i dati, le informazioni o i documenti richiesti», che può essere presentata da «chiunque»¹² e non deve essere necessariamente motivata¹³. Avviato il procedimento, la p.a. è tenuta – nel caso dell'accesso civico *semplice* – a pubblicare nel sito, entro trenta giorni dalla domanda, «i dati, le informazioni o i documenti richiesti e a comunicare al richiedente l'avvenuta pubblicazione [...], indicandogli il relativo collegamento ipertestuale» (comma 5).

Diversamente, nel caso di accesso *generalizzato*, la p.a. ha il dovere di trasmettere la richiesta di ostensione agli eventuali controinteressati (art. 5, comma 5)¹⁴ e di provvedere sulla stessa, comunicando, qualora sussistano i presupposti, i documenti o i dati domandati.

In entrambe le tipologie di accesso «il procedimento deve concludersi con un provvedimento espresso e motivato nel termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza» (art. 5, comma 6), la quale può essere accolta, rigettata o differita¹⁵.

(12) In merito alla legittimazione processuale del «chiunque» e alla possibile configurazione di una nuova ipotesi di giurisdizione oggettiva si v., tra i vari, G. GARDINI, *Il codice*, cit., p. 825 ss.; Id., *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, in G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano*, cit., p. 17 ss., p. 19 ss.; V. TORANO, *Il diritto di accesso civico*, cit.; M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza*, cit., p. 436 ss.; G. TROPEA, *Forme di tutela*, cit., p. 99 ss.; V. PARISIO, *La tutela*, cit., pp. 27-28.

(13) Riguardo alla motivazione dell'istanza di accesso di accesso civico generalizzato si v. C. TOMMASI, *Discrezionalità e vincoli nell'accesso civico generalizzato*, in G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano*, cit., p. 267 ss., p. 280 e p. 290. Si v. anche TAR Lazio, sez. II *bis*, 2 luglio 2018, n. 7326.

(14) I quali potranno presentare motivata opposizione entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione. In questi dieci giorni il termine per la conclusione del procedimento è sospeso (art. 5, comma 5, d.lgs. n. 33/2013).

(15) La richiesta di accesso non potrà essere rigettata ove sia possibile esercitare il potere di differimento (art. 5-bis, comma 4) e quest'ultimo, così come il rifiuto e la limitazione dell'accesso, dovranno essere motivati con riferimento ai casi e ai limiti stabiliti nell'art. 5-bis (art. 5, comma 6). Nell'ipotesi di diniego totale o parziale dell'istanza di accesso o di mancata risposta l'art. 5, comma 7 e 8, prevedono che il richiedente può domandare al RPCT (o, nel caso si tratti di Regioni e Enti locali, al difensore civico) il riesame della propria richiesta. Avverso la decisione del RPCT o del difensore civico il richiedente può proporre ricorso al TAR competente. La tutela amministrativa riservata al richiedente è espressamente estesa, a differenza della tutela giurisdizionale, anche al controinteressato che subisce un pregiudizio dall'accoglimento della istanza (art. 5, comma 9). A tal proposito si v. quanto osservato da M. DE DONNO, *La tutela del controinteressato nell'accesso civico generalizzato*, in G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano*, cit., p. 335 ss.; G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza*, cit., p. 8; G. TROPEA, *Forme di tutela*, cit., pp. 106-107.

L'inerzia della p.a. interpellata non è dunque qualificata dalla legge né come diniego, né come accoglimento, e sembra quindi configurare una ipotesi di silenzio-inadempimento¹⁶. Siffatta configurazione tuttavia non corrisponde a quella cui aveva pensato in un primo momento il legislatore delegato del 2016. Ed invero, lo schema del d.lgs. n. 97/2016, nella sua originaria stesura, prevedeva che l'eventuale silenzio della p.a. sulle richieste di accesso civico dovesse essere qualificato come diniego. Tale iniziale impostazione fu però oggetto di critiche da parte del Consiglio di Stato che, nel parere reso nel febbraio 2016, mise in evidenza che «una valorizzazione adeguata del diritto di conoscenza rende necessario, a fronte dell'attribuzione ai singoli cittadini del diritto di richiedere informazioni alle amministrazioni, il corrispondente obbligo di queste ultime di indicare gli eventuali motivi posti a base dell'eventuale diniego di accesso, conformemente a quanto accade nel FOIA statunitense, senza limitarsi alla laconica previsione "Decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta"»¹⁷.

In seguito al parere del Consiglio di Stato, anche le Commissioni parlamentari evidenziarono «la necessità di sostituire l'ipotesi del silenzio diniego con l'obbligo di adottare un provvedimento espresso e motivato in caso di rifiuto»¹⁸.

Nella sua attuale versione, l'art. 5, d.lgs. n. 33, per un verso, si limita a disporre, non diversamente da quanto stabilito dall'art. 25, comma 3, l. n. 241/1990, che il procedimento di accesso deve concludersi con un provvedimento espresso e motivato; ma, per altro verso, a differenza di quanto previsto dal comma 5 dello stesso art. 25, non qualifica l'inerzia della p.a. come silenzio-diniego. La mancanza di una piena corrispondenza tra il regime giuridico applicabile al silenzio sulle istanze di accesso documentale e quello riservato all'inerzia sulle richieste di acces-

(16) Sul punto si v. A. CORRADO, *Il giudice*, cit., p. 446.

(17) Cons. Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, par. 24 febbraio 2016, n. 515, pp. 39-40. Sul punto si v. anche il parere di Cons. Stato, n. 1640/2016 cit., nel quale viene osservato che «L'Amministrazione trasparente è un'Amministrazione che, ancor prima di rendere ostensibili ai cittadini dati e documenti, evita qualsiasi forma di opacità o di ambiguità, assumendo decisioni espresse. Il silenzio è, invece, antinomico alla trasparenza, perché rappresenta un comportamento "opaco" e non ostensibile».

(18) Così A. CORRADO, *Il silenzio*, cit., p. 4.

so civico ha determinato non pochi problemi ermeneutici, accentuati dalla previsione di una regolazione (almeno in apparenza) unitaria della relativa tutela processuale.

3. La tutela processuale del diritto di accesso

La tutela processuale del diritto di accesso (documentale o civico che sia) è affidata alla giurisdizione del giudice amministrativo e sembra interamente regolata dall'art. 116 del CPA.

La disposizione appena richiamata 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».

Il rito si conclude con l'adozione di una sentenza in forma semplificata con cui il giudice, qualora sussistano i presupposti, condanna la p.a. ad un *facere* specifico, ordinando «l'esibizione e, ove previsto, la pubblicazione dei documenti richiesti»¹⁹.

Ad una sommaria lettura del solo art. 116 CPA sembrerebbe che la disciplina relativa alla tutela processuale del diritto di accesso civico sia del tutto analoga a quella prevista per l'accesso documentale²⁰.

A ben vedere, però, la disposizione in parola, pur rivolgendosi a tutte le ipotesi di accesso e stabilendo la possibilità di proporre ricorso (non

(19) Così dispone l'art. 116, comma 4, CPA. Sebbene dal tenore letterale della disposizione gli unici atti di cui il g.a. può ordinare la pubblicazione o l'esibizione sembrerebbero essere i «documenti» e non anche i dati e le informazioni, la giurisprudenza interpreta la norma in parola in modo piuttosto elastico. A tal proposito si v., tra le tante, TAR Campania, sez. VI, 5 novembre 2014, n. 5671; TAR Calabria, sez. II, 12 novembre 2015, n. 1671; TAR Sicilia, sez. I, 8 gennaio 2018, n. 34.

(20) A ben vedere ciò è ricavabile anche dalla lettura di altre disposizioni, tra cui, l'art. 50, d.lgs. n. 33/2013 e l'art. 133 CPA, le quali dispongono che tutte «le controversie relative agli obblighi di trasparenza» sono disciplinate dal CPA (art. 50, d.lgs. n. 33/2013) e devolute, insieme a quelle riguardanti il «diritto di accesso ai documenti amministrativi», alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, comma 1, lett. a), n. 6). Tale ultima disposizione è stata però interpretata in senso restrittivo da una parte della giurisprudenza. Si v., a tal proposito, TAR Lombardia, sez. III, 3 marzo 2015, n. 615.

solo avverso il provvedimento espresso di diniego, ma anche) avverso il silenzio della p.a., non chiarisce se la espressione utilizzata («silenzio») identifichi il silenzio-rifiuto, il silenzio-inadempimento o entrambe le specie²¹. All'incertezza derivante dalla lacunosa formulazione dell'art. 116 CPA si aggiunge anche quella discendente dalla circostanza che, mentre l'art. 25, l. n. 241/1990 dispone che «in caso di diniego dell'accesso, espresso o tacito, o di differimento dello stesso ai sensi dell'articolo 24, comma 4, il richiedente può presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale» (comma 4) e che le relative controversie «sono disciplinate dal codice del processo amministrativo» (comma 5); l'art. 5, comma 7 e 8 del d.lgs. n. 33/2013, prevede invece che il richiedente l'accesso può presentare ricorso giurisdizionale innanzi al TAR competente ai sensi dell'art. 116 CPA avverso «la decisione»²² emanata dalla p.a. o dal responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RpCT)²³ in sede di riesame o, ancora, contro il provvedimento assunto dal difensore civico. La disposizione appena richiamata non fa quindi alcun riferimento alla eventualità che i soggetti menzionati non forniscano risposta alla istanza del richiedente.

Ben si spiega, dunque, la non sempre univoca ricostruzione della tutela processuale del diritto di accesso da parte della giurisprudenza, essa derivando indubbiamente dall'incompleta formulazione dell'art. 5, d.lgs. n. 33/2013 e dell'art. 116 CPA. Sembra, insomma, oggettiva la difficoltà di ricostruzione del regime giuridico applicabile alla tutela giurisdizionale in caso di inerzia della p.a.

(21) Sul punto si v. quanto osservato da V. PARISIO, *La tutela*, cit., p. 32.

(22) A ben vedere, nella nozione di decisione potrebbe essere ricompresa anche l'inerzia, qualora si aderisse alla tesi di chi, come A. DE SIANO, *Precedente giudiziario*, cit., p. 31-32, considera decisione «qualsiasi scelta del soggetto dotato di potere amministrativo, che di regola confluisce in un atto formale, sebbene non manchino casi in cui ad essa consegua una inerzia, che può essere significativa – la p.a. potrebbe scegliere di non provvedere perché consapevole che la sua volontà è conforme al significato (assenso o dissenso) attribuito dalla legge al silenzio – oppure no – la p.a. potrebbe scegliere di non dare corso ad una istanza pervenutale».

(23) Sul RpCT si v. A. CORRADO, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli, ESI, 2018, p. 19 ss.; M. LUCCA, *Il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza: ambiti di competenza e tutele*, in *Comuni d'Italia*, 2017, p. 43 ss.

4. Ricognizione degli orientamenti del g.a. sul rito applicabile in caso di silenzio sulla richiesta di accesso civico

Come si è appena riferito, si presenta particolarmente controversa la questione relativa alla tutela giurisdizionale prevista in caso di inerzia della p.a. sulle istanze di accesso civico.

Sulla scorta della rilevata incertezza normativa, la giurisprudenza si è mostrata tutt'altro che univoca nell'interpretare le disposizioni richiamate e (conseguentemente) nell'individuare il rito applicabile nel caso di ricorso avverso l'inerzia sulle richieste di accesso civico *semplice* o *generalizzato*.

Ed invero, secondo una parte della giurisprudenza, in caso di inerzia il rimedio esperibile sarebbe quello del ricorso avverso il silenzio – disciplinato dagli artt. 31 e 117 CPA –, destinato a concludersi: o con la (eventuale) declaratoria dell'obbligo di provvedere, oppure – qualora il sindacato del giudice riguardi un'attività amministrativa 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» (art. 31, comma 3, CPA) – con una pronuncia che valuti la fondatezza della richiesta²⁴.

Più nello specifico, il giudice amministrativo ha messo in rilievo che «in materia di accesso civico (disciplinata dagli artt. 5 e ss. del d.lg. n. 33/2013) contrariamente a quanto previsto nella disciplina sull'accesso ai documenti, a fronte del silenzio dell'amministrazione non si realizza una fattispecie di silenzio significativo di segno negativo (silenzio rigetto); l'art. 5 del decreto trasparenza impone, infatti, l'obbligo all'amministrazione di pronunciarsi con provvedimento espresso e motivato, per cui l'eventuale "silenzio" rappresenta "mera inerzia", una ipotesi di silenzio inadempimento che obbliga, quindi, il cittadino a rivolgersi al giudice amministrativo attivando il rito sul silenzio *ex art. 117 CPA* e, successivamente, in caso di diniego espresso ai dati o documenti richiesti, il rito sull'accesso *ex art. 116 CPA*»²⁵.

(24) In tal senso si v. anche TAR Lazio, sez. I, 28 luglio 2017, n. 9076.

(25) Così TAR Campania, sez. VI, 23 luglio 2018, n. 4913. In senso analogo si v. TAR Lazio, n. 9076/2017, cit.

A questa giurisprudenza si contrappone quella secondo cui anche laddove la p.a. sia inerte rispetto alla richiesta di accesso, sarebbe comunque applicabile il rito disciplinato dall'art. 116 CPA²⁶. Ciò comporterebbe, tra l'altro che, qualora l'azione avverso l'inerzia della p.a. venisse proposta oltre il termine decadenziale di 30 giorni dalla formazione del silenzio, il ricorso sarebbe irricevibile²⁷.

Dall'esame della giurisprudenza emerge dunque un quadro non proprio rassicurante dal quale si evince in maniera piuttosto nitida la incertezza circa il rito da applicare, la cui individuazione costituisce questione cruciale soprattutto in ragione del termine decadenziale entro cui esperire l'azione *ex art. 116* o *ex art. 117* CPA. Ed infatti, all'istante potrebbe essere preclusa la possibilità di ottenere giustizia in quanto questi, in considerazione delle disposizioni normative poco chiare e di una giurisprudenza piuttosto "ondivaga", ben potrebbe incorrere in errore circa il termine entro cui proporre ricorso²⁸; errore che, laddove non fosse ritenuto scusabile dal giudice amministrativo, si rivelerebbe fatale per la tutela dell'interesse sotteso all'istanza di accesso oltre che per la realizzazione di una p.a. effettivamente trasparente.

La scelta del rito, ad avviso della giurisprudenza maggioritaria, finisce altresì per influenzare i poteri di cui il giudice è dotato, soprattutto nel caso in cui si tratti di inerzia avverso le istanze di accesso *generalizzato*. Ed infatti, l'applicazione del rito disciplinato dall'art. 116 CPA fa sì che il giudice amministrativo, in caso di fondatezza del ricorso, normalmente condanni la p.a. ad esibire (o, nel caso di accesso civico *semplice*, a pubblicare le informazioni), i documenti o i dati richiesti²⁹. È stato a tal proposito messo in rilievo che a fronte di un silenzio maturato su una istanza di accesso civico *generalizzato* non si porrebbe «alcun proble-

(26) Si v. Cons. Stato, sez. VI, 25 giugno 2018, n. 3907. Si v. anche TAR Sicilia, n. 34/2018 cit.; TAR Puglia, n. 1344/2018. Parte della giurisprudenza giunge alla medesima conclusione qualificando addirittura l'inerzia come silenzio-diniego. In questo senso si v. TAR Sardegna, sez. II, 16 aprile 2015, n. 708 e TAR Puglia, sez. I, 18 ottobre 2018, n. 1344.

(27) TAR Lazio, sez. II *ter*, 18 dicembre 2018, n. 12333.

(28) La ipotesi prospettata corrisponde a quanto verificatosi nella fattispecie giudicata da TAR Lazio, n. 12333/2018, cit.

(29) Cfr. TAR Puglia n. 1344/2018, cit. e TAR Sicilia, n. 34/2018, cit.

ma di sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione o di violazione dell'art. 31, comma 3, cod. proc. amm., in quanto [...] nel caso di accesso civico generalizzato l'amministrazione destinataria della richiesta non dispone di alcun potere discrezionale circa l'accoglimento o meno della domanda, avendo già il legislatore stabilito a monte quali sono le categorie di documenti sottratti all'accesso civico»³⁰. Tale tesi, secondo la quale, quindi, a fronte di una istanza di accesso civico *generalizzato* l'attività della p.a. si configurerebbe sempre come vincolata è difficile da condividere. La questione riveste peraltro particolare rilevanza anche (e soprattutto) in ragione del fatto che «Nella sua applicazione giurisprudenziale, l'art. 116 CPA riserva al giudice amministrativo rilevanti poteri di accertamento, permettendo a quest'ultimo di prescindere dalla fondatezza delle ragioni addotte dall'amministrazione, e di valutare d'ufficio, ben al di là dei motivi evidenziati nel ricorso, se vi siano i presupposti previsti dalla legge per l'accesso, ammettendo l'integrazione della motivazione in corso di giudizio, proprio perché l'azione è volta ad accertare l'esistenza di un diritto nell'ambito della giurisdizione esclusiva»³¹.

La giurisprudenza che ritiene applicabile il rito del silenzio ha evidenziato invece che il giudice, in caso di fondatezza del ricorso, generalmente (e, dunque, ad eccezione delle ipotesi previste dall'art. 31, comma 3, CPA) non ordina l'esibizione (o la pubblicazione delle informazioni,) dei documenti e dei dati richiesti, ma si limita a condannare la p.a. a provvedere³².

(30) Così TAR Marche, sez. I, 18 ottobre 2018, n. 677. In senso contrario si v. TAR Emilia-Romagna, sez. II, 8 novembre 2018, n. 821 e TAR Lazio, n. 7326/2018, cit.

(31) Così V. PARISIO, *La tutela*, cit., p. 17. In senso analogo si v. altresì G. TROPEA, *Forme di tutela*, cit., p. 95.

(32) In questo senso TAR Lazio, n. 9076/2017, cit. Secondo questa giurisprudenza, qualora l'azione avverso il silenzio sia stata (erroneamente) presentata ex art. 116 CPA, ma l'oggetto delle doglianze sia identificabile nella «volontà di ottenere l'accertamento giudiziale dell'inadempimento dell'Amministrazione e la condanna della medesima a provvedere», il giudice anziché dichiarare inammissibile il ricorso proposto ai sensi dell'art. 116 CPA può comunque considerare che «il rito azionato sia proprio quello avverso silenzio», ritenere il ricorso ammissibile e condannare la p.a. a provvedere.

Insomma, sembrerebbe che la giurisprudenza interpreti in maniera piuttosto rigida gli artt. 116 e 117 CPA, facendo discendere dall'applicazione di una disposizione piuttosto che dell'altra poteri giurisdizionali differenti, ciò comportando una tutela altrettanto differenziata.

Accanto alla giurisprudenza appena richiamata figura però anche un recente orientamento del Consiglio di Stato che, esprimendosi in modo – a dir così – eccentrico rispetto alle pronunce fin qui riportate, ha inteso come non tassativi i poteri del giudice elencati nell'art. 116 CPA. Ed infatti, il Consiglio di Stato³³, nell'accogliere l'appello avverso una pronuncia del TAR Lazio (che aveva respinto il ricorso avente ad oggetto la impugnazione di un provvedimento di rigetto di una istanza di accesso civico *generalizzato*), anziché ordinare – come di regola avviene – l'esibizione dei documenti e dei dati richiesti, ha condannato la p.a. a «concludere la procedura di confronto con i potenziali controinteressati», precisando che la stessa avrebbe potuto «se del caso, tenere conto (mediante il parziale oscuramento dei dati) solo di eventuali specifiche ragioni di riservatezza dei controinteressati, puntualmente motivate e circostanziate, eventualmente ritenute meritevoli di protezione, ma con riferimento a profili diversi ed ulteriori rispetto a quelli già implicitamente superati dai vigenti obblighi di informazione dei consumatori». Da un'attenta lettura della sentenza si può ricavare come questa giurisprudenza abbia inteso in senso più «sfumato» la «specialità» dei poteri attribuiti dall'art. 116 CPA al giudice, non dovendo quest'ultimo, nel caso di fondatezza del ricorso, necessariamente ordinare l'esibizione dei dati e dei documenti richiesti, viceversa potendo anche adottare un provvedimento giurisdizionale di condanna rivolto a stimolare l'esercizio del potere amministrativo.

5. Osservazioni conclusive

Da quanto brevemente illustrato emerge che la giurisprudenza non è affatto concorde sul rito da utilizzare in caso di inerzia sull'istanza di accesso civico.

(33) Cons. Stato, 6 marzo 2019, n. 1546.

In proposito, parte della dottrina ha sostenuto che ritenere applicabile il rito speciale dell'accesso comporterebbe molteplici rischi, soprattutto qualora l'inerzia riguardi istanze di accesso civico *generalizzato*. Ed infatti, «Nel caso di accesso civico generalizzato [...] a fronte dell'inerzia dell'amministrazione, il giudice chiamato a decidere non riceve indicazione alcuna dalla titolarità in capo al richiedente di una specifica 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»³⁴. Questa sarebbe la ragione per cui, in considerazione «dell'attuale quadro normativo e delle problematiche processuali che i due riti pongono, la soluzione preferibile sembra essere quella di propendere per il rito avverso il silenzio, tenuto conto dell'attività valutativa 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 facilmente riconducibile a quella del legittimato nell'accesso documentale»³⁵. Nel caso di inerzia sulle istanze di accesso *generalizzato*, infatti, «il giudice amministrativo non dispone di quegli elementi essenziali (e contenuti tanto nella motivazione dell'istanza di accesso quanto nella motivazione del provvedimento) per poter accertare la fondatezza della pretesa azionata, rischiando così di infrangersi contro il limite di cui all'art. 34, comma 2 CPA, ai sensi del quale “in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”»³⁶.

Se ciò è vero, lo è altrettanto il fatto che la previsione di un regime giuridico differenziato per la tutela in tema di accesso – artt. 31 e 117 CPA in caso di silenzio-inadempimento e art. 116 CPA in caso di provvedi-

(34) A. CORRADO, *Il giudice*, cit., p. 454.

(35) Così, ancora, A. CORRADO, *op. ult. cit.*, p. 455. L'A. precisa che le medesime considerazioni sono estendibili all'accesso civico *semplice* (pp. 455-456).

(36) Così M. DE DONNO, *La tutela del controinteressato*, cit., pp. 371-372.

mento espresso – costituirebbe però un elemento di irragionevole complicazione³⁷.

È probabile che per evitare un'eccessiva (perché, come appena accennato, irragionevole) frammentazione del sistema della tutela processuale la soluzione da preferire sarebbe quella dell'applicabilità del rito dell'accesso pure in caso di inerzia, in considerazione (anche) della «specialità dell'art. 116 CPA, chiamato proprio a disciplinare appositamente ed esclusivamente le controversie in materia di accesso, e come tale destinato comunque a prevalere sulla disciplina generale del silenzio-inadempimento dell'art. 117 CPA»³⁸.

A ben vedere, i rischi connessi alla preferenza accordata al rito speciale dell'accesso paventati dalla dottrina ben potrebbero essere scongiurati attraverso un'applicazione giurisprudenziale dell'art. 116 CPA improntata maggiormente alla effettività e all'atipicità delle forme di tutela³⁹. La disposizione in parola offre difatti al giudice la possibilità di ordinare l'esibizione (oppure la pubblicazione delle informazioni), dei documenti o dei dati richiesti, ma soltanto qualora ricorrano i relativi «presupposti». Tali presupposti, mentre potrebbero essere ritenuti sussistenti dal giudice nel caso dell'accesso civico *semplice*, trattandosi di attività vincolata⁴⁰, non sarebbero invece ravvisabili nel caso dell'accesso civi-

(37) La tesi avente ad oggetto l'applicabilità dell'art. 116 CPA non appare peraltro in contrasto con le norme – art. 116, CPA e art. 5, comma 7 e 8, d.lgs. n. 33/2013 – relative alla tutela processuale dell'accesso. Ed infatti, come già visto, l'art. 116 CPA prevede che il rito speciale dell'accesso si applica anche «per la tutela del diritto di accesso civico connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza» e che «il ricorso è proposto entro trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del *silenzio*» (corsivo di chi scrive). La disposizione sembrerebbe potersi riferire a tutte le ipotesi di silenzio. A conclusioni analoghe si può giungere se si esamina l'art. 5, comma 7 e 8, d.lgs. n. 33/2013, secondo cui il richiedente l'accesso può presentare ricorso giurisdizionale innanzi al TAR competente ai sensi dell'art. 116 CPA avverso «la *decisione*» emanata dalla p.a. competente o dal RPCT (corsivo di chi scrive). In tal caso nella nozione di decisione ben potrebbe ricomprendersi anche l'inerzia della p.a., per le ragioni indicate *supra*, nella nota 22.

(38) Così V. PARISIO, *La tutela*, cit., p. 33.

(39) Così come è avvenuto, ad esempio, nella decisione di Cons. Stato, n. 1546/2019, cit.

(40) Nell'accesso civico *semplice*, come fatto notare, tra gli altri, da G. TROPEA, *Forme di tutela*, cit., pp. 76-77, l'attività della p.a. è vincolata e la situazione giuridica del richiedente è di diritto soggettivo. In senso analogo si v.: A. BONOMO, *Il Codice*, cit., p. 743, e C. CUDIA, *Pubblicità e diritto alla conoscibilità*, in B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza*, cit., p. 93 ss., p. 107. In giurisprudenza si v., *ex multis*, TAR Lazio, sez. III *bis*, 19 marzo 2014, n. 3014. Sul tema della na-

co *generalizzato*, l'attività della p.a. avendo, in questa ipotesi, caratteri discrezionali⁴¹.

Il limite che in quest'ultimo caso incontrerebbe il g.a. discenderebbe anzitutto dall'art. 31, comma 3, CPA, il quale, benché gli consenta di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa del ricorrente, subordina siffatta possibilità alla circostanza che si tratti 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». Tale disposizione, anche se formalmente rivolta al ricorso avverso il silenzio, pare poter «esondare» dai confini che la sua formulazione sembrerebbe imporre, costituendo, come evidenziato da autorevole dottrina, «una norma di portata sistematica e generale e non circoscritta all'ipotesi ivi specificamente contemplata», visto che «quando il “problema amministrativo” non è già stato definito altrove (perché il procedimento non si è svolto), al giudice non è consentito pervenire alla sua soluzione»⁴².

tura giuridica dell'accesso civico *semplice* si v. anche le diverse opinioni espresse da: M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza*, cit., p. 431; D.-U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *federalismi.it*, 5, 2016, p. 5; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza*, cit., p. 795 ss.

(41) Sul punto si v. S. VACCARI, *Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili: le nuove regole sulla trasparenza*, in *questa Rivista*, 4, 2017, p. 1021 ss., pp. 1034-1035, secondo cui nell'accesso civico *generalizzato*, a differenza che in quello civico *semplice*, «non si è al cospetto di un rapporto giuridico al cui interno si contrappongono diritti ed obblighi, bensì a una fattispecie strutturalmente differente ove al potere discrezionale si contrappone un interesse legittimo». Secondo altra parte della dottrina, l'attività della p.a. è discrezionale solo nel caso in cui venga in rilievo uno degli interessi-limite di cui ai primi due commi dell'art. 5-bis, d.lgs. 33/2013. In questo senso si v. G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza*, cit., p. 15-16, e M. SAVINO, *Il FOIA italiano*, cit., p. 599; C. TOMMASI, *Discrezionalità e vincoli*, cit., p. 280. Sulla questione si v. anche A. CORRADO, *Il silenzio*, cit., p. 15. Strettamente connesso a quello della qualificazione dell'attività è il tema della (incerta) natura del diritto di accesso civico *generalizzato*, in merito alla quale si v. G. GARDINI, *L'incerta natura della trasparenza* cit., p. 62; ID., *La nuova trasparenza*, cit., p. 9 ss.

(42) COSÌ A. ROMANO TASSONE, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, I, Napoli, Editoriale scientifica, p. 460 ss., p. 473. Negli stessi termini si è espresso A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un fare. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2018, p. 175 ss., p. 243 ss. Sul tema si v. anche V. PARISIO, *La tutela*, cit., p. 33, per la quale «anche nel caso dell'art. 116 CPA, l'ordine all'amministrazione di provvedere incontra dei limiti naturali, derivanti dall'impossibilità di imporre un “fare” manifestazione di poteri discrezionali (esattamente come nell'ipotesi del silenzio-inadempimento, di cui all'art. 117 CPA)». Tale opinione parrebbe

Il suddetto limite ai poteri del g.a. discenderebbe altresì dall'art. 34, comma 2, CPA, che impedisce al giudice di pronunciarsi con riferimento a poteri non ancora esercitati. Quest'ultima disposizione è stata infatti utilizzata dalla giurisprudenza per escludere la condanna all'emanazione di provvedimenti discrezionali e, dunque, per affermare l'ammissibilità della relativa azione solamente con riguardo all'attività vincolata⁴³. E così, alla luce di quanto osservato, si può quindi concludere che un'applicazione del rito dell'accesso che tiene conto dei su indicati limiti consentirebbe la 'nascita' di una sorta di nuova azione sul silenzio-inadempimento⁴⁴, sottoposta ad un termine decadenziale breve (30 giorni), una volta proposta la quale il g.a., ai fini della risoluzione della controversia, dovrà accertare la natura dell'attività della p.a.: nel caso in cui sia vincolata sarà possibile ordinare l'esibizione (o la pubblicazione delle informazioni), dei dati o dei documenti richiesti; qualora l'attività sia discrezionale – come nel caso dell'accesso civico *generalizzato* – il giudice, appurato l'inadempimento, potrà (soltanto) condannare la p.a. ad adottare un provvedimento espresso e motivato.

Tale soluzione, oltre a restituire unitarietà al sistema di tutela predisposto per il diritto di accesso e a seguire i "suggerimenti" del Consiglio di

peraltro trovare fondamento nell'art. 34, comma 1, CPA, il quale prevede: alla lett. b) che il giudice «b) ordina all'amministrazione, rimasta inerte, di provvedere entro un termine»; e, alla lett. c), che «L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio» (comma 1, lett. c).

(43) In giurisprudenza, tra le varie, si v. Cons. Stato, 16 febbraio 2011, n. 996; TAR Veneto, 16 dicembre 2016, n. 1380. Questa giurisprudenza è stata oggetto di critica ad opera di P. CERBO, *Il divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in P. CERBO (a cura di), *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, Lecce, Libellula, 2019, pp. 57 ss., p. 62, il quale ha osservato che «molto spesso l'art. 34, comma 2, CPA è stato richiamato per affermare l'impossibilità per il giudice di assumere scelte connotate da discrezionalità amministrativa o comunque di compiere valutazioni riservate all'amministrazione: tuttavia, a rigore, entrambe le 'esigenze' sono già salvaguardate dalla previsione dell'art. 31, comma 3, CPA, senza necessità di far riferimento al divieto in esame». Sul tema si v. altresì M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 67 ss., e M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in B. GILBERTI (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Napoli, Giapeto editore, 2019, p. 275 ss.

(44) F. DINELLI, *Le sanzioni*, cit., pp. 530-531.

Stato⁴⁵ e dell'ANAC⁴⁶, sembrerebbe inoltre la scelta più prudente per il ricorrente, il quale non si esporrebbe al rischio di una pronuncia di irricevibilità.

Alla luce delle brevi considerazioni svolte pare dunque che l'ampiezza del sindacato giurisdizionale sull'inerzia della p.a. prescinda dalla questione dell'applicazione di un rito piuttosto che dell'altro⁴⁷: a ben vedere, tale ampiezza sembra dipendere non dal rito prescelto, ma dalla qualificazione dell'attività della p.a. come vincolata o discrezionale.

In altre parole, il vero ostacolo all'ordine di esibizione dei dati o documenti richiesti è costituito dalla esistenza di margini di discrezionalità in capo alla p.a.⁴⁸.

Al giudice sarebbe quindi consentito di pronunciarsi in favore della suddetta esibizione di dati e documenti indipendentemente dal rito utilizzato, ma solo se vi è attività vincolata, il che ad avviso di parte della giurisprudenza ricorrerebbe non solo nell'ipotesi dell'accesso civico *semplice*, ma anche – ciò che non appare condivisibile – nell'ipotesi dell'accesso civico *generalizzato*⁴⁹.

(45) Ci si riferisce al parere del Cons. Stato n. 515/2016, cit., nel quale il Collegio «suggerisce di ridurre al minimo necessario, in tutti i profili sopra descritti, l'impatto derogatorio (già rilevante in termini di legittimazione e presupposti dell'accesso) rispetto alle disposizioni procedurali previste per l'accesso ordinario dalla legge n. 241 del 1990, in quanto compatibili».

(46) Autorità che, nelle linee guida n. 1309/2016, cit., sostiene che «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» (p. 33). Le linee guida in parola costituiscono, come messo in rilievo da C. TUBERTINI, *Unità e autonomia nelle politiche per la trasparenza*, in G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano* cit., p. 63 ss., p. 80, un fondamentale parametro di riferimento, sia per i cittadini che per la p.a. Sulla natura delle linee guida dell'ANAC si v.: F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 381 ss.; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 273 ss.

(47) A tal proposito viene osservato che tra i vari elementi di diversità figurerebbe, come sostenuto da V. PARISIO, *La tutela* cit., p. 32, il fatto che solo nel giudizio *ex art. 117 CPA* «il giudice può nominare un commissario "ad acta"». Tale osservazione non tiene però conto del fatto che tale potere è attribuito in generale al g.a. dall'art. 34, comma 1, lett. e), CPA.

(48) In questi termini, sebbene in relazione a fattispecie diversa, si esprime TAR Campania, 7 marzo 2017, n. 1307.

(49) Così TAR Marche, n. 677/2018 cit.

In definitiva, a causa di una normativa poco chiara e a dispetto della oramai piuttosto copiosa giurisprudenza, una qual certa oscurità continua ad avvolgere tanto la natura del potere amministrativo da esercitarsi in caso di istanza di accesso civico (*semplice* o *generalizzato* che sia), quanto la scelta del relativo rito da utilizzare in caso di silenzio: sarebbe dunque auspicabile, più che una nuova modifica legislativa, un intervento in sede nomofilattica da parte del Consiglio di Stato⁵⁰, il quale potrebbe assicurare un sistema di tutela effettivo e di conseguenza contribuire alla realizzazione di una p.a. (realmente) aperta e trasparente.

(50) Sul potere nomofilattico si v. P.G. CIRILLO, *La nozione di nomofilachia*, in *Giur. amm.*, 2012, p. 253 ss.; A. DE SIANO, *Precedente giudiziario*, cit., in particolare p. 41 ss.; E. FOLLIERI, *Nomofilachia e certezza del diritto con particolare riferimento al Consiglio di Stato*, in *Ars interpretandi*, 2, 2015, p. 103 ss.; C. LAMBERTI, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 4, 2013, p. 976 ss.; R. RORDORF, *Nomofilachia e motivazione*, in AA.VV., *Libro dell'anno del diritto*, Roma, Istituto dell'enciclopedia italiana, 2012, p. 659 ss.