



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE E DELLA COMUNICAZIONE

*Corso di Dottorato di Ricerca in Scienze del linguaggio,
della società, della politica e dell'educazione*
Curriculum "Scienze della Comunicazione"
XXXIII CICLO

IL NUOVO DIRITTO ALLA TRASPARENZA NEL RAPPORTO TRA CITTADINO E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Filippo Fimiani

Tutor:
Chiar.mo prof. Virgilio D'Antonio

Tesi di Dottorato di Ricerca di
Graziano Lardo (Matricola n. 880140003)

Anno Accademico 2020-2021

INDICE

INTRODUZIONE	Pag. 5
CAP. 1 IL CONCETTO DI TRASPARENZA. ASPETTI ORDINAMENTALI E PROFILI COMPARATIVISTICI DELL’OPEN GOVERNMENT”	Pag. 8
CAP. 2 IL DIRITTO DI ACCESSO NEL QUADRO COSTITUZIONALE VIGENTE	Pag. 18
2.1 Premessa.....	Pag. 18
2.2 Il diritto di accesso nel rapporto con il principio di buon andamento.....	Pag. 19
2.3 Il diritto di accesso come attuazione del principio di imparzialità.....	Pag. 27
2.4 Il diritto di accesso come attuazione del diritto costituzionale all’informazione.....	Pag. 30
2.5 Il diritto di accesso come attuazione del principio di trasparenza.....	Pag. 33
2.6 Il diritto di accesso come livello essenziale delle prestazioni di cui all’articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione e il principio costituzionale di eguaglianza	Pag. 35
CAP. 3 LE DIVERSE TAPPE DEL PERCORSO NORMATIVO SULLA TRASPARENZA: IL DIRITTO DI ACCESSO TRA SPUNTI CRITICI E RIFLESSIONI	Pag. 41
3.1 Dall’accesso ai documenti, all’accesso alle informazioni.....	Pag. 42
3.2 Dal diritto di accesso alle informazioni all’obbligo di pubblicazione dei dati.....	Pag. 43
3.3 La “generalizzazione” dell’accesso.....	Pag. 45
3.4 Spunti critici e problematiche applicative della riforma “generalista”.....	Pag. 49
3.5 Limiti normativi all’accesso civico.....	Pag. 53
CAP. 4 ASPETTI ATTUATIVI E VINCOLI ALL’ACCESSO CIVICO	Pag. 67
4.1 Premessa: accesso civico generalizzato e tutela della privacy.....	Pag. 67
4.2 L’accesso civico generalizzato (introdotto dal D.Lgs. 97/2016) e l’articolo 5-bis del D.Lgs. 33/2013.....	Pag. 73

4.3 I primi orientamenti del Garante per la privacy.....	Pag. 78
4.4 La posizione del Garante per la privacy sulla questione della sindacabilità delle “finalità” dell’istanza di accesso civico generalizzato e delle “effettive motivazioni” dell’istante.....	Pag. 81
4.5 I diversi orientamenti circa l’ammissibilità di un sindacato sulle “effettive motivazioni” dell’istanza di accesso civico generalizzato.....	Pag. 84
4.6 Sull’ “abuso” del diritto di accesso civico generalizzato.....	Pag. 94
4.7 La posizione della giurisprudenza amministrativa	Pag. 97
4.8 Il giudizio di ponderazione degli interessi contrapposti ai sensi dell’art. 5-bis, comma 2, del D.Lgs. 33/2013.....	Pag. 100
4.9 Le potenzialità applicative dell’accesso civico con oscuramento dei dati personali...	Pag. 105
4.10 Le valutazioni del pregiudizio concreto. Principi di necessità, proporzionalità, pertinenza e non eccedenza e dimensione organizzativa del titolare.....	Pag. 110
CAP. 5 CASI E MATERIALI GIURISPRUDENZIALI.....	Pag. 115
5.1 L’accesso agli atti degli enti locali: il principio di pubblicità degli atti (art. 10 d.lgs. n. 267/2000). Il diritto di accesso dei consiglieri comunali (art. 43 d.lgs. n. 267/2000)...	Pag. 115
5.2 L’accesso ai dati presenti nell’Anagrafe Tributaria e l’accesso in corso di causa (CdS Adunanza Plenaria Adunanza Plenaria 25 settembre 2020 nn. 19, 20, 21).....	Pag. 118
5.3 La dilazione del termine ad impugnare atti di procedure di gara di appalto in caso di istanza di accesso (CdS - Adunanza Plenaria 2 luglio 2020 n. 12)	Pag. 120
5.4 L’applicabilità dell’accesso generalizzato agli atti di gara di appalto e le modalità di esame delle istanze di accesso (CdS - Adunanza Plenaria 2 aprile 2020 n. 10).....	Pag. 121
5.5 La pubblicazione dei dati reddituali dei dirigenti pubblici.....	Pag. 123
5.6 Il percorso logico-giuridico seguito dalla Corte Costituzionale, le fasi propedeutiche e le indicazioni dell’ANAC.....	Pag. 127
5.7 I riflessi pratici ed applicativi della sentenza della Corte Costituzionale n. 20/2019...	Pag. 140

CAP 6 I RIMEDI ALL'ACCESSO NEGATO	Pag. 149
6.1 Limiti e i controinteressati nelle diverse forme di accesso.....	Pag. 149
6.2 I rimedi rispetto all'accesso documentale negato.....	Pag. 154
6.3 I rimedi rispetto all'accesso civico generalizzato negato.....	Pag. 156
6.4 Il ricorso gerarchico improprio ex d.P.R. 1199/1971 quale efficace strumento giudiziale	Pag. 158
6.5 L'effetto deflattivo svolto dalla Commissione per l'accesso ai documenti.....	Pag. 160
CONCLUSIONI	Pag. 168
BIBLIOGRAFIA	Pag. 172

INTRODUZIONE

Pochi istituti giuridici hanno subito, negli ultimi venti anni, una serie notevole di interventi normativi e giurisprudenziali come li ha subiti la materia della “trasparenza amministrativa”.

Intorno ad essa si sono cimentati autorevoli studiosi sia nel campo sociologico, della comunicazione e della informazione e sia, soprattutto, nel campo giuridico.

Per essa si sono adoperati il legislatore europeo, il Governo ed il parlamento italiano (a più riprese e, spesso, nel corso del tempo, in maniera contraddittoria e antitetica) nonché i diversi livelli amministrativi locali attraverso l'utilizzo degli strumenti statutari e regolamentari (spesso utilizzati non in maniera impeccabile).

Diverse commissioni di studio hanno elaborato sistemi e modelli più o meno all'avanguardia, e la produzione giurisprudenziale, soprattutto quella amministrativa, è stata davvero copiosissima, tanto da meritarsi, nel corso del tempo, il frequente intervento “nomofilattico” dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Si tratta, invero, di un argomento delicatissimo che coinvolge aspetti della vita dei cittadini nel rapporto che vivono quotidianamente con le amministrazioni pubbliche e, proprio per questo, molto avvertito dalla politica, dalle istituzioni, dai mass media e dai movimenti di opinione.

Aggiungasi, poi, che quello della trasparenza amministrativa è diventato ancor di più un tema rispetto al quale, negli ultimi anni, si è progressivamente manifestata una crescente attenzione da parte dei nostri Governi, in quanto che è emersa preponderante anche la necessità di offrire adeguate risposte alla

pressione esercitata dall'opinione pubblica a seguito del diffondersi di corruzione e illegalità all'interno delle amministrazioni pubbliche, tanto da richiedere interventi in grado di assicurare un più elevato tasso di democraticità e legalità al sistema istituzionale ed in particolare all'attività della pubblica amministrazione stessa, attraverso il tentativo di introdurre più elevati standard di trasparenza e pubblicità.

Di qui, allora, l'esigenza di dover implementare maggiori e più incisive forme diffuse di controllo sull'operato della pubblica amministrazione (tema sempre più centrale nel dibattito politico quotidiano), in favore del riconoscimento di più ampie forme di tutela in grado di superare le logiche, finora prevalenti, della segretezza e riservatezza dell'azione dei pubblici poteri.

Ciò nella sempre più emergente e diffusa consapevolezza che la trasparenza del potere fosse diventato, ormai, un connotato indefettibile delle democrazie moderne ed una priorità non più negoziabile.

Le scelte operate dal legislatore italiano negli ultimi decenni, perciò, si iscrivono appieno, almeno nelle intenzioni, all'interno di questo contesto di riferimento. Il suo impegno è stato sempre improntato alla costruzione di un modello di trasparenza sempre più vicino a quello già sperimentato con successo in numerosi paesi occidentali a "democrazia avanzata" in particolare modo al FOIA (*Freedom of Information Act*) degli Stati Uniti d'America.

Oggetto del presente lavoro, dunque, è stato quello di analizzare l'attuale modello italiano di trasparenza amministrativa, attraverso lo studio e l'approfondimento, in chiave critica, della cospicua produzione normativa che si è susseguita nel corso degli ultimi anni.

In particolare, il lavoro si è soffermato maggiormente sui diversi strumenti mediante i quali "il diritto alla trasparenza" dei cittadini può trovare

la sua pratica realizzazione, ossia sulle diverse forme di accesso agli atti, ai documenti ed alle informazioni prodotte e/o detenute dai pubblici poteri, nonché sui relativi mezzi di effettiva loro tutela, con la chiara e conclusiva finalità di andare a verificare se, allo stato, detti strumenti siano davvero in grado di assicurare la piena affermazione del principio di “democrazia aperta e trasparente”.

Capitolo 1

Il concetto di trasparenza. Aspetti ordinamentali e profili comparatistici dell'”open government”

La trasparenza, da tempo, è diventata la parola d'ordine di molteplici riforme in atto a livello nazionale e sovranazionale.

Il principio della trasparenza, secondo una certa tradizione, a partire dall'esperienza svedese del Freedom of the Press Act del 1766, ha, col tempo, incluso un numero sempre maggiore di istituti.

Esso ha avuto la propria ragione d'essere nella sempre attuale tentazione dei poteri pubblici di non rivelare informazioni in proprio possesso, nonché di potere ottenere in maniera occulta informazioni sui cittadini, se pure per ragioni di interesse pubblico e di sicurezza.

Nell'esplicazione pratica del principio si innesta anche il ruolo decisivo della tecnologia. Infatti nel corso degli ultimi anni i dati relativi alle informazioni si sono definitivamente emancipati dal documento cartaceo come forma privilegiata, e proprio la forma elettronica ne ha consentito l'aggregazione, il controllo e l'elaborazione. Si è assistito, così, a nuove opportunità di acquisire conoscenza rendendo possibile, al tempo stesso, anche il fenomeno di raccolta e di gestione di un numero in passato impensabile di informazioni ad opera di grandi operatori, anche privati, con possibili rischi per la riservatezza.

Storicamente, su un piano più generale, mediante il concetto pratico della trasparenza, si è voluta affermare un'istanza di apertura delle informazioni pubbliche. Agli organismi che esercitano “poteri pubblici” viene chiesto, cioè, di porre a disposizione della collettività l'enorme patrimonio

conoscitivo in suo possesso, anzitutto perché si coglie come esso, sebbene formalmente assegnato all'amministrazione-soggetto, sia in primo luogo un bene della collettività.

Alla luce di questo principio, le istituzioni sono chiamate a fornire ai cittadini dati e informazioni sulle decisioni adottate, sul proprio operato, ma anche semplicemente su quanto è a loro disposizione o per l'esercizio delle proprie funzioni o in ragione della loro esistenza e della loro configurazione.

Le funzioni della trasparenza sono perciò plurime. In primo luogo le informazioni permettono un controllo diffuso sull'amministrazione da parte dei cittadini. In secondo luogo la trasparenza opera per il miglioramento dell'amministrazione, in particolare sotto i profili dell'efficienza e dell'imparzialità e, in terzo luogo, le informazioni consentono ai cittadini di acquisire informazioni ad essi utili (termini dei procedimenti, documentazione da produrre).

L'affermazione e l'intreccio di queste diverse finalità, oltre a produrre diversi fenomeni interessanti nel campo delle applicazioni innovative sviluppate attraverso la creazione di piattaforme tecnologiche per la diffusione e la circolazione dei dati, ha favorito, sul piano culturale, la creazione del *civic sentiment* di legittimazione nei confronti delle istituzioni, la democratizzazione del rapporto tra cittadino e amministrazione, l'accrescimento della fiducia dei cittadini nei poteri pubblici, favorendo il loro coinvolgimento nel cambiamento organizzativo.

Oggi, in maniera molto diffusa nelle democrazie occidentali, il principio della trasparenza si è tradotto, sul piano istituzionale e organizzativo pubblico, nel modello di "open government" traducibile come "governo aperto".

Con questa formula si fa riferimento all'idea che il potere debba essere esercitato anzitutto in maniera "aperta" nei confronti dei cittadini, e quindi trasparente, ma che debba essere anche "aperto" agli apporti che dai cittadini stessi possono essere offerti, e quindi lasciare spazio alla partecipazione ed alla cooperazione. L'apertura si ritiene possa consentire ai cittadini maggiore conoscenza e quindi potere, con una conseguente redistribuzione dello stesso.

Il modello *open* mira, infatti, a porre al centro del sistema il dialogo tra autorità, potere e cittadini sia sotto il profilo dell'organizzazione che delle procedure e delle attività poste in essere con la conseguenza, in altri termini, che il modello gerarchico e verticale sinora prevalente sia stato gradualmente sostituito da un modello orizzontale e partecipativo a mezzo del quale anche il processo decisionale sia l'esito del dialogo e della collaborazione tra amministrazioni e privati.

A conferma di questa visione è intervenuta anche una importante pronuncia della Corte di Giustizia Europea¹ che ha confermato che *l'open government* riguarda il rapporto dei cittadini con la pubblica amministrazione attraverso una nuova e moderna visione che tende a superare il paradigma della pubblica amministrazione impostata gerarchicamente e lontana dai cittadini.

Alla nuova visione si è approdati anche perché, nel corso del tempo, è stato sempre più sentito il problema del deficit democratico, in particolare sotto il profilo della legittimazione dell'operato dell'amministrazione: ciò in quanto il potere esecutivo, a causa dell'interventismo proprio del *welfare state*, ha

¹ Decisione CGE sul caso C-39/05 P Svezia e Turco/Consiglio, nel quale si afferma che l'apertura garantisce all'amministrazione una maggiore legittimazione e una effettività e responsabilità nei confronti dei cittadini di un sistema democratico.

esteso funzioni e influenza pubblica, senza un'adeguata compensazione attraverso il controllo del potere legislativo o giudiziario².

L'approccio all'*open government*, così, si è concretizzato in breve tempo in molti ordinamenti, favorito anche dal fatto che le tecnologie si sono diffuse repentinamente in tutti i paesi e per loro mezzo gli ordinamenti sono sempre più facilmente raffrontabili, in quanto problemi e soluzioni sono comuni e comunicanti.

D'altronde le Nazioni Unite, fin dal 2010, con un rapporto sullo stato dell'E-Government nel mondo, aveva già avuto modo di raccomandare l'adozione di modelli amministrativi "open", controllandone, peraltro, anche la diffusione mediante la redazione di un rapporto biennale³: Del pari anche i documenti dell'OCSE che vi fanno riferimento, sono stati sempre più numerosi nel corso dell'ultimo decennio.

Tuttavia, tra tutti i modelli sperimentati nei diversi paesi che hanno intrapreso questa direzione, il "motore" delle politiche di open government è stato sicuramente l'ordinamento statunitense. Infatti per andare alle radici dell'espressione open government generalmente si risale al rapporto dell'avvocato statunitense Harold Cross⁴ del 1953 che certamente influì sulla successiva redazione del FOIA (Freedom of information act) del 1966⁵,

² Si pensi, in riferimento al potere legislativo, all'eccessivo ricorso alla legislazione delegata e al sempre maggior numero di norme di esecuzione e attuazione provenienti dall'esecutivo.

³ L'ultima edizione disponibile, 2014, *United Nations E-Government Survey 2014. E-Government for the future we want*, http://unpan3.un.org/egovkb/portals/egovkb/documents/un/2014-Survey/E-Gov_Complete_Survey-2014.pdf.

⁴ *The People's Right to Know: legal Access to Public Records and Proceedings*, commissionato dall'ASNE (American Society of Newspaper Editors).

⁵ Sulla legislazione americana, nella letteratura italiana, si veda G. Arena, "La legge sul diritto alla informazione" e la "pubblicità degli atti dell'Amministrazione negli Stati Uniti, PD, 1978; G.F. Ferrari, "L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti

proposto dal Presidente Johnson con il voto larghissimo del congresso e del Privacy act del 1974. In quest'ultimo documento è stato infatti particolarmente sottolineato il legame tra la nozione di governo aperto e l'accesso pubblico a documenti prima riservati, con la convinzione che *l'apertura* possa essere la migliore assicurazione che un governo agisca nell'interesse pubblico.

Nell'alveo di questo principio è stato fatto rientrare anche il successivo riconoscimento dell'apertura al pubblico delle riunioni delle amministrazioni pubbliche⁶.

La vera svolta, però, si è avuta più di recente, quando il Presidente degli Stati Uniti d'America Barack Obama, nel dicembre 2009, ha adottato una Direttiva sull'open government⁷, alla quale ha fatto seguito il Memorandum Open Government Directive, indirizzato alle amministrazioni. Trattasi di vere e proprie novità, rappresentate dalla circostanza che, sulla matrice della trasparenza, si siano innestati i principi di partecipazione e collaborazione, declinati attraverso la tecnologia. L'attuazione di tali indirizzi si è poi concretizzata con la creazione di un sito internet "*data.gov*" sul quale sono rinvenibili le informazioni rese disponibili dagli enti governativi statunitensi in formato aperto.

anglosassoni" in "L'accesso ai documenti amministrativi", a cura di G. Arena, Bologna, 1991, 117 ss.; G. Gardini, "Legislazione federale e legislazione statale in materia di procedimento amministrativo: l'esperienza degli Stati Uniti", in Reg. gov. loc. 1992.

⁶ Government in Sunshine act del 1976.

⁷ Il testo della Direttiva affermava che "*fin dove è possibile e sottostando alle sole restrizioni valide, le Agenzie devono pubblicare le informazioni on line utilizzando un formato aperto (open) che possa cioè essere recuperato, soggetto ad azioni di download, indicizzato e ricercato attraverso le applicazioni di ricerca eb più comunemente utilizzate. Per formato open si intende un formato indipendente rispetto alla piattaforma, leggibile dall'elaboratore e reso disponibile al pubblico senza che sia impedito il riuso dell'informazione veicolata*".

A livello europeo, invece, l'evoluzione dell'open government è stata un poco più articolata, dal momento che non vi è stata una strategia definita come quella statunitense, ma un approccio più globale.

Un importante punto di riferimento è costituito senz'altro dall'articolo 1 del Trattato sull'Unione Europea, ove si afferma che (si fa riferimento al testo inglese perché preferisce il termine "open" a "trasparenza") "*decision are taken as openly as possible to the citizen*" e l'articolo 15 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea "*Eu's institutions shall conduct their work as openly as possible*"

Stando ai più recenti sviluppi, la nozione di "apertura" può essere esaminata a partire dall'adozione del Libro bianco sulla Governance europea del 2001⁸, nonché dalla raccomandazione 19 (2001) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla "*Partecipazione dei cittadini alla vita pubblica a livello locale*", in cui si incentivano gli enti degli Stati ad adottare le ICT per la trasparenza e il dialogo con il cittadino, e dalla successiva comunicazione del 2002⁹.

La successiva "*Dichiarazione aperta sui servizi pubblici europei*" del novembre 2009, proveniente da associazioni ed organizzazioni di cittadini, in cui si invoca una maggiore partecipazione, ha influito sulla dichiarazione di Malmoe dello stesso anno che, sebbene non fosse un atto normativo, ha testimoniato come non si potesse ignorare l'istanza di partecipazione dei cittadini rispetto all'attività ed alle decisioni pubbliche.

⁸ COM(2001) 428.

⁹ "*Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione*" in COM 2002 704.

Due anni dopo è stato, poi, adottato, il “*Piano d’azione europeo sull’E-Government*”¹⁰ e, quasi contestualmente, la Comunicazione della Commissione su “*Open data: un motore per l’innovazione, la crescita e una governante trasparente*”¹¹.

In verità, dal punto di vista storico, l’area scandinava è stata sempre considerata «la culla del diritto di accesso» alle informazioni: discipline in materia di accesso sono state adottate dapprima in Finlandia nel 1951, poi in Danimarca e Norvegia nel 1970.

Nell’Europa continentale i primi paesi a disciplinare l’istituto dell’accesso mediante approvazione di nuove leggi sono state: la Francia nel 1978, la Grecia nel 1986, l’Austria nel 1987 ed, infine, l’Italia nel 1990. Leggi modellate sul FOIA sono state adottate in Olanda, dapprima nel 1980 e poi nel 2005, in Spagna nel 1992, in Portogallo nel 1993, in Belgio nel 1994, in Irlanda nel 1997, nel Regno Unito nel 2000, in Svizzera nel 2004, in Germania nel 2005, in Russia nel 2009 e in molti paesi dell’Europa orientale a partire dagli anni novanta.

Allo stato attuale, sempre nell’Unione Europea, il diritto d’accesso ai documenti delle istituzioni europee è disciplinato dalle disposizioni dei Trattati (art. 255 del Trattato CE e ora art. 15 del TUE) e dalla Carta dei diritti fondamentali (art. 42) e le modalità e le condizioni di esercizio del diritto d’accesso sono definite dal Regolamento n. 1049 del 2001.

Il 18 giugno 2009 è stata aperta alla firma degli Stati membri e all’adesione degli Stati non membri e di qualsiasi organizzazione internazionale la Convenzione sull’accesso ai documenti ufficiali.

¹⁰ In <http://europa.eu/digital-agenda/en/european-egovernment-action-plan-2011-2015>.

¹¹ COM(2011)882 in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0743:FIN:EN:PDF>.

Inoltre, a livello europeo, l'open government trova una sua ulteriore e compiuta dimensione normativa nella più ampia *Agenda digitale europea* che, poi, è tradotta, a livello nazionale nell'*Agenda digitale italiana*.

In Italia, la costruzione del concetto di "open government" si è basata essenzialmente su tre parole chiave: *trasparenza, partecipazione e collaborazione* che sono, sostanzialmente, le stesse utilizzate dal Governo statunitense e comunemente accolte come le più appropriate per definire questa politica. Anche in Italia, l'affermazione di esso concetto sul piano pratico, ha dovuto necessariamente basarsi sulla evoluzione della tecnologia informatica e sulle ICT.

Emblematico, in tal senso, è il CAD (Codice dell'Amministrazione Digitale approvato con D. Lgs. n. 82/2005) che, per un verso, disciplina gli strumenti di base che si applicano all'amministrazione e, per altro verso, costituisce un manuale di tutte le possibili applicazioni pubbliche all'informatica. Più in particolare l'articolo 15 del CAD fa transitare attraverso l'informatizzazione sia la riorganizzazione strutturale e gestionale e sia la razionalizzazione e la semplificazione dell'amministrazione.

Nell'ambito di questa evoluzione tecnologica, che ha sostanzialmente segnato il passaggio dal modello di "E-Government" al modello di "Open government", si può affermare che l'utilizzo delle ICT abbia in primo luogo indotto l'adozione di un modello manageriale in cui i poteri pubblici si limitano ad informare i cittadini, in secondo luogo di un modello consultivo, con il quale è possibile anche ricevere dagli interessati informazioni utili e, in terzo luogo, di un modello partecipativo in cui è possibile un'interattività di massa da parte dei cittadini alla vita pubblica.

In definitiva, si può dunque affermare, che la trasparenza si manifesta come apertura delle informazioni pubbliche mediante l'utilizzo della più moderna tecnologia attraverso cui i poteri pubblici pongono a disposizione della collettività l'enorme patrimonio conoscitivo in loro possesso.

Sul piano più strettamente giuridico è stato, però, anche affermato che la trasparenza rappresenta il diritto “per tutti i cittadini di avere accesso diretto all'intero patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni”¹², per alimentare il rapporto di fiducia tra pubblica amministrazione e cittadini e, al contempo, promuovere il principio di legalità e la prevenzione della corruzione. La trasparenza come attuazione del principio democratico è rappresentata dalla “accessibilità totale alle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni”, al dichiarato scopo di “favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche” (art.1, co. 1 D. Lgs. 33/2013).

Inoltre, sempre sul piano giuridico, la trasparenza è qualificata anche come “condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali”, oltre che espressione di quel “diritto ad una buona amministrazione”(art.1, co.2 D. Lgs. 33/2013) affermato nell' art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza) che, elevando “la buona amministrazione” da principio a diritto ha anche arricchito ulteriormente il rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino sempre con riferimento al “diritto alla trasparenza” esprimibile da quest'ultimo¹³.

¹² R. Garofoli, Il contrasto alla corruzione. La l. n. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto di trasparenza e le politiche necessarie, in www.giustizia-amministrativa.it del 30 marzo 2013.

¹³ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata proclamata, la prima volta, dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione, a Nizza, il 7 dicembre 2000.

Infatti, detto diritto ha assunto un rilievo sempre più crescente nell'Unione europea come principio generale impegnativo al quale ogni paese membro è chiamato ad uniformare l'organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni pubbliche e le loro azioni nei confronti dei propri cittadini, improntando questo rapporto, appunto, alla piena e massima trasparenza¹⁴.

In conclusione, dunque, sul piano concreto, il principio astratto della trasparenza si traduce, praticamente ed immediatamente nel "diritto di accesso" nei confronti dei pubblici poteri divenendone lo strumento principale e imprescindibile per la sua affermazione.

Successivamente, dopo alcune modifiche, è stata proclamata, una seconda volta, a Strasburgo, il 12 dicembre 2007.

¹⁴ Secondo la definizione datane dall'art. 41 della Carta, al primo comma, trattasi del diritto di ogni persona di avere dalle amministrazioni pubbliche, in merito alle questioni che la riguardano, un trattamento imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole, mentre, ai commi successivi, ne specifica ulteriormente il contenuto, includendovi, attraverso un elenco considerato non tassativo ma esemplificativo, una serie di altri diritti, di tipo procedurale e processuale, quali il diritto di ciascun individuo: di essere ascoltato prima dell'adozione di un provvedimento sfavorevole, di accedere al proprio fascicolo, di conoscere i motivi della decisione, di rivolgersi alle istituzioni o agli organi dell'Unione e di ricevere da loro risposta in una delle lingue ufficiali dei Trattati, di essere risarcito per il danno ingiusto subito. Considerato poi nell'ottica specifica della trasparenza amministrativa - ove intesa anche come condizione idonea a garantire l'esercizio effettivo ed efficace delle libertà e dei diritti, individuali e collettivi, nonché la realizzazione di un'amministrazione aperta ed al servizio degli individui - il diritto ad una buona amministrazione concorre altresì a soddisfare l'esigenza dei soggetti privati di una piena comprensione delle scelte pubbliche e di una partecipazione consapevole alle stesse, nonché, specularmente, il diritto- dovere degli organi tanto politici quanto amministrativi di essere compresi dai propri amministrati e di rendere conto delle ragioni delle proprie azioni od omissioni.

Capitolo 2

Il diritto di accesso nel quadro costituzionale vigente

2.1. Premessa

Il diritto di accesso è notoriamente applicazione di vari principi dell'ordinamento giuridico italiano, ed in particolare di alcuni principi costituzionali, quali, l'imparzialità, la legalità, il diritto all'informazione.

Inoltre il diritto di accesso può entrare in conflitto con altri principi costituzionali con cui deve necessariamente mettersi a confronto ed in particolare, come si vedrà in seguito, con il principio di buon andamento che è anch'esso un principio fondamentale dell'azione amministrativa in quanto espressamente riconosciuto dall'art. 97, comma 1, della Costituzione.

Il diritto di accesso, come già ribadito nel precedente capitolo, è anche ritenuto attuazione diretta del principio di trasparenza, di cui è possibile valutare il suo fondamento costituzionale.

Sotto un diverso punto di vista, il diritto di accesso può essere considerato come un parametro che, proprio per la sua derivazione dai principi sanciti all'interno della nostra Carta costituzionale, influenza l'esercizio della potestà legislativa e regolamentare dei diversi livelli di governo.

Lo stesso legislatore italiano, infatti, all'art. 22 comma 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241 recante "Nuove norme sul procedimento amministrativo" auto-qualifica il diritto di accesso quale un "principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza", mettendo così in evidenza, sia il collegamento con due principi fondamentali del nostro ordinamento già citati (l'imparzialità

e la trasparenza), sia attribuendogli quel carattere di principio generale che assume comunque rilievo rispetto all'esercizio della potestà legislativa. Infatti l'attribuzione di tale carattere alla disciplina del diritto di accesso si valuta proprio nei termini del fondamento costituzionale dell'istituto inteso come attuazione dei principi di imparzialità e trasparenza.

L'art. 29 della stessa legge 241/1990, al comma 2 bis, introdotto dalla novella della legge 15/2005, stabilisce che il diritto di accesso attiene ai livelli essenziali concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione; si tratta di una delle competenze trasversali attribuite alla legislazione esclusiva dello Stato, dunque in grado di incidere profondamente sull'autonomia di Regioni ed enti locali.

Si tratta di capire se queste auto-qualificazioni sono effettive e quali conseguenze determinino per Regioni ed enti locali, nei termini di quale autonomia residuale compete alle stesse nel configurare il diritto di accesso ai documenti amministrativi con modalità differenti rispetto a quelle previste dalla legislazione statale.

2.2. Il diritto di accesso nel rapporto con il principio di buon andamento

Il diritto di accesso innanzitutto deve essere analizzato nel suo rapporto con il principio di buon andamento. Come è noto il principio appena menzionato trova un espresso riconoscimento nel dettato costituzionale all'interno dell'art. 97 della Costituzione e rappresenta uno dei canoni

fondamentali dell'azione della pubblica amministrazione assieme al principio di imparzialità.

Con il termine buon andamento si fa riferimento al modo in cui l'amministrazione deve agire ossia nella maniera più conveniente possibile, ovvero la sua azione deve realizzare gli obiettivi programmati con l'utilizzo ottimale delle risorse.

Il principio del buon andamento si sviluppa sotto due diversi punti di vista. Prima di tutto assume una valenza di natura organizzativa, come emerge dall'art. 97, comma 1 della Costituzione. È però ormai pacifico che, in secondo luogo, il principio del buon andamento assume importanza anche sotto un profilo sostanziale, se si considera il buon andamento come buona amministrazione.

Questa norma ha poi trovato ulteriore esplicazione nei principi di efficacia, economicità ed efficienza ed, in particolare, con l'introduzione della legge 241/1990, il canone del buon andamento è stato visto come esplicazione della c.d. "amministrazione di risultato".

Peraltro, nonostante gli impulsi della dottrina in tal senso, è sempre stato difficile specificare in termini di diritto oggettivo il principio di buon andamento, in quanto si è ritenuto che fosse la legge a dover dare corpo a tale principio e non direttamente la Costituzione, quasi che il principio del buon andamento non avesse una consistenza sostanziale ma meramente funzionale.

In altri termini, il principio del buon andamento, pur avendo un ambito di applicazione molto vasto ha inciso nei giudizi di legittimità costituzionale in maniera limitata, ossia, o come criterio di valutazione utilizzato non singolarmente ma soltanto affiancato ad altri parametri costituzionali, ovvero in termini più significativi ma con riguardo a leggi di sanatoria o sul principio del

concorso pubblico, quindi su ambiti, al contrario, più limitati come estensione di materia¹⁵.

Come detto in precedenza sul rapporto tra il diritto di accesso e il principio di buon andamento, il diritto di accesso più che rappresentare un istituto che dà attuazione al principio di buon andamento incontra nello stesso dei limiti. Limitazioni che influenzano così le sue potenzialità di espansione, cosicché proprio il principio di buon andamento diviene il principio essenziale per definire i reali contorni che il diritto di accesso assume nel nostro ordinamento giuridico.

È chiaro che la configurazione di un diritto di accesso particolarmente invasivo può influire negativamente sul principio di buon andamento, qualora determini un eccessivo appesantimento dell'attività amministrativa o anche un vero e proprio intralcio alla stessa. Si può infatti ben capire che se l'amministrazione deve dedicare risorse umane e materiali, nonché temporali, a soddisfare numerosissime richieste di accesso, tali risorse e tale tempo dovranno, evidentemente, essere sottratte all'esercizio della funzione di amministrazione attiva.

In questo senso deve essere interpretata la regola presente nel nostro ordinamento e contenuta nell'articolo 24, comma 3 della legge 241/1990, secondo la quale "Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni"¹⁶. La legittimità di tale disposizione si lega ad una configurazione del diritto di

¹⁵ Per un esame della giurisprudenza relativa al principio si veda: L. IANNUCILLI, A. DE TURA, Il principio di buon andamento dell'amministrazione nella giurisprudenza della corte costituzionale, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_212.pdf

¹⁶ Ad esempio si veda: Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 24 ottobre 2011, n. 700; Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2009, n. 501; sez. IV, 21 maggio 2008, n. 2422; sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6899, in www.giustizia-amministrativa.it.

accesso nei termini di un diritto alla conoscenza agli atti, diretto a dare attuazione ai principi di trasparenza e di legalità, ma che non può tramutarsi in una sorta di azione popolare, esercitabile da chiunque senza alcun presupposto legittimante.

Il legame del diritto di accesso al concetto di conoscenza degli atti determina che lo stesso non può, viceversa, essere concepito come un diritto ad effettuare un controllo generalizzato e generico dell'azione amministrativa volto a verificare complessivamente future o ipotetiche lesioni subite dai soggetti privati, altrimenti graverebbe negativamente sulla celerità dell'azione amministrativa stessa¹⁷.

Il principio di buon andamento, e i suoi corollari dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa, comportano, dunque, che il diritto di accesso non possa mai essere configurato in modo tale da impedire il concreto e rapido esercizio della funzione amministrativa, cosicché ipotesi di richieste di accesso aventi carattere strumentale oppure che presentino carattere meramente dilatorio o pretestuoso, non sono accettabili alla luce del principio suddetto¹⁸.

D'altra parte, proprio la regolamentazione che il nostro ordinamento giuridico ha dato al diritto di accesso fa sì che lo stesso non può mai essere fondato su un generico richiamo al rispetto del principio di buon andamento, ma deve essere legato alla sussistenza di uno specifico interesse alla

¹⁷ Cons. Stato, sez. IV, 5 ottobre 2001, n. 5291; sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2314, in www.giustizia-amministrativa.it. In quest'ultima ad esempio si afferma che "l'art. 3 della legge n. 281/1998, il quale ha riconosciuto la legittimazione ad agire a tutela degli interessi collettivi alle associazioni di consumatori inserite in un apposito elenco, non ha conferito loro speciali poteri di vigilanza e controllo sull'Amministrazione o sui privati che erogano servizi pubblici, ma ha solo risolto il problema della loro qualificazione soggettiva ai fini della legittimatio ad causam per l'esercizio delle specifiche azioni dalla stessa norma contemplate"

¹⁸ Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 24 ottobre 2011, n. 700, Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2009, n. 501; sez. IV, 21 maggio 2008, n. 2422; sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6899, in www.giustizia-amministrativa.it.

conoscibilità del documento¹⁹. Se infatti si fondasse il diritto di accesso sull'interesse della collettività a che l'amministrazione agisca genericamente nel rispetto del principio del buon andamento, si dovrebbe consentire sempre l'accesso, a prescindere dalla sussistenza di un interesse specifico all'accesso stesso. Il buon andamento si pone invece come limite al diritto di accesso.

La stessa interpretazione deve essere compiuta analizzando le ulteriori disposizioni limitative del diritto di accesso presenti nel nostro ordinamento o che sono state tratte dalla giurisprudenza amministrativa. Il pensiero corre, ad esempio, al fatto che il diritto di accesso non può rappresentare lo strumento per compiere una indagine o un controllo ispettivo²⁰, cosicché può affermarsi che la necessità di un interesse differenziato e qualificato è propriamente legato all'esigenza di evitare queste forme di controllo generalizzato che influiscono negativamente sul buon andamento della pubblica amministrazione²¹.

Effettivamente, configurare un diritto di accesso come una sorta di azione popolare comporterebbe il blocco dell'azione amministrativa diretta, a causa dell'eccessiva onerosità nel dare seguito alle richieste dei cittadini eventualmente determinate anche da mera curiosità.

¹⁹ Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2012, n. 2974, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale afferma che "Così come ha condivisibilmente affermato il giudice di primo grado, "l'accesso agli atti delle procedure concorsuali e di gara è consentito soltanto a coloro ai quali gli atti stessi direttamente o indirettamente si rivolgono e che se ne possono avvalere per la tutela di una posizione soggettiva, la quale non può identificarsi con il generico e indistinto interesse al buon andamento amministrativo".

²⁰ Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 555; Cons. Stato, sez. IV, 29 aprile 2002, n. 2283; T.A.R. Lazio, sez. II, 22 luglio 1998, n. 1201, in www.giustizia-amministrativa.it.

²¹ Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 555, in www.giustizia-amministrativa.it.

È dunque evidente che il diritto di accesso può essere influenzato, nel modo di operare, dal principio del buon andamento, attraverso l'apposizione di vincoli e limiti all'ostensibilità dei documenti amministrativi²².

Quanto detto implica dei risvolti anche sul tema specifico degli atti interni. In particolare, se si considera che gli atti interni possono assumere il carattere di atti preparatori di un procedimento, le considerazioni che sono state effettuate assumono una certa importanza.

Un primo esempio in tal senso ci viene fornito dallo stesso legislatore, che all'art. 24 comma 6, lett. e) della legge 241/1990 prevede che il governo, ed anche le altre pubbliche amministrazioni, possano escludere con atti regolamentari l'accesso ai documenti che riguardino "l'attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti interni connessi all'espletamento del relativo mandato"²³. Un caso, quello indicato, che si riferisce sia all'attività preparatoria, nello specifico relativa alla contrattazione collettiva nazionale di lavoro, nonché agli atti interni. Ancora si consideri l'esclusione per legge del diritto di accesso "nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione" (art. 24, comma 1, lett. c, legge 241/1990). Anche il "regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi", contenuto all'interno del decreto del Presidente della Repubblica, 12 aprile 2006, n. 184, fa un

²² Corte costituzionale, 2 dicembre 2004, n. 372, in www.giurcost.org

²³ F. GABOARDI, La disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi. Natura giuridica, limiti e modalità di esercizio, 19 giugno 2012, in <http://www.diritto.it/docs/33628-la-disciplina-dell-accesso-ai-documenti-amministrativi-natura-giuridica-limiti-e-modalit-di-esercizio>

riferimento all'attività preparatoria ed interna della pubblica amministrazione, al fine di porre un limite all'esercizio del diritto di accesso volto espressamente a salvaguardare il principio costituzionale di cui si discute.

L'art. 9, comma 2 del citato regolamento, infatti, prevede che “Il differimento dell'accesso e' disposto ove sia sufficiente per assicurare una temporanea tutela agli interessi di cui all'articolo 24, comma 6, della legge, o per salvaguardare specifiche esigenze dell'amministrazione, specie nella fase preparatoria dei provvedimenti, in relazione a documenti la cui conoscenza possa compromettere il buon andamento dell'azione amministrativa”.

In questo caso, rispetto alle altre due ipotesi considerate, che comportano la più grave conseguenza della radicale esclusione del diritto di accesso, si prevede la più tenue applicazione dell'istituto del differimento.

Peraltro, il differimento dell'accesso, pur comportando una conseguenza di maggiore tenuità, ha un ambito di estensione applicativa più ampia, rispetto ai casi del diniego dell'accesso. Infatti, si estende su tutta l'attività preparatoria, esprimendo dunque un principio che in genere consente il differimento del diritto di accesso e, in casi particolari, anche l'esclusione dello stesso.

Sul punto la giurisprudenza si è espressa affermando che tale principio consente il differimento dell'accesso a condizioni molto restrittive, per cui vi deve essere una precisa indicazione dei presupposti fondanti il differimento stesso, nonché una delimitazione della durata e termine dello stesso²⁴.

²⁴ T.A.R. Lazio-Roma, sez. III quater, 7 aprile 2010, n. 5760, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio-Latina, sez. I, 06 ottobre 2010, n. 1653, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I,

Ad esempio, una indicazione in termini vaghi e generici delle esigenze di tutela del principio del buon andamento, non legittima l'esercizio del potere di differimento il quale, come specifica la norma, deve sempre fare riferimento a "specifiche esigenze"²⁵. Altrettanto illegittimo sarebbe un differimento dell'accesso a tempo indeterminato, in quanto contrasterebbe con la natura temporanea dell'istituto stesso²⁶.

L'istituto del differimento del diritto di accesso acquista attualmente carattere centrale nel definire i contorni essenziali del diritto di accesso ai documenti amministrativi, in particolare attraverso la disposizione che troviamo contenuta nell'art. 24, comma 4 della legge 241/1990.

L'art. 24, nel comma 4 citato, stabilisce che "l'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento", chiarendo in maniera definitiva il rapporto tra diniego e differimento del diritto di accesso.

Il differimento può essere considerato un istituto fondato proprio sul principio di buon andamento e sul suo corollario del principio di efficienza, in quanto grazie allo stesso si consente da un lato di non escludere definitivamente l'accesso, ma allo stesso modo di non entrare in conflitto con il principio del buon andamento²⁷.

²⁵ T.A.R. Lazio-Latina, sez. I, 24 febbraio 2009, n. 148, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶ Ex multis: T.A.R. Lazio-Roma, sez. III quater, 07 aprile 2010, n. 5760, in www.giustizia-amministrativa.it

²⁷ Cons. Stato, sez. IV, 29 novembre 2012, n. 6099, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo la quale: "Siffatto comportamento è sorretto dall'espresso disposto dell'art. 24 della L. n. 241 del 1990, che, in ossequio al principio di proporzionalità ed a quello di buon andamento ed efficienza dell'azione amministrativa, prescrive (con formulazione in negativo che tuttavia legittima il differimento): "l'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento". Ciò significa che, una volta conclusasi la Conferenza di servizi, l'appellante ben potrà accedere agli atti di interesse, essendo le esigenze di celerità e riservatezza ormai venute meno".

Queste considerazioni ci consentono di affermare che il principio del buon andamento può essere uno dei parametri sui quali valutare la validità delle limitazioni poste al diritto di accesso, anche relativamente agli atti interni.

2.3. Il diritto di accesso come attuazione del principio di imparzialità

Un altro principio essenziale per la pubblica amministrazione, anch'esso contenuto nell'art. 97 della Costituzione, è il principio di imparzialità. Il concetto che esprime il principio di imparzialità è fondamentale per l'agire della pubblica amministrazione tanto che lo stesso può assumere due differenti profili: un profilo soggettivo ed un profilo oggettivo.

Sotto un profilo soggettivo si fa riferimento a quelle persone fisiche che operano per conto della pubblica amministrazione. Da un altro profilo, quello oggettivo, il principio comporta la sua applicabilità all'attività amministrativa.

In questi termini è comune il ragionamento effettuato sul principio di buon andamento, che è applicabile, come il principio di imparzialità, non solo all'organizzazione ma anche all'attività della pubblica amministrazione.

Il principio di imparzialità comporta che tutti i soggetti aventi titolo possano beneficiare dei servizi e delle prestazioni fornite dalle pubbliche amministrazioni e dagli enti pubblici, e che tutti siano posti in posizione di sostanziale uguaglianza nei confronti della stessa pubblica amministrazione.

Il concetto dell'imparzialità non può, ad ogni modo, essere confuso con quello della terzietà, che appartiene soltanto al giudice, in quanto la pubblica amministrazione svolge comunque un ruolo di parte all'interno dello svolgersi dei procedimenti amministrativi rimessi alla sua cura. Passando all'argomento

in esame, è possibile notare che il diritto di accesso è un istituto che dà diretta applicazione al principio di imparzialità²⁸.

A differenza del buon andamento, il principio di imparzialità influenza il diritto di accesso ampliandone gli spazi di operatività. In tal senso il diritto di accesso va analizzato non singolarmente, ma in quanto inserito all'interno di un quadro normativo più complesso. In particolare, l'introduzione della legge 241/1990 ha determinato un passaggio dalla centralità del provvedimento a quella del procedimento amministrativo.

Ed in tal senso interviene quella forma del diritto di accesso esercitabile all'interno del procedimento amministrativo, secondo quanto previsto dall'art. 10 della legge 241/1990. Inoltre si valuti anche l'introduzione di un obbligo generale di motivazione del provvedimento amministrativo. La motivazione si lega alla conoscibilità della decisione adottata dalla pubblica amministrazione ed è dunque uno strumento essenziale per la tutela giurisdizionale del cittadino di fronte all'azione amministrativa.

In questo caso il diritto di accesso si muove sulla stessa linea di garantire la conoscibilità delle decisioni della pubblica amministrazione.

Proprio il carattere fondante che il principio di imparzialità ha nei confronti del diritto di accesso, comporta che, in generale, tutti i documenti amministrativi siano accessibili, e che il diniego dell'accesso rappresenti invece l'eccezione che come visto deve trovare la base in altri principi e motivazioni²⁹.

²⁸ Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2011, n. 1976, in www.giustizia-amministrativa.it; A. MULTARI, I mutevoli confini del diritto di accesso, in *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 2, pag. 157

²⁹ Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6682, in www.giustizia-amministrativa.it

Dando attuazione al principio di imparzialità, il diritto di accesso potrebbe essere configurato anche senza la necessità di esplicitare una motivazione della richiesta, cosicché saranno altre le ragioni che imporranno la presenza di tale requisito, quali, ad esempio la tutela dell'interesse alla tutela dei terzi coinvolti nella posizione di controinteressati, ovvero anche il già citato principio del buon andamento³⁰.

L'imparzialità è legata all'esercizio della funzione pubblica, cosicché, ove invece si faccia riferimento ad atti di soggetti privati, che non attengono il perseguimento dell'interesse pubblico il discorso può cambiare³¹. Questo elemento può quindi influire sia sui soggetti nei confronti dei quali si esercita il diritto di accesso, ma anche sotto il profilo relativo al contenuto e all'oggetto del diritto di accesso. Quindi, rispetto al caso del principio di buon andamento, il principio di imparzialità agisce positivamente sugli atti interni.

L'applicazione del principio di imparzialità comporta che tutti gli atti siano in genere accessibili³², e questa affermazione può essere estesa anche agli atti interni. Il legislatore per poter escludere il diritto di accesso agli atti interni

³⁰ Corte costituzionale, 2 dicembre 2004, n. 372, in www.giurcost.org, con riferimento alle disposizioni di principio contenute nello Statuto della Regione Toscana: "In ogni caso va sottolineato che il comma 1 della disposizione in esame, contenendo un esplicito riferimento al rispetto degli interessi costituzionalmente tutelati ed a modi di disciplina previsti dalla legge, deve essere interpretato nel senso che la emananda legge di attuazione dovrà farsi carico di prefigurare un procedimento che, nell'assicurare la trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa, preveda, oltre ad ipotesi di esclusione dell'ostensibilità di documenti amministrativi per ragioni di tutela di situazioni costituzionalmente garantite, anche criteri e modi in base ai quali l'interesse personale e concreto del richiedente si contempera con l'interesse pubblico al buon andamento dell'Amministrazione, nonché con l'esigenza di non vanificare in concreto la tutela giurisdizionale delle posizioni di eventuali soggetti terzi interessati".

³¹ Cons. Stato, sez. VI, 13 luglio 2006, n. 4505, in www.giustizia-amministrativa.it

³² Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6682, in www.giustizia-amministrativa.it

dovrà dunque individuare specifici principi e disposizioni, che siano in grado di prevalere sul principio di imparzialità.

2.4. Il diritto di accesso come attuazione del diritto costituzionale all'informazione

Rispetto ai tradizionali principi applicabili alla pubblica amministrazione, quali quelli del buon andamento e dell'imparzialità di cui si è appena detto, il diritto di accesso può essere anche inteso come attuazione del diritto all'informazione contenuto nell'art. 21 della Costituzione, che così recita "Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione".

Dall'attenta analisi di detto articolo 21 è stato desunto, in via interpretativa e attraverso un'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale, il diritto all'informazione il quale assume nel nostro attuale ordinamento costituzionale il carattere di vero e proprio principio derivante anche da un altro principio fondamentale ossia quello democratico sancito dall'art. 1 della Costituzione.

Il diritto all'informazione si atteggia dunque, sia nei termini di un diritto attivo all'informazione sia sotto un profilo passivo, vale a dire quale diritto a ricevere le informazioni³³.

³³ Corte costituzionale, 10 luglio 1974, n. 225, 13 maggio 1987, n. 153, in www.giurcost.org; Corte costituzionale, 24 marzo 1993, n. 112, in www.giurcost.org; Corte costituzionale, 5 dicembre 1994, n. 420, in www.giurcost.org; R. RAZZANTE, Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione, con riferimenti alla tutela della privacy, alla diffamazione e all'editoria on line, Padova, 2005, pag. 47 ss.

Appare opportuno analizzare come il diritto all'informazione influisca sul diritto di accesso. Il diritto all'informazione non determina una serie di limitazioni particolari nei confronti del legislatore che dunque può prevedere determinati diritti a favore dei cittadini. Uno di questi è proprio il diritto di accesso, il quale sviluppa il diritto all'informazione nei confronti del pubblico potere.

A differenza, infatti, di quanto avviene nell'ambito dei rapporti tra i soggetti privati, rispetto ai quali non è certo configurabile un vero e proprio diritto ad ottenere determinate informazioni, stante anche l'importanza che assume la tutela del diritto alla riservatezza, non altrettanto può dirsi nel caso in cui la richiesta di informazioni da parte del cittadino abbia come destinatario un soggetto che svolge funzioni pubbliche.

Su questo versante si sviluppa il diritto di accesso ai documenti amministrativi. In questi termini il diritto di accesso rappresenta un'evoluzione del diritto all'informazione perché, a differenza di quest'ultimo, non ha un carattere generico e dunque non giustiziabile, ma è qualificabile come una vera e propria posizione giuridica soggettiva che il cittadino può far valere di fronte al giudice competente.

Il diritto di accesso acquista il carattere di un diritto all'informazione qualificato³⁴ e dunque non presenta un semplice carattere di diritto passivo all'informazione ma di diritto attivo all'informazione nei confronti del pubblico potere, comportando, anche la nascita di un obbligo in capo alla pubblica amministrazione a fornire la documentazione richiesta dal cittadino³⁵.

³⁴ Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 1993, n. 530, in Cons. Stato, 1993, I, pag. 609 ss.

³⁵ S. GAMBINO, Il diritto di accesso - Profili costituzionali e amministrativi (alla luce del novellato Titolo V Cost. e della legge n. 15 del 2005), in Istituzioni del Federalismo, n. 5/2006, pag. 835 ss

Da tali considerazioni emerge la necessità di un intervento positivo del legislatore per dare corpo al diritto all'informazione, ma è altrettanto chiaro come il diritto di accesso sia diretta esplicazione del diritto all'informazione stessa. In questo caso l'unico vincolo che il legislatore può porre nei confronti del cittadino, interessato alla conoscenza di determinati atti e documenti amministrativi, è il segreto. Segreto che deve trovare il suo fondamento in principi ed interessi costituzionalmente rilevanti, che per tale loro natura sono in grado, eccezionalmente, di prevalere rispetto al diritto alla conoscenza che si traduce nel diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Per quanto concerne il diritto di accesso agli atti interni, il diritto all'informazione può influire tramite la mediazione operata dalla legge, dunque non parrebbe che tale norma costituzionale possa determinare un vincolo preciso nei confronti del legislatore, ma è più ragionevole pensare che sia il legislatore a dare sostanza alla norma nella concreta configurazione dell'istituto.

Si consideri comunque che la Corte costituzionale ha affermato in genere la necessità che l'informazione sia anche completa³⁶ e dunque, applicando tale criterio anche al diritto di accesso, il diritto all'informazione si muove sugli stessi termini del principio di imparzialità, e dunque tende a consentire l'accesso a tutti gli atti, ed anche agli atti interni. Dovranno essere altre norme e principi costituzionali a dover limitare il diritto di accesso a detti atti.

³⁶ Corte costituzionale, 24 marzo 1993, n. 112, in www.giurcost.org.

2.5 Il diritto di accesso come attuazione del principio di trasparenza

Dopo aver analizzato alcuni principi costituzionali, espressamente previsti nel testo della carta fondamentale, è possibile esaminare anche altri principi che si possono trarre solo in via interpretativa. In primo luogo deve essere preso in considerazione il principio di trasparenza.

La nostra Carta costituzionale non enuncia espressamente il principio di trasparenza, si tratta di capire se tale lacuna possa essere colmata desumendo la sua esistenza da altri principi espressamente enunciati. Sicuramente la trasparenza è manifestazione del principio democratico inteso come legittimazione del potere dal basso, questo comporta che “il governo o l’esercizio del potere amministrativo avvenga in pubblico”.

In realtà appare più opportuno affermare che in conseguenza del riconoscimento legislativo del diritto dei cittadini alla trasparenza dell’amministrazione si è determinato un ampliamento del concetto espresso dall’articolo 1, comma 2 della Costituzione in virtù del quale “la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione”.

La trasparenza viene indicata solitamente come principio che è conseguenza di un’elaborazione relativamente recente, ovvero essa è stata definita come una sorta di filtro, “un modo di essere dell’amministrazione, un obiettivo o un parametro, cui commisurare lo svolgimento dell’azione delle figure soggettive pubbliche”.

Trasparenza dell’azione amministrativa significa che i cittadini o meglio gli amministrati devono essere messi in grado di controllare la regolarità dell’azione della pubblica amministrazione, e in tal senso appare

sempre attuale la ormai celebre espressione utilizzata da Filippo Turati di “casa di vetro” applicata all’amministrazione.

Tale espressione indica proprio l’esigenza di una maggiore apertura dell’amministrazione verso la società in generale e gli amministrati in particolare.

Poiché diverse sono le forme e i modi attraverso i quali può realizzarsi tale obiettivo, il concetto di trasparenza evincibile dalla Costituzione, non coincide e soprattutto non si esaurisce con l’altro concetto di accesso ai documenti, il quale può essere considerato solo un “parametro cui commisurare il grado di trasparenza raggiunto”.

La trasparenza rappresenta la sintesi di una serie di strumenti aventi differenti funzioni e natura, pensiamo a titolo esemplificativo, al diritto di partecipare al procedimento amministrativo o all’obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi, tutti strumenti diretti a soddisfare un’unica esigenza, quella di rendere visibile l’esercizio del potere amministrativo ovvero rendere conoscibili le modalità attraverso cui agiscono i detentori del potere.

Poiché è evidente che tale potere si esercita soprattutto in ordine a quegli atti la cui funzione è proprio quella di regolare la vita interna dell’amministrazione sia dal punto di vista organizzativo sia dal punto di vista dei rapporti tra gli uffici, come conseguenza di ciò si pone quindi l’esigenza di rendere conoscibili anche gli atti adottati nella fase preparatoria ed istruttoria del procedimento in cui vengono analizzate le diverse possibili soluzioni ad un problema, atti che hanno influito direttamente o meno in ordine all’adozione del provvedimento finale, che sono altro che gli atti interni.

Sulle base delle considerazioni appena fatte possiamo giungere alla conclusione che anche il principio di trasparenza porta in linea di massima a ritenere accessibili anche gli atti interni.

2.6 Il diritto di accesso come livello essenziale delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione e il principio costituzionale di eguaglianza

Come anticipato nella premessa di questo capitolo, l'art. 29, comma 2 bis, della legge 241/1990, afferma che il diritto di accesso attiene ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione. Il riferimento ai livelli essenziali è molto importante, in quanto trattasi di una di quelle competenze trasversali che sono attribuite alla legislazione esclusiva del legislatore statale, e che dunque potrebbero avere una profonda influenza sulle Regioni e sulle autonomie locali.

I livelli essenziali, infatti, come insegna la giurisprudenza costituzionale, non costituiscono una materia in senso stretto, ma possono incidere su tutte le materie comunque attribuite alla competenza legislativa delle Regioni³⁷, comprese dunque anche le competenze esclusive (o residuali) delle stesse.

Lo strumento previsto dall'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione, rappresenta quindi un temperamento al principio di sussidiarietà,

³⁷ Corte costituzionale, 19 giugno 2002, n. 282, in www.giurcost.org. “*Quanto poi ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, non si tratta di una ‘materia’ in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull’intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle*”.

nonché strumento di garanzia del rispetto dell'art. 3, comma 2 della Costituzione, quindi del principio di eguaglianza sostanziale. Pertanto, nel momento in cui una norma può essere qualificata come livello essenziale dei diritti civili e sociali, ciò comporta che tale disposizione si pone a diretta tutela del cittadino nei confronti del potere pubblico.

In tal modo il cittadino può esercitare i diritti riconosciuti senza possibilità che le Regioni o le autonomie locali possano limitarli o condizionarli³⁸.

Anche senza effettuare un'analisi approfondita sul tema, è possibile affermare che i livelli essenziali sono di regola posti tramite una legge, ovvero in base a principi e linee generali determinati dalla legge statale³⁹. Nel caso di specie, dunque, la regola indicata è pienamente rispettata, in quanto è la legge stessa che stabilisce espressamente che l'istituto del diritto di accesso costituisce livello essenziale dei diritti civili e sociali.

Un primo problema deriva dal fatto che siamo di fronte ad una autoqualificazione della norma. È pacifico, infatti, che non è sufficiente l'autoqualificazione effettuata dal legislatore di una determinata norma, come

³⁸ Si veda Corte costituzionale, 19 giugno 2002, n. 282, in www.giurcost.org.

³⁹ Corte costituzionale, 13 marzo 2003, n. 88, in www.giurcost.org. la quale afferma che *“L’inserimento nel secondo comma dell’art. 117 del nuovo Titolo V della Costituzione, fra le materie di legislazione esclusiva dello Stato, della “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” attribuisce al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto. La conseguente forte incidenza sull’esercizio delle funzioni nelle materie assegnate alle competenze legislative ed amministrative delle Regione e delle Province autonome impone evidentemente che queste scelte, almeno nelle loro linee generali, siano operate dallo Stato con legge, che dovrà inoltre determinare adeguate procedure e precisi atti formali per procedere alle specificazioni ed articolazioni ulteriori che si rendano necessarie nei vari settori”*.

insegna la Corte costituzionale sia in generale⁴⁰ che in ambiti specifici simili a quello in esame⁴¹ ed anche nel caso di nostro interesse dei livelli essenziali⁴².

L'autoqualificazione effettuata dal legislatore, quindi, non assume carattere vincolante e deve essere analizzata in base a parametri sostanziali. Si può notare, però, che il legislatore statale ha un certo margine di discrezionalità nel definire i livelli essenziali, incontrando limiti generali quali la valutazione sulla ragionevolezza e la proporzionalità delle scelte effettuate.

Parrebbe, inoltre, che l'intervento della Corte costituzionale sia più incisivo nel caso in cui il legislatore statale abbia definito dei livelli essenziali troppo tenui, piuttosto che nel caso contrario (come quello in esame del diritto di accesso) in cui la disciplina è fin troppo dettagliata.

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi su questioni attinenti al diritto di accesso ha riconosciuto la validità dell'autoqualificazione, valutando la legittimità della legge regionale in relazione proprio alla competenza esclusiva dello Stato in materia di livelli essenziali dei diritti civili e sociali⁴³.

⁴⁰ Corte costituzionale, 30 giugno 1988, n. 726, in www.giurcost.org “Tuttavia, in base al criterio costantemente seguito da questa Corte (v. sentt. nn. 611 del 1987; 107 del 1987; 151 del 1986; 219 del 1984), per il quale, ai fini della definizione del tipo o del valore di un atto normativo, l'inequivoca determinazione della correlativa norma di competenza prevale senz'altro sull'autoqualificazione espressa nell'atto stesso...”.

⁴¹ Come quello, ad esempio, delle norme fondamentali di riforma economico sociale, validi nei confronti della potestà legislativa esclusiva delle Regioni a statuto speciale. In tal senso si esprime anche Corte costituzionale, 27 luglio 1994, n. 354, in www.giurcost.org “Non è peraltro sufficiente, ai fini dell'individuazione dei principi di riforma economico-sociale, la qualificazione operata dal legislatore, perchè occorre verificare gli aspetti sostanziali della normativa in questione (in particolare sent. n. 219 del 1984, nonché sentt. nn. 355 del 1993, 349 del 1991, 85 del 1990, 1033 del 1988, 99 del 1987)”.

⁴² Si veda Corte costituzionale, 20 luglio 2012, n. 203, in www.giurcost.org.

⁴³ Corte costituzionale, 20 novembre 2006, n. 398, in www.giurcost.org. In particolare la pronuncia ha riguardato un aspetto specifico della più generale tematica del diritto di accesso del pubblico ai dati ed ai documenti in possesso delle pubbliche amministrazioni. L'art. 22, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), modificata dalla legge 11

È dunque confermato che spetta al legislatore statale fissare i livelli essenziali anche in materia di diritto di accesso compreso lo specifico tema del diritto di accesso ambientale, che non rientra nella materia dell'ambiente, ma sempre in quella dei livelli essenziali.

È proprio da quest'analisi che emerge come il diritto di accesso rappresenti l'attuazione di ulteriori principi costituzionali (oltre quelli già analizzati in precedenza), ed in particolare del principio di eguaglianza sostanziale.

Lo scopo, dunque, del legislatore è quello di garantire una disciplina essenziale in materia di diritto di accesso, con possibilità per le Regioni di ampliare la disciplina a favore dei cittadini, ma non di diminuirla. Si può osservare, peraltro, che la problematica dei livelli essenziali ha rilievo in

febbraio 2005, n. 15 (Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa), la quale disposizione, dopo aver stabilito che l'accesso ai documenti amministrativi 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), Cost., precisa che «*Resta ferma la potestà delle regioni e degli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di garantire livelli ulteriori di tutela*». L'art. 29, comma 2, della medesima legge aggiunge: «*Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, regolano le materie disciplinate dalla presente legge nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge*». Nel caso trattato dalla Corte, viene affermato che il Capo II della legge regionale impugnata si attiene ai limiti tracciati dalla legislazione statale in materia di diritto di accesso del pubblico alle informazioni, prevedendo specifiche norme sull'informazione ambientale, che non sono rivolte, pertanto, alla tutela dell'ambiente, ma ad una migliore conoscenza, da parte dei cittadini, dei problemi ambientali concreti. Ciò è confermato dall'art. 14, comma 2, della legge regionale impugnata, il quale prevede che «*il diritto di accesso all'informazione ambientale è esercitato nei confronti dell'amministrazione regionale e degli enti regionali secondo le modalità stabilite dagli articoli 58 e seguenti della legge regionale n. 7 del 2000*». Il primo comma del medesimo articolo, che si riferisce al «*diritto di accesso all'informazione ambientale in possesso delle amministrazioni pubbliche*», deve essere interpretato alla luce del citato comma 2, escludendosi pertanto che la Regione possa legiferare in merito all'accesso ad atti, documenti o notizie in possesso di amministrazioni statali.

quanto la materia (del diritto di accesso) non rientra in nessuna delle competenze esclusive del legislatore statale e dunque, in mancanza dell'apposizione di livelli essenziali, ogni Regione potrebbe disciplinare diversamente il diritto di accesso.

Il richiamo dei livelli essenziali dei diritti civili e sociali, peraltro, può far sorgere anche il dubbio se il vincolo attenga all'intera disciplina del diritto di accesso, come delineata dalla legge 241/1990, ovvero se si debba fare riferimento soltanto ai principi in essa contenuti.

I livelli essenziali non costituiscono, in generale, soltanto dei livelli minimi in termini di principio, ma sono uno strumento che consente al legislatore di determinare quali prestazioni specifiche sono necessarie affinché sia soddisfatta l'esigenza di unitarietà insita nell'apposizione di determinati livelli essenziali, in una certa materia.

È sorto inizialmente il dubbio se le attività proprie del procedimento amministrativo potessero qualificarsi in termini di prestazioni, che era un concetto tipicamente applicabile ad altri ambiti materiali (si pensi ad esempio ai servizi sanitari), ma è infine emersa la tesi in virtù della quale possono qualificarsi come prestazioni anche gli obblighi allo svolgimento di determinati servizi amministrativi e burocratici e non solo quelli relativi ai servizi pubblici.

Le Regioni, pertanto, non hanno una potestà discrezionale nel decidere di applicare determinate disposizioni e di non applicarne altre, ma sono tenute ad applicarle tutte senza differenziazioni.

Il problema, perciò, è rimesso alla discrezionalità del legislatore regionale che può ampliare le prerogative e le garanzie poste a tutela del cittadino che intende esercitare il diritto di accesso. Ed il legislatore adotta espressamente tale soluzione all'interno del citato art. 29 della legge 241/1990,

affermando al comma 2 quater che “Le regioni e gli enti locali, nel disciplinare i procedimenti amministrativi di loro competenza, non possono stabilire garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati dalle disposizioni attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui ai commi 2-bis e 2-ter, ma possono prevedere livelli ulteriori di tutela”, soluzione confermata dalla giurisprudenza costituzionale⁴⁴.

Questo ci consente di desumere, che anche per quanto concerne il tema del diritto di accesso agli atti interni, il legislatore regionale non può compiere delle ulteriori limitazioni, oltre quelle previste dalla legge 241/1990. Anche in questo caso, quindi, vi potrà, viceversa, essere la possibilità di un ampliamento del diritto di accesso.

⁴⁴ Corte costituzionale, 20 novembre 2006, n. 398; Corte costituzionale, 1 dicembre 2006, n. 399, in www.giurcost.org; E. LAMARQUE, L'ambito di applicazione della legge sul procedimento amministrativo, op. cit., pag. 1248.

Capitolo 3

Le diverse tappe del percorso normativo sulla trasparenza: il “diritto di accesso” tra spunti critici e riflessioni

3.1 Dall’accesso ai documenti all’accesso alle informazioni.

Nella ricostruzione del percorso normativo della trasparenza nel nostro ordinamento si possono individuare diverse tappe evolutive, ciascuna delle quali caratterizzata dal diverso modo di rapportare il concetto di trasparenza con la forma e le modalità di realizzazione della medesima.

A volte, infatti, si è inteso dare al concetto di trasparenza l’accezione di “accesso a dati”, altre volte di “accesso a documenti ed informazioni” altre volte ancora di “pubblicità di dati, documenti ed informazioni”⁴⁵.

La prima e consistente tappa di concretizzazione e di attuazione del principio di trasparenza, trova un suo preciso riferimento a livello normativo nella **legge 7 agosto 1990, n. 241** che individua quale strumento e mezzo per affermare il principio della trasparenza **il diritto di accesso ai documenti amministrativi**. Tale diritto si caratterizza come strumento di tutela individuale di situazioni soggettive e non come strumento di controllo sociale dell’operato della Pubblica Amministrazione. Infatti nel testo originario dell’articolo 22 della legge citata, veniva stabilito che *“al fine di assicurare la trasparenza dell’attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo le modalità stabilite dalla presente legge”*.

⁴⁵ A. Pajno, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giust. Civ. n. 2/2015*.

Il cammino di affermazione del principio della trasparenza ha incontrato una seconda tappa nella **legge 11 febbraio 2005, n. 15** la quale ha modificato in senso restrittivo la disposizione contenuta nell'articolo 22 della legge 241 del 1990. Infatti, in base alla novellata disposizione dell'articolo 22 comma 1 lett. B) sono considerati "interessati" tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento del quale è chiesto l'accesso.

La terza tappa del percorso normativo sulla trasparenza nel corso dei successivi anni, è segnata, poi, dalla **legge 4 marzo 2009, n. 15** con la quale il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare misure concernenti la riforma del lavoro pubblico, indicando, tra l'altro, quali obiettivi da raggiungere, la garanzia della trasparenza dell'organizzazione del lavoro e l'introduzione di sistemi di valutazione del personale e delle strutture, idonei a consentire anche agli organi politici di vertice l'accesso diretto alle informazioni relative alla valutazione del personale dipendente.

Il Governo con il **D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (c.d. "Riforma Brunetta")** ha dato attuazione alla delega legislativa, scegliendo la trasparenza quale strumento per valutare e misurare la *performance* ed i risultati dell'amministrazione, realizzando "forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità" (art. 11, comma 1 D. Lgs. 150/2009).

Con il decreto Brunetta mutano sia l'oggetto della trasparenza e sia gli strumenti necessari alla sua realizzazione. Oggetto della trasparenza non sono più il procedimento, il provvedimento ed i documenti amministrativi, ma le "informazioni" relative all'organizzazione, alla gestione e all'utilizzo delle

risorse finanziarie, strumentali ed umane. Con riguardo alle modalità di accesso alle informazioni, non si fa ricorso al diritto di accesso ma alla previsione di obblighi di pubblicazione nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni di tutte le informazioni concernenti l'attività, l'organizzazione e l'impiego delle risorse.

Il mutamento della finalità della trasparenza che, da mezzo per garantire la tutela delle situazioni giuridiche soggettive diviene strumento per consentire l'esercizio di un controllo diffuso dell'operato dell'amministrazione pubblica, spiega il mutamento sia dell'oggetto della trasparenza che gli strumenti per la sua realizzazione: non più i documenti ma le informazioni, non più l'accesso ma la pubblicazione delle informazioni.

3.2 Dal diritto di accesso alle informazioni all'obbligo di pubblicazione dei dati.

La quarta tappa dell'evoluzione normativa della trasparenza si compie con l'attuazione, ad opera della **legge 6 novembre 2012, n. 190** che reca "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", nonché dell'articolo 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione e con la contestuale e coerente attuazione nel nostro paese di politiche pubbliche di controllo e di prevenzione della corruzione.

Tali politiche fanno ricorso, in larga misura, a forme di pubblicità delle informazioni riguardanti l'attività amministrativa in generale ed alcuni settori specifici della stessa in particolare. La legge 190 ha previsto all'articolo 1, commi 35 e 36, una delega legislativa per il riordino degli obblighi di

pubblicità, di trasparenza e di diffusione delle informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, In attuazione di tale delega è stato emanato dal Governo il **D. Lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (c.d. “Codice della trasparenza”)**.

Tale decreto, proprio attraverso una serie ampia di obblighi di pubblicità, ha inteso realizzare forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche (art. 1 del D.Lgs. 33/2013). L'articolo 3 comma 1 di detto decreto, nella formulazione originaria antecedente le modifiche apportate dalla legge 7 agosto 2015, n. 124, attuativa della “riforma Madia”, stabiliva che “tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente” dovevano essere considerati “pubblici” e precisava che doveva essere riconosciuto a chiunque il diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente e di utilizzarli e riutilizzarli ai sensi dell'articolo 7 del medesimo decreto.

La trasparenza veniva realizzata attraverso la pubblicità con l'abbandono dello strumento dell'accesso e diveniva strumento cardine per la realizzazione dell'*open government*.

Accanto ad una forma di pubblicità obbligatoria (art. 3 del D. Lgs. 33/2013), il Codice della trasparenza prevedeva una forma di pubblicità facoltativa. In tal senso, l'articolo 4 del citato Codice, abrogato, poi, dal D. Lgs. n. 97/2016, stabiliva che le amministrazioni potessero disporre la pubblicazione di documenti, atti o informazioni in ordine ai quali non sussistesse un obbligo di pubblicazione. Non poteva, quindi, realizzarsi, alla luce della disciplina introdotta dal D. Lgs. 33 del 2013, una trasparenza come accessibilità totale oltre l'ambito dell'obbligo di pubblicazione, ma soltanto la possibilità di accesso consentita dalla legge n. 241/1990.

In pratica il sistema delineato dal D. Lgs. 33/2013 ha previsto la coesistenza di due diverse nozioni di trasparenza, ciascuna delle quali presidiata da un proprio regime giuridico: da un lato una trasparenza come pubblicità per le informazioni, per le quali è previsto un obbligo di pubblicazione ed una trasparenza come accessibilità ex lege 241/1990 per gli atti amministrativi (e non per le informazioni) non soggetti ad obblighi di pubblicità⁴⁶.

3.3 La generalizzazione dell'accesso.

La quinta tappa del cammino normativo della trasparenza è contenuto nella “**riforma Madia**”, in particolare nell’articolo 7 lettera H) della legge 7 agosto 2015, n. 124, contenente deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche che ha portato, conseguentemente, all’approvazione, dapprima dello schema di decreto legislativo attuativo delle deleghe in materia di trasparenza proposto dal Ministero per la semplificazione e la Pubblica Amministrazione che reca la data dell’11 febbraio 2016 e, da ultimo, del D. Lgs. 25 maggio 2016, n. 97, entrato in vigore il 23 giugno 2016.

Detto decreto, c.d. decreto sulla trasparenza, rappresenta il risultato delle modifiche apportate allo schema di decreto legislativo attuativo della delega a seguito del recepimento delle osservazioni espresse sul medesimo nei pareri resi dal Consiglio di Stato, dalla Commissione parlamentare (prima Commissione permanente “Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio

⁴⁶ A. Pajno, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, op.cit.

e Interni”)), dalla Conferenza unificata Stato, Regioni e Autonomie locali e dal garante per la protezione dei dati personali.

Con il D.Lgs. n. 97 del 2016, in pratica, il Governo ha inteso dare attuazione nello specifico, come innanzi già precisato, alla previsione della lettera H) dell’art. 7 della legge Madia che fissa, tra i principi e criteri da realizzare, *“fermi restando gli obblighi di pubblicazione, il riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto di accesso, anche per via telematica, di chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, ai dati e ai documenti detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni, salvi i casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall’ordinamento e nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati, al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche”*.

L’art. 2 del d.lgs. 97 del 2016 ha modificato il comma 1 dell’art. 1 del d.lgs. 33 del 2013, sostituendo, laddove si precisa quale debba essere l’oggetto della trasparenza, intesa come accessibilità totale, il riferimento alle informazioni concernenti l’organizzazione e l’attività delle pubbliche amministrazioni con il riferimento ai dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni. Ai sensi della disposizione dell’art. 1, comma 1, del d.lgs. 33 del 2013, quale risulta a seguito delle citate modifiche apportate dal d.lgs. 97 del 2016, la trasparenza deve tradursi in accessibilità totale di dati e documenti allo scopo, non più soltanto di garantire, come stabiliva il d.lgs. 33 del 2013 nella sua formulazione originaria, forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse

pubbliche, ma anche di consentire la tutela dei diritti dei cittadini e la promozione della partecipazione degli interessati all'attività amministrativa.

In tal senso, il legislatore della riforma ha voluto precisare che la trasparenza, definita dal comma 2 dell'art. 1 del d.lgs. 33 del 2013, rimasto immutato nella sua formulazione, «condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, (che) integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino», dovrà tradursi in accessibilità totale. Anche l'art. 2 del d.lgs. 33 del 2013 viene modificato dal d.lgs. 97 del 2016. Il comma 1 dell'art. 2 del Codice della trasparenza, nella formulazione precedente la riforma, precisava che «le disposizioni del decreto individuano gli obblighi di trasparenza concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni e le modalità per la sua realizzazione»; il comma 2 indicava, poi, che gli obblighi di trasparenza dovevano essere adempiuti tramite la pubblicazione nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni dei documenti, delle informazioni e dei dati concernenti l'organizzazione e l'attività della pubblica amministrazione. Il novellato comma 1 dell'art. 2 del d.lgs. 33 del 2013 stabilisce che «le disposizioni del presente decreto disciplinano la libertà di accesso di chiunque ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni e dagli altri soggetti di cui all'articolo 2-bis, garantita, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti, tramite l'accesso civico e tramite la pubblicazione di documenti, informazioni e dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni e le modalità per la loro realizzazione». Con la riforma il legislatore ha inteso rovesciare quel rapporto

tra mezzo -obbligo di pubblicazione- e fine –diritto di accedere ai dati e ai documenti– che nel Codice della trasparenza risultava invertito rispetto al rapporto tra mezzo e fine che caratterizza la maggior parte dei modelli di accesso alle informazioni adottati a livello europeo ed internazionale ed aderenti al modello FOIA.

Nella disciplina originaria di cui al d.lgs. 33 del 2013, infatti, l'esercizio del diritto di accesso è stato previsto come strumentale all'adempimento dell'obbligo di pubblicazione, mentre nei sistemi liberali che si sono ispirati al FOIA il fine è rappresentato dalla libertà di accedere alle informazioni e tale fine si persegue e si realizza soprattutto facendo ricorso al mezzo della pubblicazione delle informazioni, dei dati e dei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni⁴⁷

In coerenza con la novellata disposizione del comma 1 dell'art. 2 del d.lgs. 33 del 2013, l'art. 6 del d.lgs. 97 del 2016 ha modificato l'art. 5 del d.lgs. 33 del 2013, introducendo un nuovo comma 2 nel quale si stabilisce che «allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis».

⁴⁷ M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 8-9/2013.

3.4 Spunti critici e problematicità applicative della riforma “generalista”

L’accesso civico delineato dalla riforma, qualificato dall’Anac nelle Linee Guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013, c.d. Linee Guida Foia, come “accesso generalizzato” si traduce in un diritto di accesso non condizionato dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti ed avente ad oggetto tutti i dati e i documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, compresi i dati e i documenti per i quali non è stabilito un obbligo di pubblicazione⁴⁸.

Il Consiglio di Stato, di fronte alla nuova ed ampia forma di accesso civico introdotta dalla riforma Madia attraverso la disposizione dell’art. 6 dello schema di decreto legislativo attuativo dell’11 febbraio 2016, con la quale veniva sostituita la norma dell’art. 5 del d.lgs. 33 del 2013, aveva espresso perplessità in merito alla scelta del legislatore di conservare nel novellato art. 5 la disposizione del comma 1, alla quale si deve l’introduzione dell’accesso civico “classico” esercitabile nei confronti dei documenti da pubblicare⁴⁹.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, l’accesso civico “classico” avrebbe dovuto essere considerato «del tutto assorbito dal più ampio accesso di cui al comma 2» dell’art. 5 e, di conseguenza, avrebbe dovuto essere espunta la disposizione del comma 1, così come soppresso al comma 3 il riferimento al comma 1 ed al comma 2 dell’art. 5. L’osservazione del Consiglio di Stato non è stata recepita dal Governo: l’attuale disposizione dell’art. 5 del d.lgs. 33 del

⁴⁸ Linee Guida FOIA dell’ANAC, approvate con Determinazione n. 1309 del 28 dicembre 2016, in G.U. serie generale n. 7 del 10 gennaio 2017.

⁴⁹ Parere del 24-2-2016 n. 515 della sezione consultiva per gli atti normativi del CdS per gli atti normativi, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

2013 conserva l'originario comma 1 il quale prevede l'accesso civico quale mero "contraltare" all'obbligo di pubblicazione di documenti, dati ed informazioni.

A riguardo sembra emergere un atteggiamento non coerente del legislatore della riforma con riguardo all'oggetto dell'accessibilità totale. A tal proposito, infatti, l'art. 2 del d.lgs. 97 del 2016 ha sostituito al comma 1 dell'art. 1 del d.lgs. 33 del 2013 le parole "informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni" con le parole "dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni", eliminando, sembrerebbe stando al dato letterale, ogni riferimento alle informazioni quale possibile oggetto della trasparenza.

Il nuovo comma 1 dell'art. 2 del d.lgs. 33 del 2013, nel definire l'ambito di applicazione del novellato d.lgs. 33 del 2013, riconosce la libertà di accesso di chiunque ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni tramite l'accesso civico e tramite la pubblicazione di documenti, informazioni e dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni e le modalità per la loro realizzazione, operando, in tal senso, una distinzione quanto all'oggetto dell'accesso tra: dati e documenti accessibili per mezzo dell'accesso civico da un lato e documenti, informazioni e dati accessibili per il tramite della pubblicazione obbligatoria sui siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni dall'altro. La medesima distinzione è prevista nelle disposizioni dei commi 1 e 2 del novellato art. 5 del d.lgs. 33 del 2013.

Infatti, nel comma 1 dell'art. 5 del d.lgs. 33 del 2013, si precisa che l'obbligo di pubblicazione che grava sulle pubbliche amministrazioni riguarda documenti, informazioni o dati, nel comma 2 dell'art. 5 del d.lgs.

33 del 2013 si stabilisce che l'esercizio del diritto di accesso attribuito a chiunque allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico riguarda i dati e i documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del decreto.

Dalle disposizioni del comma 1 dell'art. 2 e dei commi 1 e 2 dell'art. 5 del novellato Codice della trasparenza emergerebbe con chiarezza che il nuovo accesso civico può avere ad oggetto i dati e i documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni e non anche le informazioni, accessibili, invece, tramite l'accesso civico tradizionale esercitabile a fronte della omissione degli obblighi di pubblicazione di dati, documenti ed informazioni.

Tuttavia, il legislatore parrebbe contraddire l'impostazione seguita nelle disposizioni citate laddove, all'art. 3 comma 1 del d.lgs. 33 del 2013, come riformulato ad opera dell'art. 4 del d.lgs. 97 del 2016, chiarisce che tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di accesso civico, ivi compresi quelli oggetto di pubblicazione o obbligatoria ai sensi della normativa vigente, sono pubblici e che chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. 33 del 2013.

In tale disposizione, infatti, nel precisare che tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di accesso civico, ivi compresi quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente, sono pubblici, viene operata una distinzione tra ambito dell'accesso civico e ambito della pubblicazione obbligatoria e sembrerebbe, a differenza di quanto stabilito dai novellati comma 1 dell'art. 1 e commi 1 e 2 dell'art. 2 del Codice

della trasparenza, volersi contemplare quale possibile oggetto del nuovo accesso civico anche le informazioni.

Ad ogni buon conto, si può affermare che parrebbe emergere un'impostazione non chiara e definita riguardo alle informazioni quale possibile oggetto della neointrodotta forma di accesso civico c.d. generalizzato.

A differenza, infatti, dei documenti e dei dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni che potrebbero essere immaginati come elementi statici, le informazioni possono essere assimilate ad elementi dinamici in quanto rappresentano il risultato di una necessaria attività di elaborazione di dati già in possesso della pubblica amministrazione⁵⁰ e sono suscettibili di mutare nel loro contenuto proprio in conseguenza del mutamento dei dati o di una parte di dati.

Proprio perché frutto della elaborazione di dati, le informazioni sono in grado di consentire ai soggetti che vi accedono spazi di tutela più ampi di quelli garantiti dall'accesso documentale di cui all'art. 22 della Legge n. 241 del 1990, i quali risultano essere oggettivamente circoscritti ai soli documenti amministrativi già formati e detenuti dalla pubblica amministrazione.

La maggior ampiezza di tutela che potrebbe essere accordata al richiedente tramite il riconoscimento della possibilità di accedere anche ad informazioni ulteriori rispetto a quelle già detenute dalle pubbliche amministrazioni e risultato sia dell'attività di raccolta di nuove informazioni che dell'attività di elaborazione di dati e di rielaborazione di informazioni già in possesso delle stesse non viene presa in considerazione dall'Anac che nelle Linee Guida Foia precisa che la richiesta di accesso civico generalizzato deve riguardare i dati e i documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni,

⁵⁰ TAR Campania, sez. Napoli, sez. V, 25 febbraio 2009 n. 1062.

dovendosi escludere che l'amministrazione sia tenuta a formare o raccogliere o altrimenti procurarsi informazioni che non siano già in suo possesso.

Di conseguenza, conclude l'Anac, l'amministrazione non ha l'obbligo di rielaborare i dati ai fini dell'accesso generalizzato, ma solo di consentire l'accesso ai documenti nei quali siano contenute le informazioni già detenute e gestite dall'amministrazione stessa⁵¹.

3.5 Limiti normativi all'accesso civico

L'art. 6, comma 2, del d.lgs. 97 del 2016 ha introdotto il nuovo art. 5-bis nel testo del d.lgs. 33 del 2013, prevedendo le ipotesi di esclusione del nuovo accesso civico. Si tratta dei casi contemplati nei commi 1, 2 e 3 dell'art. 5-bis del d.lgs. 33 del 2013.

L'art. 5-bis al comma 1 prevede i casi in cui il rifiuto della richiesta di accesso si renda necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a: sicurezza pubblica e ordine pubblico, sicurezza nazionale, difesa e questioni militari, relazioni internazionali, politica e stabilità finanziaria ed economica dello Stato, conduzione di indagini su i reati e loro perseguimento, regolare svolgimento di attività ispettive.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 5-bis, la nuova forma di accesso civico deve essere rifiutata anche quando «il diniego è necessario per evitare un

⁵¹ Anac, Linee Guida Foia, cit., p. 10 e in allegato "Guida operativa all'accesso generalizzato", testo reperibile in <http://www.anticorruzione.it>.

pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali».

Le ipotesi di rifiuto dell'accesso civico contemplate nei commi 1 e 2 dell'art. 5-bis del d.lgs. 33 del 2013 sono definite dall'Anac nelle Linee Guida Foia come eccezioni relative o qualificate.

Ad avviso dell'Anac, il legislatore, con riguardo alle eccezioni relative, non opererebbe, come nel caso delle eccezioni assolute, una generale preventiva individuazione di esclusioni all'accesso generalizzato, ma rinvierebbe ad una attività valutativa che deve essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla disclosure generalizzata, da un lato e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento, dall'altro lato.

Secondo la disposizione del comma 2 dell'art. 5-bis del d.lgs. 33 del 2013, il nuovo accesso civico deve essere rifiutato ove il diniego sia necessario per evitare un pregiudizio concreto alla protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina vigente in materia. L'art. 5-bis richiama, dunque, espressamente la disciplina in materia di protezione dei dati personali contenuta sia nel d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, il Codice della privacy, che nella l. 241 del 1990.

In base alla disposizione di cui all'art. 19, comma 3, del Codice della Privacy, la comunicazione di dati personali da parte di un soggetto pubblico a privati o a enti pubblici economici e la diffusione dei medesimi da parte di un soggetto pubblico sono ammesse solo se previste da una norma di legge o di

regolamento. L'art. 59 del Codice della privacy rinvia espressamente alla disciplina contenuta nella l. 241 del 1990 laddove si precisa che i presupposti, le modalità, i limiti per l'esercizio del diritto di accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali, e la relativa tutela giurisdizionale, restano disciplinati dalla l. 241 del 1990, oltre che dalle altre disposizioni di legge in materia e dai relativi regolamenti di attuazione.

Con riguardo all'ipotesi di accesso civico generalizzato avente ad oggetto i dati, il Garante per la protezione dei dati personali rammenta, in primo luogo che, ove i dati personali dei quali si chiede l'accesso siano dati personali del richiedente (interessato), tale accesso deve essere disciplinato dagli artt. 7 e 8 del Codice della Privacy e, in secondo luogo che, per quanto riguarda il trattamento e la libera circolazione dei dati personali, si deve applicare la disposizione di cui all'art. 11 del Codice della Privacy.

Ai sensi della disposizione dell'art. 11 del Codice della Privacy «i dati personali oggetto di trattamento sono: [...] b) raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi ed utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi».

L'art. 11 del Codice della Privacy recepisce la norma dell'art. 6 della Direttiva 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, ai sensi della quale «gli Stati membri dispongono che i dati personali devono essere: [...] b) rilevati per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo non incompatibile con tali finalità».

Alla luce della disposizione dell'art. 11 del Codice della Privacy, sottolinea il Garante per la protezione dei dati personali, una pubblica amministrazione potrà effettuare un trattamento di dati personali ulteriore-

come la comunicazione di dati personali a terzi a seguito di una richiesta di «accesso civico» (generalizzato)– solo se la finalità dell’ulteriore trattamento è compatibile con gli scopi originari del trattamento stesso.

E’ opportuno ricordare che la Direttiva 95/46/CE è stata abrogata dal Regolamento (Ue) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento di dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, il quale ribadisce quanto affermato dalla Direttiva 95/46/CE³¹ e cioè che i dati personali sono trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell’interessato [(«liceità, correttezza e trasparenza» (art.5, comma 1, lett. a) del Reg. Ue 2016/679)] e che i dati sono raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che il trattamento degli stessi non sia incompatibile con tali finalità (art. 5, comma 1, lett. b) del Reg. Ue 2016/679). Analogamente, anche il Codice della Privacy è stato modificato e d integrato, per effetto del citato Regolamento (UE) 2016/679, dal D. Lgs. 10 agosto 2018, n. 101.

Come sottolineato in precedenza, anche il nuovo accesso civico ai dati personali e ai documenti che contengono dati personali deve essere esercitato nel rispetto della disciplina contenuta nella l. 241 del 1990 e nel Codice della privacy e consentito, quindi, solo previa ponderazione da parte dell’amministrazione tra i due interessi contrapposti, trasparenza e riservatezza e, in ogni caso, garantito al richiedente con riguardo ai documenti la cui conoscenza sia necessaria, secondo la valutazione dell’amministrazione, per curare o difendere i suoi interessi giuridici.

A tal proposito, l’assenza di motivazione nella istanza di accesso, ad avviso del Garante per la protezione dei dati personali, priverebbe il

soggetto pubblico destinatario dell'istanza di accesso della possibilità di disporre di un parametro necessario al fine di effettuare il bilanciamento tra la protezione dei dati personali e l'interesse del richiedente, con il rischio di determinare, alternativamente, o una eccessiva rigidità interpretativa, per cui l'amministrazione medesima potrebbe tendere a rigettare le richieste, depauperando di ogni utilità lo strumento dell'accesso civico, oppure, al contrario, una dilatazione ingiustificata della nozione di trasparenza, per cui potrebbero essere trasmessi al richiedente dati e documenti senza alcun ragionevole criterio selettivo.

Alla luce di tali considerazioni si comprende la ragione per la quale nell'art. 25, comma 2, della l. 241 del 1990 sia stato espressamente previsto che l'istanza di accesso ai documenti amministrativi rechi la motivazione.

Il comma 3 nel nuovo art. 5-bis del d.lgs. 33 del 2013 prevede l'esclusione dell'accesso civico generalizzato nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieto di accesso o divulgazione previsti dalla legge, «ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della l. 241 del 1990».

Le esclusioni previste nel comma 3 dell'art. 5-bis sono definite nelle Linee Guida Foia dell'Anac eccezioni assolute.

Il Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema del decreto legislativo attuativo aveva espresso la preoccupazione che proprio l'ampiezza delle eccezioni previste dall'art. 5-bis del d.lgs. 33 del 2013 all'esercizio dell'accesso civico potesse indurre le amministrazioni pubbliche «ad utilizzare la propria discrezionalità nella maniera più ampia, al fine di

estendere gli ambiti non aperti alla trasparenza», con il conseguente rischio che l'eventuale ulteriore previsione di eccezioni al nuovo accesso civico potesse ragionevolmente aumentare le perplessità circa la concreta efficacia del decreto attuativo.

Il comma 5 dell'art. 5-bis del d.lgs. 33 del 2013 prevedeva anche per la nuova forma di accesso civico, in analogia rispetto a quanto l'art. 9 del d.p.r. 12 aprile 2006, n. 184, Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi, stabilisce per l'accesso "classico", il ricorso al potere di differimento in luogo del diniego. Il differimento è ora contemplato dal comma 6 dell'art. 5 del d.lgs. 33 del 2013, comma introdotto dal d.lgs. 97 del 2016, e ribadito al comma 5 dell'art. 5-bis del Codice della trasparenza nella formulazione attualmente in vigore.

Il nuovo comma 6 dell'art. 5 del d.lgs. 33 del 2013, oltre a precisare che il procedimento di accesso civico deve concludersi con provvedimento espresso e motivato nel termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza con la comunicazione al richiedente e agli eventuali controinteressati, chiarisce che il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso devono essere motivati con riferimento ai casi e ai limiti stabiliti dall'art. 5-bis del d.lgs. 33 del 2013.

In tal modo si è dato riscontro all'osservazione svolta sia dal Consiglio di Stato che dalla Commissione parlamentare in merito alla disposizione del comma 5 dell'art. 5 del d.lgs. 33 del 2013 nella formulazione introdotta dall'art. 6 dello schema di decreto legislativo attuativo, con riguardo alla previsione del silenzio-rigetto e alla mancata previsione della obbligatorietà della motivazione nel caso di rifiuto dell'accesso.

A tal proposito, infatti, il Consiglio di Stato, pur riconoscendo la finalità “mitigatrice” della previsione del silenzio-rigetto, a fronte dell’estensione dei possibili casi di libero accesso civico, sottolineava come, di fatto, con tale previsione venisse introdotto un istituto non poco problematico dal punto di vista della partecipazione dei cittadini alla vita amministrativa ed evidenziava l’opportunità di omologare la procedura del nuovo accesso civico a quella prevista dall’art. 25 della l. 241 del 1990 per le modalità di esercizio del diritto di accesso “ordinario”, richiedendo, dunque, che il rifiuto dell’accesso, salvi i limiti e i casi di esclusione previsti, dovesse comunque essere motivato, ancorché sinteticamente.

L’Anac ha voluto nelle Linee Guida Foia affermare la necessità che anche il provvedimento di accoglimento dell’istanza di accesso venga motivato, nonostante il fatto che dal dato letterale del comma 6 dell’art. 5 del d.lgs. 33 del 2013, il quale fa riferimento alla necessità che il procedimento di accesso civico si concluda con provvedimento espresso e motivato, si possa desumere, ad avviso di chi scrive, che la motivazione debba sussistere, oltre che, come espressamente previsto dal medesimo comma 6, nelle ipotesi di rifiuto, differimento e limitazione dell’accesso, anche nel caso di accoglimento dell’istanza di accesso.

Nel nuovo art. 5 del d.lgs. 33 del 2013 il comma 5 prevede che, fatti salvi i casi di pubblicazione obbligatoria, l’amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, ai sensi dell’art. 5-bis, comma 2, è tenuta a dare comunicazione agli stessi, mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento, o per via telematica per coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione.

Il comma 5 dell'art. 5 del d.lgs. 33 del 2013 prevede, inoltre, che entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione, i controinteressati possano presentare una motivata opposizione, anche per via telematica, alla richiesta di accesso, e che, a decorrere dalla comunicazione ai controinteressati, il termine di 30 giorni, termine entro il quale deve essere concluso il procedimento di accesso civico, venga sospeso fino all'eventuale opposizione dei controinteressati, ed infine che, decorso il termine previsto per la presentazione dell'eventuale opposizione, la pubblica amministrazione provveda sulla richiesta di accesso, dopo essersi accertata della ricezione della comunicazione da parte dei controinteressati.

Rispetto al testo dell'art. 5, introdotto ex novo dall'art. 6 dello schema di decreto legislativo attuativo, il quale in un unico comma, il comma 6, prevedeva per i casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine prescritto, il ricorso al tribunale amministrativo regionale, il nuovo testo dell'art. 5 del d.lgs. 33 del 2013, quale risulta dalle modifiche apportate dal d.lgs. 97 del 2016, introduce nei commi 7, 8 e 9 altri rimedi esperibili oltre il ricorso al tribunale amministrativo regionale. In particolare, attraverso la disposizione del comma 7 dell'art. 5 del d.lgs. 33 del 2013, il Governo ha inteso dare riscontro alla proposta di emendamento avanzata dalla Commissione parlamentare che poneva, tra le condizioni del parere favorevole reso sullo schema di decreto legislativo attuativo, l'individuazione di un possibile rimedio in via amministrativa, accanto al ricorso al tribunale amministrativo regionale, per i casi di diniego totale o parziale all'accesso o di mancata risposta da parte della pubblica amministrazione entro il termine previsto. In tal senso, infatti, ai sensi del comma 7, nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata

risposta entro il termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza, il richiedente può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il quale deve decidere con provvedimento motivato entro il termine di venti giorni dalla presentazione della richiesta di riesame

Nel caso in cui l'accesso sia stato negato o differito a tutela degli interessi di cui all'art. 5-bis, comma 2, lett. a), il suddetto responsabile, ai sensi ancora del comma 7, deve provvedere sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale è tenuto a pronunciarsi entro il termine di dieci giorni dalla richiesta.

Con il comma 8 dell'art. 5 del d.lgs. 33 del 2013, come formulato dal d.lgs. 97 del 2016, si prevede la possibilità per il richiedente l'accesso, ove si tratti di atti delle amministrazioni delle regioni o degli enti locali, di presentare ricorso al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito.

Si precisa, inoltre, nel comma 8 dell'art. 5 del d.lgs. 33 del 2013 che il difensore civico deve pronunciarsi entro trenta giorni dalla presentazione del ricorso e che, ove il difensore civico ritenga illegittimo il diniego o il differimento, il medesimo è tenuto ad informare il richiedente e a comunicarlo all'amministrazione competente.

Da ultimo, si stabilisce nella disposizione del comma 8 dell'art. 5 che, se l'amministrazione competente non conferma il diniego o il differimento entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico, l'accesso deve considerarsi consentito.

Con tale disposizione è stata introdotta una ipotesi di silenzio assenso in ordine all'accesso. Nei casi di accoglimento della richiesta di accesso, il

controinteressato può, ai sensi del comma 9 dell'art. 5 del d.lgs. 33 del 2013, presentare richiesta di riesame ai sensi del comma 7 del citato art. 5 e presentare ricorso al difensore civico ai sensi del comma 8 del medesimo articolo.

L'art. 3 del d.lgs. 97 del 2016 introduce nel d.lgs. 33 del 2013 l'art. 2-bis rubricato "Ambito soggettivo di applicazione", il quale comporta l'abrogazione dell'art. 11 del d.lgs. 33 del 2013.

Ai sensi del comma 1 dell'art. 2-bis devono intendersi ai fini del Codice della trasparenza per pubbliche amministrazioni tutte le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni, comprese le autorità portuali, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione.

Al comma 2 dell'art. 2-bis del Codice della trasparenza, nella versione attualmente in vigore, viene specificato che la medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 dell'art. 2-bis deve essere applicata anche, in quanto compatibile (inciso introdotto dallo schema di decreto legislativo attuativo e confermato dal d.lgs. 97 del 2016) nei confronti: a) degli enti pubblici economici e degli ordini professionali; b) delle società in controllo pubblico come definite dal d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, emanato in attuazione dell'art. 18 della l. 7 agosto 2015, n. 124; c) delle associazioni, delle fondazioni e degli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la

totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni⁵².

L'art. 5 del d.lgs. 33 del 2013, al comma 3, nella formulazione prevista nello schema di decreto legislativo attuativo, prevedeva che il rilascio di dati o documenti in formato elettronico o cartaceo fosse subordinato soltanto al rimborso del costo sostenuto dall'amministrazione.

Con la disposizione dell'art. 5, comma 4, del d.lgs. 33 del 2013, introdotta dal d.lgs. 97 del 2016, il legislatore ha recepito la modifica proposta nei pareri favorevoli resi dalla Commissione parlamentare e dall'Unione Province d'Italia sullo schema di decreto legislativo attuativo e consistente nella richiesta di rendere gratuito l'accesso ai documenti in modalità digitale, con il solo rimborso, comunque da giustificare, dei costi effettivamente sostenuti per l'eventuale riproduzione su supporti materiali.

Il comma 4 dell'art. 5 del d.lgs. 33 del 2013 stabilisce, infatti, che il rilascio di dati o documenti in formato elettronico o cartaceo sia gratuito, salvo il rimborso del costo effettivamente sostenuto e documentato dall'amministrazione per la riproduzione su supporti materiali dei dati o documenti.

In tal senso, il legislatore ha voluto conformarsi a quanto statuito dall'art. 25 della l. 241 del 1990 che stabilisce che «l'esame dei documenti è

⁵² Con la modifica apportata dal d.lgs. 97 del 2016 è stato recepito il contenuto di alcune Delibere adottate dall'Anac. In particolare, la Delibera Anac n. 145 del 21 ottobre 2014, Parere dell'Autorità sull'applicazione della l. n. 190 del 2012 e dei decreti delegati agli ordini e ai collegi professionali e la Delibera Anac n. 34 del 18 dicembre 2012, Applicabilità della legge n. 190 del 2012 a un ente ex IPAB ancora non trasformato in azienda pubblica di servizi alla persona o in persona giuridica di diritto privato. I testi delle citate Delibere sono pubblicati in <http://www.anticorruzione.it>

gratuito» e che «il rilascio di copia è subordinato soltanto al rimborso del costo di riproduzione, salve le disposizioni vigenti in materia di bollo, nonché i diritti di ricerca e di visura».

Con riguardo all'entrata in vigore della disciplina del nuovo accesso civico, la Commissione parlamentare aveva prospettato la previsione di una fase di adeguamento alla nuova disciplina, proponendo un eventuale differimento dell'efficacia delle nuove norme sull'accesso civico e di quelle relative alle norme di restringimento degli obblighi di pubblicazione per un congruo periodo, in ogni caso non superiore a sei mesi, che potesse permettere alle amministrazioni di organizzarsi per una piena applicazione del diritto di accesso generalizzato.

Tale indicazione è stata recepita nella disposizione del comma 1 dell'art. 42 del d.lgs. 97 del 2016, articolo rubricato "Disposizioni transitorie".

Ai sensi della disposizione dell'art. 42, comma 1, del d.lgs. 97 del 2016, la quale ha sostituito la corrispondente disposizione contenuta nello schema del decreto legislativo attuativo, i soggetti di cui all'art. 2-bis del d.lgs. 33 del 2013 dovevano adeguarsi alle modifiche introdotte nel d.lgs. 33 del 2013 e assicurare l'effettivo esercizio del diritto di cui all'art. 5, comma 2, del medesimo decreto entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo sulla trasparenza, il d.lgs. 97 del 2016, data fissata per il 23 giugno 2016.

Coerentemente l'Anac nelle Linee Guida Foia ha precisato che a partire dal 23 dicembre 2016 dovesse essere data immediata applicazione all'istituto dell'accesso civico generalizzato, con la valutazione caso per caso delle richieste presentate.

In merito alla modalità di presentazione dell'istanza di accesso civico generalizzato, con riguardo alla disposizione del comma 3 dell'art. 5 del d.lgs. 33 del 2013 introdotta dall'art. 6 dello schema di decreto legislativo attuativo, la quale disponeva che l'istanza potesse essere trasmessa per via telematica secondo le modalità previste dal d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, l'indicazione espressa nei pareri del Consiglio di Stato, della Conferenza Unificata e della Commissione parlamentare era stata nel senso di prevedere "di norma" l'inoltro in via telematica ad unico ufficio - sportello per ogni amministrazione, il quale avrebbe dovuto agire come una sorta di desk telematico, ammettendo deroghe all'invio telematico solo in casi veramente eccezionali.

Tuttavia, nel d.lgs. 97 del 2016 l'invito a prevedere come regola, derogabile solo in casi veramente eccezionali, l'inoltro della istanza di accesso civico generalizzato per via telematica non è stato accolto, preferendo prevedere l'inoltro per via telematica come una possibilità e non come la regola da seguire⁵³.

Potrebbero sorgere delle difficoltà nel dare attuazione alla riforma Madia sulla trasparenza con riguardo all'esigenza di contenere i costi, esigenza che si ricava dalla clausola di invarianza finanziaria contenuta nell'art. 44 del d.lgs. 97 del 2016, dall'applicazione della previsione del novellato comma 5 dell'art. 5 del d.lgs. 33 del 2013, ai sensi del quale «l'amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, ai sensi dell'articolo 5-bis, comma 2, è tenuta a darne comunicazione agli stessi,

⁵³ L'Anac nell'Allegato alle Linee Guida Foia ribadisce che l'istanza può essere trasmessa per via telematica secondo le modalità previste dal d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 recante il «Codice dell'amministrazione digitale» (CAD) e richiede all'amministrazione o all'ente di privilegiare, opportunamente, tra le modalità previste nel CAD quella meno onerosa per chi presenta l'istanza.

mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento, o per via telematica per coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione». I soggetti controinteressati potrebbero essere i soggetti interessati a: a) proteggere i propri dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; b) proteggere la libertà e la segretezza della propria corrispondenza; c) proteggere gli interessi economici e commerciali (di una persona fisica o giuridica), ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.

Potrebbe trattarsi, quindi, di una platea molto ampia e, di conseguenza, i costi per la pubblica amministrazione potrebbero essere significativi ove l'amministrazione fosse costretta ad inviare ai controinteressati una raccomandata con avviso di ricevimento, nel caso in cui non potesse provvedere con la comunicazione per via telematica, possibile solo nei confronti di coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione.

Capitolo 4

Aspetti critici sui limiti dell'accesso civico

4.1 Premessa: accesso civico generalizzato e tutela della privacy

Approfondendo ed analizzando più nello specifico alcune problematiche trattate nel capitolo precedente, si può partire con l'evidenziare che, storicamente, agli occhi del Legislatore e dell'interprete, il diritto di accesso ed il Diritto alla riservatezza sono protagonisti sulla scena del diritto che mal si sopportano reciprocamente.

Tale idiosincrasia è in parte fisiologica in quanto nasce, per così dire, dalla differente inclinazione naturale dei due attori, volti il primo (diritto di accesso) alla acquisizione ed alla circolazione delle informazioni detenute dalla Pubblica Amministrazione e il secondo (diritto alla riservatezza) ad impedire la comunicazione, la divulgazione e la diffusione al pubblico delle informazioni, se non la stessa conoscenza delle informazioni da parte dei terzi ⁵⁴.

La ragione d'essere dei due Diritti è quindi evidentemente antitetica sul piano fattuale, prima ancora che giuridico, stante che l'accesso implica la necessaria esteriorizzazione delle informazioni, mentre la riservatezza presuppone la limitazione della circolazione delle informazioni, a tutela della sfera intima della persona.

⁵⁴ Sotto questo profilo il "diritto alla riservatezza" è stato definito come diritto ad impedire la comunicazione, la divulgazione e la diffusione al pubblico delle informazioni attinenti alla vita privata delle persone, distinto, in quanto tale, dal "diritto alla segretezza", quale diritto ad impedire la stessa conoscenza di tali informazioni (C.M. Bianca, Diritto civile, I, 1987, 170 ss.).

Aggiungasi che i due attori hanno differente origine e provenienza anche sul piano ordinamentale, visto che l'accesso nasce come prerogativa del "cittadino" (rectius: del "contribuente") nei confronti della Pubblica Amministrazione nell'ambito dell'ordinamento pubblicistico⁵⁵, mentre la riservatezza è patrimonio del singolo individuo, riconosciuto nel contesto dell'elaborazione privatistica dei diritti della personalità⁵⁶.

E' così parso, per lungo tempo, al Legislatore di poter risolvere il fisiologico conflitto tra i due antagonisti con una pregiudiziale prevalenza dell'uno (diritto alla riservatezza) a scapito dell'altro (diritto d'accesso), apparendo impossibile una loro pacifica convivenza.

Uscendo dalla metafora, può dirsi che il sistema ordinamentale interno ha lungamente concepito il rapporto tra il diritto di accesso ed il diritto alla riservatezza in termini di incompatibilità, privilegiando criteri rigidi di risoluzione del conflitto nel segno della prevalenza dell'uno rispetto all'altro.

Ed in questo quadro il diritto alla riservatezza ha avuto gioco facile nel ritagliarsi un ruolo dominante, per la complicità di due fattori: da una parte il livello impari di tutela giuridica riconosciuta ai due diritti, dall'altra il dogma della "strumentalità" del diritto di accesso.

Sotto il primo profilo, mentre la riservatezza trovava dignità costituzionale sotto l'ombrello dell'art. 2 (che tutela i diritti inviolabili dell'uomo) e, per alcuni aspetti, dell'art. 21 della Costituzione (che garantisce

⁵⁵ Il riferimento è all'art. 62 del Testo Unico della legge comunale e provinciale (R.D. 3 marzo 1934 n. 83), che prevedeva che ciascun "contribuente" aveva facoltà di avere copia delle deliberazioni comunali.

⁵⁶ Come noto, le prime enunciazioni giurisprudenziali del "diritto all'intimità personale" risalgono agli anni '50 (Trib. Roma 14.9.1953; Pret. Napoli 25.8.1956), per poi trovare più compiuto riconoscimento nell'ambito della teoria monistica dei diritti della personalità con la pronuncia della Cassazione n. 990 del 1963 e poi con la sentenza n. 2129 del 1975 ("caso Soraya").

la libertà di manifestazione del pensiero, e, nel suo aspetto negativo, anche il cd. "right to be silent")⁵⁷, nonché delle Convenzioni internazionali⁵⁸, il diritto di accesso è rimasto per lungo tempo privo di copertura costituzionale, nonostante gli sforzi della dottrina e della giurisprudenza di ricondurre il principio di trasparenza e di pubblicità dell'azione amministrativa nell'ambito dell'art. 97 della Costituzione⁵⁹.

Sotto il secondo profilo, è noto che il diritto di accesso è stato storicamente concepito come una situazione giuridica "strumentale" (e secondario) rispetto ad altri sottostanti interessi giuridicamente rilevanti e quindi previsto e tutelato dall'ordinamento non già come bene della vita autonomamente apprezzabile, ma per la tutela di altri e connessi interessi⁶⁰.

Tale concezione traspare in chiaro nella Legge 241/90 (tanto nella sua versione originaria, quanto in quella rivisitata a seguito della riforma del 2005), la cui impostazione non lascia dubbi sulla netta prevalenza della tutela della riservatezza, intesa come causa assoluta di esclusione dell'accesso (seppure

⁵⁷Il diritto alla riservatezza è pacificamente ricondotto dalla dottrina e dalla giurisprudenza all'ambito dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. in virtù della c.d. "tesi monistica" delle circolarità dei diritti della personalità, in base alla quale la norma costituzionale è una "clausola generale aperta", la cui finalità è quella di tutelare la persona umana integralmente e in tutti i suoi modi di essere essenziali, prestandosi all'esigenza di ampliare la tutela giuridica anche a nuovi interessi emergenti della persona.

⁵⁸Diverse sono le fonti di diritto internazionale che consacrano il diritto alla riservatezza come diritto fondamentale della persona, a cominciare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, ratificata dall'Italia con Legge 4 agosto 1955 n. 848 (art. 10 comma 2). Vedi oggi l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2007.

⁵⁹Il nesso tra la "trasparenza/pubblicità" ed i canoni di "buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa" di cui all'art. 97 Cost. è oggi pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza (vedi Corte Cost. 17.03.2006 n. 104 e, con specifico riferimento al diritto di accesso, Cons. Stato sez. VI 09.03.2007 n. 1119). Ma già in passato vedi Cons. Stato Adunanza Plenaria, 22 aprile 1999, n. 5.

⁶⁰Impostazione confermata negli ultimi due pronunciamenti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 6 e n. 7 del 2006.

demandandone l'attuazione ad apposito regolamento governativo ex art. 24, comma 6, L. 241/90), salvo poi ammettere la possibile prevalenza del diritto di accesso mediante il ricorso alla “stampella” del diritto di difesa ex art. 24, comma 7⁶¹.

Questa situazione di netto sbilanciamento tra i due diritti a favore della riservatezza (protrattasi e consolidatasi per lungo tempo e proprio per questo motivo di difficile sradicamento anche a livello culturale) ha cominciato a vacillare sotto la spinta del legislatore comunitario che, con particolare riguardo ad alcuni specifici beni di primaria rilevanza pubblica (ambiente), ha indotto il legislatore italiano a prendere atto della possibile convivenza dei due diritti su un piano di pari valenza.

Ci riferiamo, in particolare, al D.Lgs. 24 febbraio 1997 n. 39 di *“Attuazione della direttiva 90/313/CEE, concernente la libertà di accesso alle informazioni in materia di ambiente”*, ove per la prima volta si riconosce la necessità di una ponderazione, caso per caso, dei due valori in campo, riconoscendo la prevalenza del diritto alla riservatezza soltanto ove effettivamente risulti che l'ostensione dell'informazione richiesta sia suscettibile di produrre “un pregiudizio concreto e attuale” a tale diritto (art. 4, comma 2, D.Lgs. 39/1997).

Detta innovativa configurazione del rapporto tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza, posti, almeno in partenza, su un piano di reciproca

⁶¹ Come noto, ai sensi dell'art. 24, comma 7, Legge 241/90, *“Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per 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' articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 , in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale.”*.

parità, è stata poi confermata dal successivo Decreto legislativo di attuazione della normativa comunitaria in materia di informazioni ambientali (D.Lgs. 19 agosto 2005 n. 195, di attuazione della direttiva 2003/4/CE, ad oggi vigente), che, con maggior dettaglio, ha demandato all’*“autorità pubblica la valutazione ponderata fra l'interesse pubblico all'informazione ambientale e l'interesse tutelato dall'esclusione dall'accesso”*, aggiungendo peraltro un criterio interpretativo preferenziale per il diritto di accesso, le cui esclusioni vanno intese *“in modo restrittivo”*.

Trattasi, per tutta evidenza, di un modo di intendere il rapporto tra i due diritti del tutto inedito rispetto all’impostazione originaria, perché presuppone la pari dignità degli stessi e la necessità di dirimere eventuali conflitti mediante un’attenta valutazione del caso concreto, rimessa, volta per volta, alla decisione della Pubblica Amministrazione.

Ma il passaggio ancora più rilevante ed innovativo della normativa nazionale di derivazione europea risiede nella chiara volontà di dirimere il rapporto tra i due interessi in gioco (quello conoscitivo dell’accesso e quello intimistico della riservatezza) non già secondo criteri di prevalenza, ma con la composizione ed il contemporaneo soddisfacimento di entrambi, mediante l’*“accoglimento parziale”* dell’istanza di accesso⁶², provvedimento in grado di temperare gli opposti interessi, agevolmente attuabile con il semplice espediente tecnico dell’oscuramento parziale dei dati personali, che consente di tutelare efficacemente un diritto (riservatezza) senza sacrificare l’altro (accesso).

⁶²Si veda art. 5, comma 5, D.Lgs. 195/2005: *“... l'autorità pubblica dispone un accesso parziale, a favore del richiedente, qualora sia possibile espungere dall'informazione richiesta le informazioni escluse dal diritto di accesso ai sensi dei citati commi 1 e 2.”*

Nel frattempo, il quadro costituzionale è mutato e lo stesso diritto europeo si è evoluto in via giurisprudenziale nel senso della pari dignità dei due diritti, anche al di là del particolare settore delle informazioni ambientali.

Il diritto di accesso viene, così, assunto al rango di diritto costituzionalmente tutelato, in quanto afferente 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, comma 2, lett. m) della Costituzione⁶³.

D’altra parte, la Corte europea dei diritti dell’uomo (CEDU) ha riconosciuto che il diritto di accesso alle informazioni detenute dalle P.A. può assurgere, in determinate circostanze ed a determinate condizioni, a “*diritto fondamentale dell’uomo*”, in quanto rientrante nella c.d. “*libertà di espressione*”, riconosciuta e tutelata dalle Convenzioni europee (art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1952 e art. 11 della Carta di Nizza del 2000) e rispetto alla quale è vietata l’ “*ingerenza da parte delle autorità pubbliche*”⁶⁴.

⁶³ Ai sensi dell’art. 29, comma 2-bis, della Legge 241/90 (così come introdotto dalla L. 69/2009), “*Attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all’articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell’interessato al procedimento, ... e di assicurare l’accesso alla documentazione amministrativa, ...*”.

⁶⁴ Si veda, da ultimo, CEDU Grande Camera sentenza del 08.011.2016 (Magyar Helsinki Bizottsag c. Ungheria, ricorso n. 18030/11).

4.2 L'accesso civico generalizzato (introdotto dal D.Lgs 97/2016) e l'articolo 5-bis del D.Lgs. 33/2013

In questo quadro codificato e di diritto vivente si inseriscono, come detto più volte nei precedenti capitoli, prima il Decreto Legislativo n. 33/2013 e poi l'istituto dell'"accesso civico generalizzato", introdotto dal D.Lgs. 97/2016, la cui disciplina non poteva non risentire dell'evoluzione sopra vista.

A cominciare dalla conferma che tutte le disposizioni del Decreto, ivi comprese quelle riguardanti il diritto di accesso civico, *"integrano l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione ..."* (art. 1, comma 3, D.Lgs. 33/2013).

Il che ha indotto il Legislatore, in continuità con il metodo inaugurato dal diritto europeo, a strutturare il rapporto tra il nuovo istituto ed il diritto alla riservatezza in termini paritari, con ciò distanziandosi marcatamente dal modello della Legge 241/90.

Sotto questo profilo, la necessità di differenziare il sistema dei rapporti tra accesso civico e privacy da quello previsto dalla Legge generale sull'"accesso documentale" deriva da una ragione intrinseca alla natura ed ai caratteri stessi del nuovo istituto, che – a differenza dell'altro - nasce libero dal vincolo condizionante della "strumentalità" rispetto ad altri (eventuali) interessi giuridici sottostanti.

L'accesso civico generalizzato è, invero, per definizione un diritto che spetta a *"chiunque"*, *"indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti"* [art. 7, comma 1, lett. h) Legge delega n. 241/2015],

che “non e' sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente.” (art. 5, comma 3, D.Lgs. 33/2013) e la cui unica ragione d'essere sta nello “scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico” (art. 5, comma 2, D.Lgs. 33/2013), sì che la relativa istanza “non richiede motivazione” (art. 5, comma 3, D.Lgs. 33/2013).

Così congetturato, non era, pertanto, neppure ipotizzabile un sistema di risoluzione del conflitto con il diritto alla riservatezza imperniato (come nella Legge 241/90) sulla “necessità di curare e difendere gli interessi giuridici” dell'istante, trattandosi di un criterio che sottende e presuppone una dimensione “privatistica” dell'accesso avulsa dalla logica del nuovo istituto, strettamente apparentato ai “diritti civili”.

Si è scelto, pertanto, di ripercorrere la strada, di coniazione europea, già sperimentata con l'accesso alle informazioni ambientali, prevedendo che l'accesso civico debba essere escluso soltanto quando “il diniego e' necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela” di uno degli interessi privati indicata dalla norma, tra cui “a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;” (art. 5-bis, comma 2, D.Lgs. 33/2013).

L'opzione è stata, quindi, quella di una “limitazione relativa” del diritto di accesso (secondo la terminologia suggerita da Anac con le “Linee guida” di cui diremo *infra*), la cui applicazione è rimessa alle singole Pubbliche Amministrazioni, chiamate ad individuare, volta per volta ed in relazione al caso concreto, il diritto da considerarsi prevalente, all'esito di una ponderata valutazione degli interessi in gioco.

Nulla di nuovo quindi rispetto alle precedenti esperienze normative di matrice europea, ma molto di nuovo rispetto alla Legge 241/90, con la quale si demandava ad un Regolamento governativo (peraltro mai rinnovato dopo la riforma del 2005) i singoli casi di esclusione per ragioni di riservatezza, imperniando la prevalenza del diritto di accesso su un altro e diverso diritto, quello di difesa (ex art. 24, comma 7).

Può essere interessante notare che l'impatto innovativo di siffatta impostazione suscitò, già a lavori in corso, immediate critiche da parte del Garante per la privacy, il quale, preoccupato per l'eccesso di discrezionalità delle Pubbliche Amministrazioni che sembrava profilarsi all'orizzonte, propose sostanzialmente un ritorno (quantomeno parziale) al tradizionale modello del regolamento governativo⁶⁵.

Invero, l'ampia discrezionalità della fase decisoria ed il conseguente rischio di un'interpretazione disomogenea delle norme da parte delle singole Amministrazioni è un problema reale⁶⁶, che lo stesso legislatore ha tentato di

⁶⁵ Questi i rilievi sollevati dal Garante con il parere reso nel corso dell'iter di approvazione del D.Lgs. 97/2016 (par. n. 92/2016 del 3 marzo 2016): *“Appare evidente che il sistema copre, attraverso obblighi di pubblicazione e/o accesso civico, la totalità dei dati trattati dalla P.A., con un'ampiezza che, se non accompagnata dalla individuazione delle categorie di atti da ritenersi ricompresi nella definizione e dalla contestuale individuazione di limiti precisi a detto accesso, determinerà conseguenze patologicamente rilevanti e tra le più varie.”*. ... *“Le suddette modifiche legislative dovrebbero comunque essere completate con un regolamento attuativo volto a individuare nel dettaglio le categorie di dati e di documenti suscettibili di accesso ai sensi dell'art. 5, comma 2, nonché i casi di rigetto dell'istanza a fini di tutela degli interessi di cui all'art. 5-bis In assenza di una normativa regolamentare di attuazione che declini con maggiore dettaglio oggetto e limiti dell'accesso, nella nuova forma prevista, vi è, infatti, il concreto rischio di interpretazioni irragionevolmente diverse tra le varie amministrazioni e, al loro interno, tra i vari uffici, con un'ingiustificata disparità di trattamento, per i cittadini, che ne deriverebbe.”*

⁶⁶ Al riguardo, si è rilevata la inevitabile correlazione tra l'ambito della discrezionalità decisoria rimessa alla P.A. e la certezza e la effettività del diritto (cfr. B. Ponti (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, ed. Maggioli, 2016, 56 ss.). In proposito, inoltre, parte della dottrina ha criticato la scelta legislativa di affidare alla

mitigare con lo strumento delle “Linee guida” previste dall’art. 5-bis, comma 6, del D.Lgs. 33/2013 ⁶⁷.

P.A. (e per essa al singolo funzionario) margini di discrezionalità così ampi ed indefiniti, anche in considerazione della complessità della decisione; al riguardo, si è parlato di “*un sistema regolativo debole e, per certi versi, incoerente, che si fonda, in ultima analisi, su una responsabilizzazione eccessiva del funzionario chiamato a decidere sull’istanza di ACG (soprattutto quando confligge con gli interessi di riservatezza intestati ad altri soggetti)*”, nonché di “*una valutazione (ampiamente) discrezionale, se non libera, di un funzionario, costretto a compierla in tempi strettissimi e in mancanza della guida sicura e affidabile di paradigmi normativi cogenti e precisi.*” (cfr. C. Deodato, *La difficile convivenza dell’accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?*, www.giustizia-amministrativa.it 20.12.2017). Sulla stessa linea, altra dottrina ha evidenziato che “*le eccezioni risultano ampie, fortemente indeterminate e demandate, nella loro concreta applicazione, ad un meccanismo che rimette in capo all’amministrazione ampi margini di apprezzamento, al punto che non appare scontato individuare settori, tipologie o esempi di informazioni detenute dalla P.A. per i quali sia possibile ritenere – con un significativo grado di certezza (ex ante) – che l’istanza di accesso sia destinata ad andare a buon fine. Il rischio, dato un sistema di eccezioni così ampio, indeterminato e dall’incerto margine di applicazione, è che – all’atto pratico – quella che dovrebbe rappresentare (in astratto, secondo il modello Foia) l’eccezione, possa in via di fatto sperimentarsi (ex post) come la regola, con l’accessibilità ridotta invece ad eccezione (in termini di casistica). Dunque, il rischio concreto di un tradimento del modello prefigurato dal legislatore delegante.*” (cfr. B. Ponti, *Nuova trasparenza ..op. cit.*, 57 ss.). In una prospettiva comparatistica, si è evidenziato che nel sistema Foia statunitense i limiti, ancorchè presenti, sono tassativi e circoscritti, proprio con l’obiettivo di eliminare o ridurre sensibilmente la discrezionalità della P.A., mentre nel sistema italiano il diritto di accesso civico generalizzato finisce per essere un “diritto vuoto” (cfr. E. Carloni, *Se questo è un Foia. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, Astrid, n. 4/2016). In senso opposto, si è invece sostenuto che “*In realtà, il numero e la formulazione degli interessi-limite indicati dal legislatore delegato sono in linea con lo standard prevalente. I dieci interessi pubblici e privati indicati dall’art. 5 bis corrispondono all’elencazione che compare nella maggior parte dei FOIA europei, rispetto ai quali, anzi, il nostro legislatore è stato più parco. Occorre, poi, considerare che gli interessi indicati coincidono – con differenze marginali – con quelli del FOIA dell’Unione europea.*”, con la conseguente possibilità di utilizzare, come ausilio interpretativo, la giurisprudenza comunitaria (Savino, *Il Foia italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo – Il commento*, Giornale Dir. A., 2016, 5).

⁶⁷ Il Consiglio di Stato, con il parere del 24 febbraio 2016, reso sullo schema di decreto legislativo, aveva segnalato che “*in mancanza di criteri più dettagliati per la valutazione del pregiudizio che la pubblicazione potrebbe arrecare agli interessi tutelati, le amministrazioni, infatti, potrebbero essere indotte ad utilizzare la propria discrezionalità nella maniera più ampia, al fine di estendere gli ambiti non aperti alla trasparenza e sicuramente la genericità di alcune previsioni, pur riferite a tematiche “sensibili” ... potrebbero essere motivo dell’insorgenza di ulteriore contenzioso.*”, auspicando che “*tali criteri potrebbero essere forniti con linee guida appositamente adottate per meglio chiarire le incertezze di siffatta disciplina derogatoria.*”. L’auspicio è stato raccolto

Come noto, le prime “*Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5 co. 2 del D.Lgs. 33/2013*” sono state adottate dall’Autorità Nazionale Anticorruzione, d’intesa con il Garante per la privacy, con delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016 ed esse non pare abbiano sortito l’effetto sperato di conferire “certezza” o “prevedibilità” alle decisioni amministrative; situazione che pare potersi attribuire sia alla eccessiva genericità dei criteri proposti⁶⁸, sia ai limiti propri della natura dello strumento regolatore⁶⁹.

dal legislatore, che ha previsto che “*Ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui al presente articolo, l’Autorità nazionale anticorruzione, d’intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, adotta linee guida recanti indicazioni operative.*”.

⁶⁸ In estrema sintesi, con le citate “Linee guida” Anac ha individuato i seguenti criteri utili per il giudizio di ponderazione degli interessi: a) opposizione del controinteressato, da considerarsi “un indice della sussistenza di un pregiudizio concreto”, non vincolante per la P.A., ma da valutare ai fini della decisione; b) tipologia di soggetto (es. minore, la cui riservatezza va tutelata in via tendenzialmente assoluta) e ruolo ricoperto dal controinteressato (es. soggetti che esercitano una funzione pubblica, la cui riservatezza è tutelata in modo inversamente proporzionale all’interesse pubblico del ruolo ricoperto; c) conseguenze pratiche della eventuale ostensione (es. effetti negativi sul piano giuridico, economico, morale e sociale, comprese le possibili azioni di terzi); d) le “ragionevoli aspettative” del controinteressato titolare del diritto alla riservatezza.

⁶⁹ Come noto, le “Linee guida” costituiscono un atto amministrativo generale che, seppur autorevole, è privo di valenza normativa e non è pertanto vincolante per le Amministrazioni. Questa scelta legislativa di *soft law* è stata decisamente criticata da una parte della dottrina, che ha rilevato l’inidoneità di un sistema che affida ad indirizzi ed istruzioni operative non vincolanti il completamento della scarna disciplina legislativa, priva di un apparato regolativo univoco e puntuale. A conferma, si segnala il contrasto interpretativo tra le Linee guida Anac e la Circolare del Dipartimento della Funzione pubblica su alcune delle questioni più rilevanti della disciplina dell’accesso civico generalizzato (si è parlato di “*un confuso compendio di indirizzi contraddittori*”) (cfr. C. Deodato, *La difficile convivenza* ..op. cit.).

4.3 I primi orientamenti del Garante per la privacy

Nel sistema ideato dal legislatore per l'attuazione dell'istituto dell'accesso civico generalizzato il Garante per la privacy svolge un ruolo importante, non soltanto nella fase della formazione delle "Linee guida", ma anche per il suo diretto coinvolgimento nei procedimenti di "riesame" delle decisioni assunte in prima istanza dalle Amministrazioni, facoltativamente attivabile dagli interessati ⁷⁰.

Invero, benchè il parere del Garante, in assenza di una specifica prescrizione normativa sul punto, non sembra possa avere carattere vincolante per le Amministrazioni richiedenti⁷¹, esso rappresenta un passaggio necessario (il parere è certamente obbligatorio) ed uno strumento interpretativo autorevole, che assume innegabilmente un certo rilievo sia nella definizione del singolo procedimento (atteso che l'Amministrazione che dissente dal parere richiesto ha un obbligo di motivazione rafforzata), sia, più in generale, nella formazione di una "prassi" in materia.

E' quindi doveroso, a distanza di molto tempo dall'entrata in vigore dell'istituto, fare una sintetica ricognizione degli orientamenti del Garante.

⁷⁰ L'art. 5, comma 7, del D.Lgs. 33/2013 prevede che *"Nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine indicato al comma 6, il richiedente può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, di cui all'articolo 43, che decide con provvedimento motivato, entro il termine di venti giorni. Se l'accesso e' stato negato o differito a tutela degli interessi di cui all'articolo 5-bis, comma 2, lettera a), il suddetto responsabile provvede sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta. A decorrere dalla comunicazione al Garante, il termine per l'adozione del provvedimento da parte del responsabile e' sospeso, fino alla ricezione del parere del Garante e comunque per un periodo non superiore ai predetti dieci giorni."*

⁷¹ Va da sé che quando la legge prescrive un parere senza aggiungere altro, il parere è da ritenersi obbligatorio, ma non vincolante (cfr. A.M. Sandulli, Manuale di diritto amministrativo, Napoli, 1989, pag. 640).

Anzitutto, un primo dato di tipo meramente quantitativo: la gran parte dei pareri resi dal Garante va nel senso della reiezione dell'istanza di accesso.

Ma il dato quantitativo sarebbe, in realtà, poco significativo, se non fosse accompagnato dalla emersione di un chiaro indirizzo interpretativo che sembra volersi ricongiungere con la tradizionale visione di assoluta intangibilità del diritto alla tutela dei dati personali.

Tanto da far pensare che, il Garante, nel pur meritevole esercizio della propria *mission* istituzionale, sia caduto nella (comprensibile) tentazione di massimizzare la rilevanza degli interessi di cui si doveva fare interprete, in coerenza, del resto, con l'approccio fortemente critico manifestato, sin dall'inizio, nei confronti del nuovo istituto ⁷², con l'effetto di rallentare il processo di equiordinazione del diritto di accesso civico voluto dal Legislatore e di limitarne sensibilmente l'ambito oggettivo di applicazione.

Difatti, a conferma di ciò, si possono richiamare alcuni casi concreti ed emblematici dell'orientamento del Garante.

In tema di procedure per la scelta del contraente privato, secondo il Garante non sono ostensibili le "manifestazioni di interesse" all'assunzione di un incarico (di Presidente di un'Autorità pubblica), unitamente al *curriculum vitae*, anche in considerazione del fatto che nel relativo avviso pubblico era

⁷²Vedasi ancora il parere reso dal Garante nel corso dell'iter di approvazione del D.Lgs. 97/2016 (par. n. 92/2016 del 3 marzo 2016), con cui si manifestava viva preoccupazione in ordine ai rischi di possibile compromissione del diritto alla riservatezza derivanti dall'istituto dell'accesso civico: *"La trasparenza ... non può essere realizzata violando la dignità e i diritti fondamentali della persona, come il diritto alla riservatezza e il diritto alla protezione dei dati personali, costituzionalmente garantiti e previsti anche dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (artt. 7 e 8) nonché della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea."*

stato espressamente previsto che detta documentazione non sarebbe stata pubblicata (par. n. 162 del 30.03.2017 – doc. web n. 6393422)⁷³.

Sempre ad avviso del Garante, non può darsi accesso ad un elenco di immobili, detenuto dalla P.A., dal quale possono evincersi informazioni su “dati personali” di diversa natura, come l’esserne proprietario o possessore, l’avervi fissato la residenza, il tenore di vita e la situazione patrimoniale del proprietario/possessore in relazione alle particolari caratteristiche dell’immobile (par. n. 506 del 30.11.2017 – doc. web 7316508⁷⁴).

In materia di pubblico impiego, per il Garante non è ottenibile, mediante accesso civico generalizzato, il certificato di laurea e l’attestazione dell’anzianità di servizio di un pubblico dipendente, documentazione rilevante per il conseguimento della qualifica dirigenziale (par. n. 18 del 18.01.2018 – doc. web 7688820).

Parimenti, non sono accessibili, neppure parzialmente, gli elaborati scritti presentati dal candidato ad un pubblico concorso (par. n. 246 del 24.05.2017 – doc. web 6495600; par. n. 433 del 26.10.2017 – doc. web 7156158)⁷⁵.

⁷³ Rileva, al riguardo, il Garante che il *curriculum vitae* contenente dati personali, (es. nominativo, data e luogo di nascita, residenza, telefono, fax, e-mail, esperienze e competenze professionali, istruzione e formazione, ecc.) contiene “dati personali”, di cui è impossibile l’anonimizzazione ed il conseguente accesso parziale.

⁷⁴ In quel caso si trattava dell’elenco, detenuto dal Comune, degli immobili ad uso residenziale prima casa compresi nel territorio comunale per i quali era stata versata l’IMU.

⁷⁵ Ciò in quanto gli elaborati contengono “dati personali” rappresentati dalle informazioni circa le caratteristiche individuali e caratteriali che attengono alla personalità del candidato (come la preparazione professionale, la cultura, la capacità di espressione, ecc.) e possono talvolta contenere (a seconda della prova di esame) anche “dati sensibili”, come opinioni politiche, convinzioni filosofiche o di altro genere; e non è esclusa, inoltre, l’esistenza di altri interessi privati, quali il “diritto d’autore”, in quanto le prove scritte rappresentano un’opera intellettuale” del candidato. Né – secondo il Garante - sarebbe ipotizzabile l’accesso parziale con la tecnica dell’oscuramento dei dati personali, atteso che gli elaborati sono redatti di

Con riguardo ai procedimenti edilizi, non sarebbero ostensibili mediante accesso civico generalizzato i relativi atti ed informazioni, né in forma integrale, né in forma riassuntiva, potendo tutt'al più ammettersi l'accesso ad alcuni "dati statistici" (es. numero e tipologia di titoli edilizi rilasciati, numero e tipologia di interventi assentiti sul territorio di riferimento, *et similia*) (par. n. 360 del 10.08.2017 – doc. web 6969290; par. n. 25 del 18.01.2018 – doc. web 7688896) ⁷⁶.

Analogamente, secondo il Garante, non sarebbero ostensibili mediante l'accesso civico generalizzato gli atti relativi ai procedimenti sanzionatori per abusi edilizi (e ciò neppure se la relativa istanza è stata presentata dal denunciante), atteso che la possibilità di utilizzare tali informazioni potrebbe pregiudicare concretamente il diritto alla riservatezza dell'interessato (par. n. 295 del 28.06.2017 – doc. web n. 6693221).

4.4 La posizione del Garante per la privacy sulla questione della sindacabilità delle "finalità" dell'istanza di accesso civico generalizzato e delle "effettive motivazioni" dell'istante.

Il percorso interpretativo intrapreso dal Garante va incrociandosi con una delle questioni più delicate - e dense di risvolti pratici - riguardanti

proprio pugno dai candidati e non è escluso che essi si possano re-identificare a posteriori tramite la conoscenza o la comparazione della grafia (sul punto si tornerà più ampiamente *infra*).

⁷⁶Secondo il Garante, concedendo l'accesso generalizzato a tali dati si arrecherebbe un "concreto pregiudizio" al diritto di riservatezza dell'intestatario del titolo, dei tecnici e della ditta esecutrice dei lavori, che non sarebbe possibile evitare neppure effettuando operazioni di anonimizzazione, atteso che dai dati dell'immobile si potrebbe risalire ai dati personali delle persone coinvolte.

l'istituto dell'accesso civico generalizzato, quella della sindacabilità o meno della "finalità" dell'istanza di accesso e delle "effettive motivazioni" dell'istante.

Invero, con i diversi pareri resi nel primo periodo di vigenza dell'istituto, il Garante ha mostrato (la maggior parte delle volte in modo implicito, ma talvolta in modo chiaro ed evidente) di ritenere che detto elemento (quello della "finalità" sottesa all'istanza di accesso) possa e debba considerarsi nella ponderazione degli interessi in gioco e segnatamente nella comparazione dell'interesse conoscitivo con l'interesse alla tutela dei dati personali.

Il Garante pone la questione in termini di "*non necessità*" dell'istanza e di "*sproporzione*" rispetto alla funzione dell'istituto dell'accesso civico generalizzato, ma la valutazione che ne consegue passa, per tutta evidenza, attraverso il sindacato sulla "finalità" della richiesta.

In particolare, con il già citato parere n. 360 del 10 agosto 2017 (riguardante la possibilità o meno di accedere, mediante l'istituto dell'accesso civico generalizzato, ai dati ed alle informazioni contenute nei titoli edilizi), il Garante afferma esplicitamente che la richiesta di accesso si appalesava "non necessaria" e comunque "sproporzionata" rispetto allo "scopo" perseguito dal legislatore, che è quello "*di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico*" (art. 5, comma 2, D.Lgs. 33/2013); e ciò anche in considerazione della circostanza (ritenuta dal Garante "non dirimente, ma comunque sintomatica") che il richiedente l'accesso era un'impresa privata ed aveva come "oggetto sociale" l'attività di conduzione di campagne di marketing.

E' evidente che, così argomentando, si vorrebbe che l'Ufficio verificasse se ed in che misura la conoscenza delle informazioni richieste sia in linea con le finalità della normativa, ovvero se l'accesso serva effettivamente a *“favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”*, con il conseguente corollario della necessaria motivazione dell'istanza di accesso.

Va notato, al riguardo, che gli effetti pratici che la questione della *“motivazione dell'istanza di accesso civico generalizzato”* è destinata a riverberare sul piano della operatività dell'istituto era, sin dall'inizio, ben chiara allo stesso Garante, che nel corso dell'*iter* di approvazione della riforma, con il citato parere n. 92/2016 reso sullo schema di decreto legislativo, aveva fortemente stigmatizzato la proposta governativa di un'istanza di accesso civico priva di motivazione⁷⁷.

⁷⁷Rilevava nell'occasione il Garante: *“E' in primo luogo lecito domandarsi, come i soggetti pubblici, che detengono grandi banche di dati, anche sensibili, dei cittadini decideranno se accogliere o meno le istanze di accesso al documento contenente dati personali, in assenza di un parametro per effettuare il bilanciamento fra la protezione dei dati personali e l'interesse del richiedente, dal momento che l'istanza non è motivata ed è dunque carente dell'indicazione della finalità perseguita, che costituisce elemento determinante ai fini della valutazione della legittimità del trattamento. Interpretazioni difformi potrebbero infatti determinare, oltretutto, un diverso grado di tutela del diritto alla protezione dei dati personali dei controinteressati, con conseguenze anche paradossali.”*. *“L'assenza di una motivazione da parte del richiedente, nel privare l'amministrazione destinataria delle istanze di ostensione dei necessari elementi di ponderazione in ordine al fine così perseguito, può determinare, alternativamente, una eccessiva rigidità interpretativa, per cui l'amministrazione medesima tenderà a rigettare le richieste depauperando di ogni utilità lo strumento dell'accesso civico, oppure, al contrario, una dilatazione ingiustificata della nozione di trasparenza, per cui verranno trasmessi al richiedente dati e documenti senza alcun ragionevole criterio selettivo. Ciò che appare fuor di dubbio è che la mancata previsione, per le richieste di accesso civico, dell'obbligo di motivazione - che, pur non arrivando ad assumere i contorni ben definiti di una "situazione giuridicamente rilevante", fornisca elementi di valutazione idonei a legittimare l'istanza - rischia di comportare un'applicazione della disposizione diseguale da ufficio a ufficio. Infatti, la decisione in ordine all'ostensibilità dell'atto o del documento, essendo affidata unicamente alla valutazione del funzionario pubblico senza aver fornito a quest'ultimo alcun parametro di valutazione, rischia altresì di essere talmente discrezionale da sfociare nell'arbitrarietà,*

La tesi del Garante era chiara: il giudizio di ponderazione dell'interesse conoscitivo con il diritto alla privacy è possibile soltanto se si valutano le finalità e le reali motivazioni dell'istante.

E, benchè il Legislatore non abbia accolto il rilievo ed abbia seguito un'altra strada, il Garante non pare avere mutato opinione sul punto, ravvisando nel dato normativo vigente elementi sufficienti a giustificare un sindacato sulle "finalità" dell'istanza.

4.5 I diversi orientamenti circa l'ammissibilità di un sindacato sulle "effettive motivazioni" dell'istanza di accesso civico generalizzato.

La questione della ammissibilità di un controllo sulle finalità dell'istanza di accesso civico generalizzato (in prima battuta da parte della P.A. e successivamente dal Giudice in sede giudiziale) è di grande impatto e rilievo pratico, perché incide sull'ambito di applicazione dell'istituto e dei suoi limiti.

Essa merita, pertanto, di essere esaminata *funditus*, prendendo analiticamente in rassegna gli argomenti a favore e quelli contro.

A) Argomenti a favore.

La posizione espressa dal Garante ha trovato la sponda in una parte della dottrina, ad avviso della quale nella valutazione dei limiti previsti dall'art.

conseguenza del tutto paradossale ove si consideri che il legislatore delegato ha voluto rafforzare l'istituto "al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche". "La disciplina in esame andrebbe pertanto significativamente rimodulata, prevedendo che laddove l'accoglimento dell'istanza di accesso possa determinare la comunicazione al richiedente di dati personali di terzi, l'ostensione del documento può essere effettuata soltanto ove risulti accertata, in atti, la prevalenza dell'interesse perseguito dall'accesso ovvero, previo oscuramento dei dati personali presenti."

5-bis del D.Lgs. 33/2013 la P.A. non potrebbe non tenere conto anche delle peculiari finalità della richiesta (criterio teleologico o finalistico), dovendo l'ufficio verificare se ed in che misura la conoscenza delle informazioni richieste sia in linea con le finalità della norma (*ratio legis*), ovvero se l'accesso serva effettivamente a *“favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”*⁷⁸.

In questa prospettiva, la P.A., nel ponderare i contrapposti interessi (interesse alla conoscenza e tutela delle esigenze di riservatezza dei controinteressati), dovrebbe ritenere l'istanza di accesso civico meritevole di essere accolta soltanto se e quando l'esigenza conoscitiva assuma una *“rilevanza pubblica”* e non anche quando essa resti confinata ad un bisogno esclusivamente *“privato, individuale, egoistico o utilitaristico”*⁷⁹.

Due sono i corollari di questa posizione.

Il primo è che, benchè la Legge non lo richieda espressamente, se il richiedente vuole consentire alla P.A. di effettuare un accurato bilanciamento degli interessi in gioco, egli deve corredare l'istanza di accesso civico

⁷⁸Su questa linea sembrano esprimersi M. Savino, *Il Foia italiano .. op. cit.*, pagg. 593 ss. e, da ultimo, C. Deodato, *La difficile convivenza ... op. cit.*

⁷⁹Si è affermato, al riguardo, che *“l'asservimento dell'accesso civico generalizzato alla realizzazione delle finalità indicate all'art. 5, comma 2, ... valga di fatto, unitamente alla sussistenza del pregiudizio concreto alla tutela della protezione dei dati personali, ai sensi dell'art. 5-bis, comma 2, lett. a) che l'ostensione può determinare, a paralizzare tutte le richieste di accesso che, effettivamente, sottendono interessi all'ostensione di matrice privata ed individuale, sconnessi, quindi, dalla verifica sul buon uso delle pubbliche risorse, sul perseguimento delle funzioni istituzionali, dalla partecipazione all'attività amministrativa ed al dibattito pubblico”*, pena, in caso contrario, *“un abuso dell'istituto dell'accesso civico generalizzato e la conseguente possibilità di negare lo stesso in quanto non riconducibile alle esclusive finalità espresse dalle norme (art. 1, comma 1 e art. 5, comma 2) e lesivo della sfera di riservatezza dei privati.”* (Cfr. T. Tessaro-M. Bertin; *Accesso civico e finalità “esorbitanti” della richiesta di ostensione: una prima indagine casistica per la necessaria distinzione con l'accesso documentale*, www.lexitalia.it 20.03.2018).

generalizzato di una motivazione, dalla quale emerga la “rilevanza pubblica” dell’accesso⁸⁰.

Il secondo è che, in questa prospettiva, assume rilievo anche la tipologia del soggetto istante e la natura dell’attività da esso svolta.

Sicché, un particolare favore nell’applicazione dell’istituto andrà, ad esempio, riconosciuto ai soggetti portatori di interessi collettivi e diffusi (mass media, organizzazioni della società civile, ricercatori ecc.), in considerazione della funzione sociale da essi svolta (c.d. *social watchdogs*)⁸¹, mentre un netto disfavore dovrà essere addebitato alle imprese private il cui oggetto sociale consista nell’attività di marketing e di pubblicità commerciale, trattandosi di un elemento sintomatico della finalità strettamente commerciale dell’istanza di accesso e pertanto della sua incoerenza rispetto alla *ratio* dell’istituto (Garante privacy par. n. 360/2017).

A sostegno dell’assunto sono stati espressi i seguenti argomenti.

In primo luogo, sul piano della interpretazione logica e teleologica, questa sarebbe l’unica interpretazione coerente con la *ratio legis* sottesa all’istituto dell’accesso civico generalizzato che, diversamente, si presterebbe ad un uso “abusivo e distorto”⁸².

⁸⁰Sul punto vedasi C. Deodato, *La difficile convivenza ...*, op. cit.: “Per quanto la legge non esiga l’esplicitazione della motivazione della richiesta di accesso, deve intendersi implicita la sua rispondenza alla soddisfazione di un interesse che presenti valenza pubblica e che non resti confinato a un bisogno conoscitivo esclusivamente privato, individuale o, addirittura, utilitaristico ...”; analogamente, ma nel senso della motivazione dell’istanza come onere del richiedente, M. Savino, *Il Foia italiano ...*, op. cit.: “Non vi è obbligo di motivare l’istanza, ma il richiedente può (avere interesse a) farlo, per consentire all’amministrazione di operare, all’occorrenza, un più accurato bilanciamento con interessi antagonisti.”.

⁸¹ Un riferimento al rilievo dei c.d. *social watchdogs* nell’applicazione dell’istituto è contenuto anche nella Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 2/2017 del 30.05.2017.

⁸²Si è parlato, al riguardo, di rischio di “*un vero e proprio stalking della trasparenza*”, che renderebbe improrogabile la necessità di ridimensionare, mediante il criterio funzionale, l’uso distorto dell’istituto, che avrebbe già prodotto, nella prima fase di applicazione, una prassi

Del resto, la “funzionalizzazione” dell’istituto sarebbe un dato positivo, visto che il legislatore delegato, con specifico riferimento all’”accesso civico generalizzato”, ha attribuito a tale istituto il “*fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*” (art. 7 della Legge delega n. 124/2015)⁸³.

In secondo luogo e sul piano pratico, in assenza di più precisi criteri di ponderazione degli interessi in gioco forniti dal legislatore, tale *modus operandi* sarebbe utile per limitare l’eccessiva discrezionalità decisoria della P.A., comportando il vantaggio di approfondire il giudizio di meritevolezza dell’istanza avendo riguardo anche alle ragioni dell’istante, che avrebbero, pertanto, maggiori *chances* di prevalere sugli interessi che si oppongono alla ostensione, con l’ultimo effetto di rafforzare la tutela dell’accesso; per converso, un’istanza non motivata potrebbe ritorcersi a danno dell’istante, in quanto non risulterebbe enucleabile alcun argomento che possa risultare prevalente nel giudizio di comparazione con gli eventuali interessi di segno contrario all’ostensione⁸⁴.

In terzo luogo, detta interpretazione sarebbe imposta dalle conseguenze particolarmente rilevanti derivanti dall’esercizio dell’accesso civico

diffusa di presentare istanze con finalità “esorbitanti” (cfr. T. Tessaro-M. Bertin, *Accesso civico* ..op. cit.).

⁸³ In ciò viene ravvisata la differenza fondamentale con l’accesso documentale ex L. 241/90: “*La valorizzazione del profilo dell’interesse appare quindi il criterio decisivo per tracciare l’actio finium regundorum tra accesso documentale nei confronti dell’accesso civico.*” (T. Tessaro-M. Bertin, ult. op. cit.).

⁸⁴ L’argomento è esposto da B. Ponti, *Nuova trasparenza .. op. cit.* (60-61) e ripreso da R. Perna, *Accesso e trasparenza: due linee destinate ad incontrarsi ?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017. Sul punto sembra convenire anche C. Cudia, in B. Ponti (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, ed. Maggioli, 2016 (113), benchè dichiaratamente contraria alla “funzionalizzazione” dell’istituto. Su questa linea i rilievi del Garante per la privacy nel citato parere n. 92/2016.

generalizzato, tenuto conto del particolare regime di pubblicità dei dati e dei documenti acquisiti previsto dall'art. 3 c. 1 D.Lgs. 33/2013, dei quali è consentito l'utilizzo ed il riutilizzo⁸⁵.

Infine, la suddetta linea interpretativa sarebbe coerente con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, per la quale l'art. 10 della Cedu garantisce la "libertà di informazione" al cittadino nei confronti della P.A. soltanto se e quando l'esigenza conoscitiva attiene a "questioni di interesse pubblico"⁸⁶.

B) Argomenti contrari.

La tesi sopra esposta si presta ad alcune obiezioni, la principale delle quali è rappresentata dal dato positivo.

Invero, già il fatto che l'accesso civico generalizzato spetti a "*chiunque*", "*indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti*" [art. 7, comma 1, lett. h) Legge delega n. 241/2015] e non sia "*sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente*" (art. 5, comma 3, D.Lgs. 33/2013) depone inequivocabilmente nel senso della netta emancipazione di questo tipo di accesso dal vincolo della "strumentalità" rispetto ad una dimensione di interessi (pubblici o privati) che non sia quella propria ed insindacabile del richiedente, il cui diritto conoscitivo è riconosciuto *ex se* come espressione della "*libertà di informazione*" [art. 7, comma 1, lett. h) Legge delega n. 124/2015]⁸⁷.

⁸⁵ Questa notazione si riviene in quasi tutti i pareri resi dal garante per la privacy a sostegno della dimostrazione del rischio di un "concreto pregiudizio" al diritto alla riservatezza.

⁸⁶ Il riferimento è alla già citata sentenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo - Grande Camera - sentenza del 08.01.2016 (Magyar Helsinki Bizottsag c. Ungheria, ricorso n. 18030/11).

⁸⁷ Sotto questo profilo, si è efficacemente rilevato che "*Se, infatti, si tratta di una situazione soggettiva completa e autonoma che appartiene al cittadino qualunque, ne consegue che tale*

Ma l'elemento ancor più decisivo è rappresentato dal fatto che, per espressa previsione dell'art. 5, comma 3, D.Lgs. 33/2013, l'istanza di accesso civico generalizzato “*non richiede motivazione*”, il che per tutta evidenza significa non soltanto che la P.A. non può esigerla, ma anche che la sua mancanza non può ridondare a danno del richiedente.

Invero, una volta definito l'ambito delle prerogative spettanti al titolare del diritto (e tra esse vi è quella di non motivare l'istanza), appare un controsenso voler recuperare spazi per un'ulteriore valutazione di giuridicità di un elemento che il Legislatore ha ritenuto irrilevante, sottoponendo l'*agere licere* così previamente definito dal legislatore al limite vago e sfuggente del controllo *ex post* sulla motivazione dell'istanza, se non compromettendo le più elementari esigenze di certezza e di prevedibilità del diritto, nonché della uguaglianza formale degli aventi titolo.

Sotto il primo profilo (prevedibilità del giudizio comparativo degli interessi), la pretesa “funzionalizzazione” dell'accesso civico finirebbe, infatti, per rappresentare un rimedio peggiore del male, aumentando i margini della

*diritto non solo non presuppone la titolarità di una posizione soggettiva differenziata e qualificata, ma anche che esso è fine soltanto a sé stesso ed è quindi privo di qualsiasi funzionalizzazione a interessi ulteriori e diversi.”. Invero, “Il diritto di informazione è un diritto individuale, che può ricevere una tutela più intensa laddove assolve una funzione sociale, ma senza che questa ponga il diritto al servizio di un fine predeterminato.”. “Ne consegue che il diritto in oggetto è volto a garantire la conoscibilità per la conoscibilità, che precede e prescinde completamente dal fatto che l'informazione possa essere preordinata alla partecipazione politica, amministrativa o alla eventuale difesa di situazioni giuridiche individuate.”. “... il diritto alla conoscibilità è fine solo a sé stesso: è neutro e può essere utilizzato per qualsivoglia interesse (dal controllo sociale diffuso, alla tutela di un interesse personale).” (C. Cudia, in B. Ponti (a cura di), *Nuova trasparenza ..op. cit.*, 105 ss.). Analogamente, anche se in modo più sfumato, si è altresì rilevato che “con riferimento alla libertà di accesso ai dati e ai documenti detenuti dall'amministrazione, gli istituti del decreto non si configurano – dunque – come mezzo a fine, ma si propongono di realizzarla direttamente ed immediatamente”, di talchè la funzionalizzazione di una libertà ad uno specifico obiettivo rischia di essere una contraddizione in termini, finendo per negare in radice la dimensione stessa della libertà (B. Ponti (a cura di), *Nuova trasparenza .. op. cit.*, 32 ss.).*

discrezionalità amministrativa rimessa alla P.A., la quale si ritroverebbe onerata di quel *surplus* valutativo (di evidente complessità) afferente le “effettive finalità” perseguite dal richiedente⁸⁸.

Sotto il secondo profilo, che la prospettiva funzionalista possa seriamente incidere sul valore dell’uguaglianza formale degli aventi titolo, sembra evidente ove si consideri che, in caso di legittima immotivata istanza, il controllo funzionale sulle effettive motivazioni del richiedente dovrebbe giocoforza operare sulla base di “presunzioni” di carattere generale, che finirebbero per trasformare un diritto esercitabile da “*chiunque*” in diritto esercitabile soltanto da alcune categorie di soggetti, in aperto dissidio con la lettera della norma⁸⁹.

In realtà, la stringente evidenza del dato normativo (art. 5, comma 3, D.Lgs. 33/2013 che sancisce che l’istanza di accesso “*non richiede motivazione*”) non consente divagazioni sulla *mens* del Legislatore, stante il primato dell’interpretazione letterale⁹⁰.

⁸⁸ Rileva C. Cudia, in B. Ponti (a cura di), *Nuova trasparenza* ..op. cit., (pag. 105-106) che “*L'imposizione di un vincolo di scopo ai diritti di informazione, anzi, rischia di essere inutile o dannosa. Inutile, laddove si assuma come finalità dell'informazione un principio tanto generico da essere inidoneo a fungere da criterio di selezione degli interessi rilevanti: il riferimento, in particolare, al controllo e alla partecipazione democratica non può essere risolutivo, perché rispetto a quelle istanze qualsiasi aspirazione alla conoscenza è lecita e quindi non riesce a chiudere il sistema. Dannosa, nell'ipotesi opposta nella quale la finalità dell'informazione sia definita in modo preciso: perché sarebbe allora possibile verificare in ciascuno dei casi concreti se l'informazione agognata serve o meno a quel fine, con la conseguenza che la pretesa cognitiva risulterebbe compromessa ogni qual volta il suo oggetto sia ritenuto ininfluenza rispetto al perseguimento dello scopo.*”

⁸⁹ Si pensi, al riguardo, al rilievo che il Garante per la privacy ha dato alla natura giuridica dei soggetti richiedenti (persona giuridica) ed all’oggetto della sua attività (commerciale) nel già citato parere n. 360/2017.

⁹⁰ Il principio secondo il quale l’interpretazione logica e teleologica mediante il ricorso alla *ratio legis* si giustifica soltanto nell’ipotesi in cui la dizione letterale della norma non consenta di pervenire ad una lettura univoca della stessa, è pacifico e consolidato (vedasi, tra le tante,

In merito all'argomento degli effetti pratici conseguenti all'accesso civico generalizzato, avuto riguardo al regime di pubblicità dei dati e dei documenti acquisiti di cui all'art. 3 c. 1 D.Lgs. 33/2013⁹¹, trattasi di un aspetto fisiologico dell'istituto dal quale non è possibile desumere ulteriori e non previste limitazioni del diritto, confermando tutt'al più la (già nota) necessità di un'attenta e ponderata valutazione degli interessi in gioco, anche considerato che colui che intende utilizzare o riutilizzare i dati acquisiti ha comunque l'obbligo di citarne la fonte e rispettarne l'integrità, nonché di effettuarne il "trattamento" nei limiti derivanti dal Codice per la privacy.

Quanto, infine, al richiamo degli ultimi approdi della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale l'art. 10 della Cedu garantisce la "libertà di informazione" al cittadino nei confronti della P.A. soltanto se e quando l'esigenza conoscitiva attiene a "questioni di interesse pubblico", anche questo argomento sembra provare troppo, non dando conto della complessità del tema.

Va, invero, considerato che l'evoluzione giurisprudenziale cui ci si riferisce attiene all'individuazione di quel livello di garanzia minima ("diritti fondamentali dell'uomo") rispetto al quale è vietata l'"ingerenza da parte delle autorità pubbliche", ma non impedisce affatto la previsione di una diversa e più ampia tutela del diritto di accesso da parte degli Stati nazionali⁹².

Cons. St. sez. VI 20 giugno 2012, n. 3585; sez. VI 07 dicembre 2007 n. 6307; Cass. sez. lav. 17 novembre 1993, n. 11359; sez. I 7 aprile 1983, n. 2454).

⁹¹ L'art. 3, comma 1, D.Lgs. 33/2013 così dispone: "Tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di accesso civico, ivi compresi quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli ai sensi dell'articolo 7."

⁹² L'art. 10 della CEDU (Libertà di espressione) sancisce quanto segue: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche e senza riguardo alla nazionalità. Il presente articolo non impedisce che gli Stati sottopongano a un regime di autorizzazione le imprese di radio-diffusione, di cinema o di

In secondo luogo ed in ogni caso, secondo la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, la "finalità della richiesta" è soltanto uno dei sintomi rivelatori della strumentalità del diritto di accesso rispetto alla "libertà di espressione", a cui va affiancato il criterio oggettivo dell'"interesse pubblico o generale" delle informazioni (vertenti su questioni riguardanti il benessere dei cittadini e la vita della comunità)⁹³.

Qualificazione rimessa alle singole legislazioni degli Stati membri, ai quali spetta individuare la rilevanza pubblica dei dati e dei documenti detenuti dalla pubblica autorità.

In conclusione, non sembrano esservi elementi che possano autorizzare l'interprete a mettere in discussione il connotato a-causale dell'istituto configurato dalla norma, tutto deponendo nel senso della assoluta irrilevanza delle finalità della richiesta e delle effettive motivazioni dell'istante nella ponderazione degli interessi in gioco necessaria per l'applicazione delle limitazioni previste dall'art. 5-bis D.Lgs. 33/2013.

televisione. 2. L'esercizio di queste libertà, comportando doveri e responsabilità, può essere subordinato a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge e costituenti misure necessarie in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico, la prevenzione dei disordini e dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, o per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario." Le sentenze a cui si fa riferimento rappresentano l'evoluzione giurisprudenziale più recente della Corte europea dei diritti dell'uomo, in base alla quale il diritto di accesso alle informazioni detenute dalle Pubbliche Autorità può assurgere, in determinate circostanze ed a determinate condizioni, a "diritto fondamentale dell'uomo" in quanto rientrante nella "libertà di espressione" riconosciuta dalle Convenzioni europee, rispetto alla quale è vietata l'"ingerenza da parte delle autorità pubbliche". Secondo l'orientamento più risalente, invece, l'art. 10 della CEDU (Libertà di espressione) riconoscerebbe soltanto il "diritto di ricevere o di comunicare informazioni", ma non anche il diritto di "cercare informazioni".

⁹³ Peraltro, la Corte neppure precisa se detti requisiti (interesse pubblico dell'informazione e finalità non individualistica della richiesta) debbano necessariamente sussistere tutti, oppure sia sufficiente la ricorrenza di uno solo di essi (cfr. Carpanelli E., *Sul diritto di accesso alle informazioni di interesse pubblico detenute dallo Stato: alcune riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte di Strasburgo nel caso Magyar Helsinki Bizottsag c. Ungheria*, Osservatorio costituzionale n. 2/2017 del 10.06.2017).

Lo conferma il fatto che l'unico criterio che la norma indica per la ponderazione degli interessi in gioco è quello del "*pregiudizio concreto*" di determinati interessi ("*se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela ...*"), mentre è del tutto evidente che se il Legislatore avesse inteso "relativizzare" l'interesse conoscitivo dando rilievo alla specifica "finalità" della richiesta, avrebbe indicato anche (o solo) un diverso (ed ulteriore) criterio, come prevede, ad esempio, l'art. 4 del Regolamento CE n. 1049/2001 per l'accesso agli atti delle Istituzioni europee (che adotta in parte il criterio del c.d. "*overriding public interest test*")⁹⁴ o l'art. 5 c. 1 del D.Lgs. 195/2005 per l'accesso alle informazioni ambientali (che prevede che "*L'accesso all'informazione ambientale è negato nel caso in cui: ... b) la richiesta è manifestamente irragionevole avuto riguardo alle finalità di cui all'articolo 1.*"⁹⁵).

Peraltro, proprio quest'ultima fattispecie normativa appare estremamente significativa della problematicità di un sindacato giurisdizionale

⁹⁴ Come noto, l'art. 4, commi 2 e 3, del Regolamento CE 30 maggio 2001 n. 1049/2001 (Regolamento relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione) prevede delle "eccezioni" all'accesso che presuppongono il verificarsi di un "pregiudizio" a determinati interessi pubblici o privati e per le quali è ammessa la possibilità di verificare se nel caso di specie "*vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione*" del documento. In tutti questi casi il richiedente l'accesso è ammesso a dimostrare – e l'Istituzione è comunque tenuta a verificare – che, nonostante l'esistenza di un possibile pregiudizio agli interessi indicati dalla norma che possa giustificare l'esclusione, sussiste comunque un "*interesse pubblico prevalente alla divulgazione*".

⁹⁵ L'art. 1 del D.Lgs. 19 agosto 2005 n. 195 (di attuazione della Direttiva CE 4/2003 del 28 gennaio 2003 sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale) prevede quanto segue: "*Finalità - Il presente decreto, nello stabilire i principi generali in materia di informazione ambientale, è volto a: a) garantire il diritto d'accesso all'informazione ambientale detenuta dalle autorità pubbliche e stabilire i termini, le condizioni fondamentali e le modalità per il suo esercizio; b) garantire, ai fini della più ampia trasparenza, che l'informazione ambientale sia sistematicamente e progressivamente messa a disposizione del pubblico e diffusa, anche attraverso i mezzi di telecomunicazione e gli strumenti informatici, in forme o formati facilmente consultabili, promuovendo a tale fine, in particolare, l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.*".

sui “motivi” dell’istanza di accesso, se è vero che, pur in presenza di una clausola che sembra espressamente autorizzarne uno scrutinio di ragionevolezza, la giurisprudenza è tuttora divisa sul punto e complessivamente restia a fare uso di un siffatto potere giurisdizionale⁹⁶.

4.6 Sull’”abuso” del diritto di accesso civico generalizzato.

Un ragionamento sulla “funzionalizzazione” dell’accesso civico generalizzato non sarebbe completo se non prendesse in considerazione anche le potenzialità applicative della controversa figura dell’”abuso del diritto”.

Non è questa la sede per ripercorrere lo storico dibattito tra sostenitori ed oppositori della tesi del “divieto di abuso del diritto” come principio

⁹⁶Nonostante l’apparente chiarezza del dato normativo, l’interpretazione della norma è, infatti, tuttora controversa: accanto ad un orientamento che riconosce il diritto all’informazione ambientale nei limiti e nella misura in cui l’interesse che muove l’istante sia “genuinamente” volto alla tutela dell’ambiente, con conseguente onere della prova a carico del richiedente (Cons. St. sez. III 5 ottobre 2015 n. 4636; sez. V 18 ottobre 2011 n. 5571; sez. V 15 ottobre 2009 n. 6339), si registra altro e più consistente indirizzo secondo il quale la titolarità dell’accesso alle informazioni ambientali spetta, come sancisce lo stesso art. 3, comma 1, D.Lgs. 195/2005, “a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dichiarare il proprio interesse”, da ritenersi *in re ipsa* nell’oggetto stesso della richiesta (Cons. St. sez. IV 7 settembre 2004 n. 5795; T.A.R. Venezia sez. I 27 aprile 2015 n. 450; sez. III 18 novembre 2003 n. 5731 e, da ultimo, C.GA Sicilia 17 gennaio 2018 n. 15). Particolarmente significativa è quest’ultima sentenza, con la quale il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Sicilia precisa che, in questa prospettiva, la circostanza che l’istante sia un imprenditore od un operatore commerciale è del tutto irrilevante, perché ciò che rileva è soltanto l’elemento oggettivo della natura delle informazioni richieste, anche in considerazione del fatto che “...il particolare interesse imprenditoriale eventualmente sottostante alla richiesta individuale di accesso, lungi dall’essere incompatibile con la finalità di tutela ambientale che le dette norme perseguono, consente al contrario, le quante volte occasionalmente converga con tale finalità, una sua più completa attuazione.”.

generale dell'ordinamento giuridico ed in particolare, per quanto qui interessa, dell'abuso di "libertà"⁹⁷.

Sarà sufficiente, ai nostri fini, rilevare che la giurisprudenza, dopo lunghi tentennamenti, ha chiaramente tracciato le coordinate entro le quali la figura è destinata ad operare nel nostro ordinamento, in stretta connessione con la clausola generale di "buona fede e correttezza"⁹⁸.

Prescindendo dal rilievo secondo il quale gli esiti giurisprudenziali sembrano confermare le obiezioni mosse dalla dottrina sfavorevole al riconoscimento in via interpretativa di un autonomo principio generale di "divieto di abuso del diritto", stante che il controllo sulle modalità di esercizio del diritto appare sufficientemente garantito da altri principi⁹⁹, ciò che qui rileva è che la figura, alla luce della consolidata giurisprudenza, è destinata ad

⁹⁷ Tra l'amplessima letteratura in materia si ricorda il fondamentale contributo di P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Riv. Dir. civ., 1965 (pagg. 205-290), ove veniva ricordata, tra le altre, la tesi di Roubier, (*Les prérogatives juridiques*, in *Arch. de philos. dudroit*, 1960), secondo il quale "al diritto la legge, che lo ha creato, imprime una determinata finalità particolare; la libertà, invece, costituisce una prerogativa discrezionale, che può esercitarsi in tutte le direzioni, poiché essa è precisamente la libertà". "Perciò della libertà può esservi un uso eccessivo ... dal punto di vista del volume quantitativo accordato alla prerogativa, ma non già un uso abusivo, con riguardo alla direzione qualitativa, impressa alla libertà."

⁹⁸ Il punto sull'evoluzione giurisprudenziale è esaustivamente ricostruito da Cass. civ. sez. III 18 settembre 2009, n. 20106: "Oggi, i principi di buona fede oggettiva e dell'abuso del diritto debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali – funzione sociale ex art. 42 Cost. – e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti. In questa prospettiva i due principi si integrano a vicenda ...". In questi termini, "Il controllo del giudice sul carattere abusivo degli atti di autonomia privata è stato pienamente riconosciuto dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte di legittimità ..", al fine di "evitare che il diritto soggettivo ... possa sconfinare nell'arbitrio."

⁹⁹ Come noto, il Codice Civile non contempla un divieto generale di "abuso del diritto". Il progetto ministeriale aveva inizialmente previsto una norma di carattere generale ("Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è conferito."), che però non fu recepita per il timore di vedere compromessa la certezza e la prevedibilità del diritto, stante la latitudine di potere che una siffatta clausola generale avrebbe attribuito al Giudice (cfr. Cass. sez. III 18 settembre 2009, n. 20106).

operare esclusivamente sul piano delle “modalità di esercizio” del diritto, non potendo essere intesa in funzione della determinazione del suo contenuto ¹⁰⁰.

In altri termini, è soltanto nella fase di esplicazione delle prerogative inerenti il diritto che può ammettersi un controllo sulle modalità attuative della regola formale (c.d. “limite modale”), senza che ciò implichi la modificazione del contenuto della stessa o la creazione di regole di condotta ulteriori ¹⁰¹.

Aggiungasi che, in questa prospettiva, il predetto “controllo funzionale” va condotto sulla base di criteri di carattere “oggettivo”, avuto riguardo al comportamento tenuto dal titolare del diritto nella fase del suo esercizio e non

¹⁰⁰ Cass. civ. sez. III 18 settembre 2009, n. 20106: “*Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto - ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale - sono i seguenti: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte. L'abuso del diritto, quindi, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore. E' ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede.*”.

¹⁰¹ In proposito, C. Salvi, *Abuso del diritto* (dir. civ.), Enc. Giur. Treccani, 1988, rilevava che << ..il divieto dell'abuso, per la sua stessa strutturazione tecnica, può implicare infatti un controllo sulla condotta attuativa di una regola formale data e non la modificazione del contenuto della regola medesima. >>, atteso che la tematica dell'abuso << si riferisce non all'eventuale imposizione di regole di condotta ulteriori rispetto a quelle poste dalle parti o dalla legge; ma al controllo sulle modalità di svolgimento della condotta, oltre l'osservanza formale della “regola”, comunque posta. >> (pag. 3). In giurisprudenza, il concetto di “limite modale” per l'enucleazione della figura dell'abuso del diritto è chiaramente affermato da Cons. St. a.p. 23 marzo 2011, n. 3: “*Viene così in rilievo una condotta che, pur formalmente conforme al paradigma normativo, disattende il limite modale che impone al titolare di ogni situazione soggettiva di non azionarla con strumenti, sostanziali e processuali, che infliggano all'interlocutore un sacrificio non comparativamente giustificato dal perseguimento di un lecito e ragionevole interesse.*”.

già indagando le “motivazioni” di detto comportamento, giustamente relegati al “foro interno” dell’avente titolo ¹⁰².

In questo senso, la giurisprudenza non ammette una distinta ed autonoma indagine giudiziale sui “motivi” dell’atto onde ricavarne l’abusività, in quanto il percorso logico è esattamente inverso: in presenza di tutti e quattro gli elementi costitutivi della figura, vi è prova che il diritto è stato esercitato in difformità alla *ratio legis*, ovvero per il conseguimento di obiettivi diversi da quelli previsti dal legislatore.

In tal senso depone anche la stretta connessione del “divieto di abuso del diritto” con la clausola di “buona fede e correttezza”, che è regola oggettiva di condotta e non stato d’animo soggettivo del titolare del diritto ¹⁰³.

4.7 La posizione della giurisprudenza amministrativa.

La giurisprudenza amministrativa non sembra ancora avere assunto una posizione netta sulla questione.

La tesi della “funzionalizzazione” dell’accesso civico trova un fuggevole riscontro nella pronuncia della 4^a sezione del Consiglio di Stato n. 3631 del 12.08.2016, in cui si sostiene che, a fronte di un’istanza di accesso civico generalizzato, “*la P.A. intimata dovrà in concreto valutare, se i limiti ivi*

¹⁰² Sempre secondo Cass. civ. sez. III n. 2016/2009 cit., la verifica dell’“abuso” “*può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere: elementi questi tipici degli atti emulativi ...*”.

¹⁰³ In questa prospettiva, vedasi U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria generale dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1958 (18 ss.), secondo il quale “*la questione ... riguarda, ... non tanto un comportamento in buona fede, quanto, invece, un comportamento secondo buona fede*”.

enunciati siano da ritenere in concreto sussistenti, nel rispetto dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza, a garanzia degli interessi ivi previsti e non potrà non tener conto, nella suddetta valutazione, anche le peculiarità della posizione legittimante del richiedente.”.

Va, però, considerato che il citato passo rappresenta un *obiter dictum* della decisione (il caso di specie riguardava un’istanza di accesso documentale ed è stato risolto in base alla Legge 241/90) ed è stata emessa ancor prima che entrasse in vigore la novella di cui al D.Lgs. 25 maggio 2016 n. 97¹⁰⁴, di talchè essa non può essere considerata un vero e proprio precedente.

In tutt’altra direzione sembrano, invece, orientate le prime pronunce del Giudice di primo grado, secondo il quale l’interesse conoscitivo è destinato a prevalere sulla tutela dei dati personali ogniqualvolta le informazioni richieste (a prescindere dalla finalità della richiesta) rientrino (oggettivamente) nell’ambito di quel “*controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*” previsto dalla norma (T.A.R. Napoli sez. VI 13.12.2017 n. 5901), con la condivisibile precisazione che “*l’indagine sulle reali motivazioni del richiedente l’accesso civico generalizzato esuli dai compiti attribuiti al Comune che deve limitarsi a verificare che non ricorrano casi di esclusione previsti dalla legge.*” (T.A.R. Napoli sez. VI 22.12.2017 n. 6028).

¹⁰⁴ L’art. 42, comma 1, del D.Lgs. 97/2016 prevedeva che “*I soggetti di cui all'articolo 2-bis del decreto legislativo n. 33 del 2013 si adeguano alle modifiche allo stesso decreto legislativo, introdotte dal presente decreto, e assicurano l'effettivo esercizio del diritto di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo n. 33 del 2013, come modificato dall'articolo 6 del presente decreto, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto.*”.

Altrettanto significative sono, inoltre, alcune recenti pronunce con le quali il Giudice amministrativo ha applicato il “divieto di abuso del diritto” ad istanze di accesso civico generalizzato ¹⁰⁵.

In proposito, è di rilievo il fatto che la suddetta figura di “abuso” è stata applicata non già nell’effettuazione del giudizio di comparazione del diritto di accesso con gli interessi al riserbo richiamati dall’art. 5-bis, comma 2, D.Lgs. 33/2013, bensì come limite alle c.d. “richieste massive e seriali”, ritenute espressione di un “abusivo esercizio del diritto”¹⁰⁶.

In questi casi, invero, non può negarsi un legittimo spazio applicativo al “divieto di abuso”, inteso come divieto di quei comportamenti che, pur integrando formalmente gli estremi dell’esercizio di un diritto, si rivela, alla luce di criteri non formali di valutazione e delle circostanze concrete, in contrasto con la ragione della sua previsione legislativa e quindi privo di tutela giuridica.

Giudizio esperibile dalla Pubblica Amministrazione prima - e dal Giudice Amministrativo poi - all’insegna del “principio di proporzionalità” dei mezzi utilizzati dal titolare del diritto per il conseguimento del bene della vita cui quel diritto è riconosciuto dall’ordinamento ¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Il riferimento è a due sentenze del T.A.R. Milano (la n. 1951 del 11 ottobre 2017 e la n. 669 del 9 marzo 2018) e ad una del T.A.R. Venezia (la n. 607 del 29 giugno 2017).

¹⁰⁶ Come noto, le c.d. richieste “massive o seriali” riguardano il caso in cui il richiedente indica un numero ed una mole considerevole di documenti o presenta più domande entro un periodo di tempo limitato. Ad esempio, nel caso deciso con sentenza n. 669/2018, il T.A.R. Milano ha ritenuto inammissibile, in quanto “abusiva”, un’istanza di accesso civico generalizzato volta ad acquisire copia di n. 50 determinazioni e relativi allegati, facente seguito a numerose istanze (n. 148) presentate dallo stesso soggetto negli ultimi due anni.

¹⁰⁷ Sul punto vedasi, ancora, Cass. civ. sez. III n. 20106/2009 cit.: “..posto che si verte in tema di interessi contrapposti, .. il punto rilevante è quello della proporzionalità dei mezzi usati. Proporzionalità che esprime una certa procedimentalizzazione nell’esercizio del diritto ..”.

Trattasi, come è evidente, di una prospettiva e di un piano di valutazione ben diversi rispetto alla “funzionalizzazione” del contenuto del diritto di accesso nell’ambito dell’applicazione delle limitazioni previste dall’art. 5-bis, comma 2, D.Lgs. 33/2013.

4.8 Il giudizio di ponderazione degli interessi contrapposti ai sensi dell’art. 5-bis, comma 2, D.Lgs. 33/2013.

L’art. 5-bis, comma 2, del D.Lgs. 33/2013 prevede che la ponderazione dell’interesse conoscitivo con gli altri contrapposti interessi (a cominciare dalla tutela dei dati personali) debba essere effettuata sulla base di criteri oggettivi, avuto riguardo al “*pregiudizio concreto*” arrecabile a tali interessi.

Con le citate “Linee guida” l’Autorità Nazionale Anticorruzione ha opportunamente precisato che a giustificare il diniego dell’accesso non è sufficiente che il pregiudizio sia semplicemente “possibile in via generale ed astratta”, dovendo essere “altamente probabile” (Delibera Anac n. 1309/2016¹⁰⁸).

Trattasi di un criterio già sperimentato in altri ordinamenti, che si è rivelato idoneo a risolvere anche le criticità derivanti dal rapporto con la tutela di diritti particolarmente rilevanti, come quello della privacy¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Così testualmente la delibera Anac n. 1309/2016: “*Affinché l’accesso possa essere rifiutato, il pregiudizio agli interessi considerati dai commi 1 e 2 deve essere concreto quindi deve sussistere un preciso nesso di causalità tra l’accesso e il pregiudizio. L’amministrazione, in altre parole, non può limitarsi a prefigurare il rischio di un pregiudizio in via generica e astratta, ma dovrà: a) indicare chiaramente quale – tra gli interessi elencati all’art. 5 bis, co. 1 e 2 – viene pregiudicato; b) valutare se il pregiudizio (concreto) prefigurato dipende direttamente dalla disclosure dell’informazione richiesta; c) valutare se il pregiudizio conseguente alla disclosure è un evento altamente probabile, e non soltanto possibile.*”.

¹⁰⁹ Un modello parzialmente analogo è contemplato dall’art. 4, comma 1, del Regolamento CE

A questo riguardo, non vi è dubbio che il giudizio di comparazione dei contrapposti interessi non sia di agevole soluzione, anche per effetto della genericità del rinvio disposto dall'art. 5-bis, comma 2, lett. a) del D.Lgs. 33/2013 alla normativa in materia di tutela della privacy¹¹⁰.

Problematicità che si manifestano a cominciare dalla questione dei rapporti con la disciplina dell'accesso documentale ex L. 241/90, dovendoci chiedere se i limiti già previsti da detta normativa operino anche per l'accesso civico generalizzato.

30 maggio 2001 n. 1049/2001 (Regolamento relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione), che prevede quanto segue: *“Le istituzioni rifiutano l'accesso a un documento la cui divulgazione arrechi pregiudizio alla tutela di quanto segue: a) l'interesse pubblico, in ordine: - alla sicurezza pubblica, - alla difesa e alle questioni militari, - alle relazioni internazionali, - alla politica finanziaria, monetaria o economica della Comunità o di uno Stato membro; b) la vita privata e l'integrità dell'individuo, in particolare in conformità con la legislazione comunitaria sulla protezione dei dati personali.”*. L'analogia con l'accesso civico italiano è soltanto parziale, perché in quel caso l'Istituzione europea può avvalersi di “presunzioni di carattere generale che si applicano a determinate categorie di documenti” (ancorchè verificandone la congruità con il caso di specie), mentre, al di fuori di tali presunzioni, l'Istituzione ha l'onere di dimostrare come l'accesso al documento possa arrecare “concretamente e ed effettivamente” un pregiudizio all'interesse pubblico tutelato dalla norma (Corte Giustizia UE 1 luglio 2008 – cause C-39/05 e C-52/05, p. 49-50 e Corte di Giustizia Ue Grande sezione 29 giugno 2010 – causa C-139/07), ovvero se il rischio di arrecare un pregiudizio è “ragionevolmente prevedibile e non meramente ipotetico” (Trib. UE 13 aprile 2005 – causa T 2/03, p. 69). Discorso a parte riguarda la tutela dei dati personali, per i quali trova applicazione l'art. 8 del Regolamento CE 18 dicembre 2000, n. 45 (*Regolamento concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle Istituzioni e degli organi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati*). Il discorso sulle analogie e sulle diversità rispetto alla disciplina nazionale è complesso meriterebbe una separata trattazione.

¹¹⁰L'art. 5-bis, comma 2, del D.Lgs. 33/2013 prevede che *“L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; ..”*.

Come noto, la risposta delle Autorità di regolazione e della prima giurisprudenza amministrativa è nel senso della applicabilità all'accesso civico generalizzato dei limiti previsti dall'art. 24, comma 6, Legge 241/90¹¹¹.

Si è argomentato, al riguardo, in base alla lettera della norma (che richiama la “disciplina legislativa in materia” e quindi anche gli artt. 59 e 60 del Codice per la privacy che a loro volta rinviano alla Legge 241/90), invocando un'interpretazione costituzionalmente orientata (la Legge delega 124/2015 autorizzava il Governo a modificare unicamente il Decreto trasparenza e non anche le altre Leggi di settore, né tantomeno il Codice privacy, di talchè una diversa interpretazione porrebbe questioni di incostituzionalità del D.Lgs. 97/2016 per eccesso di delega), nonché esigenze di continuità e di coerenza sistematica, che precluderebbero l'utilizzazione del nuovo istituto per aggirare limiti già previsti dall'ordinamento (anche perché sarebbe del tutto illogico che i limiti di cui all'art. 24 L. 241/90 operassero quando il richiedente vanta un interesse qualificato all'accesso e non quando tale posizione qualificata non sussiste, come per l'accesso civico).

¹¹¹ Con il parere reso sullo schema di decreto legislativo il Garante per la privacy rilevava che “... appare coerente con il sistema che i limiti imposti dal rispetto della protezione dei dati personali per l'accesso agli atti amministrativi ai sensi della l. n. 241/1990, siano pienamente efficaci anche per coloro che inoltrano richieste di accesso civico ai sensi del d.lgs. n. 33/2013.” (par. n. 92 del 3 marzo 2016). La tesi è stata ribadita anche dopo l'entrata in vigore della riforma del D.Lgs. 33/2013 con parere n. 459 del 09 novembre 2017 (doc. web 7156608). Secondo l'Anac, laddove la P.A. neghi l'accesso documentale adducendo motivi di esclusione ex art. 24 L. 241/90, per ragioni di coerenza sistematica dovrebbe tendenzialmente negare anche l'accesso generalizzato ai sensi dell'art. 5-bis D.Lgs. 33/2013 (Del. n. 1309/2016 cit.). Nello stesso senso anche A. Porporato, *Il nuovo accesso civico generalizzato introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento*, www.federalismi.it, n. 12/2017 (pag. 12). In giurisprudenza, vedasi T.A.R. Venezia sez. I 10 maggio 2017, n. 463, secondo il quale “In sostanza, l'accesso civico non può essere utilizzato per superare, in particolare in materia di interessi personali e dei principi della riservatezza, i limiti imposti dalla legge 241 del 1990.”.

In realtà, le argomentazioni sopra esposte non convincono, per il semplice motivo che i limiti previsti dalla L. 241/90 a tutela del diritto alla riservatezza non si prestano ad una meccanica trasposizione all'accesso civico generalizzato, in quanto detto sistema di limitazioni è per buona parte incentrato sul c.d. "accesso difensivo" (art. 24, comma 7, L. 241/90) che presuppone la deduzione e la prova di una situazione giuridica qualificata, da cui invece prescinde l'accesso civico generalizzato (stante la sua peculiare funzione di "*favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*"), la cui istanza non ha bisogno di essere motivata.

Non sembra, pertanto, che la questione del rapporto tra accesso generalizzato e privacy possa essere risolta mutuando *ex se* i criteri previsti dall'art. 24 della Legge 241/90, che, anzi, proprio per l'ontologica alterità dell'"accesso documentale" rispetto al nuovo istituto appaiono difficilmente trasponibili allo stesso.

Il che rende ineludibile (anche se faticosa) l'opera dell'interprete di ponderazione, caso per caso, dell'interesse conoscitivo del richiedente rispetto alle esigenze di tutela dei dati personali, che potrà prevalere soltanto laddove l'Amministrazione possa dimostrare l'"alta probabilità" del pregiudizio arrecabile ai controinteressati.

Sotto questo profilo, di grande rilievo sul piano operativo sarà, come detto, l'opera dell'Autorità nazionale per l'anticorruzione, chiamata a svolgere un'opera di razionalizzazione e riordino, mediante la periodica revisione delle Linee guida.

Il sistema così delineato non sembra alterato dal Regolamento CE 27 aprile 2016, n. 2016/679/UE (relativo alla protezione delle persone fisiche con

riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE), che demanda ai singoli ordinamenti degli Stati membri la conciliazione degli opposti interessi ¹¹², che, nel nostro caso, è contenuta nel D.Lgs. 33/2013, come modificato con D.Lgs. 97/2016.

¹¹² Il 154° “considerando” del Regolamento UE n. 2016/679 prevede che “*Il presente regolamento ammette, nell'applicazione delle sue disposizioni, che si tenga conto del principio del pubblico accesso ai documenti ufficiali. L'accesso del pubblico ai documenti ufficiali può essere considerato di interesse pubblico. I dati personali contenuti in documenti conservati da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico dovrebbero poter essere diffusi da detta autorità o organismo se la diffusione è prevista dal diritto dell'Unione o degli Stati membri cui l'autorità pubblica o l'organismo pubblico sono soggetti. Tali disposizioni legislative dovrebbero conciliare l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali e il riutilizzo delle informazioni del settore pubblico con il diritto alla protezione dei dati personali e possono quindi prevedere la necessaria conciliazione con il diritto alla protezione dei dati personali, in conformità del presente regolamento. Il riferimento alle autorità pubbliche e agli organismi pubblici dovrebbe comprendere, in tale contesto, tutte le autorità o altri organismi cui si applica il diritto degli Stati membri sull'accesso del pubblico ai documenti. La direttiva 2003/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio non pregiudica in alcun modo il livello di tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali ai sensi delle disposizioni di diritto dell'Unione e degli Stati membri e non modifica, in particolare, gli obblighi e i diritti previsti dal presente regolamento. Nello specifico, tale direttiva non dovrebbe applicarsi ai documenti il cui accesso è escluso o limitato in virtù dei regimi di accesso per motivi di protezione dei dati personali, e a parti di documenti accessibili in virtù di tali regimi che contengono dati personali il cui riutilizzo è stato previsto per legge come incompatibile con la normativa in materia di tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali.*”. L'art. 6, comma 1, lett. e) stabilisce che “*Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: [...] e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento;*”. L'art. 9, comma 2, prevede che il divieto di trattamento dei dati sensibilissimi (previsto dal comma 1), non si applica se “*g) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato;*”. L'art. 85, comma 1, sancisce che “*Il diritto degli Stati membri concilia la protezione dei dati personali ai sensi del presente regolamento con il diritto alla libertà d'espressione e di informazione, incluso il trattamento a scopi giornalistici o di espressione accademica, artistica o letteraria.*”. Il successivo art. 86 (Trattamento e accesso del pubblico ai documenti ufficiali) dispone che “*I dati personali contenuti in documenti ufficiali in possesso di un'autorità pubblica o di un organismo pubblico o privato per l'esecuzione di un compito svolto nell'interesse pubblico possono essere comunicati da tale autorità o organismo conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri cui l'autorità pubblica o l'organismo pubblico sono*

4.9 Le potenzialità applicative dell'”accesso parziale” con oscuramento dei dati personali

Se è innegabile e fisiologica la complessità del giudizio di comparazione dell'interesse conoscitivo sotteso alla domanda di accesso civico generalizzato con gli altri contrapposti interessi al riserbo (primo tra tutti, in particolare, con la tutela dei dati personali), vi è un aspetto che sembra essere stato notevolmente sottovalutato in questo primo periodo di applicazione dell'istituto, che, invece, se adeguatamente valorizzato, potrebbe rivelarsi idoneo se non a risolvere – quantomeno a mitigare – le più rilevanti criticità.

Ci riferiamo a quella tecnica di ostensione consistente nell'oscuramento di quei dati personali la cui omissione non preclude il soddisfacimento dell'interesse conoscitivo del richiedente ed al tempo stesso preserva l'interesse al riserbo tutelato dalla norma.

Trattasi di un *modus operandi* ampiamente sperimentato dal diritto europeo, ove trova ampia diffusione ¹¹³ e che, pur concretizzandosi in un

soggetti, al fine di conciliare l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali e il diritto alla protezione dei dati personali ai sensi del presente regolamento.”.

¹¹³ Vedasi l'art. 4, comma 4, della Direttiva CE 28 gennaio 2003, n. 4 in tema di accesso alle informazioni ambientali (“*L'informazione ambientale detenuta dalle autorità pubbliche o per loro conto e oggetto di richiesta è messa a disposizione in maniera parziale quando è possibile estrarre dal resto dell'informazione richiesta le informazioni indicate al paragrafo 1, lettere d) ed e), o al paragrafo 2.*”), che ha trovato attuazione con l'art. 5, comma 5, del D.Lgs. 195/2005 (“*Nei casi di cui al comma 1, lettere d) ed e), ed al comma 2, l'autorità pubblica dispone un accesso parziale, a favore del richiedente, qualora sia possibile espungere dall'informazione richiesta le informazioni escluse dal diritto di accesso ai sensi dei citati commi 1 e 2.*”). Vedasi, inoltre, l'art. 4, comma 6, del Regolamento CE 30 maggio 2001 n. 1049/2001 (Regolamento relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione), per il quale “*Se solo alcune delle parti del documento richiesto sono interessate da una delle eccezioni, le parti restanti del documento sono divulgate.*”.

semplice espediente pratico, consiste in un provvedimento (tipico) di “accoglimento parziale” della domanda di accesso.

L’art. 5-bis, comma 4, D.Lgs. 33/2013 vi dedica un’apposita norma, prevedendo che *“Se i limiti di cui ai commi 1 e 2 riguardano soltanto alcuni dati o alcune parti del documento richiesto, deve essere consentito l’accesso agli altri dati o alle altre parti.”*

L’Autorità Nazionale Anticorruzione, con le Linee Guida n. 1309 del 28 dicembre 2016 ne ha dato ampio risalto, in quanto strumento in grado di soddisfare i contrapposti interessi in gioco ¹¹⁴ ed anche in dottrina si è evidenziata la grande utilità della norma sotto il profilo pratico-operativo ¹¹⁵.

¹¹⁴Sul punto Anac rileva quanto segue: *“Allo stesso modo, l’amministrazione dovrà consentire l’accesso parziale utilizzando, se del caso, la tecnica dell’oscuramento di alcuni dati, qualora la protezione dell’interesse sotteso alla eccezione sia invece assicurato dal diniego di accesso di una parte soltanto di esso. In questo caso l’amministrazione è tenuta a consentire l’accesso alle parti restanti (art. 5-bis, comma 4, secondo alinea). L’amministrazione è tenuta quindi a privilegiare la scelta che, pur non oltrepassando i limiti di ciò che può essere ragionevolmente richiesto, sia la più favorevole al diritto di accesso del richiedente. Il principio di proporzionalità, infatti, esige che le deroghe non eccedano quanto è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo perseguito (cfr. sul punto CGUE, 15 maggio 1986, causa C-222/84; Tribunale Prima Sezione ampliata 13 aprile 2005 causa T 2/03)”* (Del. Anac n. 1309/2016, cit., punto 5.2). *“In attuazione dei predetti principi”* > [principi generali sul trattamento dei dati personali, ovvero di necessità, proporzionalità, pertinenza e non eccedenza], *“il soggetto destinatario dell’istanza, nel dare riscontro alla richiesta di accesso generalizzato, dovrebbe in linea generale scegliere le modalità meno pregiudizievoli per i diritti dell’interessato, privilegiando l’ostensione di documenti con l’omissione dei «dati personali» in esso presenti, laddove l’esigenza informativa, alla base dell’accesso generalizzato, possa essere raggiunta senza implicare il trattamento dei dati personali. In tal modo, tra l’altro, si soddisfa anche la finalità di rendere più celere il procedimento relativo alla richiesta di accesso generalizzato, potendo accogliere l’istanza senza dover attivare l’onerata procedura di coinvolgimento del soggetto «controinteressato» (art. 5, comma 5, del d. lgs. n. 33/2013). Al riguardo, deve essere ancora evidenziato che l’accesso generalizzato è servente rispetto alla conoscenza di dati e documenti detenuti dalla p.a. «Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico» (art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 33/2013). Di conseguenza, quando l’oggetto della richiesta di accesso riguarda documenti contenenti informazioni relative a persone fisiche (e in quanto tali «dati personali») non necessarie al raggiungimento del predetto scopo, oppure informazioni personali di dettaglio che risultino*

Invero, un siffatto provvedimento di “accesso parziale” rappresenta il duplice corollario per un verso del “principio di proporzionalità” dell’azione amministrativa, che “esige che le limitazioni di un diritto non eccedano quanto è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo”¹¹⁶ e per altro verso dei principi di “necessità, pertinenza e non eccedenza” di cui all’art. 11 del Codice per la Privacy e di “minimizzazione dei dati” ex art. 5, comma 1, lett. c) del Regolamento CE n. 2016/679/UE ¹¹⁷.

Va, peraltro, registrato che anche in questo caso il Garante per la privacy sembra orientato su posizioni piuttosto intransigenti, avendo espresso in più occasioni un indirizzo fortemente restrittivo in ordine all’applicabilità della norma.

Invero, ad avviso del Garante, l’”accesso parziale” mediante l’oscuramento dei dati personali non sarebbe idoneo a tutelare adeguatamente il

comunque sproporzionate, eccedenti e non pertinenti, l’ente destinatario della richiesta dovrebbe accordare l’accesso parziale ai documenti, oscurando i dati personali ivi presenti. (Si pensi, ad esempio, ai dati di persone fisiche, quali, fra l’altro, la data di nascita, il codice fiscale, il domicilio o l’indirizzo di residenza, i recapiti telefonici o di posta elettronica personali, l’Isee o la relativa fascia, i dati bancari, ecc.)”,

(Del. Anac 1309/2016, cit., punto 8.1).

¹¹⁵ Si è, al riguardo, affermato che la tecnica del mascheramento o di anonimizzazione dei dati personali merita di essere valorizzata (così come accade nel sistema Foia statunitense) proprio perché “contiene l’impatto opacizzante dei numerosi limiti previsti all’accesso civico generalizzato” (cfr. E. Carloni, *Se questo è un Foia* cit. pag. 10). Altra dottrina ha rilevato che l’accesso parziale mediante criptazione del nominativo del titolare dei dati anche non sensibili quando l’identità non è di alcuna utilità per l’istante, oltre che tutelare il diritto alla privacy, finisce per rappresentare anche una semplificazione a livello decisionale per le P.A. (A. Simonati, *L’accesso civico come strumento di trasparenza amministrativa: luci, ombre e prospettive future (anche per gli Enti locali)*, Istituzioni del federalismo n. 372016, pag. 748).

¹¹⁶ In questi termini Corte di Giustizia europea 6 dicembre 2001 (causa C-353/99).

¹¹⁷ L’art. 11, comma 1, del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice della privacy) prevede che “1. I dati personali oggetto di trattamento sono: [...] d) pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati. L’art. 5, comma 1, Reg. CE 27 aprile 2016 n. 2016/679/UE (Principi applicabili al trattamento dei dati personali) conferma che << I dati personali sono [...] c) adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati (“minimizzazione dei dati”) >>.”

diritto alla riservatezza dei soggetti menzionati nel documento richiesto in tutti i casi in cui il predetto accorgimento tecnico non elimini completamente la possibilità che detti soggetti vengano “re-identificati” attraverso le ulteriori informazioni contenute nel documento stesso¹¹⁸.

Più di recente, un importante parere espresso dal Garante ha stigmatizzato ulteriormente detto orientamento, conformando e legittimando l’operato della Regione Valle D’Aosta che aveva riscontrato ad una richiesta di accesso concernente i casi di COVID-19 verificatisi sul territorio regionale, fornendo parzialmente i soli macrodati aggregati ed omettendo di specificare i dati di dettaglio motivando ciò con “*il potenziale pregiudizio che il*

¹¹⁸ In questi termini si è espresso il Garante per la privacy con il parere n. 528 del 14 dicembre 2017 (doc. web 7450772), relativo ad un’istanza di accesso ai verbali del “Comitato unico di garanzia delle pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni” costituito da un piccolo Comune ai sensi dell’art. 57 del D.Lgs. 165/2001; detti verbali contenevano dati e informazioni personali di dipendenti e per tale motivo il Garante ha escluso la possibilità “*di accordare un eventuale accesso civico parziale ai documenti in questione, tramite oscuramento dei nominati delle persone interessate, in quanto il predetto accorgimento tecnico non eliminerebbe completamente la possibilità che i soggetti menzionati possano essere re-identificati attraverso il complesso delle vicende descritte e le ulteriori informazioni contenute nei documenti di cui è negata l’ostensione, considerato che nell’ambito del Comune in questione, di ridotte dimensioni, gli interessati potrebbero facilmente essere identificati.*”. Per le stesse ragioni il Garante ha ritenuto inapplicabile l’accesso parziale agli elaborati presentati nell’ambito di una procedura selettiva del personale pubblico, in considerazione del fatto che essi sono redatti di proprio pugno dai candidati, cosicché non potrebbe escludersi che essi possano essere re-identificati a posteriori tramite la conoscenza o la comparazione della grafia (parere n. 246 del 24 maggio 2017 - doc. web n. 6495600 e parere n. 433 del 26 ottobre 2017 – doc. web n. 7156158). Per inciso, questi ultimi pareri sono stati giustamente criticati in dottrina anche per la evidente contraddittorietà rispetto al principio dell’anonimato degli elaborati concorsuali (ex art. 14, comma 6, D.P.R. 487/1994), atteso che delle due l’una: o l’elaborato è riconoscibile ed allora deve essere escluso, oppure non è riconoscibile e quindi non sussiste un pregiudizio per la privacy (sulla questione vedasi T. Tessaro-M. Bertin, *Acceso agli atti di un concorso e “mascheramento” degli elaborati. Nota a Garante della Privacy, registro dei provvedimenti n. 246 del 24 maggio 2017, doc. web n. 6495600*, www.lexitalia.it 07.07.2017). Anche con riguardo ai procedimenti edilizi, i relativi atti ed informazioni non sarebbero ostensibili mediante accesso parziale, atteso che dai dati dell’immobile si potrebbe risalire ai dati personali delle persone coinvolte (par. n. 360 del 10.08.2017 – doc. web 6969290; par. n. 25 del 18.01.2018 – doc. web 7688896).

disvelamento di alcune delle informazioni richieste (ad esempio, il domicilio o la data di insorgenza della malattia) potrebbe arrecare alla protezione dei dati personali, appartenenti, per loro natura, alla categoria dei dati particolari, in ragione dell'esiguità demografica che caratterizza molti Comuni valdostani, tale da consentire la verosimile identificazione dei soggetti colpiti dal virus”¹¹⁹

E' evidente che un criterio applicativo siffatto porta inevitabilmente a detronizzare l'operatività della norma, non potendo quasi mai escludersi in modo assoluto la possibilità di una “re-identificazione” dei soggetti menzionati in un documento amministrativo attraverso le ulteriori informazioni ivi contenute.

Questo solo fatto non può, quindi, essere sufficiente ad escludere l'accesso parziale mediante la tecnica degli *omissis*, dovendo piuttosto verificarsi, caso per caso, se sia non solo “possibile, ma “altamente probabile” la re-identificazione dei soggetti, perché solo in tal caso potrà dirsi che il pregiudizio derivante dalla ostensione è “altamente probabile”.

Con l'ulteriore precisazione che neppure l'”alta probabilità” della re-identificazione è di per sé sufficiente ad escludere l'accesso parziale, dovendo verificarsi se, nonostante detta re-identificazione dei soggetti, questi ricevano

¹¹⁹ Trattasi del parere n. 155 del 3 settembre 2020 con cui il Garante ha, tra l'altro, affermato che “...il fatto che il soggetto istante abbia fatto accesso civico a specifici dati di dettaglio riguardanti i casi di Covid-19 nella Regione Valle d'Aosta riferiti anche a singoli pazienti – quali la distribuzione dei casi all'interno della Regione, con specifica ‘suddivisione per Comune, sesso, età, esito (guariti, deceduti, casi attivi), domicilio (al proprio domicilio oppure casa di riposo/micro comunità/RSA), data dalle diagnosi di infezione, numero ed esiti dei tamponi eseguiti per paziente’ compreso il ‘numero, distribuzione per Comune e data dei contatti telefonici della centrale a ciò deputata con le persone prese in carico per infezione da Covid-19” –non elimina del tutto la possibilità che i soggetti a cui si riferiscono possano essere re-identificati, anche a posteriori- considerando fra l'altro il particolare regime di pubblicità dei dati ricevuti tramite l'accesso civico (art. 3 comma 1, D. Lgs. N. 33/2013)-, attraverso il “raffronto” dei dati richiesti con altre informazioni eventualmente in possesso di terzi”.

effettivamente un “concreto pregiudizio”, alla luce dei criteri elaborati da Anac (tipologia di soggetto e ruolo ricoperto, ragionevoli aspettative dello stesso in ordine al trattamento dei suoi dati personali, conseguenze pratiche della ostensione, ecc.).

4.10 La valutazione del pregiudizio concreto. Principi di necessità, proporzionalità, pertinenza e non eccedenza e dimensione organizzativa del titolare

Sempre nell’ambito del delicato ed equilibrato rapporto tra accesso civico e diritto alla privacy giova, infine, soffermarsi ancora più approfonditamente sul richiamo espresso alla disciplina legislativa sulla protezione dei dati personali sempre da parte dell’articolo 5-bis, lett.A), del D. Lgs. n. 33/2013 con riferimento particolare ai principi generali sul trattamento e, dunque, a quelli di necessità, proporzionalità, pertinenza e non eccedenza, in conformità al nuovo quadro normativo in materia di protezione dei dati introdotto dal Regolamento (UE) n. 679/2016.

In attuazione dei predetti principi, l’amministrazione, nel riscontrare la richiesta di accesso generalizzato, dovrebbe scegliere le modalità meno pregiudizievoli per i diritti dell’interessato, privilegiando l’ostensione dei documenti con l’omissione dei dati personali laddove l’esigenza informativa possa essere comunque raggiunta. Così si può accelerare il procedimento,

potendo accogliere l'istanza senza coinvolgere i contro interessati (art. 5, comma 5, del D. Lgs. n. 33/2013)¹²⁰.

Nel considerare i due parametri della necessità e della proporzionalità dovrà verificarsi l'assenza di alternative comportanti un minore sacrificio degli interessi in gioco ed effettuare una valutazione comparativa tra il beneficio arrecato dal provvedimento adottato (nel di specie l'accoglimento *tout court* della richiesta di accesso (civico generalizzato) all'interesse pubblico primario protetto dalla norma ed il sacrificio causato agli interessi pubblici secondari e/o agli interessi privati contrapposti.

Come nel caso di specie si tratta, dunque, di valutare se ed in che misura “la conoscenza indiscriminata dell'ampio set di informazioni e dati personali contenuti nella documentazione oggetto dell'accesso civico appare non necessaria o comunque sproporzionata, rispetto allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico”.

Il necessario bilanciamento degli interessi implica che, talora, potrà concedersi un accesso (civico) generalizzato, solo parziale. Talaltra, sarà invece necessario respingere del tutto la richiesta di accesso civico generalizzato in quanto anche un accesso parziale potrebbe recare pregiudizio concreto alla tutela della protezione dei dati personali stante anche la riutilizzabilità prevista dagli articoli 7 e 7 bis del D. Lgs. n. 33/2013.

¹²⁰ Linee Guida ANAC, cit. richiamate anche da “*Accesso civico generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del decreto FOIA: la trasparenza de 'le vite degli altri?'*”, in *Federalismi.it*, n. 10/2018.

La dimensione organizzativa predisposta dal titolare del trattamento costituisce un elemento fondamentale, assumendo nel regolamento europeo una valenza primaria nella tutela dei dati personali attraverso la duplice previsione della “privacy by design” e “privacy by default”, descritte dall’articolo 25 del regolamento europeo del GDPR, per le quali il titolare del trattamento è tenuto a porre in essere “misure tecniche e organizzative adeguate per garantire che siano trattati per impostazione predefinita solo i dati necessari per ogni specifica finalità del trattamento” nonché altre “quali la pseudonimizzazione, volta ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione”.

Esse impongono quindi al titolare di prevedere i rischi che possono incontrare per la tutela dei dati personali, scegliendo di conseguenza di quali strumenti dotarsi. La realizzazione di tali misure favorisce il bilanciamento tra il diritto alla conoscibilità e quello alla protezione dei dati personali.

La minimizzazione dei dati può soddisfare entrambe le esigenze attraverso la riduzione della completezza conoscitiva e la conseguente perdita di alcuni contenuti informativi a vantaggio di esigenze concernenti la protezione dei dati personali.

Tale soluzione è del resto espressamente prevista dal D. Lgs. n. 33/2013, il quale, all’articolo 7 bis stabilisce che “nei casi in cui norme di legge o di regolamento prevedano la pubblicazione di atti o documenti, le pubbliche amministrazioni provvedono a rendere non intelligibili i dati personali non pertinenti o, se sensibili o giudiziari, non indispensabili rispetto alle specifiche finalità di trasparenza della pubblicazione”.

Opera pertanto nuovamente il principio di responsabilizzazione dei soggetti coinvolti nel trattamento dei dati personali, anche l’adozione di

privacy policy, quale misura precauzionale per minimizzare i potenziali pericoli per la privacy.

Tornando quindi alla valutazione del pregiudizio concreto, vanno considerate le conseguenze di carattere morale, relazionale e sociale che potrebbero derivare all'interessato o ai suoi cari dalla diffusa conoscibilità del dato o del documento richiesto anche per effetto di azioni di terzi, ovvero situazioni che potrebbero determinarne la estromissione o discriminazione, oppure altri svantaggi personali e/o sociali: minacce, intimidazioni, ritorsioni o turbative al regolare svolgimento delle funzioni pubbliche o delle attività di pubblico interesse esercitate; rischio di eventuali furti di identità o di creazione di identità fittizie attraverso le quali esercitare attività fraudolente; natura dei dati oggetto della richiesta di accesso o contenuti nei documenti ai quali chiede di accedere (dati particolari, genetici, biometrici, di profilazione, sulla localizzazione o sulla solvibilità economica); ruolo pubblico ricoperto, funzione pubblica esercitata o l'attività di pubblico interesse svolta¹²¹.

Tra i fattori da considerare ai fini della valutazione della sussistenza del pregiudizio, non trascurabile poi la circostanza che la richiesta di accesso generalizzato riguardi dati e documenti contenenti dati personali di minori.

Con riferimento a ciò, l'articolo 7 del D.Lgs. 101/2018 ha sostituito l'articolo 96 del D. Lgs. 196/2003 che stabilisce, per effetto della novella, *“Al fine di agevolare l'orientamento, la formazione e l'inserimento professionale, anche all'estero, le istituzioni del sistema nazionale di istruzione, i centri di formazione professionale regionale, le scuole private non paritarie nonché le istituzioni di alta formazione artistica e coreutica e le università statali o non statali legalmente riconosciute su richiesta degli interessati, possono*

¹²¹ Linee Guida ANAC, dic. 2016, cit, par. 5.3, pag. 11

comunicare o diffondere, anche a privati e per via telematica, dati relativi agli esiti formativi, intermedi e finali, degli studenti e altri dati personali diversi da quelli di cui agli articoli 9 e 10 del Regolamento, pertinenti in relazione alle predette finalità e indicati nelle informazioni rese agli interessati ai sensi dell'articolo 13 del Regolamento. I dati possono essere successivamente trattati esclusivamente per le predette finalità. Resta ferma la disposizione di cui all'articolo 2 comma 2 del decreto del Presidente della Repubblica 24 giugno 1998, n. 249, sulla tutela del diritto dello studente alla riservatezza. Restano altresì ferme le vigenti disposizioni in materia di pubblicazione dell'esito degli esami mediante affissione nell'albo dell'Istituto e di rilascio di diplomi e certificati”.

La scelta di rinunciare all'adozione di norme più di dettaglio, optando per c.d. strumenti di *soft law*, fa dubitare che in realtà si voglia proprio rimettere volutamente la questione alla discrezionalità dell'amministrazione in un sistema che si fonda su una responsabilizzazione eccessiva del funzionario chiamato a decidere sull'istanza, ma resta la pericolosità di delicate operazioni di bilanciamento fra diritti e principi, rispetto alle quali le indicazioni del legislatore risultano scarse e contraddittorie¹²².

¹²² C. Deodato, *La difficile convivenza dell'accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, 20 dicembre 2017.

Capitolo 5

Casi e materiali giurisprudenziali

5.1 L'accesso agli atti degli enti locali: il principio di pubblicità degli atti (art. 10 d.lgs. n. 267/2000). Il diritto di accesso dei consiglieri comunali (art. 43 d.lgs. n. 267/2000)

L'art. 10 del Testo Unico degli Enti Locali scolpisce un modello di accesso che potrebbe essere definito come l'antesignano del F.O.I.A. introdotto, come si è visto, dal Legislatore solo dopo diversi lustri per tutte le pubbliche amministrazioni.

Il diritto di accesso agli atti degli enti locali del cittadino residente non è, infatti, condizionato alla titolarità in capo al soggetto accedente di una situazione giuridica differenziata, atteso che l'esercizio di tale diritto è equiparabile all'attivazione di un'azione popolare finalizzata ad una più efficace e diretta partecipazione del cittadino all'attività amministrativa dell'ente locale e alla realizzazione di un più immanente controllo sulla legalità dell'azione amministrativa.

Il diritto di accesso dei consiglieri comunali, previsto dall'art. 43 del Testo Unico a tutti gli atti che possano essere d'utilità all'espletamento delle loro funzioni ha una ratio diversa da quella che contraddistingue il diritto di accesso ai documenti amministrativi riconosciuto alla generalità dei cittadini: infatti, mentre in linea generale il diritto di accesso è finalizzato a permettere ai singoli soggetti di conoscere atti e documenti per la tutela delle proprie posizioni soggettive eventualmente lese, quello riconosciuto ai consiglieri comunali è strettamente funzionale all'esercizio delle loro funzioni, alla verifica e al controllo del comportamento degli organi istituzionali decisionali

dell'ente locale ai fini della tutela degli interessi pubblici (piuttosto che di quelli privati e personali) e si configura come peculiare espressione del principio democratico dell'autonomia locale e della rappresentanza esponenziale della collettività.

Gli unici limiti all'esercizio del diritto di accesso dei consiglieri comunali possono rinvenirsi, per un verso, nel fatto che esso deve avvenire in modo da comportare il minor aggravio possibile per gli uffici comunali e, per altro verso, che esso non deve sostanziarsi in richieste assolutamente generiche ovvero meramente emulative, fermo restando tuttavia che la sussistenza di tali caratteri deve essere attentamente e approfonditamente vagliata in concreto al fine di non introdurre surrettiziamente inammissibili limitazioni al diritto stesso.

Il diritto ad ottenere dall'ente tutte le informazioni utili all'espletamento del mandato non incontra alcuna limitazione derivante dalla loro eventuale natura riservata, in quanto il consigliere, a cui è ostensibile anche documentazione che per ragioni di riservatezza non sarebbe ordinariamente ostensibile ad altri richiedenti, è vincolato al segreto d'ufficio nei casi espressamente previsti.

Tuttavia, occorre evidenziare che questo peculiare diritto di accesso non può essere dilatato sino a diventare “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona.

Invero, in un ordinamento costituzionale, i diritti fondamentali si trovano in rapporto di integrazione reciproca, non ordinato su base gerarchica, in maniera tale che non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri, e dunque una illimitata espansione dei primi a

danno di questi ultimi. I diritti vanno coordinati secondo un ragionevole bilanciamento, a tutela della dignità della persona, e dunque nel rispetto del principio personalistico che trova nei principi di uguaglianza formale e sostanziale dell'individuo e nei doveri di solidarietà sociale la sua formale enunciazione (artt. 3, commi 1 e 2, e 2 Cost.).

Alla regola del ragionevole bilanciamento propria dei rapporti tra diritti fondamentali di pari rango non si sottrae l'accesso del consigliere comunale. La sua estensione non implica che esso possa sempre e comunque esercitarsi con pregiudizio di altri interessi riconosciuti dall'ordinamento meritevoli di tutela, e dunque possa sottrarsi al necessario bilanciamento con questi ultimi.

Ciò non solo perché ad esso si contrappongono diritti egualmente tutelati dall'ordinamento, ma anche per il limite funzionale intrinseco cui il diritto d'accesso è sottoposto, espresso dall'art. 43, comma 2, d.lgs. n. 267 del 2000 con il richiamo alla utilità delle notizie e delle informazioni possedute dall'ente locale rispetto alla funzione di rappresentanza politica del consigliere comunale.

Detto limite implica che il bisogno di conoscenza del titolare della carica elettiva debba porsi in rapporto di strumentalità con la funzione «di indirizzo e di controllo politico – amministrativo», di cui nell'ordinamento dell'ente locale è collegialmente rivestito il consiglio comunale (art. 42, comma 1, t.u.e.l.), e alle prerogative attribuite singolarmente al componente dell'organo elettivo (art. 43).

Ed invero, di recente, anche la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di affermare che “lo scopo del diritto di accesso del consigliere comunale è quello di valutare - con piena cognizione - la correttezza e l'efficacia dell'operato dell'amministrazione, nonché per esprimere un voto consapevole

sulle questioni di competenza del Consiglio e per promuovere tutte le iniziative che spettano ai singoli rappresentanti del corpo elettorale locale” e che non è “sufficiente rivestire la carica di consigliere per essere legittimati sic et simpliciter all’accesso, ma occorre dare atto che l’istanza muova da un’effettiva esigenza collegata all’esame di questioni proprie dell’assemblea consiliare”.¹²³

5.2 L’accesso ai dati presenti nell’Anagrafe Tributaria e l’accesso in corso di causa (CdS Adunanza Plenaria Adunanza Plenaria 25 settembre 2020 nn. 19, 20, 21)

Nel corso del 2020, nelle tre sentenze gemelle nn. 19, 20, 21, l’Adunanza Plenaria ha chiarito che la nozione di "documento amministrativo" suscettibile di formare oggetto di istanza di accesso documentale è ampia e può riguardare ogni documento detenuto dalla pubblica amministrazione o da un soggetto, anche privato, alla stessa equiparato ai fini della specifica normativa dell’accesso agli atti, e formato non solo da una pubblica amministrazione, ma anche da soggetti privati, purché lo stesso concerna un’attività di pubblico interesse o sia utilizzato o sia detenuto o risulti significativamente collegato con lo svolgimento dell’attività amministrativa, nel perseguimento di finalità di interesse generale.

Alla luce di tale nozione di documento amministrativo, il Consiglio di Stato è giunto alla conclusione che le dichiarazioni, le comunicazioni e gli atti presentati o acquisiti dagli uffici dell’Amministrazione Finanziaria, contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari ed inseriti nelle banche dati

¹²³ Consiglio di Stato, sez. V, 13 agosto 2020, n. 5032

dell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, costituiscono documenti amministrativi ai fini dell'accesso documentale difensivo ai sensi degli artt. 22 e ss. della L. n. 241/1990.

In considerazione, poi, del fatto che il diritto di accesso ai documenti amministrativi spetta a chiunque vi abbia un interesse personale e concreto per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, e situazioni siffatte ricorrono, per espressa previsione di legge, nell'ipotesi in cui la conoscenza dei documenti sia necessaria ai singoli "per curare o per difendere i loro interessi", la distinzione fra "conoscenza del documento" e "difesa degli interessi del privato", in una col diviso nesso di strumentalità fra l'una e l'altra, l'Adunanza Plenaria ha chiarito che la pendenza di un procedimento giurisdizionale nel quale siano in discussione questi ultimi non solo non è di per sé preclusivo della esperibilità, dianozi al giudice amministrativo, del procedimento speciale approntato dal legislatore del 1990 allorché sia in contestazione il diritto alla prima, ma, anzi, si configura come un fattore di concretezza e di attualità dell'interesse ad agire nelle forme proprie del detto procedimento.

Il supremo organo di Giustizi Amministrativa ha chiarito la differenza tra l'accesso agli atti e gli strumenti di acquisizione probatoria previsti dal codice del processo civile. L'accesso difensivo ha una duplice natura giuridica, sostanziale e processuale. La natura sostanziale dipende dall'essere, l'accesso, una situazione strumentale per la tutela di una situazione giuridica finale; la natura processuale consiste nel fatto che il legislatore ha voluto fornire di "azione" la "pretesa" di conoscenza, rendendo effettivo e, a sua volta, giuridicamente tutelabile e giustiziabile l'eventuale illegittimo diniego o silenzio.

Al contrario, gli strumenti di acquisizione probatoria previste dal codice del processo civile, si muovono esclusivamente sul piano e all'interno del processo: sono assoggettati alla prudente valutazione del giudice ed eventuali rigetti non sono autonomamente impugnabili o ricorribili, potendo gli eventuali vizi dell'istruttoria rilevare come motivi di impugnazione della sentenza.

Secondo l'Adunanza Plenaria l'eventuale rigetto dell'istanza di esibizione di un documento della pubblica amministrazione, proposta ai sensi dell'art. 210 cod. proc. civ., non si pone in contrasto, né elude la ratio legis contenuta negli artt. 22 e ss. L. n. 241 del 1990, poiché le due disposizioni operano su un piano diverso: la L. n. 241 del 1990 assume l'interesse del privato all'accesso ai documenti come interesse sostanziale, mentre l'acquisizione documentale ai sensi dell'art. 210 cod. proc. civ. costituisce esercizio di un potere processuale e l'acquisizione del documento resta pur sempre subordinata alla valutazione della rilevanza dello stesso, ai fini della decisione, da parte del giudice al quale spetta di pronunciarsi sulla richiesta istruttoria ai sensi dell'art. 210 cod. proc. civ..

5.3 La dilazione del termine ad impugnare atti di procedure di gara di appalto in caso di istanza di accesso (CdS - Adunanza Plenaria 2 luglio 2020 n. 12)

In materia di procedura di affidamento di appalti pubblici, l'Adunanza Plenaria ha affermato che il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate e che,

pertanto, sia la pubblicazione degli atti di gara sia le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione.

Il Consiglio di Stato ha chiarito che la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la "dilazione temporale" quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

5.4 L'applicabilità dell'accesso generalizzato agli atti di gara di appalto e le modalità di esame delle istanze di accesso (CdS - Adunanza Plenaria 2 aprile 2020 n. 10).

L'Adunanza Plenaria ha chiarito che l'accesso civico generalizzato è applicabile alla materia dei contratti pubblici ed, in particolare, alla documentazione concernente l'esecuzione dei contratti pubblici, fatti salvi i divieti temporanei o assoluti previsti dal Codice dei contratti pubblici.

Quindi, in presenza di un'istanza di accesso inerente gli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico, formulata da un partecipante alla gara, l'interesse concreto ed attuale, ai sensi dell'art. 22, L. 7 agosto 1990, n. 241, può essere ravvisato qualora la richiesta di accesso sia motivata da inadempimento del soggetto aggiudicatario della gara, che potrebbe portare alla risoluzione del contratto con conseguente scorrimento della graduatoria o indizione di una nuova gara.

Inoltre, secondo il Consiglio di Stato, la Pubblica Amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell'accesso civico generalizzato, a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale; in tale ultimo caso essa dovrà esaminare l'istanza solo con specifico riferimento ai profili della L. n. 241 del 1990, senza che il giudice amministrativo, adito ai sensi dell'art. 116 c.p.a., possa mutare il titolo dell'accesso, definito dall'originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla pubblica amministrazione all'esito del procedimento.

In altri termini, in presenza di una istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale della L. n. 241/1990, o ai suoi elementi sostanziali, la pubblica amministrazione, una volta accertata la carenza del necessario presupposto legittimante della titolarità di un interesse differenziato in capo al richiedente, non può esaminare la richiesta di accesso civico generalizzato, a meno che non sia accertato che l'interessato abbia inteso richiedere, al di là del mero riferimento alla L. n. 241/1990, anche l'accesso civico generalizzato e non abbia inteso limitare il proprio interesse ostensivo al solo accesso documentale, *uti singulus*.

In particolare, secondo il Supremo Consesso di Giustizia Amministrativa, è ammissibile il concorso degli accessi agli atti: il solo riferimento dell'istanza ai soli presupposti dell'accesso documentale non preclude alla pubblica amministrazione di esaminare l'istanza anche sotto il profilo dell'accesso civico generalizzato, laddove l'istanza contenga

sostanzialmente tutti gli elementi utili a vagliarne l'accoglimento sotto il profilo "civico", salvo che il privato abbia inteso espressamente far valere e limitare il proprio interesse ostensivo solo all'uno o all'altro aspetto.

5.5 La pubblicazione dei dati reddituali dei dirigenti pubblici

Una ulteriore e recentissima questione giuridica che ha avuto notevoli ed interessanti risvolti sul piano pratico, molto sentiti e eseguiti nelle Pubbliche Amministrazioni, ha riguardato l'obbligo di pubblicazione dei dati patrimoniali personali e familiari dei dirigenti pubblici sui siti istituzionali delle rispettive amministrazioni di appartenenza nella sezione "amministrazione trasparente".

La questione ha richiesto l'intervento della Corte Costituzionale e dell'Anac attraverso un percorso interessante che vale la pena di percorrere.

Preliminarmente, va rimarcato che già la Corte di giustizia dell'Unione europea aveva avuto modo di affermare, ripetutamente, che le esigenze di controllo democratico non possono travolgere il diritto fondamentale alla riservatezza delle persone fisiche, dovendo sempre essere rispettato il principio di proporzionalità, definito cardine della tutela dei dati personali: deroghe e limitazioni alla protezione dei dati personali devono perciò operare nei limiti dello stretto necessario, e prima di ricorrervi occorre ipotizzare misure che determinino la minor lesione, per le persone fisiche, del suddetto diritto fondamentale e che, nel contempo, contribuiscano in maniera efficace al raggiungimento dei confliggenti obiettivi di trasparenza, in quanto legittimamente perseguiti (sentenze 20 maggio 2003, nelle cause riunite C-

465/00, C-138/01 e C-139/01, Ö.R. e altri, e 9 novembre 2010, nelle cause riunite C-92/09 e 93/09, Volker und Markus Schecke e Eifert).

Nella pronuncia da ultimo richiamata, in particolare, era stato affermato che non può riconoscersi alcuna automatica prevalenza dell'obiettivo di trasparenza sul diritto alla protezione dei dati personali (punto 85).

La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha influenzato lo stesso legislatore europeo, che ha avviato, così, un ampio processo di revisione del quadro di regole in materia di protezione dei dati personali, concluso con l'emanazione di un unico corpus normativo di carattere generale, costituito dal più volte richiamato regolamento n. 2016/679/UE (GPDR), divenuto efficace successivamente ai fatti dai quali originano le questioni di legittimità costituzionale in esame, ma tenuto in debita considerazione dal giudice a quo.

Esso detta le regole fondamentali per il trattamento dei dati personali, nozione che include anche la trasmissione, la diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione dei dati (art. 4, comma 1, numero 2). I principi che devono governare il trattamento sono sanciti nell'art. 5, comma 1, del citato regolamento (che contiene una disciplina sostanzialmente sovrapponibile a quella delineata dall'art. 6 della previgente direttiva 95/46/CE) e, tra di essi, assumono particolare rilievo quelli che consistono: nella limitazione della finalità del trattamento (lettera b) e nella "minimizzazione dei dati", che si traduce nella necessità di acquisizione di dati adeguati, pertinenti e limitati a quanto strettamente necessario alla finalità del trattamento (lettera c).

Ancora, un riferimento al necessario bilanciamento tra diritti si trova nelle premesse al regolamento n. 2016/679/UE (considerando n. 4), ove si legge che "il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una

prerogativa assoluta ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità".

In definitiva, la disciplina europea, pur riconoscendo un ampio margine di regolazione autonoma e di dettaglio agli Stati membri con riguardo a certe tipologie di trattamento (tra i quali quello connesso, appunto, all'esercizio del diritto di accesso: art. 86 del regolamento), impone loro il principio di proporzionalità del trattamento che, come accennato, rappresenta il fulcro della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia.

L'art. 14, comma 1-bis del D. Lgs. 33/2013 (dopo la modifica integrativa operata dal D.Lgs. 97/2016), estendeva a tutti i titolari di incarichi dirigenziali nella P.A., a qualsiasi titolo conferiti, gli obblighi di pubblicazione di una serie di dati, obblighi già previsti dal citato art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 33 del 2013 (versione originaria) a carico dei titolari di incarichi politici, anche se non di carattere elettivo, di livello statale, regionale e locale .

Con la sentenza 21 febbraio 2019, n. 20¹²⁴, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1-bis, del d.lgs. n. 33 del 2013, per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui prevedeva che le Pubbliche Amministrazioni dovessero pubblicare i dati di cui all'art. 14, comma 1, lett. f), dello stesso decreto, anche per tutti i titolari di incarichi dirigenziali, a qualsiasi titolo conferiti, ivi inclusi quelli conferiti discrezionalmente dall'organo di indirizzo politico senza procedure pubbliche di selezione, anziché solo per i titolari degli incarichi dirigenziali previsti dall'articolo 19, commi 3 e 4, del D. Lgs. 165/2001.

¹²⁴ In www.cortecostituzionale.it.

La Corte Costituzionale ha ritenuto irragionevole il bilanciamento operato dalla legge tra due diritti: quello alla riservatezza dei dati personali, inteso come diritto a controllare la circolazione delle informazioni riferite alla propria persona, e quello dei cittadini al libero accesso ai dati e alle informazioni detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni.

La Corte Costituzionale ha evidenziato che il legislatore può prevedere strumenti che permettano a chiunque di accedere liberamente alle informazioni, purché, però, la loro conoscenza sia ragionevolmente ed effettivamente collegata all'esercizio di un controllo sia sul corretto perseguimento delle funzioni istituzionali sia sull'impiego virtuoso delle risorse pubbliche.

Ciò vale certamente per i compensi di qualsiasi natura connessi all'assunzione della carica nonché per le spese relative ai viaggi di servizio e alle missioni pagate con fondi pubblici, il cui obbligo di pubblicazione è preservato per tutti i dirigenti pubblici.

Non così per gli altri dati relativi ai redditi e al patrimonio personali, la cui pubblicazione era stata imposta, senza alcuna distinzione, per tutti i titolari di incarichi dirigenziali. Si tratta di dati che non sono necessariamente e direttamente collegati all'espletamento dell'incarico affidato.

Inoltre, la loro pubblicazione non può essere sempre giustificata dalla necessità di rendere conto ai cittadini di ogni aspetto della propria condizione economica e sociale allo scopo di mantenere saldo, durante il mandato, il rapporto di fiducia che alimenta il consenso popolare.

Peraltro, ha evidenziato la Consulta, la pubblicazione di quantità così massicce di dati – senza alcuna distinzione tra i dirigenti, in relazione al ruolo, alle responsabilità e alla carica ricoperta – non agevola affatto la ricerca di quelli più significativi, anche a fini anticorrottivi, e rischia, anzi, di generare

“opacità per confusione”, oltre che di stimolare forme di ricerca tendenti unicamente a soddisfare mere curiosità.

La Corte ha precisato, inoltre, che la norma che prevedeva l’obbligo di pubblicazione dei dati reddituali era sproporzionata rispetto alla necessaria scelta della misura meno restrittiva dei diritti fondamentali in potenziale tensione.

5.6 il percorso logico-giuridico seguito dalla Corte costituzionale, le fasi propedeutiche e le indicazioni dell’Anac

Vale la pena, a questo punto, esaminare, in maniera più approfondita, le ragioni sottese all’importante decisione assunta dal Giudice delle leggi riguardo l’argomento trattato nel precedente paragrafo nonché tutte le fasi propedeutiche ed i successivi chiarimenti forniti dall’Anac subito dopo la sentenza n. 20/2019.

La questione, come detto, trae origine proprio dall’**asserita violazione della normativa europea sulla *privacy*** concernente l’obbligo a carico delle pubbliche amministrazioni di pubblicare sui loro siti la documentazione attestante i compensi ed i rimborsi ricevuti dai dirigenti pubblici per l’espletamento dei loro incarichi nonché le dichiarazioni relative ai dati reddituali e patrimoniali degli stessi e dei loro congiunti.

Il Tar del Lazio, infatti, ha sollevato incidente di costituzionalità nel quale, oltre alla violazione di alcuni parametri costituzionali interni (artt. 2, 3, 13 e 117 Cost.), prospettava quella degli artt. 7, 8, 52 della Carta dei diritti UE,

dell'art. 8 CEDU e di varie norme della direttiva 95/46/CE sul trattamento dei dati personali, ora sostituita dal Regolamento 2016/679/UE¹²⁵.

Le disposizioni giunte all'attenzione della Corte costituzionale, come visto poco sopra, sono state inserite nel d.lgs. 33/2013 con la novella recata dall'art. 13, comma 1, lett. c) del d. lgs. 97/2016 adottato in attuazione della delega di cui all'art. 7 della legge 124/2015, che ha anche introdotto l'accesso civico generalizzato nell'ordinamento italiano.

Va ricordato, in particolare, che il regime di pubblicità contestato è quello previsto originariamente solo per i componenti degli organi di indirizzo politico e successivamente esteso anche ai titolari di incarichi di amministrazione, di direzione o di governo e ai titolari di incarichi dirigenziali.

L'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 33/2013 dispone la pubblicazione nella sezione dei siti istituzionali, rubricata "Amministrazione trasparente", dei seguenti documenti e informazioni: a) l'atto di nomina o di proclamazione, con l'indicazione della durata dell'incarico o del mandato elettivo; b) il curriculum; c) i compensi di qualsiasi natura connessi all'assunzione della carica; gli importi di viaggi di servizio e missioni pagati con fondi pubblici; d) i dati relativi all'assunzione di altre cariche, presso enti pubblici o privati, ed i relativi compensi a qualsiasi titolo corrisposti; e) gli altri eventuali incarichi con oneri a carico della finanza pubblica e l'indicazione dei compensi spettanti; f) le dichiarazioni patrimoniali e attestazioni di cui agli artt. 2, 3 e 4 della legge 5 luglio 1982, n. 441 (Disposizioni per la pubblicità della situazione

¹²⁵ A. Ruggeri, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto intero con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, in *Consultaonline* 23 febbraio 2019; O. Pollicino, F. Resta, *Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corte costituzionale*, in *Agenda Digitale*, 24 febbraio 2019.

patrimoniale di titolari di cariche elettive e di cariche direttive di alcuni enti), ovvero la dichiarazione dei redditi soggetti all'imposta sui redditi delle persone fisiche e quella concernente i diritti reali su beni immobili e su beni immobili iscritti in pubblici registri, le azioni di società, le quote di partecipazione a società, anche in relazione al coniuge non separato ed ai parenti entro il secondo grado, ove essi vi consentano, dovendosi in ogni caso dare evidenza al mancato consenso.

Il comma 1-*bis* dell'art. 14 dispone, quindi, che le pubbliche amministrazioni pubblichino i dati di cui al comma 1 sopra indicati per i titolari di incarichi o cariche di amministrazione, di direzione o di governo comunque denominati, salvo che siano attribuiti a titolo gratuito, e per i titolari di incarichi dirigenziali, a qualsiasi titolo conferiti, ivi inclusi quelli conferiti discrezionalmente dall'organo di indirizzo politico senza procedure pubbliche di selezione.

Infine il comma 1-*ter* dell'art. 14 dispone che ciascun dirigente comunica all'amministrazione presso la quale presta servizio gli emolumenti complessivi percepiti a carico della finanza pubblica, anche in relazione a quanto previsto dall'articolo 13, comma 1, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 897.

L'amministrazione, di conseguenza, è tenuta a pubblicare, sul proprio sito istituzionale, l'ammontare complessivo dei suddetti emolumenti per ciascun dirigente. I dati previsti dall'art. 14 vanno pubblicati dalle amministrazioni entro tre mesi dal conferimento dell'incarico e per i tre anni successivi alla cessazione dello stesso, salve le informazioni concernenti la situazione patrimoniale e, ove consentita, la dichiarazione del coniuge non

separato e dei parenti entro il secondo grado, che vengono pubblicate fino alla cessazione dell'incarico. Decorsi detti termini, i relativi dati e documenti sono accessibili secondo la disciplina dell'accesso civico.

I dati sopra specificati e riferiti ai dirigenti avrebbero dovuto essere pubblicati a decorrere dal 30 aprile 2017. Il d.lgs. 97/2016, all'art. 42, in verità, aveva previsto questo adempimento a partire dal 23 dicembre 2016, ma l'Autorità anticorruzione con delibera n. 241/2017 aveva individuato il nuovo termine del 30 aprile 2017 tenuto conto del numero elevato di soggetti per i quali andavano recuperati e pubblicati i dati e tenuto conto del conseguente impatto organizzativo.

A ridosso di detta scadenza è stato proposto ricorso al TAR Lazio da parte di alcuni dirigenti del Garante per la protezione dei dati personali avverso le note che l'amministrazione di appartenenza, in adempimento della disciplina recata dal d. lgs. 97/2016, aveva adottato per richiedere i dati patrimoniali da pubblicare sul sito istituzionale, investendo la questione, in particolare, la pubblicazione dei dati di cui all'art. 14, comma 1, lettere c) ed f), cioè la pubblicazione dei compensi connessi alla carica o all'incarico e delle dichiarazioni concernenti la situazione patrimoniale.

Il TAR del Lazio, con ordinanza cautelare, ha, quindi, accolto la domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati in ragione della rilevata consistenza delle questioni di costituzionalità e di compatibilità con le norme di diritto comunitario sollevate in ricorso e valutato il danno paventato dai ricorrenti.

In esito a detta ordinanza cautelare l'Autorità anticorruzione, con delibera n. 382 del 12 aprile 2017, ha ritenuto di sospendere l'efficacia della delibera n. 241/2017 "limitatamente alle indicazioni relative all'applicazione

dell'art. 14 comma 1, lett. c) ed f) del d.lgs. 33/2013 per tutti i dirigenti pubblici, compresi quelli del SSN, in attesa della definizione nel merito del giudizio e in attesa di un intervento legislativo chiarificatore”.

Con ordinanza collegiale n. 9828 del 19 settembre 2017, il Tribunale amministrativo regionale del Lazio ha, poi, sospeso il processo e rimesso gli atti alla Corte costituzionale dichiarando rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1 bis, del d.lgs. 33/2013, nella parte in cui prevede che le pubbliche amministrazioni rendano pubblici i dati di cui all'art. 14, comma 1, lett. c) ed f) dello stesso decreto legislativo anche per i titolari di incarichi dirigenziali, per contrasto con gli artt. 117, comma 1, 3, 2 e 13 della Costituzione.

Il Tribunale amministrativo per il Lazio ha, infatti, rilevato, quanto alla integrale equiparazione dei dirigenti pubblici titolari di incarichi politici, originari destinatari della prescrizione di cui all'art. 14, comma 1, d.lgs. 33/2013 e alla assenza di qualsiasi differenziazione tra le figure coinvolte, che la previsione in contestazione assimila situazioni che non sono equiparabili fra loro, stante la significativa diversità tra le condizioni giuridiche facenti capo, nel vigente ordinamento nazionale, da un lato, ai titolari di incarichi politici e, dall'altro, ai titolari di incarichi dirigenziali.

Con la stessa ordinanza n. 9828/2017 il Tribunale ha sollevato d'ufficio la questione di legittimità costituzionale, anche in relazione al comma 1 *ter* dell'art. 14 del d.lgs. 33/2013, limitatamente alla prescrizione di cui all'ultimo periodo della citata norma in base alla quale “L'amministrazione pubblica sul proprio sito istituzionale l'ammontare complessivo dei suddetti emolumenti per ciascun dirigente”. In data 8 novembre 2017, in ragione della ordinanza di rimessione della questione di costituzionalità alla Corte, l'Autorità

anticorruzione aveva chiarito che non si considerava sospeso l'obbligo di pubblicazione degli emolumenti complessivi a carico della finanza pubblica percepiti dai dirigenti previsto dall'art. 14, comma 1 *ter* del d.lgs. 33/2013 in quanto "la predetta disposizione non è stata richiamata in alcun modo dall'ordinanza, né è stata oggetto di censura dinanzi al TAR".

Con sentenza n. 84 del 5 gennaio 2018 il medesimo TAR si è pronunciato nuovamente sulla questione degli obblighi di pubblicazione dei dirigenti, questa volta sollecitato dal Garante per la protezione dei dati personali, statuendo per la preclusione della pubblicazione anche del dato di cui al comma 1 *ter* dell'art. 14 del d.lgs. 33/2013¹²⁶.

La Corte costituzionale ha dovuto, così, operare un bilanciamento tra i principi della pubblicità e della trasparenza da un lato e il diritto alla riservatezza dall'altro.

Il giudice delle leggi è stato, infatti, chiamato a verificare se l'obbligo imposto a tutti i dirigenti pubblici di pubblicare le dichiarazioni patrimoniali sia compatibile con la tutela del diritto alla riservatezza.

Da una parte, il diritto alla riservatezza dei dati personali, quale manifestazione del diritto all'intangibilità della sfera privata, che attiene alla tutela della vita degli individui nei suoi molteplici aspetti e trova il suo fondamento nella Costituzione italiana (artt. 2, 14 e 15 Cost.) e protezione anche nelle varie norme europee e convenzionali riportate dal giudice remittente.

Dall'altra parte, con lo stesso rilievo, vi sono i principi di pubblicità e trasparenza, riferiti non solo, quale corollario del principio democratico (art. 1

¹²⁶ A. Corrado, *Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti alla luce delle indicazioni della Corte Costituzionale*, in www.federalismi.it

Cost), a tutti gli aspetti rilevanti della vita pubblica e istituzionale, ma anche, ai sensi dell'art. 97 Cost., al buon funzionamento dell'amministrazione e ai dati che essa possiede e controlla.

Tale conflitto è risultato ancor più rilevante se si pensa al nuovo scenario digitale, che consente a ciascun cittadino di informarsi, ma nel contempo rende possibile anche la indiscriminata circolazione delle informazioni.

Ha evidenziato, poi, il Giudice delle leggi, che la stessa Autorità preposta alla lotta al fenomeno della corruzione, segnala, non diversamente da quella preposta alla tutela dei dati personali (Garante per la privacy) che il rischio è quello di generare “*opacità per confusione*”¹²⁷, proprio per l'irragionevole mancata selezione, a monte, delle informazioni più idonee al perseguimento dei legittimi obiettivi perseguiti.

La Corte ha espresso, perciò, un giudizio di ragionevolezza sulle scelte legislative e opera un bilanciamento tra i due diritti fondamentali di rilievo analogo avvalendosi del test di proporzionalità “che richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite,

¹²⁷ In particolare, nell' Audizione sullo schema di decreto legislativo correttivo della disciplina in materia di trasparenza della Pubblica Amministrazione presso le Commissioni congiunte Affari costituzionali del Senato e della Camera dei deputati in data 6 aprile 2016 il Presidente del Garante per la protezione dei dati personali (Garante per la privacy) ha affermato che <<questa disciplina, che possiede grandi potenzialità quale strumento di partecipazione, di responsabilità e di legittimazione, dovrebbe essere preservata dagli effetti distorsivi di una concezione meramente burocratica e da quella “opacità per confusione” che rischia di caratterizzarla se degenera in un'indiscriminata bulimia di pubblicità. Se priva di adeguati criteri discretivi, la divulgazione di un patrimonio informativo immenso e sempre crescente (quale quello delle pubbliche amministrazioni), rischia, infatti, di mettere in piazza spaccati di vita individuale la cui conoscenza è inutile ai fini del controllo sull'esercizio del potere, ma per l'interessato può essere estremamente dannosa. Un eccesso indiscriminato di pubblicità rischia, peraltro, di occultare informazioni realmente significative con altre del tutto inutili, così ostacolando, anziché agevolare, il controllo diffuso sull'esercizio del potere e degenerando in una orma di sorveglianza massiva>>.

sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi”.

La Corte, in particolare, ha affermato che “lo scrutinio intorno al punto di equilibrio individuato dal legislatore sulla questione dei dati reddituali e patrimoniali dei dirigenti amministrativi va condotto alla stregua del parametro costituzionale interno evocato dal giudice a quo (art.3 Cost), come integrato dai principi di derivazione europea.

Essi sanciscono l’obbligo, per la legislazione nazionale, di rispettare i criteri di necessità, proporzionalità, finalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati personali, pur al cospetto dell’esigenza di garantire, fino al punto tollerabile, la pubblicità dei dati in possesso della pubblica amministrazione”.

Sulla base di questa valutazione la Corte è giunta a conclusioni diverse con riferimento alle diverse disposizioni censurate.

In particolare, con riferimento alla lettera c) del comma 1 dell’art. 14, la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale. Il regime di piena conoscibilità dei compensi di qualsiasi natura connessi all’assunzione della carica, nonché degli importi di viaggi di servizio e missioni pagati con fondi pubblici, risulta, ad avviso della Corte, proporzionato rispetto alle finalità perseguite dalla normativa sulla trasparenza amministrativa e volto a consentire la valutazione circa la congruità – rispetto ai risultati raggiunti e ai servizi offerti – delle risorse utilizzate per la remunerazione dei soggetti responsabili, ad ogni livello, del buon andamento della pubblica amministrazione.

La Corte ha ancora precisato che la pubblicazione dei dati inerenti alla situazione economica dei dirigenti pubblici non è tale da costituire un rischio per valori costituzionalmente tutelati quali la sicurezza e la libertà degli interessati (art. 2 e 13 Cost.), né può in alcun modo rappresentare fonte per questi di un pregiudizio alla dignità personale. Si tratta, infatti, di dati che esulano dalla sfera prettamente personale e sono direttamente connessi all'espletamento dell'incarico e delle funzioni di natura dirigenziale assegnati.

La piena conformità costituzionale dell'art.14, comma 1, lett. c)¹²⁸ è stata riconosciuta dalla Corte adottando come parametro di riferimento una definizione molto ampia di incarico dirigenziale riferita "*ai soggetti responsabili, ad ogni livello, del buon andamento della PA*". La pronuncia riguarda direttamente tutti i dirigenti pubblici, indipendentemente dalla tipologia di amministrazione presso cui prestano servizio.

La Corte, invece, si è pronunciata in modo differente con riferimento all'art. 14, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 33/2013¹²⁹, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 14, comma 1 *bis* del d.lgs. 33 del 2013 " nella parte in cui prevede che le pubbliche amministrazioni pubblicano i dati di cui all'art. 14, comma 1 lett. f), dello stesso decreto legislativo anche per tutti i titolari di

¹²⁸ L'art. 14, comma 1, lett. c) dispone la pubblicazione dei " *compensi di qualsiasi natura connessi all'assunzione della carica; gli importi di viaggi di servizio e missioni pagati con fondi pubblici*".

¹²⁹ L'art. 14, comma 1, lett. f) dispone la pubblicazione "*delle dichiarazioni di cui all'articolo 2, della legge 5 luglio 1982, n. 441, nonché le attestazioni e dichiarazioni di cui agli articoli 3 e 4 della medesima legge, come modificata dal presente decreto, limitatamente al soggetto, al coniuge non separato e ai parenti entro il secondo grado, ove gli stessi vi consentano. Viene in ogni caso data evidenza al mancato consenso. Alle informazioni di cui alla presente lettera concernenti soggetti diversi dal titolare dell'organo di indirizzo politico non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 7*".

incarichi dirigenziali previsti dall'art. 19, comma 3 e 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche).

Secondo la Corte costituzionale, in relazione al bilanciamento tra il diritto alla riservatezza dei dati personali e i principi di pubblicità e trasparenza, l'art. 14 comma 1 lett. f) d.lgs. 33 del 2013 non risulta conforme al principio di proporzionalità, in quanto alla compressione del primo non corrisponde un incremento né della tutela del contrapposto diritto dei cittadini alla trasparenza e alla corretta informazione, né l'interesse pubblico alla prevenzione e repressione dei fenomeni corruttivi.

La Corte ha ritenuto, infatti, che la conoscenza del complesso delle informazioni e dei dati di natura reddituale e patrimoniale contenuti nella documentazione oggetto di pubblicazione, per come è formulata la norma rivolta in modo indiscriminato a tutti i dirigenti pubblici, non appare né necessaria né proporzionata rispetto alle finalità perseguite dalla legislazione sulla trasparenza.

La norma censurata, infatti, ha omesso di fare una gradazione degli obblighi di pubblicazione in base al ruolo, alle responsabilità e alla carica ricoperta dai dirigenti.

Il legislatore avrebbe dovuto operare, secondo la Corte, distinzioni in rapporto al grado di esposizione dell'incarico pubblico, al rischio di corruzione e all'ambito di esercizio delle relative funzioni, prevedendo coerentemente livelli differenziali di pervasività e completezza delle informazioni reddituali e patrimoniali da pubblicare.

Il livello di potere decisionale e gestionale degli incarichi influenza certamente sia la gravità del rischio corruttivo sia le conseguenti necessità di

trasparenza ed informazione dei dati *“la cui conoscenza sia ragionevolmente ed effettivamente connessa all’esercizio di un controllo, sia sul corretto perseguimento delle funzioni istituzionali, sia sul corretto impiego delle risorse pubbliche”*.

La previsione normativa di un tale obbligo è stata, pertanto, dichiarata non conforme a Costituzione in quanto contrastante sia con il principio di ragionevolezza sia con quello di uguaglianza non operando alcuna distinzione tra i diversi incarichi dirigenziali.

La disciplina sulla trasparenza in questione, infatti, era stata prevista in origine per i soli titolari di incarichi politici, soggetti normalmente estranei alle amministrazioni e che, in ragione del consenso popolare ottenuto, ricoprono posizioni di vertice nell’ambito delle stesse.

La *ratio* era quella di verificare se i soggetti, titolari di incarichi politici, proprio in ragione di questi incarichi, beneficiano di incrementi patrimoniali non coerenti con i compensi percepiti per gli incarichi stessi.

Per quanto riguarda il regime di trasparenza previsto per i dirigenti, prima del correttivo – d.lgs. n. 97 del 2016 – la disciplina applicabile era quella dell’art. 15 del d.lgs. 33/2013, che imponeva solo l’indicazione dei compensi relativi al rapporto di lavoro con evidenza delle eventuali componenti variabili o legate alla valutazione del risultato.

La Corte ha ritenuto che l’aver esteso la contestata misura di trasparenza in capo alla generalità dei dirigenti non risulta in linea con le finalità dello stesso decreto trasparenza atteso che gli obblighi di pubblicazione devono consentire un “controllo diffuso” sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche.

Deve, infatti, considerarsi che le finalità della legge devono guidare l'individuazione dell'ambito del pubblicabile sul sito "Amministrazione trasparente" e le informazioni e i dati che vi sono inseriti devono consentire la conoscenza dell'attività amministrativa, dell'organizzazione e della spesa pubblica al fine di rendere possibile al cittadino il controllo introdotto dal legislatore con il decreto trasparenza.

La conoscenza dei dati riferiti ai compensi, in quanto connessi all'incarico svolto e remunerato con soldi pubblici rappresentano informazioni che possono essere considerate utili per il cittadino che volesse comprendere come vengono utilizzate le risorse pubbliche.

Il "sacrificio" imposto al dirigente quanto alla riservatezza di tali dati, in vista dell'obiettivo di trasparenza amministrativa da raggiungere, non risulta sproporzionato.

Diverso è l'obbligo di pubblicare le dichiarazioni patrimoniali sotto il "profilo" della "necessarietà" della scelta effettuata dal legislatore, quale scelta meno restrittiva dei diritti fondamentali.

Risulta, pertanto, in linea con il dettato costituzionale e non sproporzionato l'obbligo di pubblicare i compensi di qualunque natura connessi all'assunzione della carica nonché gli importi di viaggi di servizio e missioni pagati con fondi pubblici (art. 14, comma 1, lettera c), mentre non lo è quello di pubblicare le dichiarazioni patrimoniali proprie dei dirigenti e dei loro congiunti.

Con riguardo al carattere indifferenziato all'obbligo di pubblicazione a cui all'art. 14 la Corte ha dato un importante contributo, che ha riflessi anche sul piano pratico della individuazione dei dirigenti pubblici destinatari degli obblighi di pubblicazione.

La Corte, infatti, ha considerato che la disciplina di livello primario, sottoposta al suo vaglio, si ponesse in contrasto con l'art. 3 Cost. per la mancanza di differenziazione tra i vari livelli dirigenziali presenti nelle amministrazioni, differenziazione che avrebbe potuto rendere, plausibilmente, l'obbligo di pubblicazione in linea con le finalità della legge.

Il legislatore, infatti, avrebbe potuto prevedere tali obblighi di pubblicazione solo per alcune categorie di dirigenti, titolari di maggiore potere decisionale e gestionale, ad esempio per quelli posti ai vertici della macchina amministrativa.

I giudici di legittimità, in attesa dell'intervento del legislatore, riconoscono la necessità di "assicurare allo stato, un nucleo minimo di tutela del diritto alla trasparenza amministrativa, in relazione ai dati personali indicati dalla disposizione censurata", ritenendo di poter indicare, in via provvisoria, nell'art. 19, comma 3 e 4, del d.lgs. 165/2001, recante "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche" un parametro normativo per operare in via interpretativa quella graduazione nell'individuazione degli incarichi dirigenziali ritenuta fondamentale per bilanciare il diritto alla trasparenza amministrativa con il diritto alla riservatezza.

L'art. 19, in particolare, individua due categorie di incarichi dirigenziali, quelli del Segretario generale di ministeri e di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente (comma 3) e quelli di funzione dirigenziale di livello generale (comma 4) la cui posizione e i cui compiti, propositivi, organizzativi, di gestione di risorse umane, strumentali e di spesa – di elevatissimo rilievo,

rendono “non irragionevole” il mantenimento in capo agli stessi della trasparenza dei dati reddituali e patrimoniali di cui all’art. 14, comma 1, lett. f).

Secondo la Corte, inoltre, le competenze spettanti ai dirigenti di cui all’art. 19, comma 3 e 4 del d.lgs. 165/2001, rendono manifesto il collegamento sussistente tra la loro attività e quella degli organi di decisione politica con il quale il legislatore presuppone l’esistenza di un rapporto fiduciario, tanto da disporre che i suddetti incarichi siano conferiti su proposta del ministro competente.

La Corte, infine, ha dichiarato inammissibile per difetto di rilevanza la questione sollevata d’ufficio dal TAR Lazio con riferimento al comma 1 *ter* dell’art. 14 nella parte in cui prevede l’obbligo di pubblicazione degli “emolumenti complessivi” percepiti da ogni dirigente della pubblica amministrazione a carico della finanza pubblica, in quanto il giudizio principale verterebbe su atti che non danno applicazione a tale comma, per cui la decisione del caso concreto prescinderebbe dalla norma in questione.

5.7 I riflessi pratici ed applicativi della sentenza della Corte Costituzionale n. 20/2019

L’importante decisione della Corte Costituzionale ha prodotto, come già innanzi sottolineato, un vero e proprio “smottamento tellurico” all’interno delle Pubbliche Amministrazioni, tanto da determinare diversi orientamenti applicativi, frutto di svariate e, spesso contraddittorie, interpretazione.

Alla luce di tale pronuncia, difatti, l’Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) è tornata sulla questione con la delibera n. 586 del 26

giugno 2019, interpretando la sentenza nel senso di una massima estensione degli obblighi.

E ciò in quanto, ad avviso dell' Authority , in primo luogo le indicazioni date dalla Corte costituzionale riguardano tutti i dirigenti che prestano servizio presso le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ivi comprese le autorità portuali, le autorità amministrative indipendenti di garanzia, di vigilanza e regolazione nonché degli ordini professionali, sia nazionali che territoriali.

L'art. 14, comma 1, lett. c) trova, pertanto, applicazione ai titolari di incarichi dirigenziali a qualsiasi titolo conferiti, anche senza procedure pubbliche di selezione.

In pratica l'obbligo viene considerato dall'AGCM estendibile ai dirigenti con incarichi amministrativi di vertice, ai dirigenti interni e a quelli "esterni" all'amministrazione, compresi i titolari di incarichi di funzione dirigenziale nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, anche se non muniti della qualifica di dirigente pubblico o comunque non dipendenti da pubbliche amministrazioni.

La disposizione, inoltre, viene riferita, secondo l' ANAC anche ai dirigenti ai quali non sia affidata la titolarità di uffici dirigenziali, ma che svolgono funzioni ispettive, di consulenza, studio e ricerca o altri incarichi specifici previsti dall'ordinamento.

Con riferimento, invece, ai dati reddituali e patrimoniali, ad avviso dell'Autorità, le questioni da affrontare attengono all'ambito soggettivo di applicazione, sia con riferimento alle amministrazioni e agli enti interessati sia con riferimento all'individuazione dei titolari di incarichi dirigenziali cui riferire la disposizione in considerazione.

L'ANAC ricorda che per assicurare un nucleo minimo di tutela della trasparenza la Corte ha rinviato all'art. 19, comma 3 e 4 del d.lgs. 165 del 2001.

Secondo l'Autorità il criterio adottato e desumibile dalla norma è quello della individuazione dei dirigenti cui spetta l'obbligo di pubblicazione dei dati di cui alla lett. f) non in ragione dell'amministrazione di appartenenza quanto in relazione alle attribuzioni spettanti e alla posizione all'interno dell'organizzazione rivestita, essendo rilevanti i titolari di quegli uffici che hanno al loro interno una struttura complessa articolata per uffici dirigenziali generali e non.

Il fatto che la Corte abbia richiamato una norma del d.lgs. 165 del 2001 come parametro unico di riferimento per graduare gli incarichi dirigenziali non permetterebbe di escludere che la normativa, nei termini indicati dalla Corte, possa essere applicabile anche alle amministrazioni non statali, ma anzi proprio da una lettura complessa della sentenza si dovrebbe ritenere che anche queste ultime vadano ricomprese nell'ambito di applicazione della disciplina.

L'ANAC insiste sul fatto che la Corte si sarebbe pronunciata sulla disposizione di cui all'art. 14 nei confronti di tutti i dirigenti pubblici, indipendentemente dalle amministrazioni cui sono preposti dal momento che apparirebbe singolare che la sentenza in una parte faccia riferimento a tutti i dirigenti e in altra parte limiti il campo di applicazione a quelli che prestano servizio presso amministrazioni statali.

Inoltre, sempre secondo l'Autorità, un'applicazione rinviata all'intervento legislativo per dirigenti di alcune amministrazioni sarebbe contraria al principio di uguaglianza e alla stessa finalità espressa dalla Corte per giustificare il proprio intervento manipolativo, ovvero quello di assicurare

la salvaguardia, almeno provvisoria di un nucleo minimo di tutela del diritto alla trasparenza amministrativa in relazione ai dati personali indicati dalla disposizione censurata.

In conclusione, secondo questo ragionamento, l'art. 14, comma 1, lett. f), si applicherebbe alle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ivi comprese le Autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione nonché gli ordini professionali, sia nazionali che territoriali, come previsto dalla delibera dell'Autorità 241 del 2017.

Peraltro nella medesima delibera l'ANAC aveva già chiarito che la temporanea sospensione degli obblighi a seguito della sentenza della Corte costituzionale doveva ritenersi decaduta con efficacia retroattiva comportando l'obbligo in capo ai soggetti obbligati di provvedere alla pubblicazione dei dati anche per gli anni pregressi, prevedendo un'attività di vigilanza sul punto a decorrere da 3 mesi dalla pubblicazione della delibera n. 586 del 2019.

Proprio il riferimento all'estensione degli obblighi di cui all'art. 14, lett. f) merita un riflessione alla luce anche e soprattutto della sentenza della Corte costituzionale in considerazione.

Come visto, infatti, l'attuale art. 14 del decreto 33, così come modificato dal d.lgs. 97 del 2016, afferma che "Con riferimento ai titolari di incarichi politici, anche se non di carattere elettivo, di livello statale regionale e locale, lo Stato, le regioni e gli enti locali pubblicano con riferimento a tutti i propri componenti, i seguenti documenti ed informazioni". Gli ordini professionali risulterebbero, quindi, palesemente esclusi.

Sulla questione, tuttavia, già la determinazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 241 del 8 marzo 2017, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del

24 marzo 2017, avente ad oggetto “Linee guida recanti indicazioni sull’attuazione dell’art. 14, del d.lgs. 33/2013 «Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali» come modificato dall’art. 13 del d.lgs. 97/2016”, stabiliva espressamente che “per gli ordini professionali, sia nazionali che territoriali ... sussiste l’obbligo di pubblicare i dati di cui all’art. 14, relativamente agli incarichi o cariche di amministrazione, di direzione o di governo comunque denominati”¹³⁰.

Avverso tale atto è stato proposto da alcuni consigli nazionali ricorso per l’annullamento parziale, previa sospensione, del provvedimento.

Il TAR Lazio con la sentenza 1736 del 14 febbraio 2018 ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso le linee guida richiamando il parere della Commissione speciale n. 1257 del 29 maggio 2017, reso sullo schema in tema di “Aggiornamento delle Linee guida per l’attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza”¹³¹.

¹³⁰ Si veda G. COLAVITTI, *Concorrenza, trasparenza e autonomie. Regolazione dei mercati e nuove forme di governo pubblico dell’economia*, Bari, 2018, 121 e ss laddove si consideri che, in numerose decisioni ANAC è rilevabile quantomeno un chiaro indirizzo, difficilmente non qualificabile come “politico” volto ad ampliare la propria sfera di influenza. E’ quanto accaduto nel settore degli appalti, dove ANAC ha assunto diverse decisioni volte ad ampliare la sfera di applicazione del regime vincolistico, sia sotto il profilo soggettivo, con riferimento alla individuazione della platea degli enti di diritto pubblico soggetti alle procedure di evidenza pubblica, sia sotto il profilo oggettivo, con riferimento alla sostanziale inclusione nel campo di applicazione delle predette procedure anche di settori esclusi dalle conferenti fonti europee (le direttive appalti).

¹³¹ Sul sindacato del giudice in materia di linee guida si veda 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.; ID, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003; C.DEODATO, *Nuove riflessioni sull’intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida ANAC*, in www.federalismi.it, n. 3/2017. Sull’effettività della tutela giurisdizionale G.ABBAMONTE, *Completezza ed effettività della tutela giudiziaria secondo gli artt. 3, 24,*

In tale pronuncia la Commissione ha infatti esordito, precisando che le Linee guida in questione costituiscono un “atto non regolamentare”, mediante il quale l’ANAC chiarisce la portata applicativa e le ricadute organizzative degli adempimenti stabiliti dalla normativa di cui alla legge n. 190/2012 e al d.lgs. 33/2013, come novellato dal d.lgs. 97/2016, a carico dei soggetti pubblici e privati sottoposti, al pari delle pubbliche amministrazioni (anche se in misura non sempre coincidente), agli obblighi finalizzati a prevenire la corruzione e ad assicurare la trasparenza nell’azione amministrativa, rispetto ai quali l’Autorità ha una potestà di vigilanza.

Nel parere, il Consiglio di Stato ha specificato, sul punto che qui rileva, come le Linee guida in esame appaiano riconducibili al novero delle Linee guida “non vincolanti”¹³², mediante le quali l’ANAC “...fornisce ai soggetti interessati indicazioni sul corretto modo di adempiere agli obblighi previsti dalla normativa e sull’adempimento dei quali ha poteri di vigilanza, indicazioni

103 e 113 Cost. in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996; G. GALVAZZI, Effettività (principi di), in *Enciclopedia giuridica*, XII, Roma, 1988, p.420; Tra i contributi successivi al c.p.a. G.MARI, *La giurisdizione amministrativa*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, p. 61; M.A.SANDULLI, *Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo M. Sandulli*, in *Dir. e soc.*, 2016; ID., *Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull’attività amministrativa*, in *www.federalismi.it*, n. 18/2015. *Sull’effettività della tutela al giudizio amministrativo, ex multis*, Cons. St., sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266.

¹³² Su *soft law* e Autorità indipendenti si veda si veda A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008, nt.26;. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, p. 1 afferma che “l’espressione in parola non allude a un concetto stabile e ben sedimentato (...) al contrario, nell’uso corrente, essa mostra di avere un significato a volte vago, altre autonomamente interpretato, senza che sembri rintracciabile un centro di gravità attorno al quale le accezioni del termine convergano in modo coerente”; S.CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S.CASSESE-C.FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna 1996, p.217 ss.; S. MORETTINI, *Il soft law nelle autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in *www.osservatorioair.it*, n. 4/2012.

che costituiranno parametro di valutazione per l'esercizio di tali poteri e l'adozione dei provvedimenti conseguenti.

Ne deriva che, secondo quest'ultimo parere, tali Linee guida non sono immediatamente lesive, considerando possibile l'eventuale lesività solo all'esito del procedimento instaurato per "l'adozione dei provvedimenti conseguenti". Sul punto lo stesso Consiglio di Stato ha precisato – proprio per la natura "non vincolante delle stesse – che comunque i destinatari ben "...possono discostarsi dalle linee guida mediante atti che contengano una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, idonea a dar conto delle ragioni della diversa scelta amministrativa..."

A prescindere, però, dalla natura delle linee guida ANAC il ragionamento portato avanti dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 20 del 2019 consente di affermare che l'obbligo in questione sarebbe sproporzionato nei confronti dei componenti di Consigli che non gravano in alcun modo sul bilancio dello Stato poiché si autofinanziano attraverso le quote degli iscritti.

La sentenza della Corte costituzionale, come visto, riconosce che l'art. 14, comma 1, lett. f) viola l'art. 3 della Costituzione innanzitutto sotto il profilo della ragionevolezza intrinseca in quanto impone indiscriminatamente ai titolari di incarichi dirigenziali di pubblicare una dichiarazione contenente l'indicazione dei redditi, soggetti all'IRPEF nonché dei diritti reali su beni immobili e su beni mobili iscritti in pubblici registri, delle azioni in società, delle quote di partecipazione a società e dell'esercizio di funzioni di amministratore o di sindaco di società.

In particolare, i giudici di legittimità riconoscono che non erra il giudice rimettente laddove, considerata questa massa di dati, intravede un rischio di frustrazione delle stesse esigenze di informazione veritiera e, quindi, di

controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, poste a base della normativa sulla trasparenza.

Se già tali obblighi sono sproporzionati per il controllo delle risorse pubbliche a maggior ragione lo sono nei confronti di enti, come gli Ordini professionali, sia nazionali che territoriali, che non gravano in alcun modo sul bilancio dello Stato.

Va a tal proposito ricordato che di recente la sentenza del TAR Catania, I sez., 5 dicembre 2018, n. 2307 ha affermato che data la specifica natura degli ordini professionali *“il legislatore si è preoccupato, di volta in volta, di estendere espressamente agli ordini professionali, con specifiche disposizioni, questa o quella normazione afferente alle pubbliche amministrazioni ed agli enti pubblici”*.

In particolare, come riconosciuto dalla citata sentenza gli Ordini professionali non possono essere considerati come enti pubblici non economici *tout court*, rientrando nella peculiare categoria degli enti pubblici a carattere associativo.

Da tale definizione deriva il carattere ambivalente degli Ordini professionali. Per un verso sono riconosciuti come veri e propri enti pubblici, appunto perché capaci di adottare atti incidenti in via autoritativa sulla sfera giuridica altrui; per altro verso, però, continuano ad essere conformati come enti esponenziali di ciascuna delle categorie professionali interessate e, quindi, come associazioni, organizzazioni proprie di determinati appartenenti all'ordinamento giuridico generale.

L'assetto organizzativo degli Ordini professionali non può non risentire di questa loro duplice natura. Sono certamente soggetti alla disciplina generale per quanto attiene al regime degli atti che emanano nell'esercizio delle loro

potestà pubblicistiche, tali enti godono al contempo di una naturale autonomia, sottolineata dai giudici del TAR Catania, che costituisce il riflesso della loro natura associativa. Godono di autonomia finanziaria e contabile perché non ricevono alcun contributo statale, potendo provvedere alla propria sussistenza unicamente con le quote degli iscritti.

Gli ordini professionali non a caso sono stati sottratti dal legislatore alle norme in materia di *spending review*. Come noto l'art. 2 del d.l. 6 luglio 2012 n. 95 convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 135 ha previsto una riduzione delle dotazioni organiche “delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, delle agenzie, degli enti pubblici non economici (.....). La *ratio* di tale provvedimento è senz'altro la riduzione della spesa pubblica e, quindi, misure di contenimento della spesa di soggetti il cui funzionamento costituisce un onere a carico dello Stato.

Gli Ordini, pertanto, sono stati espressamente esclusi dal campo di applicazione soggettivo della normativa in questione grazie al successivo decreto legge 31 agosto, n. 101, convertito dalla legge n. 125 del 2013.

Da quanto sopra esposto si evince chiaramente che non essendovi un interesse al controllo della spesa pubblica l'applicazione degli obblighi di trasparenza in materia di redditi e patrimoni appare del tutto sproporzionata nei confronti degli Ordini professionali.

L'applicazione dell'art. 14, comma 1, lett. f) a tali enti sarebbe palesemente contraria ai principi enunciati dalla Corte costituzionale nella sentenza e che l'ANAC ha riletto ricercandone a tutti i costi un'interpretazione favorevole alla massima estensione soggettiva degli obblighi.

Capitolo 6

I rimedi all' accesso denegato

6.1 Limiti e i controinteressati nelle diverse forme di accesso

Tra accesso documentale ed accesso civico, diverse sono le conseguenze rispetto all'eventuale diniego, da un punto di vista processuale.

Nel caso di accesso tradizionale ai documenti amministrativi di cui alla legge n. 241/1990 si forma il silenzio rigetto, una volta decorsi infruttuosamente trenta giorni dalla richiesta del privato interessato.

Nel caso dell'accesso civico, invece, sia nel caso di diniego parziale o totale che di mancata risposta allo scadere del termine per provvedere, non si forma alcun silenzio rigetto, ma l'istante può attivare una speciale tutela amministrativa interna innanzi al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, formulando istanza di riesame alla quale dovrà essere dato riscontro entro i termini di legge.

Sarà quindi onere, per l'interessato, contestare l'inerzia dell'amministrazione attivando lo specifico rito di cui all'art. 117 cod. proc. amm. ovvero, in ipotesi di diniego espresso (anche sopravvenuto), il rito sull'accesso ex art. 116 cod. proc. amm."¹³³.

In via generale, la parte controinteressata viene a coincidere nel soggetto, individuato o facilmente individuabile sulla base del provvedimento impugnato, titolare di un interesse eguale e contrario a quello azionato dal

¹³³ Consiglio di Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1121

ricorrente principale - e, quindi, di un interesse al mantenimento della situazione esistente, messa in forse dal ricorso, fonte di una posizione qualificata meritevole di tutela conservativa - suscettibile di essere pregiudicato dall'eventuale emissione di una sentenza di accoglimento del ricorso.

In materia di accesso ai documenti amministrativi deve, in particolare, ritenersi "contro interessato" colui che vedrebbe compromesso il proprio diritto alla riservatezza dall'ostensione del documento richiesto; trattasi di nozione ricavabile, in primo luogo, dall'art. 22, comma 1, lett. c) L. 7 agosto 1990, n. 241, secondo cui i controinteressati devono individuarsi in tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza.

In secondo luogo l'art. 5 bis D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33, in materia di accesso civico, come meglio già esplicitato nei capitoli precedenti, prevede tra gli interessi qualificati, in funzione ostativa all'accesso, la protezione dei dati personali, la libertà e la segretezza della corrispondenza, nonché gli interessi economici e commerciali del singolo, suscettibili di essere pregiudicati dall'ostensione del documento oggetto di accesso.

Inoltre, l'art. 53, comma 5, lett. a), D.Lgs. n. 50 del 2016, in materia di appalti pubblici, accorda tutela alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

A prescindere dai rapporti intercorrenti fra le esigenze di trasparenza amministrativa e di tutela giuridica degli istanti, sottese all'istanza di accesso, e le esigenze di tutela della riservatezza, poste a garanzia della posizione del controinteressato - variamente ricostruibili a seconda del regime giuridico di

accesso concretamente rilevante (nell'ipotesi, ad esempio, in cui la parte appellata ha comunque fatto riferimento, in primo grado, sia all'accesso documentale ex art. 22 e ss. L. n. 241 del 1990, sia all'accesso civico ex art. 5 D. Lgs. 14 marzo 2013, n. 33) - in ogni caso, deve riconoscersi una posizione di controinteresse in capo a colui che, in quanto titolare di dati personali ovvero di segreti commerciali o tecnici suscettibili di essere disvelati dall'ostensione del documento richiesto, dall'accoglimento dell'istanza di accesso subirebbe un pregiudizio nella propria sfera giuridica, sub specie di diritto alla riservatezza di dati racchiusi nel relativo documento.

Si tratta di una posizione qualificata e differenziata, in quanto, da un lato, presa in considerazione dal legislatore nel regolare la materia dell'accesso ai documenti amministrativi, dall'altro, imputabile ad un soggetto direttamente inciso dall'azione amministrativa, titolare di una situazione giuridica soggettiva attiva (diritto alla riservatezza) correlata allo specifico documento oggetto di accesso¹³⁴.

Il rapporto tra le due discipline generali dell'accesso documentale e dell'accesso civico generalizzato e, a sua volta, il rapporto tra queste due discipline generali e quelle settoriali, non può essere letto unicamente e astrattamente, secondo un criterio di specialità e, dunque, di esclusione reciproca, ma secondo un canone ermeneutico di completamento/inclusione, in quanto la logica di fondo sottesa alla relazione tra le discipline non è quella della separazione, ma quella dell'integrazione dei diversi regimi, pur nelle loro differenze, in vista della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo che rifugge in sé da una segregazione assoluta "per materia" delle singole discipline.

¹³⁴ Cons. Stato Sez. VI, Sent. 12-06-2020, n. 3745

Occorre indagare, quindi, la portata e il senso di tali limiti per verificare, caso per caso (la disposizione, appunto parla di "casi") e non per interi ambiti di materia, se il filtro posto dal legislatore a determinati casi di accesso sia radicalmente incompatibile con l'accesso civico generalizzato quale esercizio di una libertà fondamentale da parte dei consociati.

Anche le eccezioni assolute, insomma, non sono preclusioni assolute perché l'interprete dovrà valutare la volontà del legislatore di fissare in determinati casi limiti più stringenti all'accesso civico generalizzato.

Un diverso ragionamento interpretativo, che identificasse interi ambiti di materia esclusi dall'applicazione dell'accesso civico generalizzato, avallerebbe il rischio che i casi del comma 3 dell'art. 5-bis del D.Lgs. n. 33 del 2013, letti in modo frazionato e non sistematico, si trasformino in un "buco nero" della trasparenza - frutto anche di un sistema di limiti che si apre ad altri che rinviano ad ulteriori con un potenziale circolo vizioso e un *regressus ad infinitum* - ove è risucchiato l'accesso generalizzato, con un ritorno all'opacità dell'azione amministrativa per effetto di una interpretazione che trasforma l'eccezione in regola e conduce fatalmente alla creazione in via pretoria di quelli che, con felice espressione, sono stati definiti "segreti di fatto" accanto ai "segreti di diritto", espressamente contemplati dalla legge¹³⁵.

Ancorché l'accesso civico generalizzato non implichi astrattamente l'obbligo della parte di indicare i documenti di cui chiede l'ostensione, al fine di ottenere dal giudice amministrativo un ordine di esibizione o una ispezione è onere dell'interessato, ricorrente ex art. 116 cod. proc. amm., indicare i documenti di cui chiede l'ostensione, non essendo rinvenibili, nel codice o nel D.Lgs. n. 33/2013, disposizioni che consentano al giudice di ordinare

¹³⁵ Cons. Stato Sez. IV, Sent. 20-04-2020, n. 2496

l'ispezione di uffici e locali di una pubblica amministrazione al solo fine di cercare documenti di cui si sospetta l'esistenza (Cons. Stato Sez. III, 02/09/2019, n. 6028).

Va detto, ancora che, anche dopo l'entrata in vigore delle norme che disciplinano l'accesso civico generalizzato, permane un settore “a limitata accessibilità”, nel quale continuano ad applicarsi le più rigorose norme della L. n. 241/1990.

Il legislatore, infatti, pur introducendo con il D.Lgs. n. 97/2016 il nuovo istituto dell'accesso civico generalizzato, espressamente volto a consentire l'accesso di chiunque a documenti e dati e quindi permettendo per la prima volta l'accesso (ai fini di un controllo) diffuso alla documentazione in possesso delle amministrazioni (e degli altri soggetti indicati nella norma appena citata) e privo di un manifesto interesse da parte dell'accedente, ha però voluto continuare tutelare interessi pubblici ed interessi privati che potessero esser messi in pericolo dall'accesso indiscriminato.

Il legislatore ha quindi operato per un verso mitigando la possibilità di conoscenza integrale ed indistinta dei documenti detenuti dall'ente introducendo dei limiti all'ampio accesso (art. 5-bis, commi 1 e 2, D.Lgs. n. 33/2013) e, per altro verso, mantenendo in vita l'istituto dell'accesso ai documenti amministrativi e la propria disciplina speciale dettata dalla L. n. 241/1990 (evitando accuratamente di novellare la benché minima previsione contenuta nelle disposizioni da essa recate), anche con riferimento ai rigorosi presupposti dell'ostensione, sia sotto il versante della dimostrazione della

legittimazione e dell'interesse in capo al richiedente sia sotto il versante dell'inammissibilità delle richieste volte ad ottenere un accesso diffuso¹³⁶.

6.2 I rimedi rispetto all'accesso documentale negato

La legge 7 agosto 1990, n. 241 concernente: “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”, all'articolo 27 istituisce la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi (CADA) presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Alla Commissione è stata affidata (fin dal testo originario) la vigilanza sull'attuazione del principio di piena conoscibilità dell'attività della pubblica amministrazione.

Alla Commissione inoltre è stato dato il compito di redigere una relazione annuale sulla trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione, da trasmettere alle Camere e al Presidente del Consiglio dei Ministri, e di proporre al Governo modifiche dei testi legislativi e regolamentari utili a realizzare la più ampia garanzia del diritto di accesso.

La legge 11 febbraio 2005, n. 15 “Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa” con l'articolo 17 ha modificato radicalmente il comma 4 dell'articolo 25, assegnando alla CADA il potere di decidere in merito ai ricorsi amministrativi

¹³⁶ T.A.R. Campania Napoli Sez. VI, Sent. 09-05-2019, n. 2486.

presentati contro il diniego totale o parziale, ovvero il differimento adottato dalle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato.

La modifica in sostanza attribuisce alla CADA un'importante funzione giustiziale¹³⁷ in base alla quale il richiedente, una volta ricevuto dalla P.A. un diniego all'accesso, prima di adire il tribunale amministrativo regionale, può presentare un ricorso amministrativo alla Commissione stessa.

Anche il Difensore civico svolge, per Regioni ed Enti locali, la funzione stragiudiziale ex articolo 25 comma 4 della legge 241/1990 di riesame dei dinieghi agli accessi agli atti¹³⁸, applicando come la Commissione, la legge sul procedimento amministrativo e il d.P.R. 184/2006 "Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi".

Con un procedimento assolutamente univoco stabilito a livello nazionale nelle citate norme, il Difensore civico esamina i ricorsi e le leggi regionali che disciplinano le funzioni dello stesso che non possono certamente interferire e tantomeno derogare la disciplina nazionale dell'accesso agli atti ex l. 241/90 e dell'accesso ambientale ex d.lgs. 195/2005 (l'articolo 7 del d.lgs. 195/2005 per la tutela del diritto di accesso rimanda alla procedura dell'art. 25 comma 4 legge 241/1990).

¹³⁷ In tal senso: M. Occhiena "I poteri della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi: in particolare, la funzione giustiziale ex lege 214/90 e D.P.R. 184/2006", in L'accesso ai documenti amministrativi 10.2 Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per il Coordinamento Amministrativo – Dipartimento per l'informazione e l'editoria.

¹³⁸ Comma 4, art. 25 l. 241/1990 e s.m.i. (...) 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 ai sensi del comma 5, ovvero chiedere, nello stesso termine e nei confronti degli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito, che sia riesaminata la suddetta determinazione. Qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore.

A tutt'oggi tale rimedio giustiziale previsto dall'art. 25 comma 4 della legge 241/1990¹³⁹ secondo alcuni autori appare "affievolito", questo perchè al ricorso segue più che una decisione in senso tecnico (come ad esempio può essere quella disciplinata dall'articolo 5 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 concernente: Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi) una sorta di "invito" alla p.a. a rivedere il procedimento e riconsiderare il rifiuto all'accesso, che se non si conclude con una conferma motivata del diniego, non ha l'effetto di annullare lo stesso, ma determina l'accoglimento *ex lege* della specifica richiesta del ricorrente¹⁴⁰.

6.3 I rimedi rispetto all'accesso civico generalizzato negato

Per l'accesso civico generalizzato, disciplinato dall'articolo 5 comma 2 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 come modificato ed integrato dal D. Lgs. n. 97/2016, il legislatore affida al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) il ricorso contro il diniego totale o parziale dell'accesso o la mancata risposta ad una richiesta di accesso civico generalizzato (comma 7).

¹³⁹ Comma 4, art. 25 l. 241/1990 e s.m.i. (...) Se il difensore civico o la Commissione per l'accesso ritengono illegittimo il diniego o il differimento, ne informano il richiedente e lo comunicano all'autorità disponente. Se questa non emana il provvedimento confermativo motivato entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico o della Commissione, l'accesso è consentito. (...)

¹⁴⁰ In tal senso: G. P. Cirillo il nuovo sistema della tutela giustiziale e giurisdizionale in materia di accesso ai documenti amministrativi, Seminario "Il nuovo diritto di accesso agli atti amministrativi", 2006, Milano.

Il RPCT investito della questione decide con provvedimento motivato entro il termine di venti giorni, sentito eventualmente il Garante per la protezione dei dati personali.

In questo caso non c'è dubbio che il procedimento rientri nella fattispecie del ricorso gerarchico proprio, con procedura ed effetto ex articolo 5 del d.P.R. 1199/1971, ovvero con la possibilità da parte del RPCT di annullare o riformare la decisione di rigetto all'accesso civico generalizzato.

Il successivo comma 8 offre al ricorrente una scelta: qualora il diniego totale o parziale dell'accesso o la mancata risposta provenga dalle amministrazioni delle Regioni o degli Enti locali, il richiedente può presentare ricorso al difensore civico competente per ambito territoriale, in alternativa al ricorso al RPCT¹⁴¹. Se il difensore civico ritiene illegittimo il diniego o il differimento questi informa il richiedente e lo comunica all'amministrazione competente invitandola a riesaminare la vicenda.

Se quest'ultima non conferma il diniego o il differimento entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico, l'accesso è consentito per legge.

Anche in questo caso, come precedentemente illustrato, per la legge 241/1990, la funzione giustiziale del Difensore civico appare debole, poco incisiva, caratterizzata da un procedimento che non porta all'adozione di una decisione ex articolo 5 del d.P.R. 1199/1971 in grado di annullare o riformare il diniego, pertanto non efficace per il cittadino.

¹⁴¹ Cfr Delibera ANAC n. 1309 del 28 dicembre 2016, "Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs 33/2013", Allegato, punto 3 La Tutela.

6.4 Il ricorso gerarchico improprio ex d.P.R. 1199/1971 quale efficace strumento giustiziale

Abbiamo visto che la legge 241 del 1990 affida alla Commissione per l'accesso e al Difensore civico l'opzione giustiziale¹⁴², scegliendo una procedura soltanto assimilata al ricorso gerarchico improprio¹⁴³, ma che non ne possiede le necessarie caratteristiche risolutive.

Viceversa, il legislatore del D.Lgs. 33/2013 affida l'opzione giustiziale al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, scegliendo senza esitazioni la via del ricorso gerarchico proprio, con l'ulteriore possibilità di chiamare in causa il difensore civico con tutti i limiti evidenziati.

A ben vedere, anche per il d.lgs. 33/2013 sarebbe stato più logico scegliere soltanto la via del ricorso gerarchico improprio e affidare alla Commissione la competenza per il ricorso contro i dinieghi o le mancate risposte nei confronti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, e al Difensore il ricorso contro i dinieghi o le mancate risposte delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali (ed enti collegati).

¹⁴² Secondo M. A. Sandulli in "Codice dell'Azione Amministrativa" CEDAM, ed. 2017, pag. 1357, tale attività non può essere ricompresa nella funzione giustiziale della p.a., bensì può essere assimilata ai medi amministrativi alternativi alla giurisdizione A.D.R. Alternative Dispute Resolutions di tipo non aggiudicativo, misure non giurisdizionali di risoluzione delle controversie che – ispirandosi a criteri di terzietà, semplicità, rapidità e gratuità – tendono ad una composizione conciliativa pseudo-negoziale, o comunque non impositiva della lite.

¹⁴³ M. G. Della Scala, I ricorsi amministrativi in materia di accesso ai documenti, in *L'azione amministrativa* aa.vv. Giappichelli Editori, ed. 2016; G. Gardini cit. pag. 16; F. P. Mastrovito, *Il Ricorso gerarchico*; settembre 2015. Cfr. ex multis: Consiglio di Stato, Sez. VI, del 2003 n. 2938; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 5 maggio 2008, n. 3675; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. 1, 2 novembre 2009, n. 452; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 3 novembre 2009, n. 10747; TAR Lombardia MI, Sez. III, 6 aprile 2009, n. 3166; TAR Lazio Roma, Sez. I, 29 ottobre 2014, n. 10863; Consiglio di Stato, Parere del 14 settembre 2016, n. 1920; TAR Lazio Roma, Sez. I – bis, 15 novembre 2018, n. 11022.

Questo perché il ricorso gerarchico improprio può rappresentare un'effettiva e credibile alternativa al ricorso giurisdizionale, con la possibilità di indirizzare la massiccia scelta del cittadino per la via giudiziaria verso quella amministrativa¹⁴⁴.

E' chiaro che la via giustiziale per essere valida e competitiva deve possedere caratteristiche risolutive, ovvero seguire una procedura esplicita, rigorosa e tempestiva¹⁴⁵.

Quindi, non vi è dubbio che la decisione sul ricorso adottata da un'autorità diversa, non legata da un rapporto di gerarchia con quella dalla quale il provvedimento è stato emanato (ricorso gerarchico improprio¹⁴⁶), darebbe maggiore garanzia d'imparzialità al ricorrente, innalzando il grado di fiducia del cittadino verso l'alternativa giustiziale.

Si potrebbe obiettare che alcune regioni sono sprovviste della figura di garanzia del Difensore civico, sia a livello provinciale che regionale, perciò i cittadini residenti nelle stesse in caso di diniego di accesso civico non avrebbero modo di usufruire del rimedio stragiudiziale e quindi per far valere le loro ragioni sarebbero costretti a ricorrere esclusivamente al Tribunale amministrativo regionale.

Questo, tuttavia, è un falso problema in quanto la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi con direttiva del 28 dicembre 2015

¹⁴⁴ In tal senso: M. A. Sandulli "Codice dell'Azione Amministrativa", CEDAM ed. 2017, pag. 1357

¹⁴⁵ In tal senso: C. Tagliente, "Il ricorso gerarchico nel settore della sicurezza alimentare", su www.giustizia-amministrativa.it; A. Travi, Ricorsi amministrativi, in Dig. Disc. Pubbl., Torino 1997, pag. 394.

¹⁴⁶ Cfr. F. Cuocolo "Istituzioni di Diritto Pubblico", Giuffrè. 2000; L. Delfino, F. del Giudice "Diritto Amministrativo", Simone, .2008; E. Casetta "Manuale di Diritto Amministrativo", Giuffrè, Milano, 2009; F. Caringella, Corso di diritto amministrativo, Giuffrè, Milano, 2005, F. Castiello, "I ricorsi Amministrativi", Maggioli, 2013.

adottata in assenza di specifica disposizione legislativa, ha riconosciuto la propria piena competenza a decidere, nel merito, anche sulle istanze di riesame presentate ai sensi dell'articolo 25, comma 4 della legge 241/1990, avverso i dinieghi di accesso delle amministrazioni regionale e degli enti locali, nel caso di accertata assenza del difensore civico sia nell'ambito territoriale di riferimento provinciale che regionale, e tale lodevole iniziativa potrebbe essere utilmente inserita nella legge 241/1990 e nel d.lgs. 33/2013.

6.5 L'effetto deflattivo svolto dalla Commissione per l'accesso ai documenti

E' innegabile che l'attuale modello procedimentale di ricorso alla Commissione (e al Difensore civico) abbia degli oggettivi limiti, come è stato evidenziato da autorevole dottrina¹⁴⁷ e ripetutamente denunciato anche dalla Commissione stessa nelle Relazioni nel corso degli anni.

Invero, la Commissione ha ripetutamente sollecitato il legislatore a conferirle maggiori poteri per garantire il diritto di conoscibilità degli atti della P.A..

Allo stato attuale, il ricorso alla Commissione per l'accesso, così come disciplinato dall'art. 25, comma 4, della legge n. 241 del 1990 e modificato dalla legge n. 15 del 2005, prevede, in particolare, che in caso di diniego ovvero di differimento dell'accesso opposto da Amministrazioni statali,

¹⁴⁷ Così G.P. CIRILLO, *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, Cedam, Wolkers Kluwer, 2014.

centrali o periferiche, il richiedente possa presentare, in alternativa al ricorso giudiziale, ricorso alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi.

Il ricorso deve essere presentato alla Commissione, a pena di irricevibilità (ex art. 12, comma 7, lett. a), D.P.R. n. 184/2006), nel termine di trenta giorni dalla piena conoscenza del provvedimento di diniego o di differimento, ovvero dalla formazione del silenzio-rigetto sulla richiesta di accesso (art. 12, comma 2, D.P.R. n. 184/2006), mediante invio di una raccomandata con avviso di ricevimento, nonché a mezzo fax o per via telematica in conformità con la normativa vigente (art. 12, comma 1 D.P.R. n. 184/2006).

Il procedimento è veloce e agevole e la decisione della Commissione è comunicata alle parti e al soggetto che ha adottato il provvedimento impugnato nel termine di trenta giorni, decorsi i quali si forma il silenzio-rigetto.

L'orientamento giurisprudenziale consolidato ritiene che il ricorso alla Commissione per l'accesso, introdotto dall'articolo 25, comma 4, della legge n. 241 del 1990, sia qualificabile quale ricorso gerarchico improprio, in quanto presentato presso un organo amministrativo non originariamente competente, né legato a quello competente da una relazione organica di sovraordinazione.

In proposito si ricorda la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 27 maggio 2003, n. 2938, intervenuta poco prima del varo della riforma del 2005, secondo cui non sussiste in astratto alcun motivo di ordine giuridico per escludere che in materia d'accesso sia ammissibile un ricorso di tipo amministrativo, comunque configurato o denominato (riesame, ricorso gerarchico proprio, ricorso gerarchico improprio, ecc.).

E d'altra parte questa è stata sicuramente l'intenzione del legislatore, che nell'attuale testo dell'art. 25 della legge n. 241/90 ha previsto un ricorso

amministrativo al difensore civico (che si configura come una sorta di ricorso gerarchico improprio) e che nell'Atto Senato n. 1281 ha previsto anche un analogo ricorso amministrativo alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi di cui all'art. 27 della legge stessa (anch'esso configurabile come ricorso gerarchico improprio)"¹⁴⁸.

Sempre il Consiglio di Stato nella medesima sentenza ebbe modo di osservare: "avverso tale conclusione non sussistono, del resto, neppure motivi di carattere più generale, dal momento che ritenere ammissibile anche un rimedio di tipo amministrativo favorisce l'esercizio effettivo del diritto d'accesso del cittadino nei confronti dell'amministrazione, tenuto anche presente il non trascurabile costo di un eventuale ricorso giurisdizionale, mentre l'indirizzo opposto favorisce quella situazione di 'silenzio ostilmente preordinato' a favorire l'opacità dell'azione amministrativa, che la giurisprudenza di questo Consiglio ha da tempo stigmatizzato".

Di conseguenza, attesa la dichiarata finalità di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale, la scelta interpretativa non può che essere nel senso dell'ammissibilità, tenuto anche conto della costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà, secondo cui "l'autorità adita dovrebbe assicurare tutte le utilità di sua competenza senza che si debba ricorrere ad una sede superiore".

¹⁴⁸ L'Atto del Senato n. 1281, al quale fa riferimento la sentenza, divenuto poi la legge n. 15 del 2005, definisce esso stesso il ricorso alla Commissione quale ricorso gerarchico improprio, e, la relativa procedura, di carattere giustiziale. Infatti, come si legge nel testo dell'Atto, "Gli inconvenienti e le lacune riscontrate nella sua attività e segnalate ripetutamente nelle relazioni annuali presentate al Parlamento nell'esercizio delle competenze di referto, attribuite dall'articolo 27 della legge, hanno indotto a formulare alcune proposte di modifica, in particolare, mediante la previsione di un ricorso gerarchico improprio nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato; con ciò affiancandosi, ed anzi illustrandone meglio il contenuto, alla procedura giustiziale già prevista dinanzi al difensore civico".

Anche il T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 5 maggio 2008, n. 3675 ha aderito alla tesi che assegna a tale rimedio natura di ricorso amministrativo, osservando che le norme di legge e regolamentari che delineano il procedimento innanzi alla Commissione, configurano in modo chiaro un iter di tipo giustiziale¹⁴⁹.

Si riscontra invece una parziale discrasia tra le funzioni attribuite alla Commissione per l'accesso e la sua veste formale. La Commissione è nominata dal Presidente del Consiglio dei Ministri ed è incardinata nella struttura burocratica della Presidenza del Consiglio di Ministri.

Tuttavia, il fatto che l'orientamento della giurisprudenza sia concorde nel ritenere che il ricorso abbia natura di ricorso gerarchico improprio non può che riflettersi sulla natura giuridica da riconoscere alla Commissione.

E' stata anche ipotizzata la configurazione della Commissione come autorità indipendente, poiché le funzioni svolte comportano una posizione di imparzialità e la sua composizione la rende in qualche modo più rappresentativa dello Stato-comunità che non dello Stato-Apparato. La riforma

¹⁴⁹ Il T.A.R. Lazio, Sez. I, 5 maggio 2008, n. 3675, in particolare, ha osservato che: "il trasferimento in sede giurisdizionale di una controversia instaurata in sede gerarchica possa avvenire solo quando il procedimento giustiziale sia stato correttamente instaurato, ciò discendendo dalla necessità di evitare facili elusioni del termine decadenziale previsto per l'esercizio dell'azione innanzi al giudice. Tale principio è applicabile anche all'actio ad exhibendum in quanto, come chiarito da Cons. Stato, Ad. plen., 18 aprile 2006, n. 6, la natura impugnatoria del relativo ricorso prescinde dalla natura della situazione giuridica soggettiva sottostante". Ha aggiunto, inoltre che: "verificata la rituale introduzione del rimedio da parte del giudice anche dell'originario provvedimento impeditivo dell'accesso - se, beninteso, la relativa domanda faccia parte del petitum - ciò potendosi desumere: a) dal tenore dei ridetti commi 4 e 5 dell'art. 25, dai quali risulta che l'azione giurisdizionale ha ad oggetto le "determinazioni amministrative concernenti il diritto di accesso" ancorché sia stata previamente adita la Commissione; b) in via sistematica, dalle finalità di semplificazione e di favor perseguite dalla normativa in esame, dovendosi altresì tener conto della circostanza che l'accesso ai documenti amministrativi attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ex art. 117, secondo comma, lettera m, Cost."

del 2005, pur avendo introdotto mutamenti che potenziano le caratteristiche di neutralità e para-giurisdizionalità della Commissione, non ha tuttavia riconosciuto esplicitamente la natura di autorità indipendente della stessa.

In tale prospettiva, alla Commissione sono state assegnate funzioni giustiziali con finalità deflattive del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo in materia di accesso. Inoltre, coerentemente con tali finalità, la riforma del 2005 ha equiordinato la Commissione per l'accesso al Garante per la protezione dei dati personali (cioè ad una Autorità indipendente) in caso di interferenza fra i relativi procedimenti.

A sostegno di tale previsione, infatti, nei ricorsi presentati innanzi alla Commissione può essere richiesto il parere al Garante e nel caso di ricorso presentato al Garante può essere richiesto il parere alla Commissione¹⁵⁰.

La legge del 2005 ha modificato la composizione della Commissione per l'accesso, riducendo 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.

¹⁵⁰ Il comma 4 dell'art. 25 della legge n. 241 del 1990 stabilisce in particolare che: "Se l'accesso è negato o differito per motivi inerenti ai dati personali che si riferiscono a soggetti terzi, la Commissione provvede, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta, decorso inutilmente il quale il parere si intende reso. Qualora un procedimento di cui alla sezione III del capo I del titolo I della parte III del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, o di cui agli articoli 154, 157, 158, 159 e 160 del medesimo decreto legislativo n. 196 del 2003, relativo al trattamento pubblico di dati personali da parte di una pubblica amministrazione, interessi l'accesso ai documenti amministrativi, il Garante per la protezione dei dati personali chiede il parere, obbligatorio e non vincolante, della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi. La richiesta di parere sospende il termine per la pronuncia del Garante sino all'acquisizione del parere, e comunque per non oltre quindici giorni. Decorso inutilmente detto termine, il Garante adotta la propria decisione".

Nell'anno 2013, la composizione è stata ulteriormente ridotta portando da due ad uno i professori universitari ed è stato soppresso un dirigente ministeriale tra i suoi componenti.

Nonostante la suddetta riduzione, il ruolo giustiziale della Commissione si è andato rafforzando e ad una parziale flessione nell'attività consultiva è corrisposto un incremento del numero dei ricorsi decisi.

La Commissione, infatti, ha svolto dal 2006 ad oggi, uno straordinario lavoro di alleggerimento del contenzioso giurisdizionale, mettendo in campo un potente quanto prezioso effetto deflattivo.

Di seguito alcuni eloquenti dati estratti anch'essi dalle relazioni annuali della Commissione¹⁵¹: *“(...) Tale strumento di tutela offerto al cittadino, non solo favorisce l'esercizio effettivo del diritto d'accesso nei confronti dell'amministrazione pubblica, ma, tenuto anche presente il non trascurabile costo di un eventuale ricorso giurisdizionale, contribuisce anche ad una consistente riduzione del contenzioso giurisdizionale, come illustrato dalla seguenti Figure 23 e 24, dalle quali si evince che su un totale di 8691 ricorsi trattati dal 2006 al 2016, solamente 146 decisioni della Commissione per l'accesso sono state successivamente impugnate dinanzi al TAR. Il rapporto medio tra decisioni della Commissione e ricorsi al TAR nel medesimo arco temporale è pari all' 1,68% di decisioni impugnate in sede giurisdizionale.”.*

E' evidente, perciò, che risulta non più rinviabile la necessità di tradurre in legge i ripetuti suggerimenti della Commissione, così da potenziare l'attività giustiziale della stessa (e del Difensore civico), adeguando il procedimento di

¹⁵¹ Relazioni visionabili su www.commissioneaccesso.it.

riesame (o ricorso) alle disposizioni previste dal d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199.

In tal modo i predetti Organi adotteranno una decisione ai sensi e per gli effetti dell'articolo 5 del citato D.P.R., con la possibilità di annullare o riformare il provvedimento di diniego o di differimento dell'accesso agli atti.

Per di più, si potrebbe prevedere in una eventuale modifica delle norme in commento, che in caso di mancata conclusione del procedimento di accesso civico generalizzato, con l'ostensione della documentazione nei successivi dieci giorni dalla trasmissione della decisione della Commissione o del Difensore civico all'amministrazione interessata e al richiedente, quest'ultimo possa chiedere al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza l'applicazione del comma 5 dell'articolo 43 del d.lgs. 33/2013, testo vigente.

Stessa cosa per l'accesso documentale: in caso di mancata conclusione del procedimento di accesso con l'ostensione della documentazione nei successivi dieci giorni dalla trasmissione della decisione della Commissione o del Difensore civico all'amministrazione interessata e al richiedente, quest'ultimo potrebbe chiedere al titolare del potere sostitutivo l'applicazione del comma 9 dell'art. 2 della legge 241/1990 e s.m.i.

Ora, valutato che il procedimento di ricorso gerarchico improprio ex D.P.R. 1199/1971 è un efficace rimedio giustiziale da inserire nelle norme in esame, si potrebbe pure valutare di incentivarne (o obbligarne) l'utilizzo, in maniera da attenuare e non appesantire eccessivamente il contenzioso giurisdizionale.

Pertanto, come autorevolmente affermato: *“E' ormai arrivato il tempo di pensare seriamente alla previsione di efficaci strumenti di risoluzione dei*

conflitti alternativi al giudice amministrativo”¹⁵² e, dunque, non ci dovrebbero essere più dubbi sul tipo di *Alternative Dispute Resolution* (ADR) da mettere in campo, infatti: “*Il solo modello di ricorso amministrativo potenzialmente in grado di soddisfare le istanze di tutela sottese all’esercizio della funzione giustiziale è, a ben vedere, il ricorso gerarchico improprio, nella misura in cui esso si connota per un’assoluta estraneità (a dispetto del nomen) a schemi organizzativi di tipo gerarchico, tale da fornire – almeno sul piano teorico – un modello procedimentale in grado di garantire l’esercizio di un’attività formalmente e sostanzialmente finalizzata alla sola giusta risoluzione di un conflitto*”¹⁵³.

¹⁵² Così P. Cirillo, in “Mediazione e giudizio amministrativo”, intervento svolto nel convegno internazionale: “*Qualità ed effettività nelle tutele extragiudiziali dei diritti, quali scelte condivise per migliorare la giustizia?*”, organizzato dall’Università degli studi di Cagliari e altri, e svoltosi a Cagliari nei giorni 27 – 29 settembre 2018, su www.giustizia-amministrativa.it

¹⁵³ M. Calabrò, *L’evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, www.federalismi.it, n. 10/2017.

CONCLUSIONI

Non vi è dubbio che, dalle considerazioni e dagli approfondimenti delineati nel presente lavoro, si possa giungere alla conclusione per cui in Italia, il “diritto alla trasparenza”, dopo lungo e faticoso percorso, è stato finalmente riconosciuto e costruito sul piano normativo. Ma occorre, altresì, domandarsi, se tale diritto si sia pienamente realizzato.

Dal quadro giuridico delineato dalla normativa si può affermare che, effettivamente, la “trasparenza amministrativa” è diventato un principio generale dell’attività e dell’organizzazione pubblica, in base alla quale la pubblica amministrazione è tenuta ad assicurare la visibilità, la conoscibilità e la comprensibilità delle modalità operative e degli assetti organizzativi con cui opera nell’assolvimento dei suoi compiti di cura concreta dell’interesse pubblico e che, solo l’adeguata comprensione delle informazioni ai cittadini può consentire il controllo e la partecipazione democratica all’agire pubblico.

Tuttavia, il solo formante normativo non è sufficiente a realizzare un effettivo cambio di paradigma rispetto all’impostazione generale dell’amministrazione pubblica nei confronti della trasparenza amministrativa.

L’effettività delle norme disciplinanti il nuovo sistema della trasparenza passa, innanzitutto, attraverso la capacità e la maturità dei cittadini e degli operatori pubblici incardinati nelle strutture ma soprattutto nella spinta che la dirigenza pubblica può e deve esprimere a riguardo.

Spesso, invece, i vertici delle amministrazioni si trovano ad operare in strutture vecchie e prive persino dei più elementari strumenti tecnologici, con personale scarsamente preparato e demotivato, senza risorse economiche adeguate.

Spicca, a riguardo, per contraddittorietà manifesta, l'articolo 44 del decreto 97/2016 (denominato enfaticamente come "codice della trasparenza") che, in chiusura dell'articolato, stigmatizza espressamente la clausola di invarianza finanziaria, gettando, così, non poche ombre sulla effettiva conseguibilità degli ambiziosi obiettivi che la riforma si era prefissata, dato che, obiettivamente, non si può certo immaginare che una riforma di così fatta portata, non porti necessariamente a determinare un aumento di costi per le pubbliche amministrazioni.

Un altro aspetto destinato inevitabilmente ad incidere sulla effettività delle misure è poi rappresentato dall'assenza di un sistema di *enforcement* efficiente.

Da questo punto di vista colpisce, in particolare, al netto dei poteri di riesame attribuiti al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, l'assenza di sanzioni rigorose per i casi di illegittimo diniego di accesso, nonché la mancata istituzione di organi monocratici o collegiali con finalità deflattive istituiti allo scopo di offrire forme di garanzia e tutela specifica nei confronti del principio di trasparenza.

Neanche l'ultima riforma dell'accesso civico ha previsto, infatti, l'istituzione di autorità pubbliche indipendenti dotate di poteri veri e pieni (anche giustiziali e sanzionatori) per garantire in concreto l'affermazione del principio della trasparenza amministrativa.

Delegare all'Anac mere funzioni di indirizzo e lasciare, per di più, in un limbo non ancora definito di potenziale inerte funzionalità la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, significa lasciare ancora incerta ed incompiuta una riforma di così vitale importanza per il "sistema paese".

Non con meno rilevanza, poi, rimane la questione irrisolta della compresenza di ambedue i sistemi di accesso (l'accesso documentale di cui alla legge n. 241/1990 e l'accesso civico di cui al D.Lgs. 33/2013 e al D.Lgs. 97/2016) che, spesso, genera confusione ed incertezza nei cittadini e nelle amministrazioni pubbliche destinatarie delle istanze, soprattutto per la diversa disciplina riferibile alle categorie di atti, di dati e di informazioni sottratte all'accesso. Parimenti per quanto riguarda i limiti della privacy e l'individuazione dei soggetti controinteressati all'accesso che pure richiede una diversa applicazione tra le due forme di accesso, tanto da comportare, ambedue le questioni appena citate, pericolosi appesantimenti e rallentamenti dell'azione amministrativa.

Ma oltre agli auspicabili interventi chiarificatori del legislatore, occorre incidere e lavorare molto di più sulla sensibilità culturale dei vari attori che direttamente o indirettamente vengono ad essere coinvolti nelle procedure di accesso alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni (funzionari pubblici, cittadini, associazioni, giudici).

Il rischio, in assenza di una vera e propria cultura condivisa della trasparenza, è che la stessa interpretazione ed attuazione di certe disposizioni possa risentire di una lettura "minimalista" o meramente programmatica o, ancora, viceversa, risentire di atteggiamenti spesso vessatori, invasivi e pretestuosi da parte dei cittadini nei confronti delle amministrazioni, tale da rendere vano il tentativo compiuto di radicale mutamento del sistema.

E' chiaro come un processo culturale di questo tipo non possa essere imposto normativamente, presupponendo, invece, una graduale e progressiva evoluzione fondata prima di tutto su un'adeguata formazione del personale dipendente delle pubbliche amministrazioni, sulla diffusione capillare di

programmi di sensibilizzazione nei confronti dell'opinione pubblica e in un diverso approccio interpretativo da parte degli organi giurisdizionali.

In conclusione, perciò, si può affermare che, se pur significativa appare l'evoluzione che è stata effettivamente compiuta sul piano normativo, restano comunque ancora molte, e non superflue, lacune o incertezze che al momento non consentono la possibilità di annoverare il nostro ordinamento sulla trasparenza amministrativa tra quelli che si possono definire "a concezione costituzionale".

L'adozione di un vero e proprio FOIA anche per l'Italia è dunque un tema che per ora resta ancora in sospeso. Un sistema di "open government" teorico e non concreto che, per potersi definitivamente affermare necessita ancora di interventi e chiarimenti da parte dello stesso legislatore, ma soprattutto di una sperimentazione adeguata all'interno delle amministrazioni, ove è richiesta la buona volontà e un vero e proprio "salto di qualità" da parte dei dipendenti e dei dirigenti pubblici, a beneficio dei quali, il presente lavoro in qualche maniera è rivolto, nella speranza che possa diventare un utile strumento di lavoro e di orientamento nel difficile e qualificato compito che quotidianamente li attende.

BIBLIOGRAFIA

- D.U.GALETTA**: *il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi (oggi) ...* in riv. it. dir. pubbl. com., 2019, 2, 165-200;
- G. ARENA**: *Trasparenza amministrativa* (voce), in S. Cassese (a cura di), Diz. dir. pubbl., 2006;
- A. MOLITERNI**: *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Diritto amministrativo*, 2019, fasc. 3;
- M. FILICE**: *I limiti all'accesso civico generalizzato: tecniche e problemi applicativi*, in *Diritto amministrativo*, 2019, fasc. 4;
- G. GARDINI**: *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici* in federalismi.it, 2017, fasc. 1;
- G. GARDINI**: *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal FOIA Italia*, in federalismi.it, 2018, fasc. 19;
- E. GUARNIERI**: *Accesso civico generalizzato: àrbitri e arbitràri (Generalized civic access: arbitrators and arbitrary decisions)*, in federalismi.it, 2020, fasc. 29;
- D.GALETTA-URANIA**, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall' entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de le vite degli altri ?*, in federalismi.it, 2018, fasc. 10;
- E.CARLONI**: *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Diritto amministrativo*, 2016, fasc. 4;
- E.CARLONI-M.FALCONE**: *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e "privacy"*, in *Diritto pubblico*, 2017, fasc. 3;

- C.CUDIA** in B. PONTI (a cura di): *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, ed. Maggioli 2016;
- F. MODAFFERI**: *Privacy e trasparenza sono complementari ma il decreto FOIA aumenta il rischio di conflitti*, in www.altalex.com, 2017;
- S. VILLAMENA**: *Il FOIA ed il suo coordinamento con istituti consimili*. In *Federalismi.it-Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo* – 30 novembre 2016;
- A. PORPORATO**: *Il “nuovo” accesso civico “generalizzato introdotto dal D.Lgs. 26 maggio 2016 n. 97, attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento”*. In *Federalismi.it-Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo* – 14 giugno 2017;
- P. FALLETTA**: *Il Freedom of information act italiano e i rischi della trasparenza digitale*. In *Federalismi.it-Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo* – 30 novembre 2016;
- A. CORRADO**: *Il silenzio dell’Amministrazione sull’istanza di accesso civico generalizzato: quale possibile tutela processuale*. In *Federalismi.it-Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo* – 1 marzo 2017;
- D.U. GALETTA**: *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un’analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5, 2016;
- S. MILAZZO**: *Trasparenza nella Pubblica Amministrazione e accesso civico: analisi degli elementi di innovazione e di criticità della disciplina del*

FOIA italiano, di cui al D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97, in www.ildirittoamministrativo.it, 2016;

-M. PIERRO M.: *Il dovere di informazione dell'amministrazione finanziaria e il diritto al contraddittorio preventivo, in Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze, fasc.2, 2016;*

-B. PONTI: *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni, Maggioli Editore, 2016;*

-R. SANTUCCI: *La valutazione dei dirigenti, in Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni (II), fasc.1-2, 2016;*

-M. C. CAVALLARO: *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati, in Dir. amm., fasc. 1, 2015;*

-L. OLIVIERI: *La riforma della Trasparenza. Ed. Maggioli – 2016;*

-PORCARI-TURTURIELLO: *Manuale teorico-pratico in materia di anticorruzione e trasparenza. Ed. Maggioli – 2018;*

-TESSARO-BERTIN: *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo decreto privacy. Ed. Maggioli – 2019;*

-S. CASSESE, (a cura di), *Trasparenza amministrativa, in Dizionario di diritto pubblico, VI, Milano, 2006, 5945;*

-A. BONOMO, *L'effettività degli obblighi comunicativi dell'amministrazione: tra «diritti» dei cittadini e responsabilità degli amministratori, federalismi.it, 2010;*

-S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. saggio di diritto comparato, RTDP, 2007, 13;*

-B. CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza, Torino, 2000;*

- V. CERULLI IRELLI**, «Sussidiarietà (dir. amm.)», in Enc. giur., XII, Roma, 2003; -**F. MANGNARIO**, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, astrid-online.it, 2009;
- F. MANGANARIO-A. ROMANO TASSONE** (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto di informazione*, Torino, 2005;
- F. MARZANO**, *La trasparenza nella Pubblica Amministrazione passa dall'Open Data o l'Open Data passa dalla trasparenza?*, ID, 2011, 287;
- A. MASUCCI**, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie: il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, 2011;
- F. MERLONI** (a cura di), *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2002; Id. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008;
- F. MERLONI-L. VANDELLI** (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010;
- A. MOLITERNI**, *Il principio di trasparenza: recenti tendenze e prospettive future*, RISG, 2014, 475;
- G. PIZZANELLI**, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano, 2010;
- B. PONTI**, *Il patrimonio informativo pubblico come risorsa. i limiti del regime italiano di riutilizzo dei dati delle pubbliche amministrazioni*, DPb, 2007, 996;
- S. RICCI**, Note in tema di ``riutilizzo dell'informazione pubblica" e diritto alla privacy, in federalismi.it, 2005;
- M. R. SPASIANO**, *La partecipazione al procedimento quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, D.Amm, 2002, 283; Id., *Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa*, NA, 2005, 945;

- F. ARMENANTE**, *I nuovi modelli dell'organizzazione e dell'azione amministrativa*, Giappichelli, 2019;
- BARTOLINI**, *Pubblicità delle informazioni e diritto di accesso, in Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di **B. Cavallo**, Torino, 2000, 247;
- CASSETTA**, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e Pubblica Amministrazione*, DAmM, 1993, 913;
- V.CERULLI IRELLI**, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241/90 - I parte - II parte - III parte - IV parte - V parte - VI parte*, www.giustamm.it; Id., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2005;
- CIMINI**, *Diritto di accesso e riservatezza: il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri*, www.giustamm.it, 1 ss.;
- M. CLARICH**, *Trasparenza e protezione dei dati personali nell'azione amministrativa*, FA Tar, 2004, 3894; Id. (a cura di), *La trasparenza amministrativa a due anni dalla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Atti del Convegno di Siena, 30-10-1992, *Mondo economico*, 1993, suppl. n. 9;
- FERRARA**, *La p.a. fra autorità e consenso: dalla specialità amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, DAmM, 1997, 225;
- IMMORDINO**, *Legge sul procedimento amministrativo. Accordi e contratti di diritto pubblico*, DAmM, 1997, 103;
- MARRAMA**, *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, DPrA, 1990, 46; Id., *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza*, in Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione di Varenna, 21/23-9-1989, Milano, 1991, 65;

- **OCCHIENA**, *Il procedimento*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione*, a cura di Crosetti e Fracchia, Milano, 2002, 167; Id., *I diritti di accesso dopo il codice della «privacy»*, FI, 2004, III, 514 ss.; Id., *Riforma della l. 241/1990 e «nuovo» silenzio-rifiuto: del diritto v'è certezza*, www.giustamm.it;
- S PERONGINI**, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, DAmM, 1996, 229; Id., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997;
- D. RISO**, *Il palazzo di vetro torna ad oscurarsi? Accesso ai documenti, privacy e domini riservati della Pubblica Amministrazione*, www.giustamm.it, 1 ss.;
- S. BELLOMIA**, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi e i suoi limiti*, Milano, 2000;
- M.A. SANDULLI**, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, agg., IV, Milano, 2000, 1;
- R. CARANTA**, *L'accesso alle informazioni in materia ambientale*, in *GI*, 2001, 406; Id., *Il diritto di accesso alle informazioni nel diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2003, 870;
- G. CLEMENTE DI SAN LUCA**, *Diritto di accesso e interesse pubblico*, 2006;
- M. OCCHIENA**, *Accesso agli atti amministrativi*, in S. Cassese (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, 57;
- F. CARINGELLA-R.GAROFOLI-M.T. SEMPREVIVA**, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007;

- M. LIPARI**, *Rito in materia di accesso ai documenti amministrativi*, in *Il processo amministrativo-Commentario al D.lgs n. 104/2010*, Milano, 2011, 914;
- M. MARIANO**, *Il diritto di accesso dopo la riforma dell'azione amministrativa l. 11 febbraio 2005, n. 15*, Torino, 2005;
- C. MARZUOLI**, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in *La trasparenza amministrativa* (a cura di) F. MERLONI, Milano, 2008;
- L. OLIVIERI**, *Trasparenza amministrativa e Freedom of information act all'amatriciana*, 2013, in www.leggioggi.it;
- A. PAJNO**, *Il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario come limite alla potestà legislativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in http://www.giustiziaamministrativa.it/documentazione/studi_contributi/alessandro_pajno.htm;
- P. POZZANI**, *Nuovi profili del diritto di accesso dopo la l. 15/05, 2005*, in <http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/20050913Pozzani.htm>;
- S. UNGARO**, *La nuova trasparenza amministrativa: uno sguardo allo schema di decreto sugli obblighi di pubblicità delle PA*, 2013, in <http://saperi.forumpa.it/story/69904/la-nuovatrasparenza-amministrativa-uno-sguardo-allo-schema-di-decreto-sugli-obblighi-di>;
- P. FALLETTA**, *Il Freedom of information act italiano e i rischi della trasparenza digitale*, in *Federalismi.it*, Nov. 2016;
- S. VILLAMENA**, *Il C.D. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *Federalismi.it*, Nov. 2016.