

Criticità e prospettive per la disciplina del diritto di accesso generalizzato

di Anna Del Prete

SOMMARIO: 1. Dal principio di segretezza alla trasparenza della pubblica amministrazione – 2. Il d.lgs. n. 33/ 2013: il c.d. accesso civico – 3. I caratteri del c.d. “decreto Trasparenza” – 4. I limiti al nuovo accesso civico: più rigorosi o meno rigorosi di quelli di cui all’art. 24 della legge 241/1990? – 5. L’attuazione dell’accesso civico generalizzato – 6. Alcuni profili critici in attesa del taglio della Corte Costituzionale.

1. *Dal principio di segretezza alla trasparenza della pubblica amministrazione*

Al fine di meglio inquadrare il tema oggetto del presente scritto, giova anzitutto ripercorrere in breve l’articolato iter normativo concernente il ruolo della trasparenza¹ e l’esercizio del diritto di accesso. L’evoluzione in materia è stata lunga e tortuosa, si è passati da un sistema in cui la segretezza costituiva la “regola” dell’operato della pubblica amministrazione² e la trasparenza l’eccezione, ad un sistema diametralmente opposto. Esisteva una sorta di “velo dell’anonimato” sull’intero operato della pubblica amministrazione. Con l’avvento della legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, il legislatore ha capovolto l’orientamento fino a quel momento esistente, facendo divenire l’accesso ai documenti amministrativi la regola generale e il segreto la relativa eccezione. Ma il vero e proprio punto di svolta si è avuto solo con la legge n. 15 del 2005, di riforma della l. n. 241, che ha introdotto, per la prima volta nel testo normativo, il princi-

¹ “La trasparenza dell’azione amministrativa nelle diverse forme in cui si realizza costituisce un’esigenza assolutamente fondamentale degli ordinamenti democratici, ponendosi come strumento indispensabile a realizzare un effettivo e diretto rapporto tra governanti e governati, al fine tale di consentire a questi ultimi una consapevole partecipazione all’operato dei pubblici poteri”. Cfr. R. VILLATA, *La trasparenza dell’azione amministrativa*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo* (Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Varenna – Villa Monastero, 18-20 settembre 1986), Milano, 1989, 15 ss. La bibliografia sul tema della “trasparenza amministrativa” è amplissima. Si rinvia a F. MANGANARO, *Evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2010, 3 ss.; E. CARLONI, *La “casa di vetro” e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Diritto pubblico*, 2009, III, 779 ss.; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa (voce)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXXI, Roma, 1995, 1 ss.; R. CHIEPPA, *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in *Diritto dell’economia*, 1994, III, 613 ss.; R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell’organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1989, III, 416 ss.

² Per lo studio del «segreto amministrativo» è necessario riferirsi a I. F. CARAMAZZA, *Dal principio di segretezza al principio di trasparenza. Profili generali di una riforma*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1995, IV, 941 ss.; G. D’AURIA, *Trasparenza e segreti nell’amministrazione italiana*, in *Politica del diritto*, 1990, I, 93 ss.

pio della trasparenza tra i principi generali dell'azione amministrativa (articolo 1 c. 1, l. n. 241/1990). Nell'ottica del legislatore del 2005 la trasparenza dell'attività amministrativa viene concepita come valore finalistico, immanente all'ordinamento, in vista del quale "organizzare" istituti e principi giuridici che quel valore tendono a realizzare. È solo con il d.lgs. n. 150 del 27 ottobre 2009 (c.d. decreto Brunetta)³ che la trasparenza viene finalmente declinata come "[...] *accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni, con la dichiarata finalità di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità [...]*". Mutano, quindi, con tal decreto, sia l'oggetto della trasparenza che gli strumenti necessari alla sua realizzazione. Oggetto della trasparenza non sono più solo i documenti amministrativi, ma anche le "informazioni" relative all'organizzazione, alla gestione e all'utilizzo delle risorse finanziarie e strumentali. Non si parla di richiesta di accesso alle informazioni, ma della previsione di obblighi di pubblicazione sui siti istituzionali di tutte le informazioni concernenti l'attività, l'organizzazione e l'impiego delle risorse. La trasparenza inizia ad essere intesa come strumento di controllo diffuso dell'operato della pubblica amministrazione, a dispetto di quanto affermato dall'articolo 24 c. 3 l. n. 241/1990⁴. Si può parlare dell'esistenza di due linee direttrici all'interno del Decreto in questione: da un lato, la trasparenza mira a garantire l'efficienza della pubblica amministrazione per il tramite della trasparenza sulle performance della stessa e, dall'altro, essa mira a prevenire la corruzione, attraverso la trasparenza dei procedimenti e degli assetti organizzativi. È chiaramente collocato su questa seconda linea, il successivo Decreto Legislativo n. 33/2013, il c.d. accesso civico, che ha come obiettivo specifico quello di prevenire e reprimere l'illegittimità della P.A. Con l'art. 1 del d.lgs. n. 33 del 14.03.2013, *di riordino della disciplina sugli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni delle pubbliche amministrazioni* – adottato in attuazione della delega di cui ai commi 35 e 36 dell'art. 1, l. n. 190 del 6.11.2012, di contrasto alla corruzione e all'illegalità nelle pubbliche amministrazioni – il principio della trasparenza subisce una vera e propria trasformazione, traducendosi nel diritto "per tutti i cittadini di aver accesso diretto all'intero patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni"⁵. La trasparenza viene ad essere intesa come "*accessibilità totale alle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni*",

³ Decreto legislativo n. 150/2009, Attuazione della legge n. 15 del 4 marzo 2009, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

⁴ "Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni".

⁵ Cfr. in proposito F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della Pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in www.federalismi.it, n. 8/2013 del 17.4.2013, il quale ha parlato di una vera e propria mutazione *genetica subita*, attraverso tale riforma, dal principio di trasparenza.

al dichiarato fine di “*favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*” (art.1, c. 1). Inoltre, la trasparenza, nel momento in cui “*concorre alla realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino, viene anche ad essere qualificata quale condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali*”. Nella nuova normativa appare evidente, dunque, la duplice declinazione assunta dal principio di trasparenza e dall'obbligo di pubblicazione di documenti, informazioni e dati da parte della pubblica amministrazione. “Da un lato, infatti, essi vengono considerati come argine ai rischi di corruzione e di cattiva amministrazione e trattati quindi nella prospettiva del sospetto verso l'amministrazione. Dall'altro lato, essi sono invece utilizzati come supporto di un'amministrazione aperta e al servizio del cittadino, operante per la soddisfazione dei bisogni della collettività, e declinati quindi nella prospettiva della partecipazione e della fiducia reciproca fra cittadino e amministrazione. Si tratta di due approcci compatibili, ma molto diversi fra loro, di cui è molto importante evidenziare la distinzione”⁶. È importante, però che la trasparenza non venga letta unicamente quale strumento anticorruzione o comunque quale strumento di controllo sull'amministrazione, cristallizzandosi nella rigida separazione che contraddistingue la dinamica controllore/ controllato. Risulta opportuno, quindi, che il principio di trasparenza venga “declinato anche sul piano dell'amministrazione attiva, considerando la trasparenza prima di tutto come presupposto necessario per migliorare la capacità dell'amministrazione di aprirsi alla società e di agire nei suoi confronti con maggiore semplicità, efficacia ed efficienza, come presupposto per favorire quindi la partecipazione

⁶ In questi termini, M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 3/4 del 2013, 658-659, il quale sostiene che: “Da un lato, infatti, la normativa in questione prende in considerazione la pubblica amministrazione per i rischi che nella sua organizzazione e nella sua azione vengano a prodursi fenomeni di corruzione o comunque di “*cattiva amministrazione*”. In tale prospettiva, l'amministrazione viene guardata con sospetto e l'accessibilità delle informazioni viene proposta come argine ai suddetti fenomeni, in virtù della sua idoneità a favorire “*forme diffuse di controllo*”. Chi entra in possesso delle informazioni rimane al di fuori della vicenda legata all'agire amministrativo, si rivolge all'amministrazione dall'esterno, con diffidenza, non interagisce con essa, ne rimane distaccato e percepisce i suoi interventi su un piano diverso rispetto a quello dell'amministrazione attiva, limitandosi a vigilare per cogliere le eventuali disfunzioni, affinché non si verifichino casi di cattiva amministrazione o di abuso. Dall'altro lato, le nuove disposizioni fanno invece riferimento all'amministrazione come organizzazione aperta e al servizio del cittadino, che deve operare con efficienza ed efficacia, in modo da garantire la “*buona amministrazione*” e da raggiungere risultati in grado di soddisfare i bisogni della collettività. In tale prospettiva, l'amministrazione viene guardata con fiducia e l'accessibilità delle informazioni diventa strumentale all'instaurazione di un corretto rapporto fra essa e i destinatari dei suoi interventi e viene finalizzata a rendere più chiari e più comprensibili i modi di questa relazione, a semplificare le procedure e quindi in definitiva a creare le condizioni per il raggiungimento di risultati migliori.”

ad essa da parte dei cittadini⁷. Il legislatore, dunque, riconosce alla trasparenza un ruolo essenziale per il funzionamento del sistema politico istituzionale, fondamento di un vero e proprio diritto alla conoscibilità dell'azione amministrativa, a tal punto che la giurisprudenza immediatamente successiva all'entrata in vigore del presente decreto ha chiarito che quest'ultimo “*si ispira al modello del Freedom of Information Act statunitense, introducendo il principio dell'accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle Pubbliche Amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, pur nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato [...] e di protezione dei dati personali*”.⁸

2. *Il d.lgs. n. 33/2013: il c.d. accesso civico*

La portata più rivoluzionaria di tale riforma legislativa sta sicuramente, a ogni buon conto, nell'introduzione dell'istituto del c.d. “Accesso civico”, totalmente nuovo e differente rispetto al tradizionale diritto di accesso riconosciuto dalla legge sul procedimento (art. 22 e ss. l. n. 241/90).

Con maggiore impegno esplicativo, il decreto prevede che agli obblighi di pubblicazione corrisponda un vero e proprio diritto soggettivo che spetta a “chiunque”, ossia ai cittadini in quanto tali, senza necessità di dimostrare l'interesse qualificato e differenziato⁹ che giustifichi la presentazione dell'istanza

⁷M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione.....città*, 680, il quale più in generale sostiene che “il d.lgs. n. 33/2013 si configura dunque, come almeno provvisorio punto di arrivo di un percorso che da più di vent'anni è rivolto ad affermare la pubblicità e la trasparenza come principi cardine per l'attività e per l'organizzazione amministrativa, a disciplinare gli obblighi di informazione e di comunicazione della pubblica amministrazione, a garantire i diritti di informazione e di accesso dei cittadini, a sviluppare l'uso delle tecnologie informatiche al fine di migliorare e rendere più accessibile e aperto il sistema informativo pubblico. Nel suddetto decreto confluiscono le molteplici direzioni seguite lungo questo percorso, sia quelle rivolte ad enfatizzare la realizzazione dei diritti di informazione del privato come situazione a sé stante e autonomamente rilevante, sia quelle rivolte ad enfatizzare la dimensione partecipativa dell'attività amministrativa, nella quale lo scambio di informazioni e la capacità di comunicare dell'amministrazione rivestono un ruolo centrale”. In particolare, l'Autore da ultimo osserva come «[...] il diritto alla conoscibilità delle informazioni e dei dati si spinge fino a veder garantite non solo le condizioni del loro reperimento da parte di chi è interessato ad essi, ma anche quelle del loro ritrovamento e/o della loro connessione “casuale”, ispirata al limite dalla mera curiosità, con il rischio che l'accessibilità delle informazioni finisca con il favorire, anziché la trasparenza dell'amministrazione e la realizzazione del diritto all'informazione, l'esercizio di una sorta di “voyeurismo” amministrativo da parte di chiunque abbia accesso al web».

⁸ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 18 luglio 2013, n. 1904, in www.gazzettaamministrativa.it.

⁹ L'articolo 22, c. 1, lett. b), l. n. 241/1990, invece, delinea i soggetti interessati all'accesso, definendoli come “tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici e diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridica-

ostensiva¹⁰. Per come è strutturata, tale innovativa forma di accesso si articola

mente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso". L'esigenza di un interesse diretto, concreto ed attuale è funzionale ad escludere che l'istituto consenta indistintamente a tutti i privati il potere di esercitare un controllo generalizzato sull'operato della P.A. Il Consiglio di Stato ha sottolineato che "l'interesse che legittima la richiesta di accesso ai documenti amministrativi va considerato in termini particolarmente ampi tutte le volte in cui esso risulta funzionale alla tutela di vaste categorie di soggetti, coinvolti nell'esercizio di funzioni amministrative o nell'espletamento di servizi pubblici" (Cons. St., sez. V, n. 127 del 16.1.2004). Il Consiglio di Stato ha anche affermato che "l'interesse che legittima la richiesta di accesso, oltre ad essere serio e non emulativo, deve essere personale e concreto, ossia ricollegabile alla persona dell'interessato da uno specifico nesso [...] la legittimazione all'accesso va riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti procedurali oggetto dell'accesso abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l'autonomia del diritto di accesso, inteso come interesse ad un bene della vita, distinto rispetto alla situazione legittimante all'impugnativa dell'atto" (Adunanza Plenaria n.7 del 24.4.2012).

¹⁰ Molto dibattuta è stata la tesi sulla natura giuridica del diritto di accesso, essendo questo stato configurato in dottrina e giurisprudenza, sia come diritto soggettivo (tale tesi fa leva essenzialmente sul carattere vincolato dei poteri rimessi all'amministrazione in sede di esame dell'istanza di accesso, poteri aventi ad oggetto la mera ricognizione della sussistenza dei presupposti di legge e l'assenza di elementi ostativi all'accesso. Detta tesi risulta corroborata dall'inclusione del diritto di accesso nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione; dalla riconduzione del giudizio in tema di accesso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e dall'espressione letterale di cui all'art. 22, c. 1, lett. a), della l. n. 241/1990), sia come interesse legittimo (V. Cons. St., Adunanza Plenaria. n. 16/1999, che ha messo, altresì, in luce come: "Il legislatore, pur avendo qualificato come diritto la posizione di chi ha titolo ad accedere ai documenti amministrativi, in considerazione degli interessi pubblici coinvolti ha disposto all'art. 25, c. 5, un termine perentorio entro il quale è proponibile un ricorso contro le determinazioni amministrative concernenti il diritto di accesso. La tutela del diritto di accesso è stata così riferita all'impugnazione di un provvedimento autoritativo dell'Amministrazione. Il termine diritto più volte adoperato nel suo senso più generico dal legislatore negli articoli da 22 a 25, va interpretato alla luce della norma che prescrive il termine perentorio per la proposizione del ricorso, nonché delle regole generali del processo amministrativo di legittimità [...] Più in generale è ravvisabile la posizione di interesse legittimo, tutelata dall'art. 103 della Cost., quando un provvedimento amministrativo è impugnabile, come di regola, entro un termine perentorio, pure se esso incide su posizioni che, nel linguaggio comune, sono più spesso definite come di *diritto*"). L'A. P. è tornata ad esprimersi sulla natura giuridica del diritto di accesso con la decisione n. 6 del 18 aprile 2006, dove ha preferito non assumere una posizione netta sulla questione, sul presupposto della natura strumentale del diritto di accesso a tutela di altra posizione giuridica comunque tutelata dal legislatore, sia essa di diritto od interesse. Come rileva, peraltro, la stessa A. P. "La questione nondimeno è rimasta aperta anche dopo l'intervento dell'A. P., rinvenendosi nella giurisprudenza di questo Consiglio- insieme a pronunce in linea con la decisione suddetta- (Sez. V, n. 1969/2004; n. 5034/2003) decisioni che propendono ancora per la configurabilità dell'accesso in termini di diritto soggettivo (Sez. VI, n. 1679/2005 e n. 2938/2003), M. MIRABELLA, *Il diritto di accesso*, in M. MIRABELLA (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 698-700. Sul punto vi sono tesi dottrinarie che propendono per l'una o l'altra qualificazione. Tra tutti, F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, 2328 ss., afferma che "nel caso di accesso ai documenti contenenti dati di terzi, la posizione del richiedente sarebbe di interesse legittimo, poiché sussiste un potere discrezionale della p.a. di bilanciare le contrapposte esigenze, dando

principaliter in due fasi: la prima vede come protagonista la pubblica amministrazione, la quale proattivamente si adopera al fine di predisporre tutte le *condiciones* necessarie per il suo concreto esercizio, attraverso la pubblicazione di quanto disposto *ex lege*, la seconda, invece, è affidata al cittadino, il quale, attraverso un controllo responsabile sull'operato dei pubblici poteri, partecipa (impropriamente) alla *res publica*, individuando gli obblighi di pubblicazione inadempiti. Proprio con riferimento a questo ultimo segmento procedimentale di "competenza" del privato, si è evidenziata immediatamente la debolezza di tale forma di accesso, poiché meramente successiva ad un inadempimento di legge.

Più dettagliatamente, l'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013 riconosce, in caso di inadempimento dell'obbligo di pubblicazione, un diritto di accesso civico attivabile da chiunque, quasi nella forma dell'azione popolare¹¹, con l'obiettivo di indurre le Pubbliche Amministrazioni, ad ottemperare agli obblighi di pubblicazione, presentando al responsabile della trasparenza della P.A. una richiesta di accesso non sottoposta a limitazione alcuna quanto alla legittimazione attiva del richiedente, senza che incomba su quest'ultimo alcun gravoso onere motivazionale, e per di più, gratuitamente. La trasparenza amministrativa, in seguito all'introduzione del d.lgs. n. 33/2013, sembra aver acquisito una centralità tale nel nostro ordinamento da poterle dedicare anche un codice di settore.¹² Si può osservare che nel d.lgs. di cui sopra, pensato come catalogo sistematico di obblighi di pubblicazione online di dati, documenti e informazioni da riversare nelle apposite sezioni "amministrazione trasparente" dei siti web istituzionali, la trasparenza amministrativa tende a sovrapporsi concettualmente con la pubblicità, dimenticando il ruolo strumentale che la seconda riveste ai fini della realizzazione della prima¹³.

prevalenza all'una piuttosto che all'altra; nel caso in cui gli atti oggetto di accesso siano privi di tali dati, viceversa, la posizione del privato dovrebbe qualificarsi in termini di diritto soggettivo, stante l'assenza di poteri discrezionali in capo all'amministrazione".

¹¹ Fino al d.lgs. n. 33/2013, infatti, la facoltà di accedere agli atti e ai documenti della pubblica amministrazione presentava limiti evidenti: se da un lato veniva data ai cittadini la possibilità di accedere agli atti, dall'altro venivano fissati confini difficili da oltrepassare, tra cui il divieto di controllo diffuso sull'operato della pubblica amministrazione, profilo, quest'ultimo, oggi ampiamente dibattuto. Per approfondimenti, si veda N. PAOLANTONIO, *L'accesso alla documentazione amministrativa*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2014, 270 ss.

¹² Cfr., in proposito, A. BONOMO, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in *Ist. del Fed.*, 2013, III-IV, 725 ss., specialmente nella parte in cui l'Autore interpreta il d.lgs. n. 33/2013 come "codice della trasparenza" in ragion della circostanza per cui tale testo "[...] contiene molto più che un mero riordino degli obblighi di pubblicazione posti a carico delle pubbliche amministrazioni, in quanto interviene a modificare in termini profondamente innovativi il regime di conoscibilità dei dati pubblici del nostro ordinamento". Vd., anche, E. CARLONI, *I principi del codice della trasparenza*, in B. PONTI, *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, Maggioli ed., 2013, 29 ss.

¹³ Vd. ANNA SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*

Si può, inoltre, affermare che i principi di trasparenza e di pubblicità non sono sovrapponibili, giacché la trasparenza rappresenta la sintesi di una serie di strumenti aventi differenti funzioni e natura, ma accumulati dalla capacità di rendere visibile ed accessibile ai singoli l'attività della pubblica amministrazione, richiedendo un surplus qualitativo riassumibile nella capacità di assicurare un flusso informativo reale ed efficace, che non può essere accumulato alla mera ostensione al pubblico di dati e documenti¹⁴. Si può rilevare che però la traspa-

in *Diritto amministrativo*, 2013, IV, 758, laddove l'Autrice rileva che "la definizione oggi espressa all'inizio del d.lgs. n. 33/2013 parrebbe [...] segnare una svolta nella direzione della tendenziale coincidenza fra trasparenza e pubblicità, nonostante le singole disposizioni che compongono l'articolato, dimostrino che in realtà l'obbligo di trasparenza/pubblicità opera concretamente in ambiti determinati". Sulla distinzione teorica tra i concetti di "trasparenza e "pubblicità" si veda, il contributo di M. OCCHIENA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA, F. SAIFFA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, 143 ss. Si richiama quanto osservato in S. VACCARI, *L'evoluzione del rapporto tra la Pubblica Amministrazione e le persone nel prisma dello sviluppo della «trasparenza amministrativa»*, in *Jus-online*, 2015, III, 7-8, dove si è sottolineato come "l'attività di pubblicizzare rimanda ad un'operazione di tipo statico consistente nella mera estrinsecazione di un complesso di conoscenze e di informazioni sulla base di obblighi di fonte legale. A contrario, il concetto di trasparenza, non equipollente all'accennata pubblicità, non può trovare un rapporto di identità nella mera ostensione al pubblico dei dati informativi, bensì partecipa di un elemento aggiuntivo, definibile come momento dinamico, legato a precise caratteristiche qualitative quali chiarezza, comprensibilità ed intelligibilità delle informazioni precedentemente pubblicate. Si assiste dunque, ad un tipico rapporto da mezzo a fine, ove mezzo è la pubblicità la quale, allorché cumula a sé determinate caratteristiche che consentano la comprensibilità del dato, raggiunge il fine rappresentato dalla trasparenza".

Non ci si esime anche dal riportare la chiara riflessione, sul punto, di G. ARENA, M. BOMBARDELLI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006, 411: «da pubblicità è fondamentale, ma è solo il passaggio intermedio per uscire dal segreto e arrivare alla trasparenza. Il segreto è infatti non conoscibilità, non conoscenza e quindi non comprensione. La pubblicità è conoscibilità, ma non necessariamente conoscenza. La trasparenza è insieme conoscenza e comprensione. Una informazione pubblica è un'informazione conoscibile, ovvero è una potenziale fonte di conoscenza; ma affinché si abbia il passaggio dalla pubblicità alla trasparenza è necessario il passaggio dalla conoscibilità alla conoscenza vera e propria, su cui può a sua volta fondarsi la comprensione. Pertanto, assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa vuol dire assicurare la conoscenza reale, vera, di tale attività, quella che consente la comprensione e di conseguenza anche il controllo. ». Sui profili qualitativi della trasparenza amministrativa vd., anche, M. R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell'amministrazione*, in *Studi in onore di Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, III, 1435.

¹⁴ F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in *Scritti in memoria di ROBERTO MARRAMLA*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 1 ss. afferma: "[...] la pubblicità non coincide con la trasparenza, anche se ne costituisce uno dei possibili elementi. La pubblicità è un mero stato di fatto dell'atto, dell'organizzazione o del procedimento, mentre la trasparenza è chiarezza e comprensibilità dell'azione amministrativa. In questo senso sarebbe pubblico, ma non espressione di trasparenza l'atto regolarmente pubblicato all'albo o su un sito internet, ma in periodo festivo o abilmente occultato oppure atti accessibili, ma equivoci, oscuri e pertanto non comprensibili all'accidente. Insomma, la trasparenza è un *quid pluris* sia rispetto alla pubblicità che

renza, quale risulta all'articolo 4¹⁵ del d.lgs. n. 33 del 2013, non può ancora considerarsi come accessibilità totale oltre l'ambito dell'obbligo di pubblicazione, dato che tale articolo – poi abrogato dal d.lgs. n. 97/2016 – prevedeva una forma di pubblicità facoltativa. Si può ritenere che il sistema delineato dal d.lgs. n. 33 del 2013 ha previsto la coesistenza di due diverse nozioni di trasparenza¹⁶, ciascuna delle quali presidiata da un proprio regime giuridico: una trasparenza come pubblicità per le informazioni, per le quali è previsto un obbligo di pubblicazione ed una trasparenza come accessibilità *ex lege* 241 del 1990 per gli atti amministrativi (e non per le informazioni) non soggetti ad obblighi di pubblicità¹⁷.

La giurisprudenza, chiamata ad interpretare le disposizioni normative *de quibus*, ha chiarito che, in sostanza, con l'accesso civico è stato introdotto “*il potere di cittadini ed enti di controllare democraticamente se una amministrazione pubblica abbia adempiuto gli obblighi di trasparenza previsti dalla legge. Ove tale adempimento non vi sia stato, il predetto potere si estrinseca nella facoltà di esercizio dell'accesso civico, ovvero di richiedere alla amministrazione inadempiente i medesimi documenti, informazioni, dati, [...]... sicchè la p.a. può respingere l'istanza di accesso civico esclusivamente contestando la ricorrenza del presupposto normativo*”¹⁸. Il diritto di accesso civico è costruito come un diritto inteso nell'ottica di un controllo generalizzato dell'operato della P.A. Il diritto in questione persegue l'obiettivo di garantire e tutelare l'interesse generale alla correttezza dell'attività amministrativa, che si compendia “*nella cultura del rispetto e della lealtà verso i destinatari dell'esercizio della funzione amministrativa*”¹⁹.

allo stesso diritto di accesso, imponendo all'amministrazione il dovere di agire correttamente, al di là delle mere prescrizioni formali della norma, nella consapevolezza che la democrazia ha bisogno di un'esplicitazione comprensibile del potere [...] la trasparenza, esplicitamente inserita nell'art. 1 della legge sul procedimento dalla novella del 2005, va oltre gli obblighi procedurali, poiché richiede una comprensibilità dell'azione amministrativa”.

¹⁵ Articolo 4 c.3 del d.lgs. n. 33/ 2013 “*Le pubbliche amministrazioni possono disporre la pubblicazione nel proprio sito istituzionale di dati, informazioni e documenti che non hanno l'obbligo di pubblicare ai sensi del presente decreto o sulla base di specifica previsione di legge o regolamento, fermi restando i limiti e le condizioni espressamente previsti da disposizioni di legge, procedendo alla anonimizzazione dei dati personali eventualmente presenti*”.

¹⁶ “*Da intendersi in linea generale come oggetto di un nuovo servizio pubblico di erogazione di conoscenza e condivisione di un ampio patrimonio conoscitivo/informativo detenuto dalle pubbliche amministrazioni, applicativo dei principi propri della pubblica amministrazione, di cui all'articolo 97 Cost., e degli altri principi costituzionali di cui all'art. 1, 2 e 21 Cost*”, S. VACCARI, *Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili: le nuove regole sulla trasparenza*, 2, *Relazione al Convegno AIPDA, Decisioni amministrative e processi deliberativi*, 5-6-7 ottobre 2017, in www.diritto-amministrativo.org.

¹⁷ A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Rivista Sicurezza e scienze sociali*, 2016, II, 238.

¹⁸ *Così*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III bis, 19 marzo 2014, n. 301, in giustizia-amministrativa.it.

¹⁹ Cfr. S. TOSCHEI, *Accesso civico e accesso ai documenti amministrativi, due volti del nuovo sistema amministrativo Italia*, *Intervento al Convegno “Anticorruzione e trasparenza: analisi dell'impatto normativo nell'ente locale”* – Frascati, 15 luglio 2013, in cui si rinvia per un'attenta analisi delle assonanze e delle dissonanze tra accesso civico ed accesso documentale.

Con le disposizioni dettate dal d.lgs. n. 33/2013, in materia di pubblicità, trasparenza, diffusione di informazioni da parte della p.a., “*si è, infatti, inteso procedere al riordino della disciplina, volta ad assicurare a tutti i cittadini la più ampia accessibilità alle informazioni, concernenti l’attività delle p.a., al fine di attuare il principio democratico ed i principi costituzionali di eguaglianza, imparzialità, buon andamento, [...] quale integrazione del diritto ad una good administration*”²⁰. In altre parole, va comunque evidenziato che il diritto di accesso civico non sostituisce il diritto di accesso ai documenti amministrativi di cui alla l. n. 241/1990, in quanto i due istituti continuano a convivere con le loro peculiari caratteristiche²¹ nel nostro ordinamento, poiché rispondono a finalità diverse²².

²⁰ *Cons. Stato, Sez. VI, 20 novembre 2013, n. 5515*, in www.neldirittoeditore.it.

²¹ Il diritto di accesso civico, già *prima facie*, presenta evidenti differenze rispetto all’accesso classico di cui alla l. n. 241 del 1990. Infatti, i soggetti legittimati ad esercitare il diritto di accesso *ex art. 22* sono i privati che “abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale”, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento di cui è chiesta l’ostensione, mentre il legislatore del 2013 ha riconosciuto a “chiunque” il diritto di chiedere copia della documentazione che avrebbe dovuto essere pubblicata sul sito istituzionale della amministrazione; l’istanza di accesso civico non deve essere motivata attraverso l’esposizione delle ragioni sottese alla richiesta, mentre l’art. 25 della legge sul procedimento statuisce che la “richiesta di accesso deve essere motivata”. Ancora, poiché l’accesso civico è collegato ad un precedente inadempimento della p.a. di un obbligo di legge, a differenza dell’accesso tradizionale, è gratuito; il destinatario della domanda, in caso di accesso civico, è il Responsabile per la trasparenza, mentre nell’accesso ordinario la domanda viene presentata generalmente all’Ufficio Relazioni con il pubblico (anche se il responsabile dei relativi procedimenti è il vertice dell’ufficio che ha formato l’atto o che lo detiene stabilmente); infine, per quanto concerne l’oggetto, l’accesso civico può concernere solamente quegli atti la cui pubblicazione sia obbligatoria, richiamata, per ampi settori, nella seconda parte del decreto *de quo*, mentre l’esercizio dell’accesso ai documenti amministrativi è strettamente condizionato all’esistenza materiale di un documento amministrativo già formato. Anche sotto il profilo contenutistico i due istituti si differenziano notevolmente, in quanto l’esercizio dell’accesso ai documenti amministrativi è strettamente condizionato all’esistenza materiale di un documento amministrativo già formato ed alla dimostrazione della sua idoneità ad essere utilizzato per tutelare o difendere la posizione soggettiva vantata dal richiedente, e non, invece, come nel caso dell’accesso civico, esclusivamente diretto all’acquisizione di documenti, dati o informazioni (per i quali esiste un obbligo normativo di pubblicazione) in virtù di una pretesa azionabile riconosciuta a chiunque ne faccia richiesta, in un’ottica di controllo diffuso sull’operato dell’amministrazione.

²² Sulla coesistenza del diritto di accesso “civico”, da un lato, e tradizionale “a legittimazione ristretta”, dall’altro, nonché sui loro tratti distintivi, cfr. *Cons. St., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 5515*, in *Foro amministrativo*, 2013, XI, 3166, nella parte in cui, per quanto qui occorre, si ribadisce esplicitamente che «[...] le nuove disposizioni, dettate con d.lgs. 14.3.2013, n. 33 in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni disciplinano situazioni, non ampliative né sovrapponibili a quelle che consentono l’accesso ai documenti amministrativi, ai sensi degli articoli 22 e seguenti della legge 7.8.1990, n. 241, come successivamente modificata ed integrata». In dottrina, sul punto, si segnalano le considerazioni di B. PONTI, *Il codice della trasparenza amministrativa: non solo riordino, ma ridefinizione complessiva del regime della trasparenza amministrativa on-line*, in www.neldiritto.it, il quale individua la principale differenza tra l’accesso tradizionale di cui alla l. n. 241/1990 e il nuovo istituto del c.d. «accesso civico»

3. *I caratteri del c. d. “decreto Trasparenza”*

Con la legge delega n. 124/2015, recante “Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”, si è avviato un processo rivoluzionario di riforma della pubblica amministrazione. In particolare, tale legge ha delegato il Governo ad adottare “uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive del d.lgs. n. 33/2013, in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. Più nel dettaglio, per quanto concerne in linea generale la ridefinizione dell’oggetto del d.lgs. n. 33/2013²³, lo schema di decreto, modificando l’art. 2 del decreto ultimo in questione, recita che “*le disposizioni del presente decreto disciplinano la libertà di accesso di chiunque ai dati ed ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni e dagli altri soggetti di cui all’art. 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*”. Tale modifica “pare assai rilevante, poiché mette in evidenza come lo scopo della normativa in materia di trasparenza non sia (più), in primis, quello di ottenere la pubblicazione di documenti in possesso della pubblica amministrazione, ma [...] piuttosto (e molto più correttamente), quello di garantire la libertà di accesso a dati e documenti in possesso della pubblica amministrazione: «tramite l’accesso civico» in primis, e solo in subordine «tramite la pubblicazione di documenti, informazioni e dati»²⁴.

Di conseguenza, viene introdotto da tale schema di decreto una ulteriore forma di accesso²⁵, non più inteso come sanzione susseguente l’inadempimento

nella distinzione che sussiste, in punto di legittimazione, tra un «need to know» (proprio della legittimazione ristretta di cui all’art. 22 della legge generale sul procedimento amministrativo) e un (differente) «right to know» come base di un (nuovo) sistema di «open government» ideato dal d.lgs. 33/2013. Egli, infatti, osserva che «agli obblighi di pubblicazione corrisponde dunque non un need to know (una conoscenza utile al soddisfacimento di un interesse, di un bisogno particolare), ma un vero right to know. Un diritto conseguentemente assistito da un meccanismo di implementazione (in caso di inadempimento dell’obbligo di pubblicazione) attivabile da chiunque, quasi nella forma dell’azione popolare». In argomento, anche, F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della Pubblica Amministrazione*,cit., 6.

²³Novità confermate anche dal cd. Decreto FOIA (d.lgs. n. 97/2016), che ha provveduto alla riscrittura dell’art. 2 del d.lgs. n. 33/2013.

²⁴Così, D. U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della pubblica amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del d.lgs. n. 33/2013*, contributo in *www.federalismi.it*, 8.

²⁵“Lo schema di nuovo provvedimento ribalta l’attuale impostazione normativa in tema di trasparenza sotto un duplice profilo. Innanzitutto, riconosce al cittadino un vero e proprio diritto alla richiesta di atti inerenti alle pubbliche amministrazioni, a qualunque fine e senza necessità di motivazioni: dunque, la disclosure non è più limitata a quelle informazioni riguardo alle quali egli sia titolare di un interesse specifico e qualificato (“diretto, concreto e attuale”) idoneo a “motivare” la sua istanza di accesso, come disposto dalla legge sul procedimento amministrativo (l. 241/90).

degli obblighi di pubblicazione da parte della p.a., ma come un vero e proprio diritto di accesso ai dati e documenti pubblici²⁶, che pare trovare la propria fonte di ispirazione in ciò che nei sistemi di origine anglosassone viene definito con l'acronimo di FOIA (Freedom of Information Act²⁷): infatti, tale nuova forma di accesso, concerne non solo le ipotesi in cui esistano specifici obblighi di pubblicazione, ma anche dati e documenti per cui tali obblighi non sussistono²⁸. Emerge da quanto detto fino ad ora, un dato incontestabile: nella disciplina originaria dell'accesso civico di cui al d.lgs. n. 33/2013, quest'ultimo è stato considerato strumentale e successivo rispetto all'(in)adempimento dell'obbligo di pubblicazione, mentre nei sistemi che si sono ispirati al FOIA, il fine principale è quello di accedere alle informazioni. Nel sistema Foia, dunque, la regola generale è costituita dalla pubblicità, rispetto alla quale il limite della riservatezza viene a rappresentare una eccezione, che gli operatori del diritto, amministratori e corti giurisdizionali, interpretano in maniera restrittiva; per contro, nel modello delineato dal d.lgs. n. 33/2013, la pubblicità non sembra ancora imporsi come vera e propria regola generale, tanto ciò vero che essa opera solamente nei limiti in cui è imposta dalla legge. A seguito della riforma Madia, la pubblicità, seppur non diviene ancora regola generale, permette comunque una riduzione delle distanze tra il nostro modello e il cd. Modello Foia: e ciò è reso possibile attraverso il riconoscimento dell'accessibilità anche ai dati ed ai documenti non oggetto di pubblicazione. Il diritto di accesso civico ha una consistenza di diritto soggettivo,

In secondo luogo, il decreto in discorso aggiunge alla preesistente trasparenza di tipo "proattivo", ossia realizzata mediante la pubblicazione obbligatoria sui siti web di determinati enti dei dati e delle notizie indicati dalla legge (d.lgs. 33/2013), una trasparenza di tipo "reattivo", cioè in risposta alle istanze di conoscenza avanzate dagli interessati. Il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (from need to right to know, nella definizione inglese F.O.I.A), si realizza in pieno e rappresenta per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine, cara a Filippo Turati, della Pubblica Amministrazione trasparente come una «casa di vetro», tratto dal parere del Cons. St. n. 515/2016 del 18 febbraio sullo schema di decreto *de quo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶ Sicchè, "[...] non si comprende l'utilità di lasciare il comma 1 del nuovo articolo 5, che si limita a consentire l'accesso civico ai documenti da pubblicare e che appare ora *del tutto assorbito dal più ampio accesso di cui al comma 2 e può essere espunto*", Cons. di St. nel parere n. 515/2016, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁷ Per un'analisi del sistema F.O.I.A. statunitense, dall'angolo visuale della dottrina italiana, cfr., quantomeno, E. CARLONI, *La qualità delle informazioni diffuse dalle amministrazioni negli Stati Uniti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, XI, 1232 ss.; G. GARDINI, *Legislazione federale e legislazione statale in materia di procedimento amministrativo: l'esperienza degli Stati Uniti*, in *Regione e governo locale*, 1992, V, 757 ss.; nonché G. ARENA, *La "Legge sul diritto alla informazione" e la pubblicità degli atti dell'Amministrazione negli Stati Uniti*, in *Pol. dir.*, 1978, III, 279.

²⁸ Non può farsi a meno di evidenziare una certa simmetria tra i principi ispiratori della cd. Riforma Madia e la disciplina sulla trasparenza e l'accesso alle informazioni dettata in materia ambientale, in particolare sotto il profilo soggettivo della legittimazione all'accesso alle informazioni.

vi è per il cittadino una certezza di spettanza della pretesa informativa, in seguito alla configurazione della struttura normativa della fattispecie che ha costruito il rapporto giuridico cittadino – P.A. nei termini di rapporto diritto-obbligo²⁹. Tale quadro si è complicato con la successiva riforma intervenuta attraverso il recente d.lgs. n. 97/2016. Infatti, il legislatore, onde evitare che la trasparenza si risolvesse in un mero adempimento legalistico e burocratico, ha deciso di ampliare l'ambito di applicazione dell'istituto dell'accesso civico originario. Si è previsto che il *civis* possa pretendere di visionare qualsiasi dato o documento detenuto dalla P.A., nel rispetto di una serie cospicua di limiti a presidio di interessi giuridicamente rilevanti. Si è contribuito a creare un qualcosa che, difficilmente da punto di vista strutturale, non può essere inquadrato come “diritto soggettivo”. “La riforma appare [...] rilevante perché interessa – profondamente – l'apparato pubblico nel suo complesso, ma anche perché guarda all'esterno di tale apparato e mira a incidere sul rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, in una visione olistica che mette al centro il destinatario del servizio pubblico e non l'apparato che fornisce il servizio medesimo”³⁰. Tra le novità introdotte dal d.lgs. n. 97/2016, vi è quella concernente la modifica dell'istituto dell'accesso civico³¹, che diviene più esteso rispetto al dettato normativo precedente e che assume, quindi, una connotazione equivalente al c.d. Foia, proprio, come presente nei sistemi anglosassoni. “*Questa nuova forma di accesso prevede che chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, può accedere a tutti i dati e i documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, nel rispetto di alcuni limiti tassativamente indicati dalla legge. Si tratta, dunque, di un regime di accesso più ampio di quello previsto dalla*

²⁹ Tale diritto soggettivo si correla pertanto ad un obbligo dell'amministrazione, la cui fonte genetica non è tanto la richiesta delle facoltà insite nella posizione giuridica soggettiva dell'istante, bensì la fonte legale che grava le diverse amministrazioni degli obblighi corrispondenti ai diversi capi di cui al d.lgs. n. 33/2013. Non si può parlare di una conoscibilità avente un oggetto onnicomprensivo, ossia tale da ricomprendere ogni dato, documento, informazione detenuta dalla pubblica amministrazione, ma si presenta come diritto limitato in relazione agli specifici e soli obblighi di pubblicazione- previo inadempimento della PA- elencati nel d.lgs. n. 33/2013.

³⁰ Cons. St., parere n. 343/2016 del 18 febbraio 2016, reso sullo schema di decreto legislativo “Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”, consultabile presso la banca dati istituzionale della Giustizia amministrativa, in www.giustizia-amministrativa.it.

³¹ “Rimane inalterato quanto disposto dal comma 1 dell'art. 5, d.lgs. n. 33 del 2013, che sancisce il diritto di accesso ai documenti sui quali grava l'onere di pubblicazione. Il comma 2 introduce il nuovo diritto di accesso. Entrambe le fattispecie sono accomunate sotto la medesima definizione di accesso civico, anche se quest'ultimo è esercitabile nei confronti di una serie definita di documenti (quelli per i quali è prevista la pubblicazione), mentre quello introdotto dall'articolo in esame, al contrario, è di tipo aperto, avendo ad oggetto una serie più ampia di dati e documenti, con i limiti individuati dal successivo art. 5-bis”, così, breve commento sul d.lgs. n. 97/2016, in www.giustizia-amministrativa.it.

versione originaria dell'art. 5, D.lgs. n. 33/2013, in quanto consente di accedere non solo ai dati, alle informazioni e ai documenti per i quali esistono specifici obblighi di pubblicazione (per i quali permane, comunque, l'obbligo dell'amministrazione di pubblicare quanto richiesto, nel caso in cui non fosse già presente sul sito istituzionale), ma anche ai dati e documenti per i quali non esiste l'obbligo di pubblicazione e che l'amministrazione deve quindi fornire al richiedente".³²

4. I limiti al nuovo accesso civico: più rigorosi o meno rigorosi di quelli di cui all'articolo 24 della legge 241/1990?

Altra importante novità introdotta del d.lgs. 97/2016 è l'articolo 5-bis che prevede ipotesi di esclusione del "nuovo" accesso civico³³. 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 concreto³⁴ alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti: sicurezza pubblica e ordine pubblico, sicurezza nazionale, difesa e questioni militari, relazioni internazionali, politica e stabilità finanziaria ed economica

³²Così si legge nella relazione illustrativa del Governo al d.lgs. n. 97/2016, in *www.funzionepubblica.gon.it*.

³³ Il nuovo "diritto di accesso civico" (denominato dall'A.N.A.C. come "generalizzato") gode di effettività soltanto laddove esso prevalga - nella fattispecie concreta e in esito al complesso giudizio di bilanciamento amministrativo discrezionale - sui possibili interessi antagonisti che rivestono il ruolo di "limite" all'ostensione del dato o documento richiesto e che, pertanto, possono legittimamente precludere nel singolo caso l'istanza di trasparenza amministrativa. Senonché, la tecnica normativa adottata dal legislatore per identificare i suddetti limiti all'accesso civico segue una formulazione per "clausole generali" che, a fronte dell'ampiezza semantica delle diverse e plurime categorie, rischia di rovesciare in concreto l'enunciato rapporto regola-eccezione tra trasparenza/ riservatezza in favore della seconda, con il serio pericolo di vanificare il senso complessivo della riforma [...] è agevole constatare il numero oltre che la genericità (se non la vaghezza) di tali clausole generali di limite, le quali, invece di porsi in rapporto di stretta eccezione rispetto alla regola generale di trasparenza, consegnano in dotazione ai singoli funzionari amministrativi, un'arma in grado di opporre un legittimo diniego all'accesso pressoché in ogni fattispecie concreta. E, infatti, pare difficile poter dubitare che qualsiasi istanza di accesso civico generalizzato abbia interferenze e, dunque, si intrecci con uno di tali plurimi interessi pubblici e privati", S. VACCARI, *Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili...*, cit., 10-12.

³⁴ Il riferimento alla concretezza del pregiudizio è stato introdotto dal d.lgs. n. 97 del 2016; lo schema del decreto legislativo non faceva, infatti, riferimento alla concretezza del pregiudizio arrecato dall'accesso civico alla tutela di determinati interessi pubblici e privati. Si ha concretezza di pregiudizio, secondo l'A.N.A.C., quando sussiste un preciso nesso di causalità tra l'accesso e il pregiudizio, dovendo l'amministrazione non limitarsi a prefigurare il rischio di un pregiudizio in via generica e astratta, ma, piuttosto a: a) indicare chiaramente quale - tra gli interessi elencati all'art. 5-bis, commi 1 e 2, venga pregiudicato; b) valutare se il pregiudizio (concreto) prefigurato dipenda direttamente dalla *disclosure* dell'informazione richiesta; c) valutare se il pregiudizio conseguente alla *disclosure* sia un evento altamente probabile, e non soltanto possibile. A.N.A.C., *Linee Guida Foia*, 28 DICEMBRE, 2016, 11.

dello Stato, conduzione di indagini sui 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 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». Secondo la disposizione del comma 2 dell'art. 5-*bis* del d.lgs. 33 del 2013, quindi, 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. La disposizione in esame richiama, dunque, espressamente la disciplina in materia di protezione dei dati personali contenuta sia nel d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, Codice della privacy, che nella l. n. 241 del 1990. L'art. 59 del Codice della privacy rinvia espressamente alla disciplina contenuta nella l. n. 241/1990 laddove si precisa che i presupposti, le modalità, i limiti per l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi contenenti dati personali, e la relativa tutela giurisdizionale, restano disciplinati dalla legge del 1990, oltre che dalle altre disposizioni di legge in materia e dai relativi regolamenti di attuazione. Con riguardo all'ipotesi di accesso 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. 11³⁵ del Codice della Privacy». Quindi, anche il nuovo accesso generalizzato ai dati e ai documenti che contengono dati personali deve essere esercitato nel rispetto della disciplina contenuta nella l. n. 241 del 1990 e nel Codice della privacy³⁶ e

³⁵ Articolo 11 «1. I dati personali oggetto di trattamento sono: a) trattati in modo lecito e secondo correttezza; b) raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, ed utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi; c) esatti e, se necessario, aggiornati; d) pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati; e) conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati. 2. I dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati».

³⁶ Con riguardo all'ipotesi di accesso 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.

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 giuridici³⁷. 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. 33/2013 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 attuativo³⁸. *Dal punto di vista oggettivo, invece, i limiti applicabili alla nuova forma di accesso civico (di cui al nuovo art. 5 bis D.lgs. n. 33/2013) sono più ampi e dettagliati rispetto a quelli indicati dall'art. 24 della l. n. 241/90, consentendo alle amministrazioni di impedire l'accesso nei casi in cui questo possa compromettere alcuni rilevanti interessi pubblici generali*³⁹.

5. L'attuazione dell'accesso civico generalizzato

Il legislatore ha pensato di incaricare un soggetto dell'arduo compito di definire in maniera concreta l'ampia gamma di limiti di cui all'art. 5- *bis*⁴⁰ dell'ac-

³⁷In proposito, M. CLARICH, *Diritto d'accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, III; M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Ist. del fed.*, 2013, II; S. VACCARI, *Il difficile bilanciamento tra favor per la trasparenza e (necessaria) tutela della riservatezza nel d.lgs. 33/2013*, in *Dir. ec.*, 2015; M. LIPARI, *L'amministrazione pubblica tra trasparenza e riservatezza*, in www.giustamm.it.

³⁸ Cons. St., Parere n. 515/2016, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁹Così si legge nella relazione illustrativa del Governo al d.lgs. n. 97/2016, in funzionepubblica.gov.it. L'art. 5 del menzionato decreto, in particolare, prevede che “chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti, secondo quanto previsto dall'art. 5 *bis*”. Tale disposto finale elenca casi di esclusione dall'accesso civico che, allo stato dell'arte, appaiono generici e, quindi, sembrano richiedere una prima fase applicativa per delinearne al meglio i contorni.

⁴⁰ Fortemente critico rispetto alla tecnica di formulazione normativa dei “limiti” all'accesso civico E. CARLONI, *Se questo è un FOIA. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Rassegna Astrid*, 2016, IV, 1. L'Autore, in particolare, mette in luce l'esigenza di “[...] definire nel senso di delimitare i limiti. Che ci sia bisogno di un'attenzione specifica rivolta a circoscrivere i limiti individuati nella recente legislazione italiana, pare chiaro se poniamo attenzione all'ampiezza ed attenzione riconosciuta alle ragioni del riserbo nella definizione di nomina degli interessi contrapposti e la connessa debolezza di meccanismi di bilanciamento individuati dalla legislazione”. Contra, M. SAVINO; *IL FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertolo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, V, 599, il quale ritiene gli interessi-limite in linea con gli standard prevalenti in materia di regimi FOIA.

cesso civico. Tale soggetto è stato individuato nell'A.N.A.C. che ha approvato nella seduta del 28 dicembre 2016 apposite Linee guida operative⁴¹ per l'attuazione dell'accesso generalizzato. Il documento ha ottenuto l'intesa del Garante della privacy, il parere favorevole della Conferenza unificata e ha recepito le osservazioni formulate dagli enti territoriali. Nella medesima seduta il Consiglio dell'A.N.A.C. ha approvato, inoltre, le prime Linee guida sull'attuazione degli obblighi di pubblicazione previsti dal decreto Trasparenza (d.lgs. 97/2016). Tra le modifiche di maggior rilievo previste dalla normativa vi è l'introduzione di nuove sanzioni pecuniarie per i soggetti inadempienti, che d'ora in poi saranno irrogate direttamente dall'A.N.A.C., e l'unificazione fra il Piano triennale di prevenzione della corruzione e quello della trasparenza. L'Autorità si sofferma nel delineare la differenza tra le eccezioni assolute, di cui al c. 3 dell'articolo 5 e quelle relative di cui ai commi 1-2 della medesima disposizione. Ad avviso dell'A.N.A.C., 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'altro⁴².

In relazione all'ampiezza dell'ambito soggettivo di applicazione della normativa, l'Anac ritiene che *“l'accesso generalizzato, pertanto, è da ritenersi senza dubbio un istituto “compatibile” con la natura e le finalità dei soggetti legittimati, considerato che l'attività svolta da tali soggetti è volta alla cura di interessi pubblici”*. Purtroppo, parallelamente all'impostazione seguita per le prime Linee Guida, l'A.N.A.C. ha introdotto in modo piuttosto vistoso la possibilità di valutazioni caso per caso da parte delle Amministrazioni destinatarie degli obblighi: per esempio, in tema di applicabilità della nuova disciplina agli enti pubblici non economici, effettua un rinvio alle specifiche norme statutarie. Nel punto dedicato alla “programmazione della trasparenza” precisa che diventa obbligatorio procedere alla definizione degli obiettivi strategici, da coordinarsi con gli obiettivi indicati negli altri documenti strategici dell'amministrazione e con il piano delle performance. Sulla sovrapposizione tra i due accessi, quello civico classico e quello generalizzato, che rendono niente affatto scontato che le informazioni prima oggetto di obblighi

⁴¹ Le linee Guida, come strumento generale di “soft law”, nascono – come correttamente precisa l'A.N.A.C. – allo scopo precipuo di fornire indicazioni operative alle amministrazioni e agli enti ad esse assimilati in merito alle principali e più significative modifiche intervenute: nel rinviare ad altre, prossime Linee Guida, l'applicazione dell'art. 14 e la disciplina applicabile alle società e agli enti di diritto privato, il provvedimento pecca di un eccesso di interpretazione estensiva che si potrebbe definire “additiva”, come già esplicitato a proposito delle Linee Guida sull'accesso civico generalizzato.

⁴² A.N.A.C., *Linee Guida Foia*, cit., 11.

di pubblicazione – ora eliminati – potranno essere automaticamente conosciute in virtù di richieste di *disclosure*, anche a causa delle estese limitazioni previste, l’Autorità anticorruzione fornisce specificazioni volte a dettagliare le limitazioni previste dall’articolo 5 bis, finendo addirittura per amplificarne l’estensione. L’A.N.A.C. ha introdotto, infatti, una minuziosa casistica fornita allo scopo di contenere la discrezionalità dell’Amministrazione, unitamente al richiamo di una vasta serie di riferimenti normativi e di diversi orientamenti giurisprudenziali, che potrà essere utilizzata dalle P.A. per ricondurre molte istanze di accesso sotto l’ampio ventaglio delle ipotesi di esclusione ivi delineate. L’A.N.A.C. ha voluto nelle Linee Guida Foia affermare la necessità che anche “*il provvedimento di accoglimento dell’istanza di accesso venga motivato*”.⁴³ L’Autorità ha ulteriormente precisato che l’amministrazione non è tenuta a raccogliere informazioni che non siano in suo possesso per rispondere ad una richiesta di accesso generalizzato, dovendosi limitare a rispondere sulla base dei documenti e delle informazioni che sono già in suo possesso; parimenti ha ribadito che l’amministrazione non è tenuta a rielaborare informazioni detenute per rispondere ad una richiesta di accesso generalizzato, dovendo consentire l’accesso ai dati ed alle informazioni così come sono già detenuti, organizzati, gestiti e fruiti⁴⁴.

L’Autorità anticorruzione non è riuscita ad oggi, a chiarire i rapporti e quindi la “convivenza” tra i tre tipi di accesso allo stato presenti nel nostro ordinamento. Appare evidente che la razionalizzazione della materia sarà rimandata a tempi migliori, considerato che gli interventi operati mediante le Linee Guida,

⁴³ L’A.N.A.C. ribadisce l’obbligatorietà della motivazione – «congrua e completa» – del diniego all’accesso, sia per i casi di diniego a fronte dell’esistenza dei limiti di cui ai commi 1 e 2 dell’art. 5-*bis* del d.lgs. 33 del 2013, che per i casi connessi all’esistenza di eccezioni assolute di cui al comma 3 dello stesso articolo, sottolineando il triplice ruolo svolto dalla motivazione, la quale «serve all’amministrazione per definire progressivamente proprie linee di condotta ragionevoli e legittime, al cittadino, per comprendere ampiezza e limiti dell’accesso generalizzato, al giudice per sindacare adeguatamente le decisioni dell’amministrazione». A.N.A.C., *Linee Guida Foia, cit.*, 11-12.

L’A.N.A.C. ritiene necessaria la motivazione anche in caso di accoglimento dell’istanza di accesso, specie nelle ipotesi in cui la richiesta lambisca diritti di soggetti terzi che, come controinteressati, siano stati coinvolti ai sensi dell’art. 5, comma 5, del Codice della trasparenza ed abbiano, quindi, ricevuto da parte della pubblica amministrazione la comunicazione relativa all’istanza di accesso. A.N.A.C., *Linee Guida Foia, cit.*, p. 10. In particolare, nell’Allegato alle Linee Guida contenente la Guida operativa all’accesso generalizzato, l’A.N.A.C. fa riferimento alla necessità di un’adeguata motivazione che dia conto della insussistenza di elementi che possano integrare l’esistenza di un pregiudizio concreto, soprattutto quando il provvedimento sia stato adottato nonostante l’opposizione del controinteressato.

⁴⁴ Si possono evidenziare dubbi nella scelta dell’A.N.A.C., quale autorità amministrativa indipendente, come soggetto volto a precisare il significato delle clausole generali di limite all’accesso generalizzato. Si apre il dubbio che al di sotto dell’espressione “indicazioni operative” in realtà, si celino opzioni di policy che dovrebbero provenire da soggetti aventi un’evidente legittimazione democratica, e da qui si affaccia il problema della legittimità, anche costituzionale, di affidare tale compito all’A.N.A.C.

al fine di dettagliare quanto previsto normativamente, non possono considerarsi sufficienti.

Esempio fondamentale di attuazione dell'accesso generalizzato è stato offerto dal parere del Garante della privacy sulla richiesta di accesso civico del 1 aprile 2017, relativo, nel caso specifico, ai limiti imposti dall'articolo 5 bis del decreto trasparenza. Nel caso di specie, il privato richiedeva l'accesso ad un elenco di esercizi commerciali sanzionati per il mancato rispetto delle norme sull'igiene e sulla sicurezza alimentare. L'amministrazione forniva i documenti richiesti, ma ometteva di indicare i nominativi dei soggetti sanzionati, nel rispetto del limite relativo ad interessi economici e commerciali *ex* articolo 5 bis del decreto trasparenza, ragion per cui, il privato richiedeva il riesame del caso ritenendo che la limitazione sopradetta non fosse applicabile al caso concreto. Il Responsabile per la prevenzione della corruzione e della trasparenza richiedeva un parere al Garante della privacy, dato che il d.lgs. n. 97/2016 prevedeva il ricorso a tale figura, qualora venissero coinvolti dati personali. Il Garante affermava, nel parere reso che, nel caso di specie, i dati richiesti non erano definibili come "dati personali" – ricordando l'esclusione delle persone giuridiche dal novero dei soggetti cui possa applicarsi il Codice in materia di protezione dei dati personali, ad eccezione del Titolo X – richiamando la definizione di dato personale offerta dall'articolo 4, c. 1, lett. b) del Codice della Privacy⁴⁵. Tuttavia, il Garante riteneva che, l'istanza andasse rigettata, dato che l'ostensione dei dati richiesti avrebbe comportato un pregiudizio concreto. Restava inoltre ferma la possibilità che i dati personali, per i quali era stato eventualmente negato l'accesso civico potessero essere resi ostensibili laddove l'istante dimostrasse l'esistenza di "un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso", ai sensi degli articoli 22 ss. della l. n. 241 del 1990. Il Garante, quindi, nel dare direttive relative all'attuazione dell'accesso civico, consigliava di adottare modalità che fossero il meno pregiudizievoli possibili nei confronti dei controinteressati, preferendo l'ostensione accompagnata da omissione dei dati personali.

6. *Alcuni profili critici in attesa del vaglio della Corte Costituzionale*

Gli interventi sopra menzionati, tentano di garantire la piena realizzazione di un'amministrazione trasparente. Ma l'istituto in questione non è esente da critiche: innanzitutto le pubbliche amministrazioni hanno dovuto affrontare il crescere di un pesante carico di adempimenti burocratici, nonché talvolta si sono viste irrogare pesanti sanzioni in caso di inadempimento. Tale istituto, in taluni

⁴⁵ Inteso come "qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale".

casi, si è presentato, inoltre, insoddisfacente anche per gli amministrati che molto spesso non trovano online le informazioni a cui sono realmente interessati o le trovano immerse in una tal complessità di dati, da farli desistere da ogni ulteriore tentativo di ricerca⁴⁶. Il diritto di accesso così delineato può ancora rallentare i processi decisionali e spingere le pubbliche amministrazioni a strategie difensive allo scopo di eludere il controllo generalizzato.⁴⁷ Ad oggi, quindi, nel nostro ordinamento, esistono tre tipologie di accesso: quello documentale, introdotto dalla l. n. 241/1990, quello civico, introdotto dal d.lgs. n. 33/2013 e infine quello generalizzato, introdotto dal d.lgs. n. 97/2016. Tuttavia, il legislatore non si è curato di definire preliminarmente le diverse forme di diritto di accesso, utilizzando per tutte lo stesso *nomen iuris*, generando indeterminazione ed incertezza nell'applicazione degli "istituti indicati", i quali si differenziano per presupposti, per requisiti, nonché per legittimazione attiva.

Ulteriore aspetto critico è rappresentato dalla varietà dei limiti⁴⁸ introdotti dal legislatore, riferibili tanto ad interessi pubblici, quali ad esempio la sicurezza, l'ordine pubblico, la difesa e le questioni militari, quanto ad interessi privati, quali la libertà e la segretezza. È agevole constatare il numero cospicuo di tali clausole, che rischiano di rovesciare in concreto il rapporto regola – eccezione tra trasparenza e riservatezza, facendo sì che i funzionari possano apporre un legittimo diniego alle istanze di accesso quasi in ogni fattispecie concreta. Il legislatore elencando e non precisando tali clausole, ha semplicemente ampliato la discrezionalità del funzionario amministrativo nella gestione della nuova forma di trasparenza amministrativa su istanza del cittadino.

Problema di segno opposto che da tale formulazione normativa dell'accesso può derivare, è l'eccessiva presentazione di istanze di accesso generalizzato. E, infatti, l'assenza di requisiti di necessaria legittimazione, consente a "chiunque" di poter domandare una serie di documenti o dati anche al solo scopo ostruzionistico⁴⁹. Occorre quindi, introdurre strumenti di protezione della stessa pubblica

⁴⁶ G. GARDINI, "Il paradosso della trasparenza in Italia: dall'arte di rendere oscure le cose semplici", in *www.federalismi.it*, I, p.7 del 1 gennaio 2017.

⁴⁷ M. SAVINO, *Il FOIA italiano* cit., 599 ss.

⁴⁸ Cfr., in proposito, l'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d.lgs. n.33/2013. Tali limiti si presentano strutturalmente differenti dai limiti di cui al comma 3, riferibili alle fattispecie che interessano "[...] casi di Segreto di Stato e negli altri casi di divieto di accesso o di divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990". In tale diverso sotto- insieme di situazioni, il legislatore ha inteso configurare una serie di eccezioni di tipo "assoluto", seguendo la distinzione operata dall'A.N.A.C., in relazione alle quali il potere amministrativo appare vincolato, ossia limitato al mero accertamento in concreto della sussistenza dell'eccezione onde far discendere automaticamente il diniego all'ostensione.

⁴⁹ Si vd., infatti, l'attenzione del giudice amministrativo nel sottolineare le possibili derive di "abuso del diritto" nel caso di accesso dei consiglieri comunali di minoranza. Cfr., T.a.r. Campania-Napoli, sez. VI, 02 dicembre 2010, n. 26573, in *Foro amm.* Ancora, T.a.r., 2010, XII,

amministrazione (tali eccessive richieste stanno già creando problemi organizzativi interni alle pubbliche amministrazioni di piccole dimensioni), data l'assenza di un qualsiasi riferimento legislativo di fronte a tale problema. Tale elemento non è di poco conto dato che l'assenza di specifici limiti di rango normativo, comporta che l'accertamento del carattere massivo dell'istanza di accesso civico vada verificato sulla base di elementi fattuali e specifici del singolo procedimento di accesso. È necessario che i funzionari amministrativi prestino la massima attenzione nell'adozione di eventuali decisioni di diniego sulla base di elementi extra-normativi. Il pericolo di dinieghi all'ostensione giustificati sulla base della "consistenza" delle istanze proposte, finisce per trasferire indebitamente sul singolo una serie di problematiche eventualmente imputabili all'organizzazione interna delle stesse pubbliche amministrazioni. A tal proposito, sarebbe necessario che le pubbliche amministrazioni privilegiassero le modalità di dialogo con il richiedente al fine di risolvere in chiave collaborativa eventuali problematiche dovute alla presentazione di un numero eccessivo di istanze⁵⁰. È necessaria un'organizzazione adeguata a far fronte alle nuove esigenze normative, tali da poter anche compromettere l'attuazione nel nostro ordinamento del "diritto sociale alla trasparenza amministrativa" minandone *ab origine* l'effettività⁵¹.

Profilo delicato e critico è quello del corretto bilanciamento tra diritto alla riservatezza e obbligo di pubblicità dell'azione amministrativa, come disciplinato dal d.lgs. n. 33/2013 alla luce delle modifiche intervenute con il d.lgs. n. 97/2016, che rischia di produrre, attraverso una diffusione generalizzata ed indiscriminata dei dati personali sul web, un affievolimento di altri valori primari costituzionalmente protetti, quali il diritto alla riservatezza e alla dignità delle persone, sulla base di un "dilatato principio di trasparenza" che non può trasformarsi in un pregiudizio per i cittadini⁵². Il delicato compito di assicurare, da un lato, la

3969 ss., laddove si evidenziava come « le riportate conclusioni del supremo consesso della giustizia amministrativa si appalesano stringenti ove ad azionare l'istituto siano consiglieri di minoranza, cui i principi fondanti delle democrazie e la legge (cfr., ad esempio, l'art. 44 del medesimo Testo unico sugli Enti locali) attribuiscono compiti di controllo dell'operato della maggioranza e, quindi, dell'esecutivo, qui inteso nella sua più larga accezione di apparato politico ed apparato amministrativo, se pur, si intende, da esplicarsi nel rispetto della legge, ovvero senza indebite incursioni in ambiti riservati all'apparato amministrativo dalla legge stessa e senza porre in essere atti e/o comportamenti qualificabili come abuso del diritto».

⁵⁰Vd. il recente lavoro monografico di A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016.

⁵¹In tal senso P. HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Carocci editore, Roma, 1993, 149, per il quale "l'essenza di un diritto consiste proprio nell'effettivo esercizio da parte del titolare", altrimenti "le libertà risulterebbero minacciate nel loro significato istituzionale".

⁵²In tal senso, L. CALIFANO, *Il bilanciamento tra trasparenza e privacy nel dlgs n. 33/2013*, Relazione al Seminario "La Pubblica Amministrazione tra domanda di trasparenza e protezione dei dati personali", XXX *Assemblea annuale ANZI* – Firenze, 24-10-2013, 2 e ss., che richiama i profili problematici già a suo tempo sollevati dal Garante nel Parere del 7 febbraio 2013.

completezza e la qualità delle informazioni e dall'altro lato, la tutela della sfera di riservatezza di eventuali terzi, deve indurre le amministrazioni a coordinare le funzioni del responsabile della trasparenza con quelle del responsabile del trattamento dei dati personali, coordinamento che deve tener conto anche della complessità della struttura burocratica dell'ente, che può prevedere l'individuazione non già di un solo responsabile del trattamento dei dati personali, bensì di tanti responsabili in relazione al numero delle figure di vertice. L'impianto normativo del decreto nel prevedere da un lato, l'indicizzazione dei dati e documenti pubblicati online, al fine di consentire la rintracciabilità e la permanenza sul web degli stessi (art. 5 c.1) e dall'altro, l'accessibilità "a documenti e dati ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione" (art. 5 c. 2) finisce per provocare una stratificazione dei dati personali. Al fine di garantire un'effettività della tutela di tali dati, occorre evitare che l'attività di bilanciamento tra interessi in conflitto si risolva in un giudizio di ponderazione ed equilibrio in astratto, quasi ad accordare una preferenza soggettiva tra valori in gioco da un punto di vista universale e assoluto, ossia, slegato dalle concrete caratteristiche della specifica fattispecie concreta⁵³. "La necessità di evitare un pregiudizio concreto", espressione richiamata dall'art. 5-bis del d.lgs. n. 33/2013, potrebbe assumere il ruolo di importante misura a protezione della trasparenza amministrativa. Inoltre, il giudizio fondato sulla valutazione di tale pregiudizio favorisce valutazioni funzionali alla ricerca dei "nessi di causalità" tra ostensione di certi dati o documenti e possibili danni agli interessi implicati⁵⁴.

La consacrazione, quindi, della trasparenza a "valore per eccellenza", di fronte al quale tutti gli altri arretrano, ha destato non pochi problemi. Nella Camera di Consiglio del 13 giugno 2017, la Sezione prima- quater del Tar Lazio si è pronunciata (con ordinanza pubblicata il 19 settembre 2017) sull'eccezione di costituzionalità sollevata da alcuni dirigenti di ruolo del Garante per la protezione dei dati personali, avente ad oggetto il comma 1-bis dell'art. 14 del d.lgs. n. 33/2013 (introdotto dal d.lgs. n. 97/2016). Nello specifico tal giudizio nasce dall'impugnativa, proposta dai dirigenti del Garante per la protezione dei dati personali, avverso la nota n. 34260/96505 del Segretario generale del Garante, con la quale si richiedeva ai ricorrenti di inviare la documentazione necessaria per adempiere alle prescrizioni di cui all'art. 14, comma 1-bis, del d.lgs. n. 33/2013⁵⁵. Nell'accogliere la

⁵³ S. VACCARI, *Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili* cit., 13.

⁵⁴ CARLONI, *Se questo è un FOLA* cit., 7 : "[...] il rilievo riconosciuto alla nozione di "concretezza" del pregiudizio è dato dal suo irrobustire il ragionamento intorno al nesso di causalità, portando ad argomentare su un danno "non astratto" o "generico", oltre che diretto".

⁵⁵ Il d.lgs. n. 97/2016 ha introdotto il comma 1-bis dell'art. 14 del d.lgs. n. 33/2013: "Le pubbliche amministrazioni pubblicano i dati di cui al comma 1 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". I dati in

prospettiva dei ricorrenti, il Tar ha sollevato una questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 14, comma 1-bis per contrasto con gli articoli 117, commi 1, 2, 3 e 13 della Costituzione. Il giudice *a quo* ha ritenuto che la conformità a Costituzione non possa essere appiattita da esigenze di prevenzione ovvero sulla base di un diffuso allarme sociale⁵⁶. Il Tar dubita della disciplina in questione proprio nella parte in cui comporta “la divulgazione on-line di dati reddituali e patrimoniali relativi ai dirigenti, ai coniugi e ai parenti entro il secondo grado, ove essi acconsentano”. Il Tar, quindi, insiste nel sottolineare l'irragionevole bilanciamento tra i due interessi in gioco, la trasparenza da un lato e la riservatezza dall'altro. Per la prima volta, quindi, la Corte Costituzionale sarà chiamata a pronunciarsi sul d.lgs. n. 33/2013, e più nello specifico, sulla disciplina dell'accesso generalizzato (d.lgs. n. 97/2016)⁵⁷.

Tali aspetti critici, mettono in rilievo la necessità di un intervento sulla nuova disciplina normativa in materia di trasparenza amministrativa⁵⁸. E' necessaria una sorta di “monitoraggio della riforma amministrativa, capace di registrare ex post gli effetti concreti e di raccogliere le reazioni dei cittadini e degli operatori economici⁵⁹”, al fine di evitare che un sistema che ha consacrato il principio di trasparenza, si trasformi in una soppressione irragionevole degli altri principi sanciti in Costituzione e ribaditi dalle normative europee, altrettanto degni di valore.

questione sono elencati al comma precedente: 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;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 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”.

⁵⁶ [...]“ nulla dicono in ordine alla proporzionalità e alla ragionevolezza delle misure qui in contestazione, posto che, come è evidente, va escluso che la risposta a qualsiasi problematica, per quanto, in linea generale di rilievo assoluto, opportuna, se non necessitata, motivata da idonei presupposti e compulsata dalla comunità internazionale, possa trasmodare dagli ambiti che nella Costituzione e nella normativa europea, delineano i diritti della persona”. Tar Lazio, Sezione prima- quater, 19 settembre 2017, ordinanza n. 9828, in www.giustizia.it

⁵⁷ L'importanza della futura decisione della Corte Costituzionale è ancora più evidente alla luce della prossima entrata in vigore del nuovo Regolamento europeo in tema di protezione dei dati personali (reg. n. 2016/679), la cui entrata in vigore è prevista per il 25 maggio 2018. Tale regolamento porterà a qualificare, tanto la privacy quanto la trasparenza, come interessi pubblici dell'Unione Europea.

⁵⁸ C. COLAPIETRO, *La “terza generazione” della trasparenza amministrativa. Dall'accesso documentale, all'accesso generalizzato, passando per l'accesso civico*, Ed. Scientifica, Napoli, 2016, 15.

⁵⁹ Parere Cons. St. n. 515/2016, in www.giustizia-amministrativa.it.

Abstract

Critics and perspectives on the generalised access to administrative documents

by Anna Del Prete

The legislator focus on the “access to administrative documents” has grown in recent years. The legislative decree n. 33/2013 introduced new requirements for web based publications of documents, and informations as well as new form of civic access to administrative documents, inspired to the transparency principles. However the Italian rules for publications differ from the American FOIA: it is not possible to configure an unconditional obligation for publication of all data held by public authorities, but only for those documents contemplated in the law. Moreover, this access is not granted autonomously, but only after the non-fulfilment of a public administration. This essay concerns the introduction into the Italian system of a new instrument of administrative transparency: the so called “generalised access to administrative documents”. The d.lgs. n. 97/2016 acts to overcome two limits of civil access. As a matter of fact, with the generalised access, everyone can access the data and documents held by the public administrations in addition to the public once. Nevertheless, this decree introduces others limits on top of the article 5 bis, which according to the State Council, are more rigorous than those of article 24, law n. 241/1990. The A.N.A.C. has been asked to intervene so to decrease the contrasts, but it bounded itself to list the various limitations, distinguishing among absolute and relative exceptions. Many critics can be raised regarding this new access policy: the excessive number of instances, the high discretionality of public administrations, the difficult balance between transparency and privacy. On the specific issue we are awaiting the Constitutional Court pronouncement, whose importance is even more evident given the entry in power of the European regulation on the personal data protection (reg. n. 679/2016).