

Accesso civico generalizzato e contratti pubblici: una rilettura del dibattito giurisprudenziale

di Emanuela Concilio

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Forme di accesso e trasparenza. Dall'accesso documentale all'accesso civico generalizzato. – 3. Accesso civico generalizzato e appalti pubblici: il dibattito giurisprudenziale. – 4. La pronuncia della Adunanza Plenaria n. 10/2020. – 5. Riflessioni di sintesi: il fine non giustifica i mezzi.

1. Premessa

Il binomio accesso civico generalizzato – appalti pubblici costituisce da tempo terreno di scontro, riflettendo la tensione che il principio di trasparenza¹ ha sollevato tra dottrina e giurisprudenza. Il principio, che ontologicamente si contrappone al principio di riservatezza² – costituendo l'uno il limite dell'altro – ha subito una profonda trasformazione grazie alla evoluzione del pensiero giuridico che, da un lato, ha investito il rapporto tra Pubblica Amministrazione e privato³, e dall'altro, ha condotto alla concretizzazione di quell'immagine di Amministrazione di cristallo così autorevolmente definita da Francesco TURATI, già un secolo fa, nel noto monito: «Dove un superiore pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro»⁴.

L'evoluzione del pensiero giuridico, sotto entrambi i profili, emerge in modo evidente nel testo della sentenza della Adunanza Plenaria del 2 aprile 2020, n. 10 che, riattualizzando quella prima timida manifestazione di esigenza di cambiamento, fornisce coordinate ermeneutiche che conducono ad affermare

¹ Principio introdotto nella legge 7 agosto 1990, n. 241 dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 tra i canoni generali di esercizio dell'attività amministrativa e poi configurato dal d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33 in termini di *accessibilità totale* delle informazioni riguardanti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni; cfr. sul punto M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, in *Nuove aut.*, 2015, 63 ss.

² Espressione di un diritto di “nuova” generazione, ha trovato ancoraggio prima nell'art. 2 Cost., quale diritto della personalità; cfr. Cass., Sez. III, del 5 marzo 1998, n. 5658), poi nel d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (codice privacy) e da ultimo nel GDPR, regolamento (UE) n. 2016/679.

³ Sul ruolo della trasparenza nella relazione tra amministrazione e cittadini, G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5945 ss.; B. PONTI, *La trasparenza amministrativa come fattore abilitante della cittadinanza amministrativa*, in A. PIOGGIA, A. BARTOLINI, *Cittadinanze amministrative*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, Firenze, 2016, 215 ss.; con riguardo specifico all'accesso civico, M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di trasparenza*, cit.

⁴ F. TURATI, *Atti del Parlamento italiano, Camera dei deputati, sessione 1904-1908*, 17 giugno 1908.

oggi, meno timidamente, che la casa della PA deve essere di vetro e deve essere fondata su basi solide costituite dai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento⁵, rispetto ai quali la trasparenza, elevata anch'essa a principio fondamentale dell'agire pubblico, diviene lo strumento imprescindibile per l'attuazione dei primi⁶.

Perfettamente calzanti, al riguardo, sono le parole adoperate dal Consiglio di Stato nel parere favorevole reso sullo schema di d. lgs. 25 maggio 2016, n. 97 – introduttivo dell'art. 5-*bis* del d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33 e modificativo dell'art. 5 del medesimo decreto – il quale precisa come la trasparenza abbia assunto il ruolo di “valore-chiave” della pubblica amministrazione italiana, come modo d'essere tendenziale dell'organizzazione dei pubblici poteri, al fine di risolvere il problema di coniugare garanzie ed efficienza nello svolgimento dell'azione amministrativa. Garanzie ed efficienza che possono realizzarsi solo “rendendo visibile” ai componenti della comunità, il modo di formazione dell'interesse pubblico (inteso come causa dell'atto e del potere amministrativo), nonché rendendo conoscibili i dati di base, i presupposti da cui si muove, i modi di esercizio del potere, ivi comprese le risorse utilizzate. In altri termini, la trasparenza «viene a configurarsi, ad un tempo, come un mezzo per porre in essere una azione amministrativa più efficace e conforme ai canoni costituzionali e come un obiettivo a cui tendere, direttamente legato al valore democratico della funzione amministrativa⁷».

Il principio così espresso in maniera generale necessita di essere verificato in una materia specifica e settoriale come quella degli appalti pubblici, nei quali esigenze di riservatezza hanno spesso prevalso sul bisogno di conoscenza, con il fine precipuo di tutelare il *know how* degli operatori economici concorrenti.

È in tale contesto che si innesta la (dirompente) sentenza della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 2 aprile 2020, n. 10, la quale offre l'occasione per esaminare in chiave critica il dibattito giurisprudenziale sorto sulla ammissibilità dell'accesso civico generalizzato in materia di appalti pubblici.

⁵ M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in www.juspublicum.com, 2011; M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa* (a cura di), Milano, 2020, 63 ss.

⁶ L'analisi della sentenza in commento è affrontata anche da G. AURIEMMA, *Le diverse forme di accesso nell'ordinamento italiano: il rapporto tra accesso ordinario e accesso civico generalizzato in materia di contratti pubblici*, in www.rivistagiuridicaeuropea.edicampus-edizioni.it; S. MASTROIANNI, *L'integrazione tra la disciplina del diritto di accesso ordinario e quella dell'accesso civico generalizzato nel settore degli appalti: l'Adunanza Plenaria dice no ai buchi neri nel principio di trasparenza*, in www.giustamm.it, n. 4/2020.

⁷ Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere del 24 febbraio 2016, n. 515; cfr. S. CASSESE, *Evoluzione della normativa sulla trasparenza*, in *Gior. dir. amm.*, 2018, 2; nonché M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Ist. Fed.*, 2013, 657 ss., per una critica allo sbilanciamento della normativa sulla trasparenza di cui al d.lgs. n. 33/2013 al contrasto alla corruzione.

L'Adunanza Plenaria, infatti, è stata chiamata a pronunciarsi su una questione oggetto di una nota querelle giurisprudenziale che ha visto contrapposti gli orientamenti dei giudici amministrativi in merito alla ammissibilità o meno dell'accesso civico generalizzato nel settore degli appalti pubblici ed, in particolare, è stata chiamata a precisarne l'estensione (alla fase di esecuzione del contratto, oppure alla sola fase di svolgimento della gara pubblica) e la portata applicativa (anche in presenza di una istanza dal contenuto generico o complesso, qualificato da entrambe le forme di accesso, documentale *ex* art. 22 della legge n. 241/1990 e civico generalizzato *ex* art. 5-*bis* del d. lgs. 33/2013).

La vicenda originava dal ricorso promosso dinanzi al Tar Toscana⁸ da una società concorrente in una procedura ad evidenza pubblica – seconda classificata nella graduatoria per l'aggiudicazione di un appalto di servizi relativo all'energia – avverso il provvedimento di diniego di accesso ai documenti inerenti alla fase esecutiva del servizio. Il provvedimento di diniego adottato dall'amministrazione si fondava sulla assenza di titolarità in capo al richiedente di un interesse qualificato, risultando l'istanza diretta a verificare l'eventuale inadempimento della società aggiudicataria nell'esecuzione del contratto, per mancata conformità agli *standard* promessi in sede di gara, e a chiedere, conseguentemente, la risoluzione del contratto con scorrimento della graduatoria *ex* art. 140 dell'abrogato codice dei contratti pubblici di cui d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163⁹.

Il Tar Toscana respingeva il ricorso, affermando la legittimità del contestato diniego per due ordini di ragioni: in primo luogo, perché l'istanza formulata dalla ricorrente si traduceva in «un'indagine esplorativa tesa alla ricerca di una qualche condotta inadempiente dell'attuale aggiudicataria, di per sé inammissibile», non risultando da alcuna fonte provato l'inadempimento nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali; in secondo luogo, perché, anche volendo qualificare l'istanza come esercizio del “diritto di accesso civico generalizzato”, ai sensi dell'art. 3 del d. lgs n. 33/2013, come modificato dal d.lgs. n. 97/2016, lo stesso sarebbe totalmente inoperante nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in base alla previsione dell'art. 5, comma 11¹⁰, e dal successivo art. 5-*bis*, comma 3¹¹, del d. lgs. 33/2013. Conseguentemente, nel caso in esame, riconosceva l'operabilità del solo accesso ordinario.

Avverso tale pronuncia proponeva appello dinanzi al Consiglio di Stato la

⁸ T.A.R. Toscana, Sez. III, 17 aprile 2019, n. 577, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹ Applicabile *ratione temporis* nella vicenda in esame.

¹⁰ Ai sensi del quale «restano fermi gli obblighi di pubblicazione previsti dal Capo II, nonché le diverse forme di accesso degli interessati previste dal Capo V della legge 7 agosto 1990, n. 241».

¹¹ Secondo il quale, «il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990».

società soccombente, la quale oltre ad affermarsi titolare di un interesse differenziato e qualificato, forniva una diversa interpretazione della normativa, sostenendo che il riferimento alla l. n. 241/1990 contenuto nel comma 3 dell'art. 5-*bis* cit., non dovesse essere inteso come rinvio fisso alla legge in materia di trasparenza, ma come rinvio "mobile" suscettibile di adeguamento alle riforme del sistema, in quanto, essendo l'introduzione del diritto di accesso generalizzato (ad opera del d. lgs. 97/2016) successivo alla riforma del Codice Appalti, l'art. 53 d. lgs. 50/2016 non poteva che richiamare l'unica disciplina in materia di accesso allora vigente, ossia la l. n. 241/1990.

Alla luce dell'evoluzione descritta, l'appellante qualificava l'accesso civico generalizzato come «cardine della nuova trasparenza amministrativa, anche oltre i confini segnati dall'impianto della legge n. 241/1990», la cui applicazione non può essere sottratta alla materia degli appalti pubblici, ma soprattutto non può essere esclusa nella fase esecutiva, non essendo presente nella norma alcuna distinzione tra fase "pubblicistica di selezione" del contraente e fase di esecuzione del contratto.

I giudici di appello, prendendo atto della necessità di fornire risposte certe su un tema dai molteplici aspetti e dai contrasti interpretativi ravvisabili tra la giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato (in particolare, tra la III Sezione e la V Sezione del Consiglio di Stato nelle rispettive sentenze del 5 giugno 2019, n. 3780¹² e del 2 agosto 2019, n. 5502¹³), rimettevano alla Adunanza Plenaria tre quesiti inerenti: a) la configurabilità o meno della titolarità del diritto di accesso

¹² Così argomenta il Consiglio di Stato: «Come correttamente ritenuto da parte appellante, la prescrizione del comma 3 dell'art. 5 bis del d. lgs. 33/2013 fa riferimento, nel limitare tale diritto, a "specifiche condizioni, modalità e limiti" ma non ad intere "materie". Diversamente interpretando, significherebbe escludere l'intera materia relativa ai contratti pubblici da una disciplina, qual è quella dell'accesso civico generalizzato, che mira a garantire il rispetto di un principio fondamentale, il principio di trasparenza ricavabile direttamente dalla Costituzione. Entrambe le discipline, contenute nel d.lgs. 50/2016 e nel d.lgs. 33/2013, mirano all'attuazione dello stesso, identico principio e non si vedrebbe per quale ragione, la disciplina dell'accesso civico dovrebbe essere esclusa dalla disciplina dei contratti pubblici. D'altro canto, il richiamo contenuto nel primo comma, del citato art. 53 Codice dei contratti, alla disciplina del c.d. accesso "ordinario" di cui agli artt. 22 e ss. della l. 241/90 è spiegabile alla luce del fatto che il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è anteriore al d.lgs. 25 maggio 2016, n. 67 modificativo del d.lgs. 33/2013».

¹³ Sulla base di argomentazioni opposte ritiene che «l'eccezione assoluta, contemplata nell'art. 5-bis, comma 3, del d. lgs. n. 33 del 2016, ben possa essere riferita a tutte le ipotesi in cui vi sia una disciplina vigente che regoli specificamente il diritto di accesso, in riferimento a determinati ambiti o materie o situazioni, e che l'eccezione non riguardi quindi soltanto le ipotesi in cui la disciplina vigente abbia quale suo unico contenuto un divieto assoluto o relativo di pubblicazione o di divulgazione se non altro perché tale ipotesi è separatamente contemplata nella medesima disposizione. (...) Ne consegue che il richiamo testuale alla disciplina degli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990 n. 241 va inteso come rinvio alle "condizioni, modalità e limiti" fissati dalla normativa in tema di accesso documentale, che devono sussistere ed operare perché possa essere esercitato il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici».

ordinario, basato sull'art. 22 della legge n. 241/1990, in capo all'operatore economico, il quale, facendo valere il proprio interesse strumentale allo scorrimento della graduatoria o alla ripetizione della gara, intenda conoscere i documenti afferenti all'esecuzione di un contratto pubblico, al fine di verificare l'esistenza dei presupposti per la sua risoluzione; b) la applicabilità, o meno, della disciplina del diritto di accesso civico generalizzato di cui al decreto legislativo n. 33 del 2013 nel settore dei contratti pubblici dei lavori, servizi o forniture, con particolare riguardo alla fase esecutiva delle prestazioni, ferme restando le limitazioni ed esclusioni oggettive previste dallo stesso codice; c) la sussistenza, o meno, del dovere dell'amministrazione di accogliere un'istanza di accesso, formalmente basata sulla disciplina ordinaria di cui all'art. 22 della l. n. 241/1990, o sui suoi presupposti sostanziali, qualora, in difetto del requisito dell'interesse differenziato in capo al richiedente, siano comunque riscontrabili, in concreto, tutti i presupposti per l'esercizio del diritto di accesso civico generalizzato di cui al d. lgs. n. 33/2013.

Quanto al primo quesito, l'ordinanza di rimessione, nel valorizzare l'orientamento più recente della Corte di Giustizia UE – che ha ripetutamente sottolineato la rilevanza dell'interesse strumentale dell'operatore economico che aspiri all'affidamento di una commessa pubblica – prospettava il dubbio che detto operatore, secondo classificato, non potesse essere assimilato al *quisque de populo*, ai fini dell'attivazione dell'istanza ostensiva, «perché la sua posizione funge da presupposto attributivo di un “fascio” di situazioni giuridiche, di carattere oppositivo o sollecitatorio, finalizzate alla salvaguardia di un interesse tutt'altro che emulativo, in quanto radicato sulla valida, anche se non pienamente soddisfattiva, partecipazione alla gara».

Quanto al secondo quesito, la Sezione rimettente, nell'espone le ragioni del contrasto tra l'orientamento giurisprudenziale incline a riconoscere l'applicazione dell'accesso civico generalizzato ai contratti pubblici e quello contrario a tale applicazione, suggeriva una soluzione idonea ad operare una *reductio ad unitatem* delle due discipline, quella dell'accesso documentale e quella dell'accesso civico generalizzato, negando comunque che l'art. 53 del d. lgs. n. 50/2016 avesse inteso dettare una disciplina esaustiva ed esclusiva dell'accesso in questa materia, con la conseguente impossibilità di consentire l'accesso civico generalizzato agli atti di gara in virtù della preclusione assoluta di cui all'art. 5-bis, comma 3, del d. lgs. n. 33/2013, e proponendo una lettura fondata sul rapporto di coordinamento-integrazione tra le suddette discipline.

Infine, quanto al terzo quesito, la Terza Sezione, pur premettendo che l'istanza di accesso proposta dalla società soccombente non fosse univocamente formulata ai sensi degli artt. 22 e ss. della l. n. 241/1990 e che la stessa stata sarebbe connotata dal solo fine ostensivo perseguito, investiva l'Adunanza Plenaria del compito di chiarire se fosse consentito al giudice di verificare la sussisten-

za dei presupposti legittimanti l'accesso civico qualora «il richiedente abbia speso una sua eventuale qualità differenziata e questa, tuttavia, non attinga i requisiti di legittimazione delineati dalla l. n. 241/1990, con particolare riguardo all'ipotesi in cui la pubblica amministrazione, nella motivazione dell'atto negativo, si sia espressa in senso sfavorevole per il cittadino, anche in ordine al primo profilo».

2. *Forme di accesso e trasparenza. Dall'accesso documentale all'accesso civico generalizzato.*

Per comprendere appieno le risposte ai quesiti fornite dalla Adunanza Plenaria, appare utile ricostruire, seppur brevemente, l'attuale quadro normativo in materia di accesso. Come noto, la disciplina dell'accesso agli atti in possesso della Pubblica Amministrazione è dettata da tre distinte fonti normative: la legge n. 241/1990 che agli artt. 22 e ss. disciplina l'accesso documentale cd. ordinario; il d. lgs. n. 33/2013 che all'art. 5, co. 1 regola l'accesso civico (semplice); il d. lgs. n. 97/2016 che, novellando l'art. 5 del d. lgs. 33/2013, ha introdotto l'accesso civico generalizzato (art. 5, co. 2).

Ciascuna di esse ha portata generale, presenta presupposti applicativi autonomi e *rationes* differenti, venendo a formare un sistema composito di istituti tra loro pari ordinati¹⁴, espressione di una diversa gradazione del principio di trasparenza nel bilanciamento dei contrapposti interessi. Tale bilanciamento, infatti, tiene conto della polisemia che la trasparenza ha assunto nel tempo¹⁵, non costituendo più soltanto il *fine* dell'azione amministrativa, ma divenendo lo *strumento* per tutelare l'interesse generale; la *condizione* indispensabile per coinvolgere i cittadini nella “cosa pubblica”¹⁶; il *mezzo* per prevenire e contrastare fenomeni di corruzione, mentre il fine diventa quello più ampio di tutelare l'imparzialità e il buon andamento della P.A.¹⁷

¹⁴ Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2019, n. 5502 in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁵ Sulla polisemia del principio di trasparenza v. G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 26; A. SIMONATI, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Dir. amm.*, 2018, 311 ss.

¹⁶ Cons. Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546, afferma «l'accesso alla generalità degli atti e delle informazioni, senza onere di motivazione, a tutti i cittadini singoli e associati, in guisa da far assurgere la trasparenza a condizione indispensabile per favorire il coinvolgimento dei cittadini nella cura della “cosa pubblica”, oltreché mezzo per contrastare ogni ipotesi di corruzione e per garantire l'imparzialità e il buon andamento dell'Amministrazione».

¹⁷ Ciò è evidente nell'art. 1 del d. lgs. 33/2013 che, a differenza dell'art. 1 della l. n. 241/90 che si limita ad una mera enunciazione del principio, fornisce una definizione di trasparenza, intesa come «accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, a favorire la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo di risorse pubbliche».

La coesistenza di plurime forme di accesso è stata più volte oggetto di analisi da parte della dottrina¹⁸ e della giurisprudenza, laddove la presenza di tre modalità di ostensione degli atti pubblici, seppur caratterizzate da presupposti diversi – in termini di limiti ed eccezioni – ed ispirate a logiche non del tutto sovrapponibili, ha ingenerato dubbi e perplessità non solo sui rapporti sussistenti tra gli stessi istituti in esame, ma anche sulla corretta qualificazione dell’istanza da parte dell’amministrazione destinataria della stessa¹⁹.

È noto che l’accesso documentale di cui all’art 22 e ss. della l. n. 241/1990 sia caratterizzato dalla necessaria legittimazione soggettiva della parte richiedente l’ostensione, la quale per poter avere accesso ai documenti detenuti dalla P.A., deve dimostrare di essere titolare di una posizione giuridica differenziata rispetto alla generalità dei consociati. L’istituto, a seguito della modifica apportata dalla l. n. 15/2005 ai commi 1 e 2 dell’art 22 della legge sul procedimento amministrativo, si configura come strumento per consentire ai soggetti legittimati di esercitare al meglio le facoltà – partecipative e/o oppositive – che l’ordinamento attribuisce loro a tutela della posizione giuridica qualificata di cui questi sono titolari²⁰, non avendo quindi come finalità principale la garanzia della trasparenza. Per questa ragione, l’esercizio di tale diritto si contraddistingue per essere una posizione giuridica cd. di “di secondo grado”, ossia di supporto all’esigenza di proteggere un interesse giuridico sottostante²¹ (“personale” ed egoistico del

¹⁸ B.G. MATTARELLA, M. SAVINO, *L’Italia e gli altri sistemi F.O.I.A.: convergence at last?*, in a cura di B.G. MATTARELLA, M. SAVINO, *L’accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Napoli, 2018, 20, i quali evidenziano che la stratificazione delle diverse tipologie di accesso costituisce una peculiarità tutta italiana; F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull’accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 743 ss.; N. VETTORI, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico*, in *Dir. amm.*, 2019, 539 ss.; A. MOLITERNI, *La natura giuridica dell’accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Dir. amm.*, 2019, 577 ss.; D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, 2016, in www.federalismi.it.

¹⁹ M. CALABRÒ, A. SIMONATI, *L’accesso dei privati alle informazioni e agli atti amministrativi: la multi-forme applicazione del principio di trasparenza*, in a cura di F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, F. SAITTA, N. SAITTA, A. TIGANO, *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, III, Napoli, 2017, 2513 ss.

²⁰ D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione*, cit., evidenzia come nella versione originaria della l. 241/90 il diritto di accesso fosse riconosciuto «Al fine di assicurare la trasparenza dell’attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale», «a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti», mentre con la novella del 2005 viene meno il riferimento, nel comma 1 dell’art. 22, all’accesso come strumento di trasparenza e gli interessati vengono indentificati solo come «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 al quale è chiesto l’accesso»; cfr. anche D.U. GALETTA, *Transparency and Access to Public Sector Information In Italy: a Proper Revolution?*, in *It. J. Pub. L.*, 2014.

²¹ Per una trattazione più approfondita sul punto cfr. A. SIMONATI, M. CALABRÒ, *Le modalità*

soggetto), seppur entro certi limiti. A tal riguardo, l'art. 24 della l. n. 241/1990, disciplinante l'esclusione del diritto di accesso, da un lato, individua specifiche ipotesi di esclusione²² (tra cui i casi di segreto di Stato) e, dall'altro, demanda alle singole pubbliche amministrazioni di individuare categorie di documenti sottratti all'accesso (comma 2), nonché al Governo (in virtù del potere regolamentare ad esso affidato dall'art. 17, co. 2 della l. 23 agosto 1988, n. 400), di individuare ulteriori casi nei quali, nel bilanciamento degli interessi, l'accesso agli atti documentale debba soccombere in favore di superiori interessi pubblici (comma 6). In ogni caso, la norma precisa, al comma 3, che «non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni».

Diversamente, l'accesso civico *ex* d.lgs. n. 33/2013, sia quello semplice (art. 5, co. 1)²³ che quello generalizzato (art. 5, co. 2)²⁴, concentrandosi sulla finalità della trasparenza, attribuisce rilievo al solo aspetto oggettivo dell'istituto e, distogliendo l'attenzione dalla qualifica del richiedente, riconosce a chiunque²⁵

di esercizio del diritto di accesso e la relativa tutela, in a cura di M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione Amministrativa*, II ed., Milano, 2017, 1318 ss.

²² Ai sensi dell'art. 24, co. 1, l. n. 241/1990, il diritto di accesso è escluso: a) per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della legge 24 ottobre 1977, n. 801, e successive modificazioni, e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dal regolamento governativo di cui al comma 6 e dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2 del presente articolo; b) nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano; c) 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; d) nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi.

²³ Ai sensi del quale, «L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione».

²⁴ Ai sensi del quale, «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 presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis.» Quest'ultimo è stato introdotto dall'art. 6, co. 1, d.lgs. n. 97/2016, nell'ambito di una più ampia strategia legislativa di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione avviata dalla l. 6 novembre 2012, n. 190 (fondata sull'idea che il principio di trasparenza costituisca strumento necessario per la prevenzione dei fenomeni corruttivi e gli obblighi di pubblicazione il mezzo principale per ottenere la realizzazione del principio); R. CANTONE, E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 906, secondo i quali il d.lgs. n. 33/2013 è uno dei «mattoni fondamentali nella strategia di ricostruzione della *ethics infrastructure*».

²⁵ La caratterizzazione generica del soggetto richiedente non è nuova per il legislatore e sembra evocare l'art. 10 della l. 6 agosto 1967, n. 765 (c.d. Legge ponte), che nel modificare l'art. 31 della Legge Urbanistica del 1942 (l. n. 1150/1942), ha previsto che «chiunque» possa prendere visione, presso gli uffici comunali, della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto e ricorrere

– senza alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva e senza alcuna motivazione (art. 5, co. 3) – il diritto di accedere, ai dati, ai documenti e alle informazioni che la pubblica amministrazione è tenuta a pubblicare sul proprio sito e abbia omesso di farlo (accesso civico semplice), ovvero il diritto di accedere agli ulteriori dati e documenti detenuti dalla p.a., a prescindere da quelli oggetto di pubblicazione (accesso civico generalizzato), allo scopo dichiarato 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, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis»²⁶.

L'art. 5-*bis* del d. lgs. 33/2013, oltre ad individuare le categorie di interessi pubblici (comma 1)²⁷ e privati (comma 2)²⁸ legittimanti il diniego di accesso

contro il rilascio della licenza edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione. Una simile locuzione aveva indotto dottrina e giurisprudenza a chiedersi se la c.d. Legge ponte avesse inteso introdurre una sorta di azione popolare in materia di impugnazione dei titoli edilizi. In quella circostanza, l'interrogativo fu ben presto risolto a favore di un'interpretazione maggiormente aderente ai principi ormai consolidati della giurisprudenza in tema di legittimazione ad impugnare i provvedimenti amministrativi da parte dei terzi (connessa alla sussistenza di un interesse qualificato e differenziato). Sicché si ritenne che la norma intendesse riconoscere una tutela specifica in favore di coloro che si fossero trovati in una particolare situazione giuridico-fattuale di "vicinanza" rispetto all'intervento edilizio assentito, al punto da ritenere il provvedimento impugnato oggettivamente idoneo a determinandone una lesione concreta, immediata e attuale della loro posizione soggettiva. Venne così ideato il concetto di *vicinitas*, in base al quale considerare legittimati all'impugnazione delle licenze edilizie fossero non soltanto gli immediati "vicini", ma anche tutti coloro che potessero vantare una stabile relazione con i luoghi interessati dall'edificazione; ciò a condizione che tali soggetti fossero anche titolari di un interesse concreto, attuale e personale a dolersi dell'illegittimità dell'atto per il pregiudizio effettivo che questo gli aveva arrecato e che l'impugnativa tendeva a rimuovere. Problematica del tutto superata a seguito della abrogazione dell'art. 31 della Legge Urbanistica, avvenuta ad opera dell'art. 136, comma 1, lettera a) del d.P.R. n. 380/2001. Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 9 giugno 1970 n. 523, ricordata come sentenza del "chiunque", in A. LONGO, *La legittimazione dei terzi ad impugnare gli atti amministrativi in materia edilizia e urbanistica: vicinitas e ulteriori condizioni di accesso alla tutela processuale*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 516.

²⁶ Art. 5, co. 2, cit.

²⁷ L'art. 5-*bis*, co. 1, d. lgs. n. 33/2013 recita: «L'accesso civico di cui all'articolo 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici: a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; b) la sicurezza nazionale; c) la difesa e le questioni militari; d) le relazioni internazionali; e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; g) il regolare svolgimento di attività ispettive».

²⁸ L'art. 5-*bis*, co. 2, d. lgs. n. 33/2013 recita: «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; 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».

civico, al comma 3 prevede che il diritto di accesso civico non possa trovare applicazione nei casi di divieto assoluto previsti dalla legge (come ad esempio *nei casi di segreto di Stato*), e nei casi in cui l'accesso sia subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241/1990²⁹.

Tale sistema a "geometria variabile" è stato ben raffigurato con un'espressione suggestiva che definisce l'accesso documentale e l'accesso civico generalizzato come istituti a "diversa profondità ed estensione"³⁰, nel senso che, nel diverso bilanciamento degli interessi in gioco, l'accesso procedimentale condurrebbe ad «un accesso più in profondità a dati pertinenti», mentre l'accesso generalizzato realizzerebbe un accesso «meno in profondità» ancorché «più esteso», considerato che esso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni³¹.

Le diverse "profondità ed estensioni", tuttavia, non possono che essere il riflesso proprio delle differenti finalità sottese all'accesso procedimentale classico e all'accesso civico, semplice e generalizzato: mentre la l. n. 241/1990 costruisce l'accesso documentale come forma di partecipazione al procedimento da parte dei soggetti legittimati, al fine di consentire a questi di ottenere un bene idoneo a soddisfare i propri bisogni e rispetto ai quali la conoscenza dell'informazione è puramente strumentale³², con il d. lgs. n. 33/2013 si assiste ad un ribaltamento di prospettiva, divenendo l'accesso civico lo strumento per attuare il fine della realizzazione di superiori esigenze di trasparenza, intesa come *accessibilità totale, come forma diffusa di controllo e come libertà di conoscenza*³³.

Una simile ricostruzione ha consentito di ricondurre l'istituto dell'accesso

²⁹ Testualmente, il comma 3 dell'art. 5-*bis* recita: «Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990».

³⁰ Si tratta di un'affermazione utilizzata per la prima volta 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" di cui alla Delibera ANAC, 28 dicembre 2016, n. 1309, par. 2.3.

³¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 31 gennaio 2018, n. 651; T.A.R. Lazio, Sez. III, 21 marzo 2017, n. 3742; Così T.A.R. Lazio, Sez. II *bis*, 19 giugno 2018, n. 6875, in www.giustizia-amministrativa.it.

³² S. COGNETTI, «Quantità» e «qualità» della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale, Milano, 2000, 44 ss.

³³ Il riferimento è all'art. 1 del d. lgs. n. 33/2013 che, nel delineare il principio generale di trasparenza afferma che "La trasparenza è intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni" allo scopo peraltro di "favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche"; e all'art. 2 del medesimo decreto che, nell'individuare l'oggetto di disciplina precisa che: "Le disposizioni del presente decreto disciplinano la libertà di accesso di chiunque ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni".

civico generalizzato al cd. “*Freedom of information act*” (FOIA) – al quale dichiaratamente si ispira³⁴ – che nel sistema giuridico statunitense, ha da tempo superato il principio dei limiti soggettivi all’accesso, riconoscendolo ad ogni cittadino, con la sola definizione di un “*numerus clausus*” di limiti oggettivi³⁵, a tutela di interessi giuridicamente rilevanti, come precisa lo stesso art. 5, co. 2 d.lgs. n. 33/2013, con lo scopo di consentire un controllo diffuso del cittadino sull’attività della P.A.³⁶

Del resto, l’individuazione “tassativa” di limiti al FOIA trova la propria *ratio* nell’art. 10 CEDU – il quale tutela il diritto d’accesso quale componente della libertà di informazione – richiamato sia dalla circolare n. 2 del 2017 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione (2.2), sia dalle Linee Guida ANAC (par. 2.1). In esse, l’ANAC ha invitato le amministrazioni a “tenere in adeguata considerazione il grado di maggiore trasparenza dell’attività amministrativa, conseguente alle novità introdotte dal d.lgs. n. 97/2016 e soprattutto a valutare “caso per caso” le istanze di accesso, con esclusione di qualsiasi generalizzazione e automatismo (par. 6.3).

Lo stesso Consiglio di Stato in sede consultiva³⁷, nel vagliare tutte le implicazioni sottese alla *ratio* dell’intervento, ha espresso parere favorevole sullo schema di accesso civico proposto dal decreto legislativo, apprezzando in particolar modo due aspetti: in primo luogo, l’esclusione di qualsivoglia interpretazione estensiva o analogica delle limitazioni oggettive dell’accesso civico, con la conseguenza che, per taluni “casi”, le norme speciali (ovvero l’art. 24 co. 1 L. 241/1990) possono prevedere «specifiche condizioni, modalità e limiti», onde scongiurare il rischio di vedere l’intera “materia” sottratta alla disciplina dell’accesso; in secondo luogo, la valorizzazione della trasparenza nelle procedure di gara come strumento di prevenzione della corruzione³⁸.

Dalla coesistenza di più istituti emergono indubbe conseguenze applicative, prima tra tutte quella relativa alla scelta della forma di accesso più idonea al caso concreto, da parte del soggetto istante; e quella, speculare, della corretta quali-

³⁴ A cura di M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell’azione amministrativa*, Milano, 2020, 135 ss.

³⁵ La maggior parte delle eccezioni indicate dall’art. 5 *bis* ricalcano quasi integralmente la formulazione vigente nell’Unione europea e sono in larga misura coincidenti con lo stesso *Freedom of Information Act* britannico; anche nell’ordinamento statunitense il pieno riconoscimento del *right to know* convive con la previsione di una serie di eccezioni poste a presidio del buon funzionamento del settore pubblico.

³⁶ Cons. Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546, cit., afferma l’esistenza di “*un nuovo sistema di accesso civico, tendenzialmente generalizzato, che si ispira al sopracitato FOIA statunitense secondo la regola primaria della general disclosure di qualsiasi atto, salvo tassative eccezioni, anche se non sottoposto a pubblicazione*”.

³⁷ Cfr. Commissione Speciale Cons. Stato, parere 24 febbraio 2016, n. 515, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁸ Appare interessante notare come l’art. 4, d. lgs. 33/2013, rubricato “Limiti alla trasparenza” sia stato abrogato dall’art. 43, co. 1, d. lgs. 97/2016.

ficazione dell'istanza di accesso, in prima battuta, da parte dell'amministrazione interpellata e, in un secondo eventuale momento, da parte del giudice chiamato a pronunciarsi sul diniego o sul silenzio.

Su tale aspetto, è stato osservato come la giurisprudenza stessa abbia contribuito ad accentuare la rigidità della separazione tra i diversi istituti, venendo ad imporre al cittadino, nella maggioranza dei casi, di optare chiaramente per uno degli accessi in sede di presentazione dell'istanza, ed escludendo, al contempo, la possibilità per l'amministrazione di riqualificare un'istanza di accesso documentale in un'istanza di accesso civico generalizzato, in assenza di un chiaro riscontro nella volontà iniziale del privato³⁹ (e ciò in palese contrasto con quanto stabilito dalla Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica, che ha prospettato la soluzione opposta, ossia favorire l'applicabilità del FOIA nei casi dubbi, in ragione della "tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo"⁴⁰). Più raramente è stata riconosciuta al privato la possibilità di presentare con un'unica domanda sia un'istanza di accesso documentale, sia un'istanza di accesso civico generalizzato, demandando poi alla pubblica amministrazione il compito di "applicare uno dei due istituti, in ragione dell'esito della verifica circa la sussistenza dei presupposti legittimanti l'una o l'altra richiesta".⁴¹

Utile ad orientare la scelta dell'interessato, che intenda richiedere l'ostensione dei dati e documenti detenuti dalla p.a., è allora il discrimen individuato dalla finalità privatistica o pubblicistica della richiesta avanzata, rispettivamente, dall'istante qualificato o dal cittadino qualunque, laddove, come chiarito dal giudice amministrativo "per quanto, la legge non richieda l'esplicitazione della motivazione della richiesta di accesso, deve intendersi implicita la rispondenza della stessa al soddisfacimento di un interesse che presenti una valenza pubblica e non resti confinato ad un bisogno conoscitivo esclusivamente privato, individuale, egoistico o peggio emulativo che, lungi dal favorire la consapevole partecipazione del cittadino al dibattito pubblico, rischierebbe di compromettere le stesse istanze alla base dell'introduzione dell'istituto"⁴². In altri termini, il discrimen è dettato dalla differenza tra "need to know" (il bisogno di sapere tipico dell'accesso documentale) e "right to know" (il diritto di conoscere introdotto con l'accesso civico generalizzato)⁴³.

³⁹ Così A. MINERVINI, *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Diritto Amministrativo*, 3/2019, 577, che richiama la giurisprudenza del T.A.R. Lazio, Sez. II-bis, 2 luglio 2018, n. 7326; T.A.R. Lazio, Sez. I, 8 marzo 2018, n. 2628, nonché, da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 20 marzo 2019, n. 1817, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁰ Cfr. par. 2.2. della Circolare del 6 giugno 2017, n. 2 (avente ad oggetto la "Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato, c.d. FOIA").

⁴¹ Cons. St., Sez. VI, 29 aprile 2019, n. 2737, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴² T.A.R. Lazio, Sez. II B, 2 luglio 2018, n. 7326, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴³ Al riguardo, nel parere n. 515 del 24 febbraio 2016 cit. il Consiglio di Stato, fornendo

3. *Accesso civico generalizzato e appalti pubblici: il dibattito giurisprudenziale.*

Così delineato, in via generale, il percorso che ha condotto all'affermazione nel nostro ordinamento dell'accesso civico generalizzato, occorre verificarne la compatibilità con il settore degli appalti pubblici.

In materia di accesso agli atti, l'art. 53 del d. lgs. n. 50/2016 (rubricato "Accesso agli atti e riservatezza") demanda espressamente la disciplina del diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, comprese le candidature e le offerte, alla disciplina degli artt. 22 e ss. della l. n. 241/1990, facendo tuttavia salve le disposizioni specifiche ivi contenute. Invero, nel bilanciare i pesi e contrappesi tra accesso e riservatezza nella complessa materia degli appalti, la norma distingue le ipotesi in cui l'accesso può essere semplicemente differito nel tempo (comma 2, dell'art. 53)⁴⁴, dalle ipotesi in cui esso necessita invece di essere negato (comma 5, dell'art. 53)⁴⁵.

Nel primo caso, si tratta di un divieto relativo e temporaneo di diffusione di dati, operante fino ad un momento determinato, individuato dal legislatore, in talune ipotesi, nella scadenza del termine di presentazione delle offerte (ad

indicazioni sulle modifiche normative da introdurre nel d. lgs. n. 33 del 2013, ha evidenziato al par. 11.2 che "il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (*from need to right to know*, nella definizione inglese F.O.I.A.) rappresenta per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine [...] della Pubblica Amministrazione trasparente come una casa di vetro".

⁴⁴ L'art. 53, co. 2, d.lgs. n. 50/2016 recita: "Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito: a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime; b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare; c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione; d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione.

⁴⁵ L'art. 53, co. 5, d. lgs. n. 50/2016 recita: "Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione: a) 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; b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale.

esempio per la conoscenza dell'elenco dei soggetti che hanno presentato offerta), e in talaltro, nel termine previsto per l'aggiudicazione (come avviene per i dati attinenti alle offerte e al procedimento di verifica di anomalia dell'offerta). Nel secondo caso, invece, il divieto è assoluto, riguardando in profondità dati riservati qualificanti la sfera "identitaria" dell'operatore economico.

La *ratio* del *discrimen* tra le due ipotesi viene così a risiedere nella diversa natura dei dati oggetto di eventuale ostensione. Infatti, mentre il comma 2 dell'art. 53 cit. attiene a dati funzionali allo svolgimento della procedura di affidamento il cui differimento è giustificato dalla necessità di non alterare le regole della imparzialità e concorrenza, il comma 5 dell'art. 53 cit. riguarda informazioni che attengono a relazioni tecniche, pareri legali, segreti tecnici o commerciali la cui diffusione è esclusa al fine di tutelare la prevalente esigenza di riservatezza del concorrente. In particolare, con riguardo a tali categorie di dati, il successivo comma 6 della medesima norma ammette l'accesso difensivo solo relativamente 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*, mentre esclude tale possibilità per i dati segreti e coperti da proprietà intellettuale.

La struttura della norma – costituita da un rinvio generico agli artt. 22 e ss. alla l. n. 241/1990 e da due precipue specificazioni – consente di rilevare come, almeno da un punto di vista testuale, la finalità dell'accesso in materia di appalti non sia costituita dalla trasparenza intesa come "controllo generalizzato", quanto piuttosto dall'esigenza di conoscenza strumentale al corretto svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica. La disciplina esaminata, infatti, individua dei limiti ulteriori rispetto a quelli indicati nella l. n. 241/1990, ritagliati proprio sulla specialità della materia degli appalti, che sottende le più ampie garanzie di trasparenza e altrettante esigenze di riservatezza.

Proprio la specificità della materia impone di soffermarsi sull'interrogativo sotteso all'intera vicenda, costituito dalla ammissibilità o meno della disciplina dell'accesso civico generalizzato nel settore degli appalti pubblici, ed in particolare, della assoggettabilità degli atti di gara e *post* gara alle più ampie modalità di accesso civico generalizzato da parte di soggetti non qualificati.

L'interrogativo ha visto contrapporsi diversi orientamenti giurisprudenziali. In particolare, prima dell'intervento della Adunanza Plenaria in commento, due erano gli indirizzi giurisprudenziali emersi su tale profilo.

Secondo un primo orientamento, l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato alla materia degli appalti pubblici sarebbe stata da escludere sulla base di argomentazioni di ordine prettamente testuale, che conducevano a ritenere il contenuto normativo del comma 3 dell'art. 5-*bis* del d. lgs. 33/2013 come clausola escludente, frutto della precisa scelta del legislatore di sottrarre gli atti di gara e *post* gara alle più ampie maglie dell'accesso civico generalizzato, nella

consapevolezza che si tratti di atti racchiusi all'interno di una disciplina speciale e autonoma, espressione di precise direttive europee volte alla massima tutela del principio di concorrenza e trasparenza negli affidamenti pubblici, nonché di un complesso normativo chiuso idoneo ad attrarre a sé anche la regolamentazione dell'accesso agli atti connessi alle specifiche procedure espletate.⁴⁶ L'esclusione, peraltro, sarebbe stata giustificata in virtù della considerazione che la documentazione di gara e *post* gara sarebbe già destinata a subire un forte e penetrante controllo pubblicistico da parte di soggetti istituzionalmente preposti alla specifica vigilanza di settore (ANAC) e coinvolgerebbe interessi privati di natura economica e imprenditoriale di per sé sensibili.

Né, secondo l'orientamento in parola, il mancato richiamo da parte del d. lgs. n. 50/2016 all'accesso civico generalizzato avrebbe potuto essere attribuito alla circostanza che, al momento della entrata in vigore del novellato codice appalti, non fosse ancora stata introdotta la disciplina del nuovo istituto ad opera del d. lgs. 97/2016: tale scelta, piuttosto, sarebbe stata da ricondursi alla *voluntas legis* di considerare e regolamentare l'ipotesi di discipline sottratte alla possibilità di accesso generalizzato, anche se precedente all'introduzione del nuovo istituto. Una scelta che, proprio per la forte conflittualità degli interessi coinvolti e per la specialità del campo in cui andrebbe ad operare, necessiterebbe di essere espressa ed inequivocabile. Ne consegue che, nella "materia" degli appalti pubblici, tale l'indirizzo ammetteva solo la modalità dell'accesso documentale ex l. n. 241/1990, testualmente richiamata dalle disposizioni del codice appalti, e quella dell'accesso difensivo di cui all'art. 53, co. 6, d. lgs. 50/2016, qualora la prevalenza del diritto di accesso sul contrapposto diritto alla riservatezza, limitatamente agli atti o documenti di gara aventi ad oggetto segreti tecnici o commerciali, fosse risultata adeguatamente dimostrata come necessaria per curare o per difendere gli interessi giuridici dell'istante in giudizio.⁴⁷

Sul versante opposto, altro orientamento giurisprudenziale affermava l'insufficienza del mero dato testuale del comma 3 dell'art. 5-*bis* del d.lgs. 33/2013 ad escludere *tout-court* l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato agli atti di gara, ritenendo necessaria un'interpretazione sistematica e teleologica. In particolare, la norma citata, nell'escludere l'accesso generalizzato nei casi in cui l'accesso fosse subordinato al rispetto di "specifiche condizioni, modalità e limiti"

⁴⁶ Inaugurato dal T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 18 luglio 2018, n. 197 e seguito dal T.A.R. Marche, Sez. I, 3 ottobre 2018, n. 677; T.A.R. Lazio, Roma, 14 gennaio 2019, n. 425; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 25 marzo 2019 n. 630, consultabili sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁷ Cfr. T.A.R. Puglia, Sez. I, 4 marzo 2019, n.315, il quale dà atto della introduzione nel campo degli appalti pubblici – ad opera dell'art. 53 del d. lgs. 50 del 216 – di una figura speciale di accesso difensivo idoneo a prevalere sulle contrapposte esigenze di tutela del segreto tecnico qualora la richiesta venga fatta in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto, in www.giustizia-amministrativa.it.

inclusi quelli di cui all'art. 24 della l. n. 241/1990, avrebbe dovuto essere correlata sia al principio generale di trasparenza, sia alla considerazione che le richiamate specifiche condizioni, modalità e limiti sono coordinati a “divieti di accesso” e non a “restrizioni di minor rilievo”, men che meno ad intere materie⁴⁸.

Peraltro, sarebbe stato incomprensibile, o quanto meno irragionevole, sottrarre proprio la disciplina degli appalti pubblici alla “conoscenza diffusa” di cui al d. lgs. 33/2013, trattandosi di un settore ad elevato rischio di corruzione. Sulla base di tale considerazione, l'indirizzo in esame affermava l'illegittimità di un diniego basato unicamente sulla non applicabilità dell'istituto dell'accesso civico alla materia dei pubblici appalti, evidenziando: il tenore del dettato normativo (che fa riferimento a specifiche condizioni, modalità e limiti) renderebbe immotivata l'esclusione dell'accesso generalizzato al settore dei contratti pubblici dal momento che esso sarebbe diretto a rafforzare la trasparenza amministrativa come strumento di prevenzione e contrasto alla corruzione, da implementarsi sia prima sia dopo l'aggiudicazione⁴⁹.

Ed è proprio la finalità sottesa all'accesso civico generalizzato nell'ambito degli appalti pubblici e la funzione strumentale della trasparenza a costituire la chiave di lettura del dato normativo e a suggerire un'interpretazione restrittiva delle deroghe in esso previste, soprattutto alla luce della dichiarata finalità dell'accesso civico generalizzato di consentire una conoscenza diretta dell'agire della pubblica amministrazione, in una materia, quella dei contratti pubblici, ove possono celarsi fenomeni di maladministration che legittimano la richiesta di conoscibilità degli atti con i quali un contratto affidato a seguito pubblica gara è stato portato ad esecuzione.

L'argomentazione è supportata da altra considerazione di ordine sistematico e teleologico: se la materia degli appalti pubblici è una di quelle dove è più elevato il rischio di corruzione (ricompresa tra le aree più a rischio di cui all'art. 1, comma 16, l. n. 190 del 2012), e sulla quale, in misura maggiore, si è appuntata l'attenzione della disciplina anticorruzione e dell'ANAC, sarebbe incomprensibile o, quanto meno, irragionevole che il legislatore abbia voluto sottrarre alla disciplina sulla trasparenza e, quindi all'accesso del *quisque de populo*, proprio la materia degli appalti.⁵⁰ Sicché, sarebbe proprio l'attuale disciplina legislativa della formazione degli appalti pubblici – attuativa delle tre direttive comunitarie n. 23, n. 24 e n. 25 del 2014⁵¹, oltre che del Piano Nazionale Anticorruzione 2016 dell'ANAC – ad imporre di garantire la più ampia possibilità di accesso⁵².

Tale secondo orientamento ha ricevuto l'avallo da parte della più recente

⁴⁸ T.A.R. Lombardia, Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 45, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁹ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 5 giugno 2019, n. 3780, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁰ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 10 dicembre 2019, n. 5837, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵¹ Come si evince dal considerando 136 della direttiva “appalti” n. 24/2014.

⁵² Cfr. par. 1 pag. 8 nella parte relativa agli obblighi internazionali.

giurisprudenza, preoccupata di fornire una interpretazione funzionale e coordinata delle norme richiamate⁵³, e ha trovato significativa conferma, peraltro, in una recente posizione della Commissione Europea, che ha sottolineato la necessità che “l’ordinamento italiano promuova la trasparenza in ogni ambito, e particolarmente negli appalti pubblici prima ma anche dopo l’aggiudicazione”.⁵⁴

4. *La pronuncia della Adunanza Plenaria n. 10/2020.*

Nell’invertire l’ordine di trattazione delle questioni sottoposte dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato, per ragioni di consecuzione logica-giuridica, l’Adunanza Plenaria n. 10/2020, passa ad esaminare prima l’ultimo quesito, poi, il primo ed infine il secondo.

Con riguardo al primo quesito del nuovo ordine di trattazione (relativo al se, in presenza di una istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale della l. n. 241/1990 e priva del necessario presupposto legittimante di cui all’art. 22 della medesima legge, la P.A. sia comunque tenuta ad accogliere la richiesta, verificando la sussistenza delle condizioni dell’accesso civico generalizzato, e di conseguenza quale sia l’ampiezza dei poteri del giudice, in sede di esame del ricorso avverso il diniego di una istanza di accesso motivata con riferimento alla disciplina ordinaria, di cui alla l. n. 241/1990), l’Adunanza Plenaria osserva che l’ammissibilità del cumulo giuridico delle diverse forme di accesso⁵⁵ e la possibilità di contestuale formulazione da parte del privato, tanto dell’istanza di accesso documentale quanto dell’istanza di accesso civico generalizzato, trova fondamento nel dettato normativo dell’art. 5, co. 11, d. lgs. 33/2013. Tale norma specifica che, accanto all’accesso civico c.d. semplice (comma 1) e a quello c.d. generalizzato (comma 2), restano ferme “le diverse forme di accesso degli interessati previste dal capo V della legge 7 agosto 1990, n. 241”. Conseguentemente, configura in capo alla p.a. il potere-dovere di esaminare l’istanza che difetti dei presupposti dell’accesso documentale

⁵³ *Ex plurimis*, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 27 aprile 2020, n. 4202; T.A.R. Veneto, Sez. III, 21 ottobre 2020, n. 966, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁴ Relazione della Commissione sulla lotta alla corruzione COM (2014) 38 del 3/012/2014, richiamata da Consiglio di Stato, Sez. III, 5 giugno 2019, n. 3780, cit. In termini, già Ad. P. n. 5 del 1997 che aveva esteso l’accesso agli atti, strumento tipico della trasparenza in ogni tipologia di attività della pubblica amministrazione, ivi compresi gli atti disciplinati dal diritto privato.

⁵⁵ Sul punto, richiama Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503; e precisa che la stessa ANAC, ha osservato che i dinieghi di accesso agli atti e documenti di cui alla l. n. 241 del 1990, se motivati con esigenze di “riservatezza” pubblica o privata, devono essere considerati attentamente anche ai fini dell’accesso generalizzato, ove l’istanza relativa a quest’ultimo sia identica e presentata nel medesimo contesto temporale a quella dell’accesso di cui alla l. n. 241 del 1990, indipendentemente dal soggetto che l’ha proposto.

(primo tra tutti la titolarità di un interesse differenziato in capo al richiedente, ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. b, della l. n. 241/1990), anche sotto il profilo dell'accesso civico generalizzato, qualora, da un lato, l'istanza contenga sostanzialmente tutti gli elementi utili a vagliarne l'accoglimento sotto il profilo "civico" e, dall'altro, il privato non abbia inteso espressamente far valere e limitare il proprio interesse ostensivo solo all'uno o all'altro aspetto. Tale affermazione, pur traducendosi in un "evidente aggravio per l'amministrazione dal momento che dovrà applicare e valutare regole e limiti differenti", consacra i rapporti tra le diverse forme di accesso come istituti che ben possono coesistere e completarsi, senza reciproca esclusione.

Del resto, il principio affermato dalla Ad. Plenaria sembra trovare avallo nella recente riforma dell'art. 1, co. 2-bis della l. n. 241/1990, ad opera della l. 11 settembre 2020, n. 120, grazie alla quale espressamente si introduce il principio di collaborazione come principio generale regolante i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione.

Diversamente, tale potere di accertamento viene escluso in capo al giudice amministrativo, stante l'impossibilità di convertire, in sede di ricorso giurisdizionale, il titolo dell'accesso eventualmente rappresentato all'amministrazione sotto l'uno o l'altro profilo (pena la violazione del divieto di *mutatio libelli* e di introduzione di *ius novorum*); e stante il divieto per il giudice di pronunciarsi su un potere non ancora esercitato, ex art. 34, comma 2, c.p.a., per non essere stato nemmeno sollecitato dall'istante.

Quanto al secondo quesito (relativo al se sia configurabile, o meno, in capo all'operatore economico utilmente collocato in graduatoria all'esito di una procedura di evidenza pubblica, la titolarità di un interesse giuridicamente rilevante, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241/1990, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva, al fine di provocare la risoluzione per inadempimento dell'appaltatore e il conseguente nuovo affidamento del contratto, secondo la regole dello scorrimento della graduatoria), l'Adunanza plenaria riconosce agli operatori economici, che abbiano preso parte alla gara, la legittimazione ad accedere agli atti della fase esecutiva, con le limitazioni di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 50/2016, purché abbiano un interesse attuale, concreto e diretto a conoscere tali atti.

Invero, l'accesso documentale agli atti della fase esecutiva viene espressamente riconosciuto dall'art. 53, comma 1, del d. lgs. n. 50/2016, il quale – nel disciplinare i rapporti tra accesso e riservatezza nelle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici – richiama gli artt. 22 e ss. della l. n. 241/1990, così formalizzando a livello legislativo quanto già da tempo affermato da quella parte di giurisprudenza⁵⁶ preoccupata di estendere la portata del diritto

⁵⁶ Sul punto, viene citata la fondamentale pronuncia della Adunanza Plenaria., 22 aprile 1999, n. 5, secondo la quale "l'amministrazione non può negare l'accesso agli atti riguardanti la sua attività di diritto privato solo in ragione della loro natura privatistica", come già Cons. St., sez. IV,

to di accesso, al di là della natura pubblicistica o privatistica del rapporto tra le parti coinvolte, in virtù di una precisa considerazione: la inevitabile comunanza di principi e di interessi che permea tutte le fasi della procedura di selezione pubblica. Precisa l'Adunanza Plenaria che anche la fase esecutiva del rapporto negoziale rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, e sottende la compresenza di fondamentali interessi pubblici, primi tra tutti il principio di trasparenza e di concorrenza, i quali, seppur richiamati dal codice appalti nella sola fase pubblicistica dell'affidamento, non possono che estendersi alla fase dell'esecuzione che deve rispecchiare e rispettare l'esito della gara condotta secondo le regole della trasparenza, della non discriminazione e della concorrenza, pena l'aggravamento in sede di esecuzione delle regole di buon andamento, concorrenza e trasparenza. In particolare, il Supremo Consesso evidenzia come la disciplina della fase esecutiva si caratterizzi per essere una disciplina "autonoma e parallela" rispetto alle disposizioni del Codice civile – applicabili per quanto non espressamente previsto dal codice appalti e negli atti attuativi (art. 30, comma 8, del d. lgs. n. 50/2016) – e si traduca sia nella previsione, nel codice dei contratti pubblici, di disposizioni speciali⁵⁷, sia nell'attribuzione di penetranti poteri di controllo da parte delle autorità preposte a prevenire e a sanzionare l'inefficienza, la corruzione o l'infiltrazione mafiosa manifestatasi nello svolgimento del rapporto negoziale. Proprio tali peculiarità, che connotano la fase esecutiva del rapporto negoziale in funzione pubblicistica, consentono di ritenere assoggettabile anche tale segmento alla verifica e alla connessa conoscibilità da parte di eventuali soggetti controinteressati al subentro o alla riedizione della gara, i quali si qualificano per essere portatori di un interesse legittimo strumentale⁵⁸, non solo all'aggiudicazione della commessa, quale bene della vita finale, ma anche, per l'eventuale riedizione della gara, quale bene della vita intermedio.

Pertanto, pur riconoscendo la sussistenza di un interesse alla conoscenza dello svolgimento del rapporto contrattuale, l'Adunanza Plenaria ritiene che, ai fini dell'accesso, occorra che l'interesse dell'istante, pur in astratto legittimato, possa considerarsi concreto, attuale, diretto, e, in particolare, preesistente all'i-

4 febbraio 1997, n. 42, aveva espressamente riconosciuto l'accesso ad atti "concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale".

⁵⁷ L'Adunanza Plenaria si riferisce agli artt. 100-113-bis del d. lgs. n. 50 del 2016 e, oltre a tali norme, citata una serie di disposizioni del codice appalti dalle quali desumere la "persistenza" di un rilevante interesse pubblico nella fase esecutiva del contratto, quali ad esempio gli artt. 32, comma 12, e 33, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, in materia di controlli di legittimità sull'aggiudicatario; gli artt. 108, comma 1, e art. 176, commi 1 e 2, del codice, in materia di recesso dal contratto.

⁵⁸ Interesse strumentale riconosciuto dalla Corte di Giustizia europea, con sentenza della Sez. X, 5 settembre 2019, in C-333/18, e dalla Corte Costituzionale, con la recente sentenza del 13 dicembre 2019, n. 271.

stanza di accesso, laddove l'accesso documentale è tradizionalmente diretto a soddisfare un bisogno di conoscenza (*c.d. need to know*), strumentale alla difesa di una situazione giuridica. Diversamente ragionando, l'accesso documentale assolverebbe ad una finalità espressamente vietata dalla legge, perché preordinata ad un non consentito controllo generalizzato sull'attività, pubblicistica o privatistica, delle pubbliche amministrazioni (art. 24, comma 4, della l. n. 241/1990) ed accederebbe ad una logica completamente diversa, quella del desiderio di conoscere, tipica dell'accesso civico generalizzato, nel quale la conoscenza si atteggia quale diritto fondamentale (*c.d. right to know*), in sé, che è premessa autonoma e fondamentale per l'esercizio di qualsivoglia altro diritto.

L'Adunanza Plenaria, dunque, esclude la configurazione di un interesse strumentale così amplificato e dilatato nella fase esecutiva, in capo al controinteressato che abbia partecipato alla gara, il quale assumerebbe così una "super-legittimazione" che le direttive del 2014 in materia di appalti non gli consentono di assumere.

Quanto al terzo quesito (relativo al se la disciplina dell'accesso civico generalizzato sia applicabile, in tutto o in parte, in relazione ai documenti relativi alle attività delle amministrazioni disciplinate dal codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, inerenti al procedimento di evidenza pubblica e alla successiva fase esecutiva, ferme restando le limitazioni ed esclusioni oggettive previste dallo stesso codice), l'Adunanza Plenaria, dopo aver richiamato la disciplina di riferimento (art. 53, d. lgs 50/2016; 5-*bis*, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33/2013) e ripercorso i contrastanti orientamenti giurisprudenziali, ha ritenuto di aderire all'indirizzo favorevole alla applicabilità dell'istituto dell'accesso civico generalizzato al settore degli appalti. Ritiene l'Adunanza Plenaria che tale soluzione corrisponda alla *voluntas legis*, che ha espressamente configurato l'istituto *de quo* come diritto di "chiunque", non sottoposto ad alcun limite quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e quanto all'onere di motivazione, emancipandolo così dai limiti tipici dell'accesso documentale, al preciso fine di garantire il controllo democratico sull'attività amministrativa, ferme restando le cd. eccezioni relative di cui all'art. 5-*bis*, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33/2013.

In particolare, il Supremo Consesso afferma che l'interesse individuale alla conoscenza è protetto in sé, in quanto espressione del principio di trasparenza che costituisce fondamento della democrazia amministrativa in uno Stato di diritto, ma anche un caposaldo del principio di buon funzionamento della pubblica amministrazione, quale "casa di vetro" improntata ad imparzialità; trasparenza, dunque, intesa non quale mera conoscibilità, garantita dalla pubblicità, ma anche come intelligibilità dei processi decisionali e assenza di corruzione⁵⁹, e che in tale contesto viene ad assumere il significato di "accessibilità totale".

⁵⁹ Così Cons St., *Parere*, cit.

Del resto, che il “diritto di conoscere” (*right to know*) sia trattato alla stregua di un diritto fondamentale (al pari di altri ordinamenti europei ed extraeuropei)⁶⁰, si evince espressamente anche dall’art. 1, comma 3, dello stesso d. lgs. n. 33/2013, secondo cui le disposizioni del decreto, tra le quali anzitutto quelle dettate per l’accesso civico, costituiscono livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell’art. 117, secondo comma, lett. m), Cost. Ma ancor prima, esso – oltre che essere evincibile dagli artt. 1, 2, 97 e 117 Cost e riconosciuto dall’art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea per gli atti delle istituzioni europee – deve collocarsi in una prospettiva convenzionale europea, laddove rinviene un sicuro fondamento nell’art. 10 CEDU, come hanno rilevato le citate Linee guida dell’ANAC, nel par. 2.1, e le Circolari FOIA n. 2/2017 (par. 2.1) e n. 1/2019 (par. 3).

Sulla base di queste premesse, l’Adunanza Plenaria passa ad analizzare l’aspetto interpretativo più complesso e cruciale, quello relativo ai limiti di cui all’art. 5-bis, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33/2013: pur ammettendo la poco felice formulazione della disposizione⁶¹, essa ne ritiene preferibile una “lettura unitaria, sistematica, costituzionalmente e convenzionalmente orientata che impone un necessario approccio restrittivo (ai limiti) secondo una interpretazione tassativizzante”.

Così, interpretando il comma 3 dell’art. 5-bis del d. lgs. n. 33 /2013, l’Adunanza esclude la rilevanza *tout court* del mero dato testuale e l’idoneità a ricomprendere interi ambiti di materie, laddove il principio di specialità condurrebbe sempre all’esclusione della specifica materia dall’ambito di applicazione dell’accesso. Per tale motivo, essa afferma che il rapporto tra le due discipline non va letto alla luce del criterio di specialità, che implicherebbe reciproca esclusione, ma secondo un canone ermeneutico di completamento/inclusione, volto alla 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”.

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. 33/2013, letti in modo frazionato e non sistematico, si trasformino in un “buco nero” della trasparen-

⁶⁰ Primi tra tutti quello statunitense ed inglese, seguiti poi dall’ordinamento francese e tedesco.

⁶¹ Che sembra contrapporre limiti assoluti (come in modo emblematico accade per il segreto di Stato), previsti dal legislatore per garantire un livello di protezione massima a determinati interessi, ritenuti di particolare rilevanza per l’ordinamento giuridico e rispetto ai quali la p.a. è dotata di potere vincolato, e limiti relativi, richiedenti un bilanciamento in concreto, in base al principio di proporzionalità, da parte dell’amministrazione dotata in tal caso di più ampia discrezionalità.

za. Pertanto, sarebbe proprio questa logica di integrazione ad indurre a ritenere necessario e fondamentale, ai fini della trasparenza, affiancare alla pubblicità obbligatoria di determinati atti (c.d. *disclosure* proattiva) anche l'accessibilità degli atti nei termini previsti per l'accesso civico generalizzato (c.d. *disclosure* reattiva).

Applicando tali canoni interpretativi al “caso” dei contratti pubblici, il Supremo Consesso riconosce che la configurazione di una trasparenza rispondente ad “un controllo diffuso” della collettività sull'azione amministrativa sia particolarmente avvertita nella materia dei contratti pubblici – laddove le esigenze di accesso civico generalizzato costituiscono la “fisiologica conseguenza” dell'evidenza pubblica, in quanto ciò che è pubblicamente evidente, per definizione, deve anche essere pubblicamente conoscibile – ed, in particolare, nell'esecuzione di tali rapporti, dove spesso si annidano fenomeni di cattiva amministrazione, corruzione e infiltrazione mafiosa, con esiti di inefficienza e aree di malgoverno.

Pertanto, preso atto che, in *un quadro evolutivo così complesso che impone una visione d'insieme, anche alla luce delle coordinate costituzionali, euro-unitarie⁶² e convenzionali, non sia più possibile affermare che l'accesso agli atti di gara costituisca un “microcosmo normativo” compiuto e chiuso⁶³, l'Adunanza Plenaria riconosce che l'accesso civico generalizzato operi “di diritto”, senza che sia necessaria nel nostro ordinamento una specifica disposizione di legge che ne autorizzi l'operatività anche in specifiche materie, come quella dei contratti pubblici, con la conseguenza che l'accesso civico generalizzato, ferme le eccezioni relative di cui all'art. 5-*bis*, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33/2013, è ammissibile in ordine agli atti della fase esecutiva⁶⁴. Ciò spiega perché l'accesso civico generalizzato non solo sia consentito, nella materia degli appalti pubblici, ma sia doveroso perché connaturato all'essenza stessa dell'attività contrattuale pubblica e perché esso operi, in funzione della c.d. trasparenza reattiva, soprattutto in relazione a quegli atti, rispetto ai quali non vigono i pur numerosi obblighi di pubblicazione (c.d. trasparenza proattiva) previsti.*

Ne consegue che le eccezioni all'accesso civico generalizzato, sia relative che assolute⁶⁵, implicano e richiedono un bilanciamento in concreto, *caso per caso⁶⁶*, da parte della pubblica amministrazione, tra l'interesse pubblico alla conoscibilità e

⁶² Si richiamano al riguardo: il considerando 126 della Direttiva n. 2014/24/UE il quale ricorda che la tracciabilità e la trasparenza del processo decisionale nelle procedure di appalto “è essenziale per garantire procedure leali nonché combattere efficacemente la corruzione e le frodi”; ed il considerando n. 122 della stessa Direttiva, il quale osserva che “i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone od organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla Direttiva 98/665/CE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto”.

⁶³ In questo senso, Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6121, www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁴ In termini anche delibera ANAC n. 317 del 29 marzo 2017, in www.anticorruzione.it.

⁶⁵ Laddove l'interprete dovrà valutare la volontà del legislatore di fissare in determinati casi limiti più stringenti all'accesso civico generalizzato.

⁶⁶ Come afferma la disposizione, che appunto parla di “casi”.

il danno all'interesse-limite, pubblico o privato, alla segretezza e/o alla riservatezza, bilanciamento da operare secondo i criteri, utilizzati anche in altri ordinamenti, del cd. test del danno, in base al quale occorre valutare se sussista un interesse pubblico al rilascio delle informazioni richieste rispetto al pregiudizio per l'interesse-limite contrapposto⁶⁷.

L'amministrazione deve cioè verificare se la conoscenza del dato oggetto della richiesta possa danneggiare uno degli interessi-limite in modo "specifico, concreto e diretto" (natura del danno) e "ragionevolmente prevedibile" (probabilità del danno); non è richiesto, invece, che le amministrazioni verifichino se il diniego d'accesso possa comportare un danno all'interesse pubblico alla conoscenza delle informazioni (c.d. "test dell'interesse pubblico"): solo quando il primo (danno all'interesse-limite) è ritenuto più serio e probabile del secondo (danno all'interesse conoscitivo della collettività) l'accesso può essere negato⁶⁸.

5. *Riflessioni di sintesi. Il fine non giustifica i mezzi.*

L'orientamento interpretativo fornito dalla Adunanza Plenaria all'ultimo quesito affrontato merita una riflessione ulteriore.

A monte dell'iter argomentativo seguito, sembrerebbe esserci un chiaro intento, quello di "voler dare" certezza anche prescindendo dal dato normativo (di per sé idoneo ad ingenerare dubbi) e contemporaneamente garantire uniformità di indirizzo attraverso la guida interpretativa del principio di trasparenza, elevato non solo a principio cardine e perno dell'intero agire pubblico in *pubblico*⁶⁹, ma anche come principio "autolegittimante".

Il principio di trasparenza – come "valore immanente dell'ordinamento amministrativo"⁷⁰ e "modo di essere della amministrazione"⁷¹ – non può più essere inteso solo come sinonimo di pubblicità, rispetto al quale è sufficiente l'assolvimento

⁶⁷ Il "test del danno" e il "test dell'interesse pubblico" sono entrambi previsti dal Regolamento (CE) n. 1049/2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione.

⁶⁸ M. SAVINO, *Il FOIA Italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 596; G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *www.federalismi.it*, 1, 2017.

⁶⁹ Dalla nota espressione di Bobbio secondo la quale "il governo della democrazia si può definire come il governo del potere pubblico in pubblico", richiamata da G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5945 ss.

⁷⁰ R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, 1989; inoltre, M.R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa*, in *Nuove aut.*, 2005, 945 ss.

⁷¹ G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, cit.

dell'obbligo di pubblicazione dei documenti da parte della p.a., ma deve necessariamente invadere il campo della conoscenza e della comprensibilità all'esterno delle scelte operate dalla p.a. in vista del perseguimento dell'interesse generale, tipico delle moderne amministrazioni democratiche, tenute a dar conto del proprio operato nei confronti dei cittadini, rinvenendo in essi la propria fonte di legittimazione⁷².

Se dunque trasparenza è da intendersi come comprensione (o comprensibilità) dell'azione amministrativa, implicante semplicità di accesso ad essa, i principi enunciati nella sentenza in commento sembrano fornire talvolta direttive chiare e comprensibili, talaltra lasciare un'immanente alea di incertezza interpretativa; affermare che l'accesso civico generalizzato operi "di diritto, senza che sia necessaria nel nostro ordinamento una specifica disposizione di legge che ne autorizzi l'operatività anche in specifiche materie", sembrerebbe frutto di un contemperamento tra valori disomogenei, in realtà, non suscettibili di bilanciamento: i criteri volti a regolare i rapporti tra norme (in particolare, il criterio di specialità), da un lato; ambiti di materie e principi informatori dell'agire pubblico (in particolare, il principio di trasparenza), dall'altro.

L'Adunanza Plenaria, infatti, ritenendo di dover favorire un'interpretazione costituzionalmente, convenzionalmente ed euro-unitariamente orientata, secondo canoni teleologici e sistematici, rifugge dal mero dato normativo che, per quanto peculiare, sembra formulato secondo un meccanismo di "specificazione nella specificazione", a mo' di "matriosca" lessicale: l'art. 5 *bis* del d. lgs. n. 33 del 2013 testualmente prevede che il diritto di accesso civico di cui all'articolo 5, co. 2 del d. lgs. n. 33 del 2013, "è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, *ivi compresi* i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, *inclusi* quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241/1990. Nessun dubbio che la norma avrebbe potuto (*rectius* dovuto) essere formulata in maniera più chiara e precisa; tuttavia, ciononostante, sembrerebbe altrettanto indubbio che la disposizione del comma 3 cit. contempra le ipotesi di esclusione del diritto di accesso senza operare alcuna distinzione tra eccezioni assolute (segreto di Stato e altri divieti divulgazione previsti dalla legge) ed eccezioni relative (casi in cui il legislatore subordina il diritto di accesso al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, previsti dalla disciplina vigente), a differenza di quanto previsto dai commi 1 e 2, da una parte, e dai commi 4 e 5, dall'altra, che rispettivamente disciplinano i limiti assoluti e relativi al diritto di accesso civico generalizzato: infatti, i commi 1 e 2 dell'art. 5-*bis* individuano gli interessi pubblici e privati destinati a prevalere nel bilanciamento degli interessi operato in astratto dal legislatore; i successivi commi 4 e 5 della medesima disposizione attenuano la regola del diniego, ammettendo l'ostensione, qualora

⁷² M. R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa*, cit.

si tratti di un'istanza di accesso parziale (limitata ad alcune parti del documento) o temporalmente differibile.

Nello specificare le ipotesi di esclusione, il co. 3 dell'art. 5-*bis* include, oltre ai casi notoriamente previsti dall'art. 24 della legge 241/1990⁷³, anche i casi in cui discipline di settore prevedano specifiche modalità di applicazione del diritto di accesso.

Proprio in virtù di tale ultima precisazione, sembrerebbe che la norma sia idonea a contemplare nelle esclusioni anche le condizioni, modalità o limiti previsti dalla disciplina di settore degli appalti pubblici *ex d. lgs. n. 50/2016*. Invero, l'art. 53, rubricato "Accesso agli atti e riservatezza", al comma 2, prevede specifiche ipotesi in cui, nelle procedure selettive, il diritto di accesso (documentale) necessita di essere differito⁷⁴; e al comma 5, elenca una serie di documenti rispetto ai quali esigenze di riservatezza sono destinate a prevalere sul diritto all'ostensione⁷⁵.

A ciò si aggiunga che il comma 1 dell'art. 53 codice appalti contiene un rinvio, meramente sussidiario, agli articoli 22 e seguenti della l. n. 241/1990. Come visto, tale precisazione è stata oggetto di diverse interpretazioni da parte degli operatori del diritto e ha visto prevalere l'orientamento di quanti si sono mostrati

⁷³ Ossia: i documenti coperti da segreto di Stato, e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge; nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano; 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; nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi.

⁷⁴ In particolare: a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime; b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare; c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione; d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione.

⁷⁵ Si tratta in particolare: a) delle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta che costituiscono segreti tecnici o commerciali (ad eccezione del c.d. accesso difensivo in relazione alla procedura di affidamento del contratto); b) dei pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice appalti, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; c) delle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; d) delle soluzioni tecniche e programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale).

favorevoli ad una lettura dinamica del rinvio. Appare condivisibile ritenere che alla data di entrata in vigore del nuovo codice appalti (18 aprile 2016) anteriore a quella del d. lgs. n. 97/2016 (25 maggio 2016), l'art. 53 cit. non potesse far riferimento ad altra disciplina in materia di accesso agli atti che a quella contenuta nella legge sul procedimento amministrativo, così come modificata dalla l. n. 15/2005, considerata come “fonte” unica della regola generale della trasparenza amministrativa⁷⁶ (né avrebbe potuto essere richiamata la previgente disciplina in materia di accesso civico semplice ex d. lgs. 33/2013, non essendo individuabili specifici obblighi di pubblicazione in capo alla p.a. coercibili attraverso tale strumento).

Anche ammettendo che il rinvio operato dall'art. 53 codice appalti costituisca un'ipotesi di rinvio dinamico, passibile di modifica inespressa al susseguirsi di leggi nel tempo disciplinanti la medesima materia, il criterio di specialità tra norme non può essere trascurato. Alla luce di tale criterio, infatti, è possibile ritenere che la novella legislativa generale non abbia comportato un'abrogazione della disciplina di settore (speciale) che preveda determinate condizioni, modalità o limiti di operabilità del diritto di accesso, limiti che seppur immaginati dal legislatore del 2006 rispetto all'accesso documentale, *a fortiori* necessitano di considerazione nei casi di accesso generalizzato: se l'accesso ai documenti è negato dall'amministrazione per esigenze di riservatezza e tutela di interessi pubblici o privati ritenuti prevalenti secondo i limiti di cui alla l. n. 241/1990, a maggior ragione tali documenti sono destinati a non essere ostensibili dal cittadino qualunque che chiede di conoscere per essere informato e per partecipare al dibattito pubblico.⁷⁷

Soprattutto, occorre chiedersi, *cui prodest* l'eccesso di informazione qualora l'elevato tecnicismo delle stesse finisca per realizzare il risultato opposto, ossia rendere poco accessibile, se non addirittura incomprensibile, alla generalità dei consociati la sostanza delle problematiche e delle scelte operata dalla p.a.⁷⁸

La trasparenza, infatti, non è preposta a soddisfare mere esigenze informative, né tanto meno è in grado da sola di conseguire la repulsione di infiltrazioni illecite dalle procedure amministrative, prime tra tutte le gare di appalto.⁷⁹

Pertanto, pur non volendo disconoscere l'impatto assunto dalla pronuncia in commento sulla portata del principio trasparenza nel nostro ordinamento⁸⁰,

⁷⁶ M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., 24.

⁷⁷ M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., 36.

⁷⁸ Cfr. M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, cit.

⁷⁹ M.R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa*, cit., 962.

⁸⁰ In particolare, di aver precisato che l'esigenza di trasparenza non rappresenta una prerogativa esclusiva dell'attività amministrativa, ma trova spazio anche in campo privatistico – nelle ipotesi in cui si trascenda dall'interesse individuale e si prendano in considerazione rapporti che coinvolgano interessi di più ampie categorie di soggetti o persino della generalità dei cittadini; cfr. Cenni storici in M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. Dir. Agg.* IV, Milano, 2000, 1 ss.

pare che l'Adunanza Plenaria abbia forzato il dato normativo dal punto di vista letterale.

Se la trasparenza costituisce valore portante e necessario dell'ordinamento, in vista del cui soddisfacimento sta al giurista il compito di modellare i vari istituti predisponendoli al fine di dare ad essa reale ed effettiva soddisfazione⁸¹, allora pare quantomai auspicabile l'intervento chiarificatore del legislatore, al fine di rendere "trasparente", intellegibile e comprensibile, il dettato normativo che costituisce, a monte, la fonte legittimante del potere esercitato a valle dall'amministrazione. Risultato che sembrerebbe auspicato dalla stessa Adunanza Plenaria, laddove afferma che «se il nostro ordinamento ha ormai accolto il c.d. modello FOIA non è l'accesso pubblico generalizzato degli atti a dover essere, ogni volta, ammesso dalla legge, ma sono semmai le sue eccezioni a dovere rinvenire un preciso, tassativo, fondamento nella legge».

⁸¹ F. PATRONI GRIFFI, *Un contributo alla trasparenza dell'azione amministrativa: partecipazione procedimentale e accesso agli atti*, in *Dir. Proc. Amm.* 1992, 25 ss.

Abstract

Il principio di trasparenza è stato oggetto di una profonda trasformazione nel corso del tempo, divenendo da fine dell'agire pubblico a strumento attraverso il quale garantire il corretto svolgimento della funzione pubblica. Parimenti, il rapporto tra la pubblica amministrazione ed il privato ha subito una significativa evoluzione, che ha portato, in taluni casi, ad una inversione di ruoli. Questa evoluzione emerge in modo particolare in materia di accesso agli atti e, soprattutto, nelle forme di accesso civico semplice e generalizzato disciplinate dal d. lgs. n. 33/2013, così come modificato dal d. lgs. n. 97/2016, ove si prescinde dai tradizionali criteri di legittimazione e ci si spinge "oltre". Nell'ambito di tale contesto normativo si inserisce la pronuncia della Adunanza Plenaria, il cui intervento si è reso necessario al fine di delineare la possibile concorrenza tra le diverse forme di accesso, per individuare i presupposti per l'esercizio del diritto di accesso agli atti della fase esecutiva da parte dell'operatore economico secondo classificato in graduatoria, nonché per dirimere il contrasto giurisprudenziale sorto in merito alla applicabilità dell'accesso civico generalizzato al settore degli appalti pubblici, data la "peculiarità" del dettato normativo.

Generalised civic access and public contracts: a jurisprudential debate rereading

Transparency principle has been profoundly transformed over time, becoming from the goal of public action to an instrument through which to ensure the proper performance of public service. Similarly, the relationship between the public administration and citizens has undergone a significant development, which has led, in some cases, to a reversal of roles. This development is particularly evident in the area of documentary access and, above all, in the forms of simple and generalised civic access, governed by Legislative Decree 33/2013, as amended by Legislative Decree 97/2016, where we do not have the traditional criteria of legitimacy and go "further". Within this regulatory framework, the ruling of the Plenary Assembly was necessary in order to outline the possible competition between different forms of access, to identify the conditions for the exercise of the right of access to the acts of the executive phase by the second-placed economic operator in the ranking, and to settle the jurisprudential contrast that arose with regard to the applicability of generalised civic access to the public contracts sector, due to the "peculiarity" of the regulatory dictate.