



EDITORIALE – 22 MAGGIO 2019

Il diritto di accesso deve essere una
garanzia effettiva e non una mera
declamazione retorica

di Fabio Francario

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università di Siena



Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*

di Fabio Francario

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università di Siena

Sommario: **1.-** Necessità di un chiarimento; **2.-** Tipologia e regime giuridico degli accessi (cenni sulle figure generali); **3.1.-** Modalità e limiti della protezione dell'interesse alla conoscenza si differenziano a seconda che si tratti di una situazione soggettiva qualificata o di semplice interesse; **3.2.-** (segue) Le limitazioni dell'accesso civico (disciplinate dall'art 5 bis del d lgs 33/2013 e s.m.i.) ; **3.3.-** (segue) Le limitazioni del diritto di accesso procedimentale (nella disciplina dell'art 24 della l. 241/1990 e s.m.i.). L'accesso "defensionale" non può essere oggetto di valutazione discrezionale; **4.-** Il caso paradigmatico della diversa composizione del conflitto tra trasparenza e riservatezza; **5.-** Osservazioni conclusive

1 - Necessità di un chiarimento

A partire dal 1990¹, e con frequenza sempre crescente negli ultimi anni, il legislatore è ripetutamente intervenuto sul tema dell'accesso agli atti e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, nel dichiarato intento di voler rendere sempre più ampia e maggiore la garanzia di trasparenza dell'azione amministrativa. Questo processo sembrerebbe aver quasi avuto un punto di arrivo con la mutazione, dal modello statunitense del Freedom Of Information Act (cd FOIA), dei principi di totale accessibilità, operata dal d lgs 25 5 2016 n. 97, emanato in attuazione della delega prevista dall'art 7, co. 1, lett H della l. n. 124/2015, cd Riforma Madia².

* Relazione svolta in occasione del Premio Sandulli 2019.

¹ La letteratura sulla l. n 241 del 7 8 1990, alla quale si deve l'introduzione dell'istituto dell'accesso agli atti e documenti amministrativi nel nostro Ordinamento, è particolarmente copiosa. Per i riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza maturate sul tema si rinvia pertanto, per tutti, a A. Simonati, *I principi in materia di accesso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2° ed., Milano, Giuffrè, 2017, 1209; A. Romano, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in Alb. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino; Giappichelli, 2016, 910 ss.

² Già con riferimento alla sola riforma operata dal d lgs 33/2016, si era parlato della moderna frontiera della democrazia partecipativa ovvero della espressione di un nuovo diritto di cittadinanza fondato sull'accessibilità totale alle informazioni (cfr I. Nicotra, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in *Federalismi.it*, 11/2015; Id., *La trasparenza e la tensione verso i nuovi diritti di democrazia partecipativa*, in *L'Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2016, 143ss). E' convincimento comune che il d lgs 97/2016 abbia rappresentato il punto di arrivo di una teorizzazione della democrazia come "regime del potere visibile", per la quale v., già prima della l. 241/1990, N. Bobbio, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Riv. trim. sc. Pol.*, 1980, 181 ss. Successivamente per tutti v. G. Arena, *Trasparenza amministrativa*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5945 ss; F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008. Le diverse tappe evolutive del percorso che segna l'emersione del principio di trasparenza sono esaustivamente ricostruite nel loro insieme da A. Corrado, *La trasparenza nella legislazione italiana*, in *Codice dell'azione*

La sensazione che si ha, però, è che i diversi interventi legislativi non siano stati ben coordinati tra di loro e che ciò abbia ingenerato una certa qual confusione tra le diverse figure di accesso attualmente contemplate nell'Ordinamento³. O addirittura che, per il principio dell'eterogeneità dei fini, il moltiplicarsi degli interventi legislativi, anziché aumentare l'effettività della garanzia di trasparenza, abbia finito o potrebbe finire con il ridurre a mera declamazione il diritto di accesso.

Se le due principali figure generali, dell'accesso procedimentale disciplinato dalla l. 241/1990 e dell'accesso civico generalizzato, non vengono chiaramente e significativamente distinte, il rischio che ciò accada è più che concreto, e intento del presente studio è di dimostrare che le due figure vanno distinte non solo per profili meramente estrinseci, ma perché riflettono modi e limiti diversi di protezione dell'interesse alla conoscenza.

L'utilità del chiarimento è evidente. La confusione, ad esempio, può portare a riferire anche all'accesso civico, e non solo all'accesso procedimentale, l'affermazione per cui il diritto di accesso non si sostanzierebbe in un'azione popolare e neppure potrebbe tradursi in un controllo generalizzato sulla legittimità dell'azione amministrativa, con l'effetto di consentire la introduzione di filtri della più varia natura finalizzati a circoscrivere, comunque sotto il profilo soggettivo, l'interesse ad agire nelle forme dell'accesso civico. Ed è innegabile che al momento si stia effettivamente delineando una tendenza a esercitare un sindacato sulle finalità che ispirano la richiesta di accesso civico, richiedendo che esso debba essere necessariamente finalizzato al soddisfacimento di un interesse che presenti una valenza pubblica e

amministrativa, cit., 1407 ss; Id. *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti a dottrina e giurisprudenza.

³ Oggi come oggi l'istituto dell'accesso si declina in almeno sei distinte modalità. Tre figure hanno carattere di specialità, nel senso che presentano discipline differenziate in ragione della diversità dell'oggetto: l'accesso agli atti e alle informazioni degli enti locali, attualmente disciplinato dal D. lgs 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), al cui interno vanno poi distinte ulteriori due figure, a seconda che venga riconosciuto ai cittadini (art 10) o ai consiglieri comunali (art 43 co. 2) (al riguardo per tutti v. F. Manganaro, *L'accesso agli atti e alle informazioni degli enti locali*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1272 ss); il diritto di accesso in materia ambientale, disciplinato dal d. lgs 19 agosto 2005, n. 195, emanato in attuazione della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale (al riguardo per tutti v. A. Contieri, G. Di Fiore, *L'accesso alle informazioni ambientali*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1250 ss; S. Grassi, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1505 s); l'accesso in materia di contratti pubblici, disciplinato dal d. lgs 18 aprile 2016, n. 50 (*Codice dei contratti pubblici*) con oggetto circoscritto "agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte" (al riguardo per tutti v. S. Mezzacapo, *Commento all'art 53. Accesso agli atti e riservatezza*, in G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Utet, Vicenza, 2017, 648ss; R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d lgs 56/2017*, Zanichelli, Torino, 2017, 1250 ss). Le altre tre figure sono quelle dell'accesso procedimentale disciplinato dalla l. 241/1990, dell'accesso civico semplice, finalizzato ad ottenere la pubblicazione degli atti amministrativi e disciplinato dal d lgs 33/2013 nella sua versione originaria; e l'accesso civico generalizzato, finalizzato anch'esso ad ottenere, come già l'accesso procedimentale, visione e copia di dati e documenti amministrativi, disciplinato dal d lgs 33/2013, come modificato dal d lgs 979/2016. Essenzialmente su queste tre ultime figure, in quanto espressione di una disciplina d'ordine generale, non specializzata in ragione del peculiare oggetto, si concentrerà l'attenzione del presente lavoro.

non possa essere esperito se originato da un bisogno di conoscenza esclusivamente privato o individuale o commerciale⁴.

Anche sul versante dell'accesso procedimentale, la confusione può avere l'effetto di depotenziare l'accesso che sia fondato sull'esigenza di protezione di uno specifico interesse individuale. Se viene appiattito sulla tutela riservata all'accesso civico, anche l'accesso procedimentale finisce con il diventare recessivo al cospetto di altri interessi pubblici o privati e il suo soddisfacimento viene fatto dipendere dall'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione cui è rivolta l'istanza, rinunciando a vedere se il bilanciamento con altri interessi sia stato già effettuato a livello normativo a favore dell'interesse alla conoscenza. Anche in tal caso si è di fronte ad un rischio più che concreto, se solo si considera la prassi, che sta prendendo piede presso alcuni giudici amministrativi di primo grado, secondo la quale, in caso di accoglimento del ricorso, si rinuncia ad ordinare l'esibizione o il rilascio di copia degli atti e ci si limita ad annullare il diniego, ordinando all'amministrazione soltanto di riesaminare l'istanza d'accesso alla luce delle esigenze difensive prospettate dal richiedente e delle esigenze di riservatezza prospettate dal

⁴ In tal senso si è espressa ad esempio l'Autorità Garante Protezione Dati Personali nei pareri 10.8.2017 n. 360 e 31 2019 n. 1, resi con riferimento alle richieste di accesso a titoli abilitativi edilizi (CILA e SCIA). Secondo il Garante della privacy l'accessibilità sarebbe comunque limitata soggettivamente ai portatori di un interesse differenziato e qualificato e non rientrerebbero nell'ambito di applicazione del diritto di accesso civico generalizzato le istanze finalizzate a scopi commerciali o comunque estranee al controllo pubblico sull'operato amministrativo. In giurisprudenza v. di recente Tar Lazio, Roma, Sez. II, 27 2018 n 7326, resa con riferimento ad una richiesta di accesso volta a conoscere il nominativo del responsabile del procedimento di frazionamento e trascrizione necessario per l'esecuzione del provvedimento di acquisizione al patrimonio comunale di un immobile in conseguenza dell'inottemperanza ad una ordinanza di demolizione ed i provvedimenti disciplinari adottati per la mancata o ritardata esecuzione. Nella sentenza si afferma che *“manca in radice il presupposto fondamentale per l'ammissibilità dell'accesso civico generalizzato”*, argomentando nei seguenti termini: *“... devono essere valorizzate in chiave selettiva e delimitativa dell'accesso civico generalizzato le finalità per le quali tale strumento è stato previsto dal legislatore esplicitate, come sopra esposto, nell'art. 5 comma 2 del medesimo testo normativo attraverso il riferimento all'obiettivo 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”.* 11.5. Per quanto, infatti, 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. 11.6. Emerge con immediatezza dalla lettura delle previsioni normative sopra indicate, che: a) ; b) l'accesso ha la finalità 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”* sicché sono oggetti di accesso generalizzato esclusivamente documenti attinenti a tali finalità; c) l'accesso non può prescindere dal rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis.

... .. nella fattispecie viene in rilievo un procedimento (quello di acquisizione di un bene al patrimonio comunale in conseguenza dell'inottemperanza ad un ordine di demolizione) risalente a decenni addietro (precisamente al 1993), rispetto al quale non è dato comprendere, né sono state esplicitate dal ricorrente, le finalità pubbliche sottese alla richiesta, per come esplicitate nelle previsioni normative sopra richiamate. E, invero, a prescindere dalla copiosa (per stessa ammissione del ricorrente) documentazione contenuta nel fascicolo del quale è stata finanche estratta copia, non è dato cogliere neanche una correlazione (con precipuo riferimento ai supposti provvedimenti disciplinari ed alla supposta denuncia di reato) con la procedura di esecuzione forzata cui il ricorrente ha fatto riferimento”.

controinteressato⁵. Per non dire della prassi amministrativa di condizionare il rilascio di documenti detenuti dalla pubblica amministrazione alla previa rappresentazione da parte dei soggetti “controinteressati” della eventuale sussistenza di ragioni di riservatezza ostative all’ostensione; prassi che assoggetta immotivatamente l’acquisizione della disponibilità, della documentazione necessaria per provare la fondatezza dell’azione e decidere conseguentemente se agire o meno in giudizio, ad una tempistica spesso incompatibile con i termini di decadenza per l’esercizio dell’azione⁶.

La confusione non è stata diradata nemmeno dalla recente pronuncia della Corte costituzionale 21 2 2019 n. 20, resa con riferimento agli obblighi di pubblicazione tutelati nelle forme dell’accesso civico semplice⁷.

⁵ In tal senso Tar Lazio, Roma, Sez. Terza ord. 1 10 2018 n. 9655: <<Questa Sezione, pur non disconoscendo il fatto che il giudizio in materia di accesso è rivolto ad accertare la sussistenza o meno del titolo all’accesso nella specifica situazione, alla luce dei parametri normativi, indipendentemente dalla maggiore o minore correttezza delle ragioni addotte dall’amministrazione per giustificarne il diniego (cfr. ex multis, T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 11 ottobre 2017, n. 10191), nondimeno rileva che l’accesso disciplinato dal comma 6 dell’art. 53, del d.lgs. n. 50 del 2016, presenta rilevanti tratti di specialità rispetto alla disciplina generale prevista dalla legge n. 241/1990. Alla stregua della disciplina speciale, l’accesso può essere esercitato dalla parte interessata a prescindere dalla pendenza o dalla proponibilità di un rimedio giurisdizionale, avendo previsto, nel settore degli appalti pubblici, la speciale figura di “accesso cd. difensivo” (già introdotto dall’art. 13, comma 5, d.lgs. n. 163/2006, il cui contenuto in sostanza coincide con la previsione oggi contenuta nell’art. 53, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016) che prevale sulle contrapposte esigenze di tutela del segreto tecnico e commerciale se azionato “in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto” (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 luglio 2016, n. 3431). Ne consegue che spetta alla stazione appaltante verificare in sede procedimentale la sussistenza dei presupposti legittimanti il c.d. “accesso difensivo”, invocato dalla ricorrente, sulla base dell’analisi delle eventuali dichiarazioni di riservatezza presentate dalle altre concorrenti, del loro effettivo contenuto e delle contrapposte esigenze di tutela giurisdizionale palesate dalla ricorrente, secondo la previsione del citato art. 53, comma 6. Nel caso di specie, peraltro, la correlazione tra tali elementi assume rilievo in ragione delle modalità di svolgimento della procedura negoziata e della attribuzione del punteggio a seguito delle offerte di rilancio presentate dalle partecipanti. Ad ogni modo occorrerà nel contempo esaminare il concreto contenuto delle dichiarazioni di riservatezza presentate dalla controinteressata, tenendo conto che dovrà trattarsi di dichiarazioni non generiche o astratte, ma analitiche, motivate e comprovate. Tale valutazione dovrà essere compiuta in relazione a ciascuna offerta tecnica, di cui è chiesta l’ostensione, in dipendenza dell’effettiva presentazione della dichiarazione di riservatezza e del suo concreto contenuto. In conclusione si ritiene necessario disporre, anche ai sensi dell’art. 34 lett. e) c.p.a., affinché la stazione appaltante, preso atto dell’annullamento del diniego di accesso, riesamini l’istanza di accesso presentata dalla ricorrente, alla luce delle dichiarazioni di riservatezza eventualmente presentate in sede procedimentale dalla controinteressata, secondo quanto previsto dall’art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016.>>. Negli stessi termini, tra le altre, v. anche Tar Lazio Sez Terza, 15 11 2018 n. 6938.

⁶ In materia di appalti, ad esempio, è ormai consuetudine chiedere al concorrente se si opponga alla conoscenza dei dati della propria offerta tecnica o economica, con conseguente differimento dell’accesso all’esito della risposta laddove il termine per ricorrere è ridotto a soli trenta giorni. Riesce difficile capire come possa mai esser ritenuto meritevole di tutela l’interesse di un’impresa a mantenere riservato il proprio *know how* commerciale o industriale se si è volontariamente scelto di concorrere nel mercato degli appalti pubblici e di partecipare ad una gara pubblica.

⁷ Oggetto del giudizio di costituzionalità definito dalla pronuncia 20/2019 sono state le disposizioni recate dall’art. 14 del d.lgs. n. 33 del 2013, nella parte in cui hanno esteso a tutti i titolari di incarichi dirigenziali nella pubblica amministrazione, a qualsiasi titolo conferiti, gli obblighi di pubblicazione di una serie di dati già previsti a carico dei titolari di incarichi politici, anche se non di carattere elettivo, di livello statale, regionale e locale (compensi di qualsiasi natura connessi all’assunzione della carica, importi di viaggi di servizio e missioni pagati con fondi pubblici, dichiarazione dei redditi soggetti all’imposta sui redditi delle persone fisiche e quella concernente i diritti reali su beni immobili e su beni mobili iscritti in pubblici registri, le azioni di società, le quote di partecipazione a società, anche in relazione al coniuge non separato ed ai parenti entro il secondo grado, ove essi vi acconsentano, dovendosi in ogni caso dare evidenza al mancato consenso). Per i primi commenti della pronuncia Corte cost. 21 2 2019 n. 20 v. A. Corrado, *Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti alla luce delle indicazioni della Corte*

La Corte ha infatti ritenuto che l'obbligo di pubblicazione dei dati personali e patrimoniali dei dirigenti pubblici, contemplato dal d.lgs. 33/2013, “*non supera il test di proporzionalità*” essenzialmente per due ragioni: perché viene riferito indistintamente a tutti i dirigenti e non solo a quelli apicali, considerati solo questi ultimi più esposti al rischio di corruzione; perché “*la norma impone la pubblicazione di una massa notevolissima di dati personali ... e la pubblicazione di quantità così massicce di dati non agevola la ricerca di quelli più significativi a determinati fini (in particolare, ai fini di informazione veritiera anche a scopi anticorrottivi) se non siano utilizzati efficaci strumenti di elaborazione, che non è ragionevole supporre siano a disposizione dei singoli cittadini*” ed è pertanto “*irragionevole (la) mancata selezione a monte delle informazioni più idonee al perseguimento dei legittimi obiettivi perseguiti*”⁸. E' evidente che, in tal modo, la motivazione, di una decisione sostanzialmente giusta laddove garantisce

Costituzionale, in *Federalismi.it*, /2019 e I. Nicotra, *Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte*, in *Federalismi.it*,7/2019.

⁸ La pronuncia è senz'altro condivisibile perché al fondo si sostanzia nell'affermare che, in via generale, l'accesso civico va riconosciuto laddove v'è interesse a conoscere come vengono impiegate le risorse pubbliche (“*Si tratta, infatti, di consentire, in forma diffusa, il controllo sull'impiego delle risorse pubbliche e permettere la valutazione circa la congruità – rispetto ai risultati raggiunti e ai servizi offerti – di quelle utilizzate per la remunerazione dei soggetti responsabili, a ogni livello, del buon andamento della pubblica amministrazione. ... non si vede come la pubblicazione di tali dati possa mettere a rischio la sicurezza o la libertà degli interessati, danneggiandone la dignità personale: si tratta, infatti, dell'ostensione di compensi o rimborsi spese direttamente connessi all'espletamento dell'incarico dirigenziale*”), ed escluso (*rectius*: limitato) laddove si pretende di estendere la conoscenza alla situazione economica e patrimoniale complessiva dei dirigenti pubblici e dei loro più stretti familiari. Meno convincente appare tuttavia la motivazione della limitazione, nel momento in cui consente un sindacato tanto sull'effettiva utilità che l'interesse pubblico alla trasparenza riceve dalla pubblicazione di una quantità massiva di dati e informazioni, quanto sull'apprezzamento del rischio teorico di corruzione. Sotto il primo profilo, nel ragionamento della Corte assume rilevanza la consistenza puramente quantitativa della massa dei dati da pubblicare, considerata di mole tale da non consentire di poter selezionare, a monte, le informazioni più idonee al perseguimento dei legittimi obiettivi perseguiti (“*5.3.1.– L'onere di pubblicazione in questione risulta, in primo luogo, sproporzionato rispetto alla finalità principale perseguita, quella di contrasto alla corruzione nell'ambito della pubblica amministrazione. La norma impone la pubblicazione di una massa notevolissima di dati personali, considerata la platea dei destinatari: circa centoquarantamila interessati (senza considerare coniugi e parenti entro il secondo grado), secondo le rilevazioni operate dall'ARAN e citate dal Garante per la protezione dei dati personali (nel parere reso il 3 marzo 2016 sullo schema di decreto legislativo che, successivamente approvato dal Governo, come d.lgs. n. 97 del 2016, ha introdotto la disposizione censurata). Non erra il giudice rimettente laddove, considerata tale massa di dati, intravede un rischio di frustrazione delle stesse esigenze di informazione veritiera e, quindi, di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, poste a base della normativa sulla trasparenza. La pubblicazione di quantità così massicce di dati, infatti, non agevola affatto la ricerca di quelli più significativi a determinati fini (nel nostro caso particolare, ai fini di informazione veritiera, anche a scopi anticorrottivi) se non siano utilizzati efficaci strumenti di elaborazione, che non è ragionevole supporre siano a disposizione dei singoli cittadini. Sotto questo profilo, la disposizione in esame finisce per risultare in contrasto con il principio per cui, «nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango» (sentenza n. 143 del 2013). Nel caso in esame, alla compressione – indiscutibile – del diritto alla protezione dei dati personali non corrisponde, prima facie, un paragonabile incremento né della tutela del contrapposto diritto dei cittadini ad essere correttamente informati, né dell'interesse pubblico alla prevenzione e alla repressione dei fenomeni di corruzione. Tutt'al contrario, la stessa autorità preposta alla lotta al fenomeno della corruzione, segnala, non diversamente da quella preposta alla tutela dei dati personali, che il rischio è quello di generare “opacità per confusione”, proprio per l'irragionevole mancata selezione, a monte, delle informazioni più idonee al perseguimento dei legittimi obiettivi perseguiti. Sono le stesse peculiari modalità di pubblicazione imposte dal d.lgs. n. 33 del 2013 ad aggravare il carattere, già in sé sproporzionato, dell'obbligo di pubblicare i dati di cui si discute, in quanto posto a carico della totalità dei dirigenti pubblici. L'indicizzazione e la libera rintracciabilità sul web, con l'ausilio di comuni motori di ricerca, dei dati personali pubblicati, non è coerente al fine di favorire la corretta conoscenza della condotta della pubblica dirigenza e delle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche. Tali forme di pubblicità rischiano piuttosto di consentire il reperimento “casuale” di dati personali,*

e limita l'obbligo di trasparenza alla conoscenza di come vengano impiegate le risorse pubbliche, scivola sul terreno del sindacato sulle finalità perseguite dall'accesso civico, avallando la possibilità di limitazioni d'ordine generale sotto questo profilo. Apprezzamento della possibile esposizione al rischio corruttivo e effettiva utilità dell'informazione diventano in tal modo presupposti che condizionano l'esercizio del diritto di accesso civico.

Sembrerebbe insomma che stia prendendo forma un quadro nel quale l'accesso civico risulta condizionato dalla valutazione dell'effettiva utilità della conoscenza per il perseguimento di scopi anticorruptivi o comunque dalla valutazione della specifica finalità sottesa alla richiesta di accesso civico; e nel quale l'accesso procedimentale è sempre e comunque condizionato dal giudizio, espressione tipica di discrezionalità amministrativa, di prevalenza dell'interesse alla conoscenza rispetto agli altri interessi coinvolti. Se, come parrebbe, la tendenza in atto è questa, è evidente non solo che v'è confusione tra le due figure generali, ma anche che tale confusione finisce con lo snaturare la stessa tutela che dovrebbe ritenersi propria delle due distinte figure.

Il problema della distinzione tra le due figure generali dell'accesso procedimentale e dell'accesso civico generalizzato è stato immediatamente colto dalla dottrina come problema posto dall'ultimo intervento riformatore attuato con il d.lgs. 97/2016. Per lo più ci si è però limitati a porre in evidenza il dato di fatto e ci si è rifugiati in una posizione che si potrebbe definire attendista. O si è detto, forse troppo sbrigativamente, che a questo punto il soggetto è semplicemente libero di scegliere tra le due possibilità

stimolando altresì forme di ricerca ispirate unicamente dall'esigenza di soddisfare mere curiosità); sotto il secondo profilo, ritiene che vada in ogni caso considerata la gravità del rischio corruttivo e che, fermo restando che una tale valutazione debba ritenersi rimessa in primo luogo al legislatore, nel caso di specie il rischio corruttivo debba essere escluso per i dirigenti non apicali, non collegati fiduciariamente agli organi politici (5.4. – La disposizione censurata, come si è più volte sottolineato, non opera alcuna distinzione all'interno della categoria dei dirigenti amministrativi, vincolandoli tutti all'obbligo di pubblicazione dei dati indicati. Il legislatore non prevede alcuna differenziazione in ordine al livello di potere decisionale o gestionale. Eppure, è manifesto che tale livello non può che influenzare, sia la gravità del rischio corruttivo – che la disposizione stessa, come si presuppone, intende scongiurare – sia le conseguenti necessità di trasparenza e informazione. ... Il legislatore avrebbe perciò dovuto operare distinzioni in rapporto al grado di esposizione dell'incarico pubblico al rischio di corruzione e all'ambito di esercizio delle relative funzioni, prevedendo coerentemente livelli differenziati di pervasività e completezza delle informazioni reddituali e patrimoniali da pubblicare. 6.- ... Sorge, dunque, l'esigenza di identificare quei titolari d'incarichi dirigenziali ai quali la disposizione possa essere applicata, senza che la compressione della tutela dei dati personali risulti priva di adeguata giustificazione, in contrasto con il principio di proporzionalità. ... due particolari categorie di incarichi dirigenziali, quelli di Segretario generale di ministeri e di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali (comma 3) e quelli di funzione dirigenziale di livello generale (comma 4). Le competenze spettanti ai soggetti che ne sono titolari, come elencate al precedente art. 16 del d.lgs. n. 165 del 2001, rendono manifesto lo svolgimento, da parte loro, di attività di collegamento con gli organi di decisione politica, con i quali il legislatore presuppone l'esistenza di un rapporto fiduciario, tanto da disporre che i suddetti incarichi siano conferiti su proposta del ministro competente. L'attribuzione a tali dirigenti di compiti – propositivi, organizzativi, di gestione (di risorse umane e strumentali) e di spesa – di elevatissimo rilievo rende non irragionevole, allo stato, il mantenimento in capo ad essi proprio degli obblighi di trasparenza di cui si discute”).

offerte dall'Ordinamento⁹ e si è azzardata la previsione che l'accesso procedimentale sarebbe ben presto divenuto superfluo¹⁰; o si è preferito attendere gli sviluppi della prassi e dell'interpretazione giurisprudenziale¹¹. Nella prassi, ci si è limitati a descrivere esteriormente la differenza e a parlare di maggiore o minore profondità dell'accesso nell'uno e nell'altro caso, senza attribuire alcun preciso significato giuridico alla suddetta diversa profondità¹².

I tempi per tentare una ricostruzione sistematica, anche se ancora in termini di notazioni puramente preliminari destinate a lasciare il campo a successive più approfondite analisi, non possono però più tardare se il rischio che si corre è quello che l'eccesso di figure e di legislazione, per il già ricordato principio dell'eterogeneità dei fini, finisca con il ridurre l'accesso a mera declamazione retorica a scapito dell'effettività della tutela, come le tendenze in atto lascerebbero già presagire.

⁹ In tal senso v. ad es. D.U.Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D.Lgs. n.33/2013*, cit.,15, secondo la quale “la coesistenza implica che un soggetto, pur titolare di una posizione differenziata (e che potrebbe essere dunque tutelata secondo la tipologia di accesso “classica”, ex art. 22 L. 241/90), potrà ora decidere quasi sempre di optare per l'accesso civico: che ha l'indubbio vantaggio di non richiedere un obbligo di motivazione rispetto alla propria richiesta di accesso”. Negli stessi termini l'A. si esprime anche in *Trasparenza e accesso agli atti*, in *Libro dell'Anno Del Diritto 2017*, Treccani, Roma, 2017, 181; successivamente v. anche le precisazioni svolte in *Accesso civico generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de “le vite degli altri”?*, in *Federalismi.it*, 10/2018, 21.

¹⁰ M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. Dir. amm.*, 5/2016, 594.

¹¹ Cfr.: A. Corrado, *La trasparenza nella legislazione italiana*, cit., 1410, 1328; Id., *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, cit., 182; R. Sanna, *Dalla trasparenza amministrativa ai dati aperti. Opportunità e rischi delle autostrade informatiche*, Giappichelli, Torino, 2018, 44

¹² Il criterio della diversa “profondità” è indicato ad es. dalle Linee guida FOIA adottate dall'Anac con la Delibera n. 1309 del 28 12 2016: “l'accesso agli atti di cui alla l. 241/90 continua certamente a sussistere, ma parallelamente all'accesso civico (generalizzato e non), operando sulla base di norme e presupposti diversi. Tenere ben distinte le due fattispecie è essenziale per calibrare i diversi interessi in gioco allorché si renda necessario un bilanciamento caso per caso tra tali interessi. Tale bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso 241 dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti) ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni. In sostanza, come già evidenziato, essendo l'ordinamento ormai decisamente improntato ad una netta preferenza per la trasparenza dell'attività amministrativa, la conoscibilità generalizzata degli atti diviene la regola, temperata solo dalla previsione di eccezioni poste a tutela di interessi (pubblici e privati) che possono essere lesi/pregiudicati dalla rivelazione di certe informazioni. Vi saranno dunque ipotesi residuali in cui sarà possibile, ove titolari di una situazione giuridica qualificata, accedere ad atti e documenti per i quali è invece negato l'accesso generalizzato”. Anche la giurisprudenza si arresta sovente al dato esteriore della diversa profondità: cfr. Tar Lazio, Sez. III, 21 3 2018 n. 3742.

Vale la pena precisare che anche se la differenza non viene descrittivamente espressa in termini di minore o maggior “profondità” ma viene ravvisata, senza trarne ulteriori conseguenze, nel profilo della legittimazione, ci si deve parimenti interrogare sull'effettiva utilità del mantenimento della distinzione. E' evidente infatti che se si ritrae la medesima utilità sia agendo *uti cives*, sia vantando e provando la titolarità di una determinata situazione soggettiva, la seconda ipotesi è necessariamente compresa nella prima (come il più comprende il meno) e non avrebbe più una sua ragion d'essere. Il tratto distintivo della diversa legittimazione è generalmente sottolineato dai commentatori.

2.- Tipologia e regime giuridico degli accessi (le figure generali).

2.1.- Se si concentra l'attenzione sulle tre figure che si propongono come espressione di una disciplina d'ordine generale, non specializzata in ragione del peculiare oggetto, si nota immediatamente come per due di esse, come si è già accennato, vi sia una pressoché totale sovrapposizione per quel che concerne la tutela fruibile: sia nel caso dell'accesso procedimentale ex l. 241/1990, che dell'accesso civico generalizzato ex d.lgs 33/2013 come modificato dal d.lgs 97/2016, la tutela consiste nel garantire l'esame e l'estrazione di copia di atti e documenti amministrativi. Da queste due figure si differenzia chiaramente solo quella dell'accesso civico semplice, che si risolve nella pubblicazione degli atti.

La genesi di queste tre principali figure offre una prima chiara indicazione nel senso che le stesse vengono concepite per rispondere a bisogni di tutela differenziati, che vengono riconosciuti e fatti propri dal contenuto di situazioni giuridiche soggettive differenziate.

2.2.- Il diritto di accesso procedimentale è disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi". Si tratta della forma in cui nasce storicamente nel nostro ordinamento il diritto di accesso. Fino all'entrata in vigore della l. 241/1990, la regola generale, posta dall'art 15 del dpr 3/1957 (TU imp civ Stato), è quella della riservatezza e del segreto d'ufficio. Fino a quel momento si assume cioè che buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa debbano essere garantiti evitando che il procedimento di formazione della decisione amministrativa venga influenzato dalla diretta rappresentazione degli interessi da parte dei soggetti coinvolti o comunque da una osmosi con le parti interessate, salvo che ciò non sia espressamente ritenuto necessario e previsto da una norma di legge¹³. In estrema sintesi, la legge 241, parallelamente alla introduzione dell'istituto dell'accesso, generalizza la possibilità di partecipazione e l'obbligo di motivazione e riscrive con l'art 28 proprio il citato art 15 del Testo unico, rovesciando così il rapporto tra trasparenza e riservatezza.

Inizialmente, l'istituto comprende forme e modi di tutela diverse e differenziate¹⁴, anche se, oggi come oggi, l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale quasi trentennale dell'istituto¹⁵ consente al legislatore di riassumere la quintessenza dell'accesso procedimentale precisando, già nelle definizioni preliminari recate dal primo comma dell'art 22 della l. 241/1990, che per "interessati" s'intendono tutti i soggetti privati,

¹³ Cfr. G. Arena, *Il segreto amministrativo. Profili storici e sistematici*, I, Padova, Cedam, 1984; Id., *Il segreto amministrativo. Profili teorici*, II, Padova, Cedam, 1984; L. Acquarone, *Il segreto di ufficio*, Milano, 1965.

¹⁴ Per una efficace sintesi delle caratteristiche e delle potenzialità insite nell'impianto originario, completo anche dei riferimenti ai lavori della Commissione Nigro, v. M.A. Sandulli, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc dir.*, Agg. IV., Milano, Giuffrè, 2000.

¹⁵ Per i riferimenti essenziali si rinvia alle citazioni sub nota 1.

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. La sintesi definitoria leva ogni dubbio sul fatto che l'accesso procedimentale attualmente debba essere necessariamente riconducibile ad una situazione giuridica soggettiva individuale. Ciò non deve fare però dimenticare che la definizione rappresenta il punto d'arrivo di una elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che ha finito con l'interpretare in maniera restrittiva una norma che, nella originaria stesura, appariva molto simile a quella dell'attuale accesso civico generalizzato e che riconosceva a "chiunque" il diritto di accesso (cfr. art 22, primo comma, testo originario legge 241: *"Al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo le modalità stabilite dalla presente legge"*)¹⁶. Così come non deve far dimenticare che, sempre nella versione originaria della legge 241, il primo comma dell'art 26 già prevedeva che dovessero esser *"pubblicati, secondo le modalità previste dai singoli ordinamenti, le direttive, i programmi, le istruzioni, le circolari e ogni atto che dispone in generale sulla organizzazione, sulle funzioni, sugli obiettivi, sui procedimenti di una pubblica amministrazione ovvero nel quale si determina l'interpretazione di norme giuridiche o si dettano disposizioni per l'applicazione di esse"*¹⁷. Tale disposizione verrà poi esplicitamente abrogata dal d lgs 33/2013, ma solo perché il suo contenuto normativo confluisce nella più ampia disciplina del diritto di accesso civico semplice da quest'ultimo recata.

Nell'originario impianto della l. 241/1990, l'accesso viene dunque visto come espressione o manifestazione del principio di trasparenza dell'azione amministrativa e viene impiegato per rispondere a bisogni di tutela differenziati tra loro e di diversa consistenza, che per lungo tempo hanno nella l. 241/1990 il termine di riferimento presso che esclusivo¹⁸. Nell'attuale impianto, l'accesso procedimentale disciplinato dalla legge 241 del 1990 ormai garantisce e protegge l'interesse alla trasparenza solo se ed in quanto coincide con l'esigenza di protezione di un interesse individuale, e rimane perciò condizionato dai limiti di azionabilità o comunque d'interesse della situazione soggettiva. In buona sostanza, nell'attuale impianto della legge 241 è l'interesse pubblico alla trasparenza dell'azione amministrativa che risulta protetto se e in quanto coincide con l'esigenza di protezione di un interesse individuale, e non viceversa.

¹⁶ Nell'attuale formulazione dell'art 22 scompare il riferimento alla possibilità di agire da parte di "chiunque" e il collegamento con il principio di trasparenza viene mantenuto dal comma 2, il quale precisa che *"l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza"*.

¹⁷ Cfr. C. Marzuoli, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, 62 ss; A. Romano Tassone, *A chi serve il diritto d'accesso? (Riflessioni su legittimazione e modalità di esercizio del diritto di accesso nella legge n. 241/1990)*, in *Dir. Amm.*, 1995, 315 ss.

¹⁸ Come già ricordato sub nota 3, le altre forme conosciute hanno carattere di specialità.

2.3.- Parallelamente all'arroccamento dell'accesso procedimentale sulla figura dell'interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso, è avvenuto che le altre due figure più o meno esplicitamente o implicitamente contemplate dalla legge 241 siano state espunte dal suo corpo normativo e siano state fatte oggetto delle più recenti riforme in tema di trasparenza.

Il d. lgs. 14 marzo 2013 n. 33, comunemente noto come decreto sulla trasparenza amministrativa, come novellato nel 2016 dal già ricordato d. lgs. n 97 del 25 maggio 2016, emanato in attuazione della Riforma Madia, disciplina le due forme apparentemente più “moderne” dell'accesso cd civico, ma, per quanto detto, in realtà *in nuce* già presenti nell'impianto della l. 241/1990.

La prima forma è introdotta nella stesura originaria del 2013 ed è quella dell'accesso civico c.d. semplice. Nella versione primigenia del 2013, l'espressione “diritto di accesso civico” nemmeno compare ancora nella titolazione del decreto legislativo 33/2013, che è dedicato al “riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”. Il d. lgs. 33/2013, nel solco tracciato dal d lgs 150 del 2009¹⁹, considera la trasparenza “come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche” (art 1). Il d lgs 33 del 2013 amplia le ipotesi previste dal d lgs 150 del 2009 circa gli obblighi di pubblicità e prevede (art 5, co. 1) che “All'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati, corrisponde il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione”. Il diritto di accesso civico, pertanto, come precisano gli articoli 2 e 3, ha ad oggetto “tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente” (art 3) e si sostanzia nel “diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente e immediatamente, senza autenticazione e identificazione” (art 2). Nella versione originaria del d lgs 33/2013, il principio di trasparenza comporta in sostanza l'obbligo dell'amministrazione di pubblicare sui propri siti istituzionali (in un'apposita sezione creata sulla home page del sito denominata “amministrazione trasparente”) gli atti e documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria e ad esso si correla il diritto di ciascun cittadino di pretendere che tale pubblicazione avvenga²⁰, con esplicito riconoscimento della possibilità di esperire l'apposito giudizio a tutela del diritto

¹⁹ Sul rapporto in ptcl tra il d lgs 150/2009 e il 33/2013 v. F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza* in *Federalismi.it*, /2013

²⁰ *Ex multis* v. M. Bombardelli, *La trasparenza e gli obblighi di pubblicazioni*, in *Libro dell'anno del diritto 2014*, Treccani, Roma, 2014, 206 ss; B. Ponti, *Il regime dei dati pubblici oggetto di pubblicazione obbligatoria: i tempi, le modalità ed i limiti della diffusione; l'accesso civico, il diritto di riutilizzo*, in *La trasparenza amministrativa dopo il d lgs 14 marzo 2013 n. 33*, Rimini, Maggioli, 2013; C. Cudia, *Il diritto alla conoscibilità*, in B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit. 57 ss; E. Carloni, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti e limiti dell'open government*, Rimini, Maggioli, 2014;

di accesso già previsto dagli articoli 25 e seguenti della l 241/1990 e dal c.p.a.. Il d lgs 33/2013, come già ricordato, abroga la disposizione recata dall'art 26 comma primo della l. 241/1990.

L'accesso civico generalizzato è invece previsto dall' art 5 comma 2 del d. lgs. 33, come modificato dal D lgs 25 5 2016 n 97, emanato in attuazione della Riforma Madia²¹. La novella del 2016 modifica lo stesso titolo del decreto, inserendovi espressamente il diritto di accesso civico, in precedenza non menzionato. Il decreto è quindi rinominato come *“Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”*, rendendo subito chiara l'intenzione di voler introdurre una nuova figura. L'innovazione prende corpo nel secondo comma dell'art. 5, che viene completamente riscritto e sostituito dal seguente: *“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”*. Nessun dubbio quindi sul fatto che la nuova figura non si riduce ad una pretesa alla pubblicazione sul sito web appositamente dedicato all'amministrazione trasparente degli atti che devono ritenersi soggetti ad obbligo di pubblicazione, ma consiste in una pretesa ad ottenere *“il rilascio di dati o documenti in formato elettronico o cartaceo”* (comma 4 sempre dell'art 5). Come già per l'accesso civico semplice, l'art 3 precisa che *“Tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di accesso civico, ivi compresi quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli”* e, ove mai dovessero sussistere ancora dubbi sul significato da attribuire al pronome “chiunque”, il comma 3 dell'art 5 chiarisce esplicitamente che *“L'esercizio del diritto di cui ai commi 1 e 2 “ – quindi tanto quello finalizzato alla pubblicazione, quanto quello finalizzato alla conoscenza e al rilascio di atti e documenti - non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente”*, preoccupandosi anche di precisare che l'istanza di accesso civico *“non richiede motivazione”*.

Le due ipotesi di accesso disciplinate dal decreto Trasparenza (come modificato dalla Riforma Madia) si distinguono dunque per le modalità della tutela (pubblicazione *on line* in un caso; visione ed estrazione di

²¹ Con specifico riferimento al d lgs 97/2016, reso in attuazione della riforma Madia, v. tra gli altri L. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi.it*, 1/2017; Id., *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal “FOIA Italia”*, in *Federalismi.it*, 19/2018; M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 593 ss; S. Villamena, *Il cd FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *Federalismi.it*, 23/2016; E. Carloni, *Se questo è un Foia. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Astridonline*, 4/2016; D. U. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del decreto legislativo n. 33/2013*, in *Federalismi.it*, 5/2016; id., *Accesso civico generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de “le vite degli altri”?*, in *Federalismi.it*, 10/2018.

copia nell'altro), ma è indubbio che in ambedue i casi il diritto d'accesso venga configurato come diritto civico, azionabile cioè da qualsiasi cittadino *uti cives* (*“La richiesta di accesso civico non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente non deve essere motivata, e' gratuita e va presentata al responsabile della trasparenza dell'amministrazione obbligata alla pubblicazione...”* – art. 5 co 2). Nel chiaro intento di superare le ambiguità presenti nell'originaria stesura della l 241/1990, il diritto di accesso civico, nelle sue due forme dell'accesso civico semplice e generalizzato, viene dunque dichiaratamente riconosciuto allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e senza che via necessità di dimostrare quale interesse sia ad esso sotteso (art 1), ferma restando la possibilità di accedere alla tutela fornita dall'apposito giudizio innanzi al giudice amministrativo.

3.1.- Modalità e limiti della protezione dell'interesse alla conoscenza si differenziano a seconda che si tratti di una situazione soggettiva qualificata o di semplice interesse

La rassegna dei tratti salienti delle tre principali figure mostra dunque tratti comuni ed elementi di differenziazione. L'alternativa da sciogliere, come già detto, è di capire se si tratta di elementi di differenziazione meramente estrinseci e formali o tali invece da riflettere una disciplina che si differenzia anche sul piano sostanziale per modalità e limiti della protezione che viene accordata all'interesse alla conoscenza.

Il chiarimento s'impone in quanto, fatta eccezione per la figura dell'accesso civico semplice, che si condensa nella pretesa che chiunque può vantare al rispetto dell'obbligo di pubblicazione degli atti amministrativi, nel caso dell'accesso procedimentale ex l. 241/1990 e dell'accesso civico generalizzato c'è una sovrapposibilità piena dell'oggetto della pretesa. La pretesa tutelata è sempre la stessa: poter visionare e ottenere copia dei documenti amministrativi. Il bene della vita cui si aspira e che riceve protezione (la conoscenza) è sempre lo stesso. La differenza immediatamente evidente riguarda la legittimazione e la motivazione circa l'interesse: l'accesso civico può essere azionato da “chiunque”, senza onere di giustificare o motivare la pretesa alla conoscenza; l'accesso procedimentale ex legge 241 è invece ristretto a chi provi di avere uno specifico, immediato e diretto interesse, espressione di una situazione giuridicamente già tutelata dall'ordinamento, alla conoscenza degli atti e dei documenti propri di un procedimento amministrativo destinato a produrre effetti giuridici nei suoi confronti.

Altro tratto comune delle due figure è che sono entrambe espressione del principio di trasparenza. Anche in tal caso però con una differenza importante. L'accesso civico, come diritto di “chiunque”, non sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e senza alcun onere di motivazione circa l'interesse alla conoscenza, viene dichiaratamente riconosciuto e tutelato “*allo scopo*

di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico" (art 5 d lgs 33/2013 e smi). L'esplicita precisazione sottolinea che in questa forma il diritto di accesso nasce proprio per superare quello che era ed è tutt'ora il limite, altrettanto chiaramente dichiarato dal legislatore, per l'accesso procedimentale classico (241/1990), ritenuto inammissibile se "preordinato ad un accesso generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni" (art 24 co. 3). In un caso dunque un accesso dichiaratamente finalizzato a garantire il controllo democratico sull'attività amministrativa, nel quale il *right to know*, l'interesse individuale alla conoscenza, è protetto se e in quanto non vi siano contrarie ragioni d'interesse pubblico. Nell'altro un accesso strumentale alla protezione di un interesse individuale, nel quale è l'interesse pubblico alla trasparenza ad essere – si passi l'espressione – occasionalmente protetto.

Legittimazione, motivazione e finalità differenziano dunque le due figure, che anche sotto il profilo delle fonti sono ormai disciplinate da due atti normativi ben distinti.

Rimane il fatto che le norme spesso sembrano sovrapporsi e ciò origina il dubbio che si sia di fronte ad interventi normativi non coordinati tra di loro che hanno originato inutili doppioni perché in fondo si parlerebbe sempre della stessa cosa. Che il bene della vita cui si aspira e che riceve protezione (la conoscenza) sia in fondo sempre lo stesso lo si è già sottolineato. Ciò che non è chiaro è se cambiano i modi e i limiti della protezione di questo interesse²². Se essi variano a seconda dell'interesse che può vantare il richiedente, è da escludere che si tratti solo di un problema di mancato coordinamento o che si sia in presenza di un inutile doppione.

A dispetto delle apparenze, il legislatore mostra in realtà di avere le idee più chiare di quanto non sembri. Nonostante il reiterato e deprecabile impiego di una tecnica d'intervento di tipo interpolativo non agevoli la comprensione del disegno perseguito, è impossibile non constatare come il legislatore abbia progressivamente affinato la disciplina distinguendo chiaramente il regime delle due figure per far sì che l'una potesse superare i limiti propri dell'altra, evitando che la coesistenza in un unico indistinto interesse finisse con il vanificare l'effettività della tutela. E' impossibile cioè non constatare come nei diversi interventi legislativi prenda corpo, progressivamente, la chiara volontà di evitare, da un lato, che ad una esigenza conoscitiva di base, espressione di un interesse tutelato in maniera recessiva in presenza di altri interessi rilevanti, possano opporsi le limitazioni implicite nella necessaria titolarità di una situazione giuridica soggettiva; dall'altro, che una esigenza conoscitiva forte, espressione di una situazione soggettiva

²² E' noto l'insegnamento di G. Miele, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, pubbl. anche in *Scritti Giuridici*, Milano, 1987, 280 ss, il quale ammoniva di non confondere "il problema del concetto dell'interesse sostanziale con il problema dei limiti entro cui l'ordinamento concede la protezione" e chiariva che "il modo e la misura con cui l'interesse sostanziale ottiene protezione" differenziano tra loro diritto soggettivo, interesse legittimo e interesse semplice.

particolarmente qualificata, possa essere ritenuta cedevole rispetto ad altri interessi eventualmente contrapposti²³.

In questa prospettiva, la diversa “profondità” va correttamente vista come il riflesso di una disciplina che si differenzia anche sul piano sostanziale. E’ proprio il conflitto dell’interesse protetto alla conoscenza con altri interessi ad avere una diversa regola di composizione sul piano sostanziale. Se si approfondisce l’analisi del regime giuridico delle figure dell’accesso procedimentale e dell’accesso civico, si nota infatti che le differenze in punto di legittimazione, motivazione e finalità hanno simmetrica corrispondenza nella disciplina dei casi di limitazione del diritto di accesso ²⁴, diversità quest’ultima rivelatrice di una diversa composizione sul piano sostanziale dell’eventuale conflitto dell’interesse alla conoscenza con altri interessi .

3.2.- (segue) Le limitazioni all’accesso civico (disciplinate dall’art 5 bis del d. lgs. 33/2013 e smi).

La soddisfazione dell’interesse dipende dalla discrezionalità amministrativa.

La disciplina del conflitto dell’interesse alla conoscenza protetto come interesse civico con altri interessi è recata dall’articolo 5 bis del d lgs 33/2013 e s.m.i..

L’articolo considera distintamente, nel primo e nel secondo comma, l’ipotesi che all’interesse protetto come diritto civico si contrappongano altri interessi pubblici o altri interessi privati.

Il primo comma dell’art 5 prevede che l’accesso civico “è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a”:

- 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;

²³ Il ragionamento è ovviamente svolto in termini di regola generale, con salvezza delle eccezioni espressamente previste dal legislatore.

²⁴ I casi di esclusione assoluta del diritto di accesso, tanto procedimentale quanto civico, sono indicati dal primo comma dell’art 24 della l. 241/1990, al quale rinvia espressamente anche il comma 3 dell’art 5 bis del d lgs 33/2013 smi: “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 psicoattitudinale relativi a terzi?”. Sui casi di esclusione assoluta per tutti v. P.Alberti, *I casi di esclusione del diritto di accesso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, cit., 1290 ss ed ivi ulteriori riferimenti a dottrina e giurisprudenza.

- f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento;
- g) il regolare svolgimento di attività ispettive.

Il comma 2 prevede invece che l'accesso civico “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”.

E' evidente che da entrambe le disposizioni si ricava che, in ipotesi di conflitto con altri interessi pubblici o privati, regola generale è che l'interesse alla conoscenza protetto nelle forme del diritto civico receda al cospetto di qualsivoglia interesse, pubblico o privato, gli si contrapponga. La regola di composizione del conflitto in tal senso è dettata direttamente, in via generale e astratta, dalla norma primaria. L'interesse alla conoscenza può dunque essere riconosciuto e soddisfatto dall'amministrazione finchè si muove in uno spazio di diritto praticamente libero, che finisce laddove si delineino interessi individuali qualificati e protetti dall'ordinamento come situazioni giuridiche soggettive ovvero interessi pubblici ritenuti rilevanti nel caso concreto. In ambedue i casi la norma rimette tuttavia all'amministrazione la valutazione del “pregiudizio concreto” e della “necessità” del diniego al fine di evitare tale pregiudizio; ovvero la ponderazione e contemperazione degli interessi nel caso concreto. Una valutazione di opportunità nel senso classico del termine²⁵. E' l'amministrazione che deve decidere se la conoscenza pregiudichi un contrapposto interesse, pubblico o privato che sia; il che significa apprezzare e ponderare i diversi interessi per giungere alla conclusione che il diniego è necessario per evitare il pregiudizio dell'interesse ritenuto prevalente dal legislatore.

L'interesse a conoscere tutelato come diritto civico d'accesso può essere dunque soddisfatto se e fintanto che non emergano interessi pubblici o privati potenzialmente confliggenti, rimettendo alla valutazione discrezionale dell'amministrazione la loro contemperazione, e quindi la possibilità di soddisfazione dell'interesse alla conoscenza.

Anche le stesse Linee guida adottate dall'ANAC, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali, ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico ai sensi dell'art 5 bis ultimo

²⁵ In tal senso v. in ptcl. M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit.. La stretta connessione del soddisfacimento del diritto di accesso civico alla valutazione discrezionale dell'amministrazione viene generalmente sottolineata dalla dottrina, senza che se ne traggano però le dovute conclusioni anche sul piano sistematico: cfr S. Villamena, *Il cd FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *Federalismi.it*, 23/2016, 10; A. Corrado, *La trasparenza nella legislazione italiana*, cit., 1426; Id., *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, cit., 175 – 182; A. Porporato, *Il nuovo accesso civico generalizzato introdotto dal d lgs 25 maggio 2016 n. 97 attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento*, in *Federalismi.it*, 12/2017, 11;

comma, affermano che in tali casi il legislatore non ha operato “una generale e preventiva individuazione di esclusioni all’accesso generalizzato, ma (ha) rinviato a una attività valutativa che deve essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l’interesse pubblico alla disclosure generalizzata e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall’ordinamento. L’amministrazione, cioè, è tenuta a verificare, una volta accertata l’assenza di eccezioni assolute, se l’ostensione degli atti possa determinare un pregiudizio concreto e probabile agli interessi indicati dal legislatore”²⁶. Bilanciamento caso per caso degli interessi in conflitto. Discrezionalità pura.

Anche il Consiglio di Stato²⁷ aveva del resto già osservato, con riferimento allo schema del decreto, che “il diritto di accedere direttamente e liberamente ai dati ed agli atti detenuti dalla pubblica amministrazione deve necessariamente arrestarsi ove sussista una posizione giuridicamente tutelata dell’individuo” e che “In mancanza di criteri più dettagliati per la valutazione del pregiudizio che la pubblicazione potrebbe arrecare agli interessi tutelati, le amministrazioni potrebbero essere indotte ad utilizzare la propria discrezionalità nella maniera più ampia, al fine di estendere gli ambiti non aperti alla trasparenza”. Ancora una volta si sottolinea in tal modo che la soddisfazione dell’interesse dipende da una valutazione discrezionale dell’amministrazione cui viene chiesto l’accesso.

Il fatto che l’interesse alla conoscenza venga fatto dipendere dall’apprezzamento discrezionale dell’amministrazione ha conseguenze significative sulla comprensione della natura di un tale interesse e delle modalità e dei limiti della sua protezione. Spiega e si correla al fatto che non è necessario vantare la titolarità di una situazione soggettiva qualificata per poter agire e che si può agire *uti cives* perché le forme e i limiti della protezione di tale interesse sono quelle consentite e riconosciute nei confronti del merito delle decisioni amministrative, ovvero quelle proprie dell’interesse semplice. Salva sempre la possibilità che nello specifico del caso concreto il mancato rispetto delle garanzie procedurali o la violazione dei limiti intrinseci alla spendita della discrezionalità amministrativa consentano di sostanziare la situazione in termini d’interesse legittimo, in presenza di interessi sufficientemente differenziati. L’esistenza di un potere di scelta dell’amministrazione su quale interesse debba ritenersi prevalente esclude in ogni caso la possibilità di configurare in termini di diritto e obbligo il rapporto tra richiedente l’accesso e amministrazione.

3.3.- (segue) La limitazione del diritto di accesso procedimentale (nella disciplina dell’art 24 della l. 241/1990). L’accesso “defensionale” non può essere oggetto di valutazione discrezionale.

²⁶ ANAC determinazione n. 1309 del 28 12 2016 in GU serie gen. N 7 del 10 1 2017.

²⁷ Cons. Stato, Sezione consultiva atti normativi, parere 24 2 2016 n. 515.

I casi in cui il diritto di accesso procedimentale può essere limitato ai sensi della l. 241/1990 sono del tutto simili a quelli contemplati dai già visti commi primo e secondo dell'art 5 bis del d lgs 33/2013²⁸. La considerazione normativa però è affatto diversa.

Innanzitutto, va sottolineato che, nella norma primaria, l'ipotesi di limitazione è considerata comunque eventuale (“*il Governo può prevedere casi di sottrazione all'accesso*”) e, in ogni caso, non viene fatta dipendere unicamente da una valutazione discrezionale rimessa direttamente all'Amministrazione investita dalla domanda di accesso, ma dalla previa adozione di un regolamento governativo ai sensi della l. 400/1988 che ne contempli appunto l'astratta possibilità. Le ipotesi di conflitto e il giudizio di prevalenza non solo sono eventuali, ma si consumerebbero in ogni caso a livello normativo (e un regolamento, è bene ricordare, rimane in ogni caso pur sempre disapplicabile se si agisca a tutela di diritti soggettivi).

Soprattutto conta però sottolineare che l'art 24 precisa, al settimo e ultimo comma, che “*Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici?*”.

La sovraordinazione dell'ipotesi dell'accesso c.d. defensionale, contemplata nel suddetto ultimo comma, a quella delle possibili limitazioni contemplate dal comma 6 del medesimo art. 24, sul piano esegetico, è palese. *In claris non fit interpretatio*: “*Deve comunque ...*”. Il che significa, in altre parole, che se l'interesse alla conoscenza non è strumentale ed è espressione di un puro e semplice interesse alla conoscenza, la norma applicabile è recata dal comma sesto, il quale rimette all'amministrazione il bilanciamento dell'interesse alla conoscenza con gli altri interessi contemplati dal medesimo comma sesto. Se, viceversa, l'interesse alla conoscenza è strumentale all'esigenza di protezione di una situazione giuridica soggettiva individuale, la norma applicabile è recata dal comma settimo, con la differenza che in questo caso il bilanciamento risulta già effettuato dalla norma medesima, si consuma a livello legislativo e non è rimesso all'amministrazione. Nell'ipotesi dell'accesso gergalmente detto defensionale, la regola di composizione di un ipotetico conflitto è dunque fissata direttamente dal legislatore e non è pertanto più rimessa alla

²⁸ Secondo il comma 6 dell'art 24 della l. 241/1990 “... *il Governo può prevedere casi di sottrazione all'accesso ai documenti amministrativi: a) quando dalla loro divulgazione possa derivare una lesione, specifica e individuata, alla sicurezza e alla difesa nazionale, all'esercizio della sovranità nazionale e alla continuità e alla correttezza delle relazioni internazionali, con particolare riferimento alle ipotesi previste dai trattati e dalle relative leggi di attuazione; b) quando l'accesso possa arrecare pregiudizio ai processi di formazione, di determinazione e di attuazione della politica monetaria e valutaria; c) quando i documenti riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini; d) quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono; e) quando i documenti riguardino l'attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti interni connessi all'espletamento del relativo mandato*”.

discrezionalità dell'Amministrazione; con la conseguenza che l'Amministrazione non ha più il potere discrezionale di stabilire essa quale sia l'interesse prevalente nel caso concreto.

Una volta espunta la figura dell'accesso civico dall'impianto della legge 241, l'importanza sistematica della norma recata dal citato settimo e ultimo comma dell'art. 24 deve essere necessariamente riconsiderata. Alla luce dell'avvento del nuovo accesso civico, essa non vale più a individuare solo una peculiare ipotesi di accesso tra quelli resi ipoteticamente possibili dall'impianto della legge 241. I profili più marcatamente "pubblicistici", di curiosità "civica" legittimata dal fatto di poter vantare la titolarità di una situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento, sono ormai assorbiti dall'accesso civico esperibile nelle forme e nei modi previsti dal d.lgs. 33/2013 e s.m.i.; e la norma recata dal comma 7 rappresenta ormai la condizione essenziale per poter esperire l'accesso ai sensi della legge 241: la conoscenza deve essere sempre "necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici".

In sostanza, l'accesso genericamente detto anche "defensionale" non è più soltanto una tra le possibili diverse ipotesi in cui può aver luogo l'accesso ai sensi della legge 241, ma è l'ipotesi tipica disciplinata dalla legge 241. Chiarimento che vale a dimostrare che, se l'accesso si caratterizza come strumentale al soddisfacimento di un bisogno di tutela proprio di una ben determinata situazione giuridica soggettiva, esso non dipende affatto da una valutazione discrezionale amministrativa.

La regola è quindi che l'accesso, strumentale – si ripete – al soddisfacimento di un bisogno di tutela proprio di una situazione giuridica soggettiva, prevalga. L'eccezione è che rimanga insoddisfatto. Perché venga impedito è necessario che si contrapponga un interesse di "pari rango", che vi sia cioè una eccezione espressamente contemplata sul piano normativo²⁹; e non già una semplice esigenza discrezionalmente apprezzabile da parte della pubblica amministrazione.

Qualche esempio può risultare utile per agevolare la comprensione del significato della distinzione.

4.- Il caso paradigmatico della diversa composizione del conflitto tra trasparenza e riservatezza.

Il caso del conflitto tra interesse alla conoscenza e esigenza di riservatezza o *privacy* è forse tra quelli più tormentati.

Come già accennato, è convincimento diffuso che il conflitto debba essere risolto ogni volta nello specifico del caso concreto attraverso un opportuno bilanciamento degli interessi, che spetterebbe ovviamente effettuare *in primis* all'amministrazione, e *in secundis* al giudice, ogni qual volta all'interesse alla

²⁹ Non a caso il comma 7 prevede espressamente che "Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale". V. *infra* par seguente.

conoscenza vengano opposte esigenze di *privacy* delle persone fisiche o giuridiche (imprese). Un tale convincimento è però erroneo in quanto in realtà il legislatore attribuisce all'amministrazione questo potere di bilanciamento, in via generale, solo nell'ipotesi dell'accesso civico generalizzato. Al di fuori di questa ipotesi, opera direttamente egli stesso la composizione del conflitto individuando l'interesse prevalente e lasciando all'amministrazione il bilanciamento solo nell'ipotesi eccezionale del contrasto con interessi super sensibili e non nella generalità delle ipotesi.

Al pari e forse più della trasparenza, negli ultimi anni riservatezza e *privacy* hanno ricevuto notevole attenzione da parte del legislatore, sia nazionale che comunitario. Nell'accezione originaria, nelle vesti del diritto alla riservatezza viene protetto l'interesse dell'individuo di godere appieno della propria intimità, il diritto, come suol dirsi, "ad essere lasciato solo". Nella nuova dimensione tecnologica dell'informazione e della comunicazione, il diritto alla *privacy* si allarga per tutelare la più complessa situazione della protezione dei dati personali³⁰. Attualmente la materia è regolata a livello euro unitario dal Regolamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, dichiaratamente adottato al fine di emanare "norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati" (art 1). Il problema del rapporto tra *privacy* e trasparenza è preso espressamente in considerazione dall'art 86 del Regolamento, il quale però rinvia la concreta definizione del rapporto alla legislazione dei singoli stati membri³¹. L'art 59 del vigente Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs 30 giugno 2003 n. 196), così come modificato dall'art 4 co 1 del d.lgs 10 agosto 2018 n. 101 emanato per adeguare la normativa nazionale alle disposizioni del regolamento UE 2016/679, facendo salvo in ogni caso quanto disposto dal successivo art. 60 (v. *infra*), ha a sua volta rinviato alle discipline recate dalla legge 241/1990 e dal d.lgs. 33/2013³². La ricostruzione del sistema delle fonti mostra che la soluzione va dunque cercata nella vigente disciplina dell'accesso e il rinvio differenziato alla l. 241 e al d.lgs. 33 lascia presagire soluzioni differenziate nel caso di accesso procedimentale e di accesso civico.

³⁰ Sull'evoluzione per tutti v. S. Rodotà, *Riservatezza*, in *Enc Giur. Treccani*, VII, appendice 2007.

³¹ Cfr. articolo 86, *Trattamento e accesso del pubblico ai documenti ufficiali*: "I dati personali contenuti in documenti ufficiali in possesso di un'autorità pubblica o di un organismo pubblico o privato per l'esecuzione di un compito svolto nell'interesse pubblico possono essere comunicati da tale autorità o organismo conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri cui l'autorità pubblica o l'organismo pubblico sono soggetti, al fine di conciliare l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali e il diritto alla protezione dei dati personali ai sensi del presente regolamento"

³² Art. 59 Codice : "Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 60, i presupposti, le modalità, i limiti per l'esercizio del diritto di accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali, e la relativa tutela giurisdizionale, restano disciplinati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e dalle altre disposizioni di legge in materia, nonché dai relativi regolamenti di attuazione, anche per ciò che concerne i tipi di dati ((di cui agli articoli 9 e 10 del regolamento)) e le operazioni di trattamento eseguibili in esecuzione di una richiesta di accesso. 1-bis. I presupposti, le modalità e i limiti per l'esercizio del diritto di accesso civico restano disciplinati dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

Nel caso dell'accesso civico, la soluzione è indicata dall'art 5 bis, secondo comma, a norma del quale l'accesso deve essere *“rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela ... dei seguenti interessi privati: ... protezione dei dati personali ...; ... libertà e la segretezza della corrispondenza; ... interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali”*. In tal caso, come si è in precedenza chiarito, non è dubbio che la norma investe l'amministrazione del bilanciamento degli interessi nel concreto del caso di specie al fine di valutare se vi sia o meno un pregiudizio.

Diversamente stanno le cose nel caso dell'accesso procedimentale. Qui la soluzione è chiaramente delineata nel settimo e ultimo comma dell'art 24 della l. 241/1990: se anche sono in discussione documenti che riguardano *“la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorchè i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono”* (ipotesi considerate dal comma 6 del medesimo art. 24), *“deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici”*. Nella generalità dei casi, il giudizio di prevalenza è dunque effettuato direttamente dalla norma di legge a favore dell'interesse alla conoscenza, senza lasciare alcun potere di bilanciamento all'amministrazione. Un problema di bilanciamento nel caso concreto si pone solo nell'ipotesi degli interessi c.d. supersensibili (dati genetici relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale), oggetto di separata considerazione nell'ultimo capoverso del citato settimo comma, il quale dispone che in tal caso *“l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196”*. Il rinvio all'art 60 del Codice della privacy, la cui applicazione è comunque in ogni caso fatta salva dal Codice medesimo, consente di completare la configurazione dell'unica ipotesi in cui si pone un problema di bilanciamento nel caso concreto: *“Quando il trattamento concerne dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi, è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale”*. In questa ipotesi e in questa ipotesi soltanto si pone un problema di bilanciamento tra interessi (*rectius* : diritti) contrapposti.

La distinzione sopra delineata è in grado di offrire un parametro certo di riferimento per le amministrazioni e la giurisprudenza. Per rimanere sul dato non solo sensibile ma super sensibile della salute, si comprende agevolmente che la richiesta di accesso ai dati di una cartella clinica, se dettata da esigenze conoscitive non meglio qualificate ed esercitata pertanto nelle forme dell'accesso civico, debba essere respinta salvo che il controinteressato presti il proprio consenso. Se la richiesta di accesso viene

invece avanzata ai sensi della legge 241 come strumentale all'esigenza di tutela di un diritto parimenti assoluto, non v'è ragione perché il diritto d'accesso possa essere escluso, come già affermato in giurisprudenza³³. Sempre con riferimento alle esigenze di privacy delle persone fisiche, si comprende agevolmente come possa essere non accolta la richiesta non particolarmente qualificata³⁴ di accesso agli elaborati e ai titoli dei concorrenti nella procedura di un pubblico concorso, non anche però quella strumentale all'esigenza difensiva di un altro concorrente³⁵.

Se l'esigenza di riservatezza viene poi presa in considerazione con riferimento a quella tipica delle persone giuridiche, società e imprese partecipanti alle gare pubbliche di appalto (in specie: riservatezza dei segreti tecnici e commerciali contenuti nelle offerte), il problema in realtà non avrebbe nemmeno ragione di porsi. Il Codice della privacy si riferisce alle sole persone fisiche e il riferimento alla possibile rilevanza degli *“interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali”* è operato dall'art. 5 bis del decreto 33 con riferimento alle sole ipotesi dell'accesso civico. Anche il comma 6 dell'art 24 della l. 241/1990 attribuisce rilevanza alla *“riservatezza di ... persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi ... professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari”*, ma si è già detto che le ipotesi del comma 6 sono assolutamente recessive rispetto a quella del settimo e ultimo comma dell'art. 24. Dunque il problema del contemperamento o bilanciamento non ha minimamente ragione di porsi a fronte di un interesse alla conoscenza che si propone come strumentale alla protezione di una situazione giuridica soggettiva qualificata ai sensi dell'art. 24 comma settimo. La stessa giurisprudenza non ha d'altronde difficoltà ad affermare in linea di principio l'astratta prevalenza dell'accesso difensivo sulle esigenze di riservatezza delle imprese³⁶. Ciò che va piuttosto sottolineato della giurisprudenza maturata sulle esigenze di riservatezza commerciale e industriale è l'emergere in seno ad essa di una tendenza a riappropriarsi dei margini di valutazione discrezionale con riferimento al giudizio di necessità della conoscenza per la difesa

³³ In tal senso v. ad es. TAR Lazio III 15 12 2014 n. 12583; TAR Catania, 27 11 2015 n. 2785, con riferimento all'esigenza di utilizzo della cartella clinica del coniuge nell'ambito del procedimento di scioglimento del matrimonio canonico innanzi al tribunale ecclesiastico; TAR Palermo 16 12 2014 n. 3328 con riferimento al diritto di accedere alla cartelle cliniche dei pazienti ricoverati da parte di una infermiera che riteneva di aver contratto la malattia della tubercolosi a seguito dell'attività professionale svolta presso l'azienda

³⁴ Particolarmente delicata appare la questione della qualificazione dell'interesse alla conoscenza riconducibile allo *status* di giornalista, al momento forse troppo sbrigativamente liquidata dalla giurisprudenza (cfr. Tar Lazio, Sez. III, 24 11 2015 n. 13250) e senz'altro meritevole di riconsiderazione.

³⁵ In tal senso v. ad es. Tar Lazio Roma III 8 7 2008 n. 6450; Cons. Stato Sez VI 3 12 2015 n. 5502.

³⁶ V. ad es. Cons. Stato, Sez. III 1213/2017 AIFA vs ABBVIE con riferimento alla clausola di riservatezza del prezzo di un accordo negoziato per la commercializzazione di un farmaco. V. anche TAR Valle d'Aosta 5 6 2017 n. 34 che si preoccupa di precisare che in ogni caso le esigenze di riservatezza dovrebbero quantomeno essere state chiaramente rappresentate e dichiarate dall'impresa al momento della partecipazione alla procedura e mai successivamente.

della situazione soggettiva, con il rischio di assoggettare nuovamente ad un bilanciamento con i contrapposti interessi, sotto un diverso profilo, l'esigenza defensionale³⁷. Questo "scivolamento" della valutazione discrezionale, dal profilo del bilanciamento degli interessi a quello della effettiva necessaria strumentalità della conoscenza per la difesa giudiziale della situazione soggettiva, è assolutamente irragionevole sia perchè l'art. 24 settimo comma parla non solo di difesa, ma anche semplicemente di cura di un interesse proprio, e i due termini non sono affatto sinonimi sì che la cura possa ritenersi interamente risolta nella difesa; sia perchè, anche rimanendo sul piano della sola difesa strettamente intesa con riferimento al momento giudiziale, è parimenti irragionevole pretendere di anteporre il momento della costruzione della strategia difensiva a quello della conoscenza degli elementi necessari per la sua elaborazione.

5.- Osservazioni conclusive

Il significato da ricondurre alla differenza tra le figure generali del diritto di accesso, e in particolare tra l'accesso civico generalizzato e l'accesso procedimentale, rappresenta il punto cruciale per la ricostruzione

³⁷ In tal senso v. chiaramente in tal senso, ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI 1692/2017 (CONSOB vs Bluebell), della quale si rende opportuno riportare di seguito il passo saliente: *"non convincente è la tesi, fatta propria dai Giudici che hanno emesso la sentenza qui impugnata, secondo la quale un diritto all'accesso documentale esercitato a fini defensionali – quale è quello da cui promana l'interesse azionato da Bluebell nel caso di specie – avrebbe in assoluto la capacità di spianare, sulla sua strada, un qualsivoglia interesse contrario, pur se qualificato.*

8.2.1. *Certamente nella scala gerarchica dei valori da considerare, in occasione della disamina dei motivi che giustificano una domanda di accesso, quelli legati alle esigenze di difesa del richiedente occupano un gradino elevato ma non tale, tuttavia, da prevalere sempre e comunque (e soprattutto acriticamente) su qualunque altro interesse, specie se contrapposto giacchè invocato da chi, di contro, denuncia che, consentendosi l'accesso, si permetterebbe il disvelamento di propri dati, ritenuti sensibili, contenuti nella documentazione amministrativa da altri chiesta.*

E' anche vero che, entro determinati limiti, un'effettiva esigenza di difesa, non altrimenti suscettibile di appagamento (ossia che non è possibile soddisfare se non acquisendo conoscenza proprio di quella particolare documentazione che reca altresì, in seno, il dato sensibile che riguarda un soggetto terzo e, perciò, controinteressato), può prevalere sui contrapposti interessi alla riservatezza.

un'acritica prevalenza dell'accesso per dichiarate esigenze defensionali potrebbe anche condurre al risultato che colui che ha chiesto l'accesso, poi, esaminata tutta la documentazione ottenuta, valuti che alcun documento effettivamente gli sia utile per i ritenuti motivi di difesa. In tale evenienza, il danno per il terzo (i.e., conoscenza da parte altrui delle proprie informazioni sensibili) sarebbe invero irrimediabile, senza alcuna contrapposizione giustificativa, neppure quella consistente almeno nel fatto che chi aveva chiesto l'accesso abbia poi realmente utilizzato a fini di propria difesa la documentazione ottenuta.

8.2.2. *Lo strumento attraverso il quale contemperare in concreto la contrapposizione di interessi innanzi detta è costituito – ad avviso del Collegio – dal parametro della "stretta indispensabilità" di cui all'art. 24, co. 7, secondo periodo, della l.n. 241/1990 giacchè esso è quello che, proprio a livello legislativo, viene contemplato come idoneo a giustificare la prevalenza dell'interesse di una parte – mossa dall'esigenza di "curare o difendere propri interessi giuridici" – rispetto all'interesse di un'altra parte, altrettanto mossa dall'esigenza di "curare o difendere propri interessi giuridici" legati ai dati sensibili che la riguardano e che possono essere contenuti nella documentazione chiesta in sede di accesso.*

Se, dunque, l'interesse della parte contrapposta (titolare di un dato sensibile o super sensibile) può divenire cedevole – rispetto a quello che anima la prima parte, che ha chiesto l'accesso per propri motivi di difesa – soltanto a cospetto del fatto che il documento di cui si pretende l'ostensione sia "strettamente indispensabile" a costruire ed alimentare tale difesa, occorre che precauzionalmente la valutazione di tale stretta indispensabilità avvenga nel modo possibilmente più circoscritto ed attento e non sia, al contrario, affermato – come accaduto in occasione della sentenza impugnata – sulla base di schematizzazioni formali ed astratte.

dell'istituto nella sua odierna configurazione. Le due tutele, come si è visto, astrattamente sono sovrapponibili. Fatte salve le eccezioni legalmente previste, che escludono alcune categorie di atti dall'accesso, qualsiasi atto o documento amministrativo può essere oggetto di una richiesta di accesso nell'una o nell'altra forma. Ciò pone l'interprete di fronte all'alternativa di chiarire se si è di fronte soltanto ad un problema di mancato coordinamento, da parte al legislatore, della nuova figura di accesso introdotta dal d lgs 97 del 2016, con la preesistente forma di accesso procedimentale disciplinata dalla l. 241/1990; ovvero se si sia voluta effettivamente mantenere la distinzione tra le due figure precisandone, in tal caso, quale sia il significato. Nel primo caso, specie se l'accesso civico finisce con l'essere (restrittivamente) modellato sulla forma dell'accesso procedimentale, ammettendolo sono in presenza di uno specifico interesse o di una specifica finalità perseguita, non vi sarebbe necessità di mantenere la distinzione e l'ormai storicamente datato accesso procedimentale dovrebbe ritenersi assorbito nella più ampia figura dell'accesso civico generalizzato. Nel secondo caso, volendo mantenersi la distinzione, ne andrebbe precisato il significato, riempiendo di contenuto giuridico l'affermazione epidermica che in un caso l'accesso sarebbe più profondo, nell'altro meno, ovvero che la legittimazione possa avere un diverso fondamento nell'un caso e nell'altro. Nel primo caso, il problema potrebbe essere effettivamente e agevolmente derubricato come un problema di mancato coordinamento delle diverse figure da parte del legislatore e la distinzione non avrebbe più ragion d'essere. Se viceversa si esclude che sia solo un problema di mancato coordinamento, e che la distinzione debba esser effettivamente mantenuta, occorre allora dare ad essa un preciso significato, chiarendo quali siano i principi applicabili e quale sia la consistenza della tutela effettivamente fruibile nelle due distinte ipotesi. Si eviterebbe così che principi e regole solo apparentemente comuni possano essere richiamati, secondo convenienza, in un caso o nell'altro.

Il presente studio ha dimostrato che l'accesso classico, disciplinato dalla l. 241/ 1990, non può ritenersi oggi completamente assorbito dal nuovo accesso civico generalizzato secondo il modello FOIA, che la sua conservazione non dipende solo da un mancato coordinamento del legislatore delle diverse figure attualmente esistenti e che le differenze non possono limitarsi senza ulteriori conseguenze alla sola diversa legittimazione richiesta.

L'introduzione della nuova figura di accesso civico secondo il modello FOIA assorbe e soddisfa l'interesse pubblico alla realizzazione del principio di trasparenza condizionando e facendo dipendere la soddisfazione dell'interesse all'accesso dalla valutazione discrezionale dell'amministrazione.

L'accesso classico esercitabile ai sensi della legge 241 rimane invece focalizzato sulla strumentalità defensionale e, in questa prospettiva, in quanto volto a consentire il soddisfacimento di bisogni di tutela

riconosciuti e protetti da norme primarie, non può ritenersi più condizionato dalla discrezionalità amministrativa.

Se le due situazioni non vengono chiaramente distinte verranno continuamente sovrapposte, in danno l'una dell'altra, e, nella confusione, si potrà continuare a negare l'accesso civico, affermando che la richiesta non è sorretta da finalità di pubblico interesse, ma è volta a soddisfare interessi privati; o a negare l'accesso necessario per difendere i propri personali interessi, negandone la necessità in base ad una valutazione di opportunità operata dall'amministrazione.

Il mantenimento della distinzione impone con tutta probabilità di rimeditare anche il problema della natura della situazione giuridica soggettiva sottesa all'accesso.

Due buone ragioni spingono in tal senso.

La prima, d'ordine teorico, deriva dall'insegnamento dei Maestri che hanno chiarito che *“con il nome di diritti civici si sogliono designare quelle posizioni di vantaggio – di cui sono, di solito ammessi a godere tutti i soggetti -, che derivano ai singoli dal fatto che l'ordinamento impone agli enti pubblici certi doveri pubblici consistenti nel porre a disposizione della generalità beni o prestazioni”*, avvertendo che la situazione va però poi specificamente qualificata in ragione dei modi e limiti in cui l'interesse del soggetto riceve protezione: *“alcune di esse sono veri e propri diritti ovvero interessi legittimi molti altri rimangono allo stato d'interessi semplici”*³⁸. Nel pensiero del Sandulli ciò significa, in buona sostanza, che l'espressione diritto civico ha un contenuto polisenso, o se si preferisce, generico, nel senso che non rappresenta un *tertium* (o *quartium*) *genus* di situazione soggettiva, ma assume a seconda dei casi la consistenza di un diritto, di un interesse legittimo o di un interesse semplice. Nel caso dell'accesso civico, per quanto s'è visto, la figura è disancorata da qualsivoglia *causa petendi* e legittimazione ed è strettamente correlata all'esercizio della discrezionalità amministrativa; il che lascia chiaramente propendere per una ricostruzione della figura in termini di interesse semplice. Salvo che la dimensione procedimentale in cui è destinato comunque a svolgersi l'accesso e le regole e i principi che governano l'esercizio del potere discrezionale consentano di qualificare la situazione soggettiva anche in termini di interesse legittimo³⁹.

La seconda buona ragione che induce a rimeditare il problema della natura della situazione giuridica soggettiva sottesa all'accesso deriva invece dall'insegnamento dell'Adunanza Plenaria, e spinge nel senso di ricostruire in termini di diritto soggettivo, di pretesa cioè all'adempimento di un obbligo non condizionato dalla discrezionalità amministrativa, l'accesso procedimentale tutelato ai sensi della legge 241.

³⁸ A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, II, 123. V. anche G. Miele, cit. *sub* nota 22.

³⁹ F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, 453 ss.

L'opportunità di rimeditare il problema della effettiva natura delle situazioni giuridiche tutelate attraverso il diritto di accesso si delinea proprio se si considerano le ragioni che in passato hanno indotto l'Adunanza Plenaria a ritenere pressochè oziosa una tale discussione. Ciò è infatti avvenuto allorquando era in vigore soltanto la disciplina recata dalla legge 241/1990 e la tutela fruibile era pertanto una soltanto, con la conseguenza che la discussione teorica sulla natura della situazione giuridica soggettiva finiva soltanto con il condizionarne la effettiva fruibilità sotto il profilo delle regole processuali applicabili. Muovendo da tali premesse, e potendo confidare anche sul fatto che l'anno prima, nel 2005, il legislatore aveva chiarito che il giudizio per l'accesso rientra tra le materie di giurisdizione esclusiva, nel 2006 l'Adunanza Plenaria elude dichiaratamente il chiarimento, ritenendo sufficiente sottolineare il carattere essenzialmente strumentale dell'azione rispetto alle esigenze di tutela della posizione soggettiva finale, sia essa di diritto soggettivo o d'interesse legittimo (Ad. Plen. 18 aprile 2006 n. 6). A torto o a ragione, nell'occasione l'Adunanza Plenaria reputa inutile prendere posizione in ordine alla natura della posizione soggettiva coinvolta perché in quel momento *“ciò non ha conseguenze ai fini dell'identificazione della disciplina applicabile al giudizio avverso le determinazioni concernenti l'accesso”*.

Il problema si era peraltro posto (o meglio riproposto) nel 2006 perchè la soluzione già data al problema nel 1999 dall'Adunanza Plenaria non era stata evidentemente soddisfacente. E' allora il caso di andare a vedere anche quale fosse stata la soluzione data al problema dall'Adunanza Plenaria nel 1999. Le sentenze rese dall'Adunanza Plenaria nel 1999 sono più d'una (24 6 1999 n. 16; [28 aprile 1999, n. 6](#); 22 aprile 1999, nn. [4](#) e [5](#)), e in esse si afferma che la situazione protetta abbia consistenza di interesse legittimo perché è contrapposta al *“potere di natura pubblicistica di valutare tutti gli interessi coinvolti”*; e che l'impiego da parte del legislatore del termine “diritto” debba esser considerato tecnico in quanto alla pretesa non è correlato un obbligo o un comportamento senz'altro dovuto dall'Amministrazione o dal gestore del pubblico servizio. La fondatezza della pretesa, secondo l'Adunanza Plenaria, *“va verificata di volta in volta dapprima in sede amministrativa e poi, nel caso di tempestiva impugnazione della determinazione in sede giurisdizionale, esaminando l'eventuale preminenza delle ragioni di chi abbia chiesto l'accesso, rispetto a quelle riscontrate nel diniego o alle esigenze di riservatezza del terzo cui si riferiscono i documenti nella materia dell'accesso le controversie vanno decise tenendo conto delle varie posizioni coinvolte e sulla base di giudizi di prevalenza”*. In sostanza, secondo l'Ad. Plen., il soddisfacimento dell'interesse alla conoscenza dipende da una valutazione discrezionale dell'Amministrazione ed è per tale motivo che ha natura e consistenza di interesse legittimo e non di diritto soggettivo.

Entrambi i precedenti dell'Adunanza Plenaria, rilette oggi, sembrano dunque invitare a riconsiderare i termini del problema allo stato attuale:

- se, in base all'insegnamento dell'Ad Plen 6/2006, la distinzione (tra le situazioni soggettive) è inutile e non ha senso se la disciplina applicabile è sempre la medesima, la distinzione potrebbe invece oggi ben riflettere la possibilità di accedere a tutele qualitativamente diverse e tornare pertanto utile;

- se poi, come s'è visto, la differenza di regime impatta proprio sulla esistenza o meno di discrezionalità amministrativa nel soddisfacimento dell'interesse alla conoscenza, anche la rimeditazione delle conclusioni in passato raggiunte dall'Ad Plen (16/1999) si profila come doverosa.

Le differenze che si ravvisano sotto il profilo della tutela qualitativamente offerta sul piano sostanziale (dalla l 241 e dal d lgs 33) riempiono dunque di concreto contenuto la distinzione tra le diverse figure che possono esser pertanto viste come il riflesso di situazioni giuridiche soggettive diverse.

Se nel prossimo futuro la questione tornerà all'attenzione dell'adunanza plenaria, sussisterebbero ormai tutti i presupposti perché i precedenti arresti di qualche decennio fa potrebbero essere rimeditati, prendendo atto che gli istituti rispondono a bisogni di tutela ormai diversificati. E se così non fosse, non avrebbe senso mantenere la distinzione.