

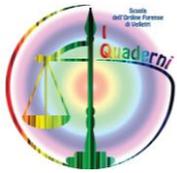
Trasparenza amministrativa e fattispecie di accesso agli atti: un'analisi tipologica.

Avv. Sandro Mento

SOMMARIO: 1. Accesso agli atti e trasparenza amministrativa: profili evolutivi di un tema sempre attuale. – 2. I principi costituzionali e gli impulsi dell'esperienza europea e internazionale. – 3. Gli istituti dell'accesso agli atti nel nostro ordinamento: introduzione. – 4. L'accesso documentale nella legge n. 241/1990. – 5. Segue: il profilo soggettivo e oggettivo dell'accesso documentale. 6 – Segue: accesso documentale e strumenti probatori del processo civile.- 7. L'accesso civico e l'accesso civico generalizzato nel d.lgs. n. 33/2013. – 8. Segue: le limitazioni alla trasparenza. – 9. La recente giurisprudenza sulla trasparenza. – 10. Tipologie di accesso e profili procedurali: analogie e differenze. - 11. Accesso agli atti e tutela della riservatezza: i principi comuni - 12. In particolare: l'accesso ai dati "sensibilissimi". – 13. Segue: accesso agli atti e gare per l'affidamento di contratti pubblici. – 14. Conclusioni: cosa c'è di nuovo?

1. Accesso agli atti e trasparenza amministrativa: profili evolutivi di un tema sempre attuale.

Quando ci si pone l'obiettivo di analizzare la disciplina dell'accesso agli atti amministrativi, il primo passo da compiere verso la meta consiste nel fornire le principali coordinate (qui necessariamente brevi) riguardanti la "trasparenza



amministrativa”, che costituisce il presupposto di ogni analisi sui diversi istituti che oggi regolano l’accesso alle informazioni detenute dai soggetti pubblici¹.

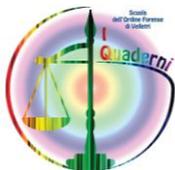
Trasparenza, il cui perimetro non è esattamente sovrapponibile a quello del diritto di accesso, nella sua intima essenza, significa chiarezza e comprensibilità dell’azione amministrativa. Questo principio-obiettivo impone all’amministrazione (anche) il dovere di agire correttamente, al di là delle mere prescrizioni formali delle norme, nella consapevolezza che ai cittadini occorra un’esplicitazione chiara e comprensibile del potere.

Trasparenza, dunque, significa: visibilità, conoscibilità e, appunto, comprensibilità dell’azione amministrativa, dei suoi atti e della sua organizzazione. Il concetto si pone come valore-chiave, nel tentativo di risolvere uno dei problemi di fondo della P.A. italiana: quello di coniugare garanzie ed efficienza nello svolgimento dell’attività pubblica².

Trasparenza, come è stato evidenziato, prima ancora che un istituto giuridico è (o dovrebbe essere) un modo d’essere dell’amministrazione, un (concreto) obiettivo da raggiungere con vari strumenti, necessari, peraltro, a conseguire altri valori fondamentali: *accountability*, efficienza, integrità, prevenzione dei fenomeni corruttivi, partecipazione e tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini.

¹Per la verità, non solo amministrazioni nel senso comune del termine, ma anche soggetti privati che svolgono attività di interesse pubblico o a cui sono attribuite funzioni amministrative. Si può fare riferimento, ad esempio, ai titolari di concessioni amministrative o ai gestori, a qualunque titolo, di servizi pubblici. Infine, si può anche richiamare l’attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche, la quale, parimenti, non si sottrae agli obblighi della trasparenza. La disciplina dell’accesso, infine, risulta applicabile anche ai privati che detengono stabilmente documenti pubblici.

²In tal senso, si v. G. ARENA – M. BOMBARDELLI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, Napoli, 2006, 409 ss. Per un’analisi della materia nelle sue varie sfaccettature si rinvia, invece, al testo di B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Santarcangelo di Romagna, 2016. Per la manualistica, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 885 ss. Per una raccolta di giurisprudenza anteriore alla riforma del 2013 sull’accesso civico, si rinvia al codice di F. CARINGELLA – R. GAROFOLI, *Codice amministrativo*, Milano, 2006. Sull’evoluzione della disciplina italiana in tema di trasparenza, si v., per la letteratura in lingua inglese, F. DI MASCIO-A. NATALINI, *Unpacking Open Government into Varieties of Transparency: Passive and Active Forms of Disclosure in Italy*, working paper, 2016, 9 ss.; A. POLICE, *New instruments of Control over public Corruption: the Italian Reform to restore Transparency and Accountability*, in *Dir. econ.*, 2015, 189 ss.



Il carattere pubblico di un documento (il suo appartenere, in senso lato, a una pubblica amministrazione), nell'ottica della trasparenza, assume poi una ulteriore valenza: esprime la qualità dell'atto che è (o meglio, dovrebbe essere) naturalmente disponibile per chiunque, versando, pertanto, in una condizione di permanente conoscibilità (ovviamente con i limiti positivizzati dalle norme).

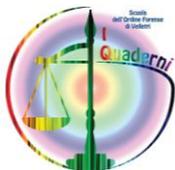
La trasparenza, però, nasconde di fatto, in termini applicativi, un'insidia di carattere sostanziale che può negare, paradossalmente, le stesse finalità poste dalla normativa che la disciplina.

Questo avviene quando si collega la trasparenza a un eccesso di oneri regolatori, amministrativi, economici di fatto non strettamente indispensabili al perseguimento dello scopo. Il rischio è, pertanto, quello di dare vita alla burocrazia della trasparenza, “*distopia*” giuridica e organizzativa che della trasparenza costituisce l'esatto opposto.

Ciò con importanti effetti negativi, sia in ordine al rapporto tra amministrazione e cittadino utente (che può essere danneggiato da un “reticolato” non sistematizzato e disordinato di informazioni teso a opacizzare più che a rendere evidente l'azione burocratica), sia per quanto concerne l'inefficace contrasto alle carenze della macchina pubblica e ai fenomeni corruttivi.

Fatta questa rapida premessa, possiamo affermare che la disciplina dell'accesso agli atti amministrativi è la forma più importante e “nota” (ma non l'unica) di trasparenza (la quale si compone, infatti, di principi e regole destinate a organizzare il “dietro le quinte” della macchina burocratica).

L'accesso ai documenti detenuti dalla P.A. rappresenta, dunque, la modalità attraverso cui gli utenti si interfacciano con i soggetti pubblici per ricevere informazioni sui procedimenti di loro interesse (che li riguardano direttamente o verso i quali hanno un posizione giuridica “mediata” comunque degna di tutela) e per avere cognizione sulla gestione della “macchina pubblica” (ciò avviene, si dirà nei prossimi paragrafi, soprattutto tramite il ricorso all'accesso civico e all'accesso civico generalizzato).



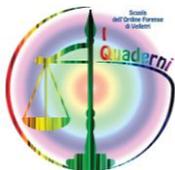
Nel nostro ordinamento, oltre quaranta anni fa, il problema principale consisteva nella fuoriuscita dal segreto amministrativo o d'ufficio per approdare alla pubblicità come criterio generale dell'azione amministrativa. Ciò è essenzialmente avvenuto con l'entrata in vigore, nel 1990, della legge sul procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241), la quale ha sancito, fin dalla sua intitolazione, la pubblicità quale criterio essenziale dell'attività pubblica.

In seguito, vi è stato l'ulteriore passaggio dalla pubblicità alla trasparenza, intesa come diritto a comprendere l'azione della P.A. attraverso la ricerca delle informazioni, non solo a conoscerle "passivamente" in conseguenza di un'attività gestita (e spesso limitata) dall'amministrazione.

La necessità di ulteriori riforme verso la trasparenza dell'attività dello Stato e dei soggetti pubblici è stata dettata dall'esperienza acquisita nell'applicazione del principio di pubblicità, il quale ha dimostrato come la mera conoscibilità non fosse sufficiente per la tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini. Non tutti (e non sempre) erano in grado di passare dalla potenzialità della conoscenza alla conoscenza vera e propria e da questa alla comprensione, intesa come capacità di interpretare la realtà.

E questo per effetto sia delle resistenze dei corpi politici e amministrativi – sempre protesi verso la segretezza e la supremazia, frutto della concezione di un apparato pubblico egemonico e comunque sovraordinato rispetto al privato – sia perché la complessità del sistema burocratico era tale (oggi, invero, le cose non sono molto diverse da ieri) da rendere estremamente difficile, per la generalità dei consociati, il raggiungimento dell'obiettivo dell'intelligibilità dell'azione amministrativa, tanto più se la macchina dello Stato non percepiva tale passaggio come qualcosa che essa stessa avrebbe dovuto facilitare.

Ciò, nonostante la progressiva accessibilità della "*res publica*", in luogo della tradizionale secretazione, sia stato un obiettivo sociale che il Parlamento ha condiviso e l'ordinamento ha positivizzato fin dagli anni Novanta, *in primis*, nell'ambito degli



enti locali e, in seguito, in occasione della codificazione dei principi dell'azione amministrativa.

2. I principi costituzionali e gli impulsi dell'esperienza europea e internazionale.

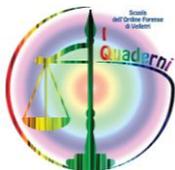
Naturalmente, sul percorso (accidentato) verso la pubblicità e la trasparenza dell'azione amministrativa hanno agito – come una sorta di lubrificante – i principi contenuti nella Costituzione del 1948.

In particolare, quelli codificati negli articoli 21 e 97 del testo, nelle parti in cui riconoscono rispettivamente il diritto di informazione e il principio di buon andamento e imparzialità della P.A., e (indirettamente) negli articoli 24 e 113, ove si ricorda che è sempre ammessa (per tutti) la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi lesi dagli atti dell'amministrazione³.

Pubblicità e trasparenza amministrativa sono concetti che – parallelamente all'esperienza nazionale – hanno ricevuto “sostanza” anche in ambito europeo e internazionale, vendendo a configurarsi quali diritti fondamentali della persona⁴.

³ E, d'altra parte, è solo grazie alla conoscenza e comprensione degli atti che è poi possibile materialmente esercitare la tutela dinanzi ai giudici, evitando così impugnazioni al “buio”.

⁴In particolare, la giurisprudenza comunitaria ha avuto grande impatto sul diritto nazionale, spesso modificandone anche le “tendenze” (e ciò è avvenuto in misura tanto maggiore quando i giudici comunitari si sono occupati di fattispecie nazionali frutto di attuazione o di recepimento di disposizioni dell'Unione). Fra i tanti contributi che hanno analizzato questo fenomeno sia consentito in questa sede rinviare a S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 1, 27; G. DELLA CANANEA - C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2017, III ed., specie 352 ss.; G. VESPERINI, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, 2011, 114. Peraltro, con riferimento all'evoluzione del diritto comunitario, è stato sottolineato come anche in tale sistema è avvenuto un percorso “circolare” che, muovendo dagli iniziali e puntuali obiettivi comunitari (contrassegnati dalla protezione dei diritti patrimoniali classicamente intesi), si è arricchito progressivamente di contenuti diversi (politivi, monetari, finanziari, sociali, ambientali, umanitari). Su tali profili, si v. il saggio di M.C. ROMANO, *Ordinamento amministrativo europeo, situazioni protette e oggetto del sindacato giurisdizionale. Tra Corte di giustizia e Corti nazionali*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, 101-216. Sul progressivo riconoscimento della libertà di accesso alle informazioni in possesso delle amministrazioni come diritto fondamentale della persona, R. PELED - Y. RABIN, *The Constitutional Right to Information*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2011, vol. 42, 357 ss., P. BIRKINSHAW, *Freedom of information and openness: fundamental human rights*, in *Administrative Law Review*, 2006, vol. 58, 177 ss. Sul principio generale di trasparenza dell'azione amministrativa nel diritto europeo, corollario a sua volta (anche) del principio di non discriminazione, (Continua a pagina successiva)



Sono stati gli approdi comunitari sul tema dell'accessibilità agli atti delle istituzioni europee e le conquiste del *freedom of information act* (c.d. FOIA) americano (ma norme analoghe esistevano anche in altri paesi)⁵ a consentire la spinta decisiva verso una nozione matura di trasparenza, in grado di completare la transizione cominciata con la pubblicità e realizzare la c.d. “casa di vetro” dell'amministrazione⁶.

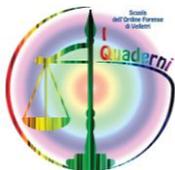
Ma il percorso non è stato né breve né agevole.

Nei primi anni del nuovo millennio, mentre nel resto d'Europa e nelle altre democrazie liberali si moltiplicavano le leggi modellate sull'esempio statunitense, in Italia si andava definendo una “strategia” alternativa.

si cfr. K.M. HALONEN - R. CARANTA - A. SANCHEZ-GRAELLS (a cura di), *Transparency in EU Procurements - Disclosure Within Public Procurement and during contract execution*, Northampton, 2019. Più in generale, sui principi dell'amministrazione europea, si v. G. DELLA CANANEA - C. FRANCHINI - M. MACCHIA, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2017. Per un'analisi del diritto d'accesso tra ordinamento comunitario e nazionale, si cfr. C. FRANCHINI, *Il diritto d'accesso tra l'ordinamento comunitario e quello nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 9, 823 ss.

⁵ Negli Stati Uniti, il *Freedom of Information Act* (Foia) è stato adottato a partire dal 1966.

⁶ Nell'ordinamento dell'Unione europea il diritto di accesso non è preordinato alla tutela di una posizione giuridica soggettiva (privato o impresa), ma risponde ad un principio generale di trasparenza dell'azione dell'Unione ed è uno strumento di controllo democratico. Il diritto di accesso viene qualificato come specifica manifestazione della libertà di informazione, in quanto tale protetto dalla “Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”. In particolare, l'articolo 10 della CEDU (Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848, con la quale è stato ratificato anche il Protocollo addizionale alla Convenzione medesima, firmato a Parigi il 20 marzo 1952) dispone: “1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche e senza riguardo alla nazionalità. Il presente articolo non impedisce che gli Stati sottopongano a un regime di autorizzazione le imprese di radio-diffusione, di cinema o di televisione. 2. L'esercizio di queste libertà, comportando doveri e responsabilità, può essere subordinato a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge e costituenti misure necessarie in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico, la prevenzione dei disordini e dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, o per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario”. Si v. pure, Corte europea diritti dell'uomo, sez. III, 8 novembre 2016, n. 72384/14, secondo la quale “La tutela della libertà d'espressione garantita dall'articolo 10 CEDU non può prescindere dalla predisposizione di un regime di accesso agli atti funzionale alla ricerca delle informazioni rilevanti. La disponibilità del patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni può infatti risultare indispensabile per assicurare un esercizio effettivo del diritto individuale di esprimersi e per alimentare il dibattito pubblico su materie di interesse generale. Pertanto, il fatto che la disposizione citata non contenga un espresso riferimento all'attività di “ricerca” delle informazioni non osta ad una sua interpretazione evolutiva che riconduca, in talune ipotesi, il diritto d'informarsi sotto l'egida della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo”.



Il fine dichiarato era il medesimo dei sistemi più avanzati: superare l'asfittica prospettiva dell'accesso procedimentale (in vigore da oltre venti anni), previsto a fini di tutela del "due process" (e cioè il giusto procedimento), per valorizzare il principio di trasparenza in funzione democratica, così da consentire ai cittadini di partecipare in modo consapevole ai processi decisionali e di esercitare un controllo diffuso sull'attività dei pubblici poteri.

Il fine non dichiarato era, invece, diverso: favorire una apertura cauta e graduale del settore pubblico al principio della accessibilità totale, come soluzione di compromesso tra le pressioni esterne e la istintiva diffidenza del ceto politico-amministrativo verso una disciplina che avrebbe accresciuto la verificabilità e contestabilità delle sue decisioni.

Non sono mancate, comunque, le norme di principio.

Già nell'articolo 11 d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150⁷, la trasparenza veniva intesa come accessibilità totale, anche tramite lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione della P.A., degli indicatori relativi agli andamenti gestionali, dell'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione "allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità. Essa costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione".

Nel 2012, invece, la trasparenza (sempre intesa quale dovere di pubblicazione a carico dei soggetti pubblici) si ergeva a caposaldo della lotta contro la corruzione (legge 6

⁷ In materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni. Per un commento della normativa, si v. M. DE MEO, *Prime riflessioni sulle novità in materia di trasparenza e rapporti con gli utenti nelle riforme del Ministro Brunetta, Iter legis*, 2009, 2-4, 5-12; E. CARLONI, *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 3, 779-812.



novembre 2012, n. 190)⁸, divenendo (e restando ancora oggi) uno degli obiettivi dei documenti di programmazione strategico-gestionale delle amministrazioni, dei piani triennali per la prevenzione della corruzione e dei codici di comportamento dei dipendenti pubblici⁹.

Sempre nel 2012, però, l'idea che la moltiplicazione di appositi doveri di pubblicazione bastasse a realizzare l'accessibilità totale riceveva un primo duro colpo. Un monitoraggio dell'epoca forniva un quadro sconcertante circa il tasso di *compliance* da parte delle amministrazioni centrali: buona parte delle norme sulla pubblicazione erano rimaste solo sulla carta¹⁰.

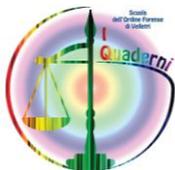
Di qui, la necessità di compiere un ulteriore passo in avanti, sempre però nell'ottica di una trasparenza "vigilata", controllata e filtrata dal potere esecutivo.

Si arrivava, dunque, alla prima versione del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Non il FOIA, con la possibilità per il singolo di esigere dalle amministrazioni qualsiasi tipo di

⁸"Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione". Per un commento, si v. B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, 123 ss., il quale evidenzia: "La trasparenza, nel senso di pubblicità delle informazioni, è indubbiamente un ottimo strumento (anche) per prevenire il malcostume, soprattutto per quanto riguarda l'uso delle risorse pubbliche. Quasi tutte le cariche politiche e gli incarichi dirigenziali implicano il potere di disporre di risorse, innanzitutto finanziarie. La tentazione di usarle in modo improprio o inefficiente, anche se non necessariamente criminoso, è ricorrente. Per quanto le norme si sforzano di limitare gli abusi e gli sprechi, riducendo le risorse e ponendo vincoli all'autonomia di scelta nella loro utilizzazione, il rischio è ineliminabile: se una pubblica amministrazione può disporre di una certa quantità di denaro e il suo vertice vuole destinarla a un certo beneficiario, il modo si trova quasi sempre. Il rimedio più efficace, che comporta i minori costi in termini di spesa e di autonomia, è proprio la trasparenza: se tutti possono vedere come le risorse pubbliche vengono utilizzate, vi è un disincentivo ad abusarne ed è più probabile che gli abusi vengano denunciati. In questa materia, in modo quasi inconsapevole, negli ultimi anni il legislatore ha introdotto norme di grande importanza ma è sembrato sottovalutarne le implicazioni pratiche. Con queste norme il nostro ordinamento ha compiuto, anche se in modo un po' confuso, il passaggio che anche vari altri ordinamenti hanno compiuto negli ultimi decenni (13): quello dal diritto d'accesso, come diritto degli individui ad accedere ai documenti o alle informazioni che li riguardano, alla pubblicità delle informazioni, che le amministrazioni hanno l'obbligo di rendere note a tutti i cittadini, spesso senza bisogno che nessuno lo chieda".

⁹Sul tema, per tutti, C. DI SERI, *L'aggiornamento dei programmi triennali per la trasparenza e l'integrità secondo il d.lgs. n. 33/2013*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1, 70 ss.

¹⁰Il tasso medio di *compliance* rilevato era pari al 59% nei ministeri (Civit, *Rapporto sulla trasparenza nei ministeri*, Roma, agosto 2012, 4) e al 53% negli enti pubblici nazionali (Civit, *Rapporto sulla trasparenza negli enti pubblici nazionali*, Roma, dicembre 2012, 6). I dati sono riportati in M. SAVINO, *Il FOIA Italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, 593 ss.



informazione non riservata (“*reactive disclosure*”), ma la perimetrazione di un dovere di rendere accessibili le informazioni ritenute dal legislatore più rilevanti per i cittadini (“*proactive disclosure*”).

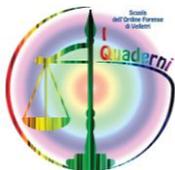
Con il testo unico della trasparenza (d.lgs. n. 33 del 2013) – nella versione anteriore alla riforma del 2016 - veniva messa in pratica una versione italiana delle (più ambiziose) regole introdotte nell’esperienza anglosassone e comunitaria, con l’obiettivo di “*favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche*” (“*accountability*” della P.A.); “*attuare il principio democratico*” (per favorire la partecipazione dei cittadini ai processi decisionali pubblici); realizzare “*una amministrazione aperta, al servizio del cittadino*” (legittimazione delle amministrazioni).

Gli obblighi di pubblicazione nel nostro ordinamento, all’epoca già numerosi (e resi sistematici con la prima versione del d.lgs. n. 33/2013 attraverso l’introduzione dell’accesso civico), segnavano anche il limite dell’area di pubblicità in cui il nuovo diritto era confinato. La regola di base dell’ordinamento italiano era, cioè, ancora opposta a quella dei sistemi FOIA: la non conoscibilità, salva espressa previsione di legge.

Il sistema nostrano della trasparenza amministrativa aveva, quindi, bisogno di maturare ancora, pena una sostanziale violazione degli ormai consolidati canoni di trasparenza e pubblicità diffusi in ambito comunitario (e quindi vincolanti pure per il nostro ordinamento).

La “volata finale” è intervenuta con uno dei decreti attuativi previsti dalla legge 7 agosto 2015, n. 124, contenente le deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche (c.d. riforma Madia). Con il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 e l’introduzione, affianco all’accesso civico, dell’accesso civico c.d. generalizzato è cambiata, finalmente, la prospettiva del legislatore¹¹.

¹¹ Per un commento, si rinvia ancora al contributo di M. SAVINO, *Il FOIA Italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit.



Il d.lgs. n. 97/2016, in generale, inquadra la trasparenza sotto il vecchio “cappello” dell’accesso civico (articolo 5 d.lgs. n. 33/2013): una scelta che - pur accomunando istituti le cui premesse sono molto distanti - si giustifica in quanto entrambe le forme d’accesso sono proiezione del medesimo *right to know* e il loro regime è almeno in parte comune (quanto a beneficiari, soggetti passivi e modalità di esercizio).

Però, mentre il comma 1 dell’articolo 5 continua a prevedere che l’obbligo di pubblicare certe informazioni “*comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione*”, secondo la logica propria dell’accesso civico del 2013, i successivi commi disciplinano il “nuovo” accesso civico generalizzato.

Questo istituto è finalizzato a “*favorire forme diffuse di controllo*”(sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche) e a “*promuovere la partecipazione al dibattito pubblico*”. Lo strumento consente a “*chiunque (...) di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione*”. Pertanto, come appare evidente, l’area del conoscibile non termina più laddove finiscono gli obblighi di pubblicazione.

L’estensione, ormai tendenzialmente illimitata, del diritto di accesso (che a questo punto, con l’accesso civico generalizzato, rappresenta la più compiuta forma di trasparenza in seno all’amministrazione) converte la regola della pubblicità-conoscibilità, finora di stretto diritto positivo, in principio a valenza generale: tutti i documenti e i dati in possesso delle amministrazioni diventano “pubblici”, cioè patrimonio della collettività, da questa conoscibili finanche con istanze senza motivazione, fatte salve le specifiche limitazioni di cui si dirà.

Con la riforma del 2016 si chiude, dunque, il cerchio della trasparenza.

Si definisce, anche in Italia, un sistema completo di strumenti di conoscibilità dell’azione amministrativa, idoneo a realizzare sia gli interessi del singolo (attraverso l’accesso documentale) sia gli interessi della collettività, la quale, finalmente, può attivare una procedura (l’accesso civico generalizzato) per conoscere - tra l’altro - se e



con quali modalità gli amministratori perseguono le funzioni loro affidate e come impiegano le risorse versate dai cittadini¹².

3. Gli istituti dell'accesso agli atti nel nostro ordinamento: introduzione.

Nel nostro ordinamento possiamo attualmente individuare tre forme di accesso agli atti: l'accesso documentale regolato dalla l. n. 241/1990 (articoli 22-28), l'accesso civico e l'accesso civico generalizzato, disciplinati dall'articolo 5, comma 1 e 2 d.lgs. n. 33/2013.

Delle tre forme regolate dalla legge, la disciplina che, usualmente, si presta a soddisfare le pretese del singolo (che intenda accedere a provvedimenti e atti detenuti dall'amministrazione che lo riguardano direttamente o nei confronti dei quali possa vantare un interesse giuridicamente tutelabile) è quella stabilita dalla l.n. 241/1990¹³.

L'accesso ai sensi della legge sul procedimento amministrativo, infatti, è lo strumento più idoneo a conseguire la conoscenza di atti - pertinenti anche la posizione giuridica di terzi - funzionali alla cura (non necessariamente giudiziaria) di fattispecie che vedono coinvolta in prima persona (pure se in modo mediato) la parte che presenta l'istanza, atti di cui si vuole conoscere il contenuto e che possono contenere pure informazioni sensibili o sensibilissime (a questo proposito, come vedremo, quando i

¹² Secondo il Consiglio di Stato, sez. III, 10 giugno 2022, n. 4735: *“Il «verso accrescitivo» e non riduttivo della trasparenza è del resto confermato anche in relazione agli atti normativi e generali, se è vero che la modifica dell'art. 12 del d.lgs. n. 33 del 2012, recata dall'art. 12, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 97 del 2016, da un lato, nuovamente conferma gli obblighi di pubblicità recati dalla legge n. 839 del 1984 e quello, da attuarsi tramite i siti istituzionali, relativo ai «riferimenti normativi con i relativi link alle norme di legge statale pubblicate nella banca dati «Normattiva» che ne regolano l'istituzione, l'organizzazione e l'attività», nonché alle «direttive, le circolari, i programmi e le istruzioni emanati dall'amministrazione e ogni atto che dispone in generale sulla organizzazione, sulle funzioni, sugli obiettivi, sui procedimenti ovvero nei quali si determina l'interpretazione di norme giuridiche che le riguardano o si dettano disposizioni per l'applicazione di esse, ivi compresi i codici di condotta»; e, dall'altro, aggiunge a quest'ultimo elenco «le misure integrative di prevenzione della corruzione individuate ai sensi dell'articolo 1, comma 2-bis, della legge n. 190 del 2012, i documenti di programmazione strategico-gestionale e gli atti degli organismi indipendenti di valutazione»”.*

¹³ Disciplina che, infatti, definisce l'accesso agli atti amministrativi: *“principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza”* (art. 22, comma 2 l. n. 241/1990).



dati appartengono a terzi sarà necessario effettuare un bilanciamento tra due opposte esigenze: trasparenza-accesso e tutela della riservatezza).

Tutto ruota, come si dirà, intorno alla nozione di soggetto “interessato” e cioè di colui che ha *“un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l’accesso”* (articolo 22, comma 1, lett. b l. n.241/1990).

La disciplina disegnata dalla legge sul procedimento amministrativo è (ancora oggi) quella più idonea a conseguire maggiore “profondità” nella conoscenza del dato posseduto dalla pubblica amministrazione: nei confronti di una richiesta di accesso documentale opportunamente motivata (e idonea a dimostrare l’interesse dell’istante) nessuna possibile obiezione (basata sul contenuto del dato) può essere avanzata dal soggetto detentore, salvo il differimento dell’ostensione (quando consentito) e i casi di esclusione del diritto di accesso previsti dall’articolo 24 della legge (su cui si dirà).

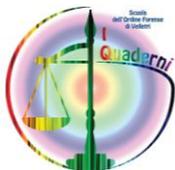
Le ipotesi di accesso civico e accesso civico generalizzato soddisfano, invece, esigenze diverse.

Come accennato, con queste figure si realizza (e si completa) il disegno della trasparenza della (e nella) pubblica amministrazione, architettura che non è però direttamente sovrapponibile ai confini del diritto di accesso agli atti tratteggiato dalla legge sul procedimento amministrativo.

Le ipotesi in questione, infatti, rispondono non tanto all’esigenza di essere informati sul contenuto di specifici documenti, procedimenti e provvedimenti della P.A., ma di consentire al singolo (o alla collettività) di conoscere l’attività compiuta dai poteri pubblici in un certo ambito o settore affidato alla loro cura.

Dunque, ipotesi di accesso che sopravanzano la particolarità dell’interesse del privato (meglio tutelabile con l’accesso documentale) per rispondere al desiderio e al bisogno di informazioni di cittadini e imprese (o di enti esponenti di tali soggetti).

Non a caso, è lo stesso articolo 5, comma 1 d.lgs. 33/2013 (nel configurare l’accesso civico) che stabilisce la regola secondo cui l’obbligo previsto dalla normativa vigente,



in capo alle amministrazioni, di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta *“il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione”*.

Queste finalità “meta individuali” sono ancora più marcate nella disciplina dell’accesso civico generalizzato. In questo caso, la conoscenza dei dati – indipendentemente dall’esistenza di un obbligo di pubblicazione sancito dalla legge - è consentita per operare *“forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche”* e per promuovere *“la partecipazione al dibattito pubblico”*; dunque, per attività eminentemente collettive che rispondono, in ultima analisi, ai valori portanti di una democrazia¹⁴.

La particolarità, rispetto all’accesso configurato dalla l. n. 241/1990, si rinviene pure nel fatto che l’istanza di accesso civico (anche generalizzato), sebbene debba identificare i dati, le informazioni o i documenti richiesti, non deve però palesare alcuno specifico interesse- che è già cristallizzato a priori nella norma -e non richiede nessuna motivazione.

Ecco perché le ipotesi di accesso civico (“semplice” e generalizzato) non sono immediatamente sovrapponibili alla (più rigorosa) disciplina della trasparenza disegnata dalle norme sul procedimento amministrativo, a cui infatti non è preclusa la conoscenza di nessun dato (neanche quello “sensibilissimo”) in presenza di un circostanziato interesse – corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata – del richiedente.

¹⁴ Secondo T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *quater*, 28 marzo 2019, n. 4122: *“Il diritto di accesso riconosciuto dalla norma, per la natura pubblicistica che è propria di esso, è un diritto funzionale a un interesse pubblico, ravvisabile, appunto, nel controllo generalizzato e diffuso sull’attività delle pubbliche amministrazioni. In ciò si distingue dal diritto di accesso documentale riconosciuto dalla legge sul procedimento amministrativo, posto a tutela di interessi privati e che presuppone una posizione soggettiva differenziata. Trattandosi di un interesse diffuso, il diritto di accesso civico generalizzato è stato riconosciuto senza limiti di legittimazione attiva, per cui la posizione del giornalista non si distingue, in tale ambito, da quella del comune cittadino. Affinché il diritto sia esercitabile, in ogni caso, è necessario che sia funzionale allo scopo stabilito dalla legge, ravvisabile nel controllo generalizzato sul buon andamento della pubblica amministrazione e sul corretto utilizzo delle risorse pubbliche. Il diritto di accesso civico generalizzato non è invece riconosciuto dall’ordinamento per controllare l’attività dei privati o i rapporti tra essi intercorrenti”*.



Si tratta, in altre parole, di nozioni ben diverse rispetto a quella espressa negli articoli 22 e seguenti l. n.241/1990, ove, infatti, la trasparenza è intesa nei semplici termini di accesso ai documenti amministrativi, la cui operatività risulta condizionata dalla sussistenza di un “interesse diretto, attuale e concreto”, nonché dal collegamento, come detto, con una situazione tutelata dall’ordinamento.

L’accessibilità “totale” (e cioè, almeno in astratto, riferita a tutti gli atti amministrativi) fatta propria dalle nozioni di accesso civico presuppone, invece, l’accesso da parte dell’intera collettività a tutte le “informazioni pubbliche” (“*open to all*”), senza oneri di motivazione o di rispetto di particolari vincoli e procedure (ad esempio, per quanto attiene alla richiesta, alla motivazione, alla legittimazione, ai termini per la domanda, ecc.).

Si tratta, come accennato nei paragrafi precedenti, di una disciplina ispirata all’idea dell’*“open government”* (espressione usata negli Stati Uniti con riferimento alle norme sul FOIA degli anni Sessanta-Settanta del secolo scorso), in piena contrapposizione con il vecchio regime del segreto di ufficio.

Volendo proporre una sintesi tra i diversi istituti, possiamo individuare quattro elementi di distinzione tra la figura dell’accesso documentale e quelle dell’accesso civico e dell’accesso civico generalizzato.

La prima differenza ha carattere molto generale e attiene alla natura dell’accesso: da una parte, la disciplina della legge sul procedimento amministrativo prevede una forma di accesso soggettivamente “qualificato” e oggettivamente circoscritto ai dati contenuti in uno specifico documento amministrativo, nella disponibilità di una determinata amministrazione; dall’altra, le norme del d.lgs. n. 33/2013 definiscono la trasparenza come una forma di accesso senza limiti, funzionale a favorire, in ultima analisi, fattispecie diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità dell’azione amministrativa.

La seconda differenza riguarda l’atto attraverso cui si avvia la richiesta d’accesso. Nella l. n. 241/1990 è necessaria la presentazione di un’apposita richiesta motivata, a



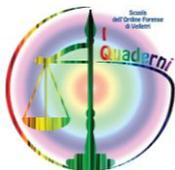
cui fa seguito (accordato eventualmente l'accesso) la trasmissione dei documenti di interesse. Diversamente, nel sistema disegnato dal d.lgs. n. 33/2013, a fronte di una semplice istanza pure non motivata, l'accesso ai dati (almeno per quanto riguarda l'accesso civico) avviene usualmente tramite pubblicazione degli stessi sul sito istituzionale della pubblica amministrazione (e invio del collegamento ipertestuale al richiedente il dato).

Un terzo aspetto è riconducibile al tipo di interesse sotteso alle due discipline. L'accesso documentale tende a soddisfare un interesse puramente individuale, tanto che lo stesso legislatore, all'articolo 22, comma 1, lett. b) della l. 241/1990, impone che lo stesso sia "diretto, concreto e attuale".

La disciplina della trasparenza, con la sua (tendenziale) accessibilità "totale", persegue, al contrario, finalità di interesse generale, quali la migliore efficacia/efficienza dell'azione amministrativa, una più forte responsabilizzazione degli apparati, la prevenzione dei fenomeni corruttivi, la misurazione e valutazione della *performance* organizzativa e individuale.

Un'ultima differenza (in realtà solo parziale) riguarda il sistema di *enforcement* delle due discipline.

Mentre contro il diniego di accesso ai sensi della l. n. 241/1990 è possibile ricorrere al giudice amministrativo o, diversamente, in via stragiudiziale, al difensore civico per gli atti di amministrazioni regionali e locali o alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi per gli atti delle amministrazioni centrali e periferiche (articolo 25 l. n. 241/1990), per i dinieghi espressi in applicazione della disciplina del d.lgs. n. 33/2013 si prevede la possibilità di presentare - oltre al ricorso immediato dinanzi al T.A.R. - richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (articolo 43 d.lgs. n. 33/2013), il quale decide con provvedimento motivato impugnabile dinanzi al giudice (articolo 5, comma 7 e 8 d.lgs. n. 33/2013).



Resta anche la possibilità, stabilita al comma 8 dell'articolo 5 d.lgs. n. 33/2013, di rivolgersi al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito, qualora si tratti di atti delle amministrazioni delle regioni o degli enti locali (la norma, invece, non prevede a tal fine la funzione della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi prevista dalla l. n. 241/1990).

4. L'accesso documentale nella legge n. 241/1990.

Il legislatore del 1990, negli articoli 10 e 22 (e seguenti) della l. n. 241, ha conferito all'accesso ai documenti amministrativi dignità di regola generale di governo nei rapporti tra amministrazione e privati, tanto nell'ambito del procedimento amministrativo che al di fuori di esso.

L'accesso è consentito a chiunque vi abbia interesse per la tutela di una situazione giuridica. L'articolo 22 della legge, più specificamente, definisce il soggetto agente come colui che ha un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento di cui è chiesto l'accesso.

Pendente il procedimento amministrativo, l'accesso è garantito quale diritto "dei partecipanti al procedimento" (articolo 10 l. n. 241/1990), ai quali è consentito "di prendere visione degli atti del procedimento" (si tratta dell'accesso c.d. "endoprocedimentale").

Più difficile, in un certo senso, è la codificazione del diritto di accesso in ambito "extraprocedimentale" (sebbene la base comune sia comunque rinvenibile nell'articolo 22 l. n. 241/1990), definito pure come accesso "esoprocedimentale". In questo caso, la legge richiede il bilanciamento fra l'interesse all'ostensione degli atti e la tutela della riservatezza (nel caso i dati si riferiscano a terzi), il tutto agganciato al presupposto imprescindibile che l'interesse all'accesso non sia meramente emulativo, ma strumentale alla cura di una concreta situazione soggettiva (meritevole di tutela).

L'accesso ai sensi della legge sul procedimento amministrativo, dopo alcune incertezze in sede giurisprudenziale, è stato qualificato come diritto soggettivo pieno e



perfetto (pure se di natura strumentale). Esso attiene ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, lett. m) della Costituzione e la sua tutela è rimessa al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva (si v. gli articoli 25, comma 5 l. n. 241/1990 e gli articoli 116 e 133 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, c.d. "Codice del processo amministrativo")¹⁵.

L'articolo 22 l.n. 241/1990 introduce sia le definizioni che i principi in materia di accesso documentale.

Il "diritto di accesso" è il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi. Per "interessati", come accennato, si intendono tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento di cui si chiede l'ostensione.

I "controinteressati", invece, sono i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza.

Per "documento amministrativo"(vero oggetto del diritto di accesso) deve intendersi ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi a uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale.

¹⁵ Per una pronuncia sul tema della giurisdizione esclusiva, prima dell'avvento del Codice del processo amministrativo, Cass. civ., sez. unite, 28 giugno 2005, n. 13832, secondo cui: *"La materia del diritto di accesso ai documenti amministrativi - diritto riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti dall'art. 22 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e succ. modif. - è riservata (stante l'espressa previsione dell'art. 25, quinto comma, della stessa legge, non modificato, «in parte qua», dall'art. 17 della legge 11 febbraio 2005, n. 15) alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, senza che rilevi la distinzione, ai fini della giurisdizione, tra accesso «partecipativo» ed accesso «informativo»"*.



Infine, per “pubblica amministrazione” si intendono tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario¹⁶.

La legittimazione attiva a richiedere l’accesso spetta, per espressa definizione normativa, a “chiunque”, anche se poi l’articolo 22 l. n. 241/1990 circoscrive il novero dei soggetti attivi subordinando, come evidenziato, l’esercizio del diritto alla dimostrazione di un interesse diretto, concreto e attuale corrispondente a una posizione tutelata dall’ordinamento (non sono dunque ammissibili - perché non tutelate - le istanze di accesso preordinate a un controllo generalizzato dell’operato delle pubbliche amministrazioni: articolo 24, comma 3 l. n. 241/1990).

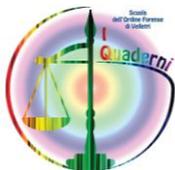
La legittimazione passiva, invece, pertiene a tutti i soggetti che svolgono una attività amministrativa, da intendersi quale cura concreta di interessi pubblici.

Pertanto, è il compimento di determinate funzioni per la collettività che determina l’applicazione (o meno) della disciplina sull’accesso agli atti e non tanto la formale appartenenza di un soggetto al perimetro tradizionale della pubblica amministrazione, la quale (peraltro) è ormai da diverso tempo concepita in termini di “amministrazione allargata”¹⁷.

L’articolo 24 l. n. 241/1990, riguardo i casi di esclusione del diritto di accesso, stabilito il criterio generale secondo cui l’ostensione non può essere negata ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento, ricomprende, innanzitutto, il segreto di Stato (che è forse l’unico vero divieto assoluto di accesso) e le altre ipotesi di

¹⁶M. SANINO, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi: le modalità di esercizio e la tutela*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, cit., 437 evidenzia che è ormai definitivamente risolto il problema del soggetto al quale deve formularsi la richiesta cioè a dire se debba essere necessariamente una pubblica amministrazione: “La giurisprudenza più recente (Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 2004, n. 7805), infatti, con un notevole mutamento di rotta, ha chiarito che oggetto di una richiesta di accesso possono essere anche atti provenienti da soggetti privati e, quindi, soggetti passivi di tale richiesta possono essere anche i privati stessi che detengano documentazione di rilevanza pubblica”.

¹⁷Sul concetto di amministrazione allargata, si v. S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 10, 915 ss. Si cfr. pure A. SCIORTINO, *Qualche osservazione sulla nozione di pubblica amministrazione nell’ordinamento comunitario (art. 48.4 trattato Cee)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 2, 388.



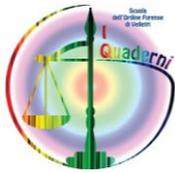
divieto di divulgazione previste dall'ordinamento (che però non sono indicate dalla legge).

A questo proposito, l'intento del legislatore degli anni Novanta, rispetto ai criteri esistenti prima dell'approvazione della disciplina sul procedimento amministrativo, è stato, innanzitutto, quello di ribaltare i termini originari del rapporto con il segreto, che diviene eccezione rispetto alla regola dell'accessibilità agli atti (valendo solo, come si è detto, per il segreto di Stato e, limitatamente, per gli atti coperti da segreto d'ufficio).

In secondo luogo, con la formulazione della norma, il Parlamento ha tentato di definire una nozione oggettiva di segreto, con l'obiettivo di togliere al potere esecutivo la prerogativa (discrezionale) della sottrazione di specifici atti o categorie di documenti all'accesso (anche se il regolamento governativo previsto dalla l. n. 241/1990 che avrebbe dovuto disciplinare le tipologie di dati sottratti all'accesso non è mai stato approvato).

Sempre sui casi di esclusione dell'accesso – fermo restando che è compito delle singole amministrazioni individuare le categorie specifiche di documenti sottratti all'ostensione – l'articolo 24 l. n. 241/1990 include gli atti dei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano; l'attività della P.A. diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione (in relazione alla quale restano ferme le norme che ne regolano la formazione); i documenti relativi ai procedimenti selettivi contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale di terzi¹⁸.

¹⁸A tal proposito, secondo la giurisprudenza, l'articolo 24 comma 1, lett. c) l. n. 241/1990 esclude il diritto di accesso non con riguardo agli "atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione", bensì a tutti gli atti infraprocedimentali diretti all'emanazione dei primi (T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 7 novembre 2011, n.1686; negli stessi sensi, Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5356, secondo cui ai sensi dell'articolo 24, comma 6, cit. il diritto di accesso agli atti preparatori della determinazione conclusiva del procedimento deve ritenersi escluso fin quando detto procedimento è ancora in corso, ma non anche quando si è concluso con l'adozione della determinazione finale. Su tali aspetti, più di recente, T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 13 gennaio 2020, n. 54. Per i procedimenti tributari, parimenti, la giurisprudenza del Consiglio di Stato è consolidata nel ritenere *(Continua a pagina successiva)*



A mitigare le ipotesi di limitazione dell'accesso, il comma 7 dell'articolo 24, cit. stabilisce che deve essere garantito ai richiedenti l'accesso agli atti la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici (la cura e difesa dei propri interessi non si riferisce, necessariamente, a liti in corso di svolgimento o potenziali).

Infine, come si vedrà meglio nel corso di questo scritto, in caso di documenti contenenti dati sensibili (idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale) e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dagli articoli 2 *octies* e 60 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (il c.d. "Codice per la protezione dei dati personali").

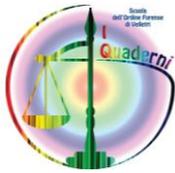
5. Segue: il profilo soggettivo e oggettivo dell'accesso documentale.

Ai sensi della disciplina sul procedimento amministrativo, la possibilità di accedere agli atti detenuti da una amministrazione è, come accennato, garantita a tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione tutelata dall'ordinamento e collegata al documento di cui è chiesto l'accesso.

Il diritto configurato dalla l. n. 241/1990 non è, però, connotato da caratteri di assolutezza e soggiace, oltre che ai limiti di cui all'articolo 24 della legge, alla rigorosa disamina della legittimazione del richiedente, il quale deve dimostrare un proprio e personale interesse a conoscere gli atti e i documenti richiesti.

L'interesse dell'istante, si noti, pur se in astratto legittimato, per considerarsi concreto, attuale e diretto è necessario *"che preesista all'istanza di accesso e non ne sia, invece,*

che l'esclusione del diritto di accesso nei procedimenti tributari sancita dall'articolo 24, comma 1, lett. b) l. n. 241/1990, va interpretato nel senso che soltanto nella fase di pendenza del procedimento tributario gli atti relativi a un accertamento fiscale sono inaccessibili, non rilevando, al contrario, alcuna esigenze di segretezza nella fase che segue la conclusione del procedimento, con l'adozione del provvedimento definitivo di accertamento, essendo tale fase deputata alla tutela in giudizio delle situazioni giuridiche soggettive, ritenute lese dal provvedimento impositivo (Cons. Stato, sez. IV, 3 dicembre 2018, n. 6825; Id., sez. IV, 22 giugno 2018, n. 3847; Id., sez. III, 11 ottobre 2017, n. 4724).



conseguenza; in altri termini, che l'esistenza di detto interesse sia anteriore all'istanza di accesso documentale che, quindi, non deve essere impiegata e piegata a costruire ad hoc, con una finalità esplorativa, le premesse affinché sorga ex post" (Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10).

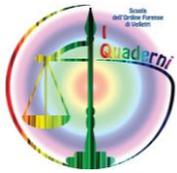
Ma qual è la situazione giuridicamente rilevante (quindi riferita alla sfera soggettiva di colui che domanda l'accesso) che giustifica la richiesta?

Questa, innanzitutto, non si esaurisce soltanto nell'accesso a fini di difesa (c.d. accesso defensionale), propedeutico alla miglior tutela delle proprie ragioni in giudizio (già pendente o da introdurre), ovvero nell'ambito di un procedimento amministrativo (si v. Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 783)¹⁹.

Secondo il giudice, la situazione giuridicamente rilevante è nozione diversa e più ampia rispetto all'interesse alla difesa in giudizio (e quindi all'ipotesi più evidente di accesso difensivo) o alla conoscenza degli atti in un procedimento e non presuppone neppure una posizione soggettiva qualificabile in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo²⁰.

¹⁹ L'accesso difensivo costituisce una particolare declinazione dell'accesso non procedimentale ed è disciplinato dall'articolo 24, comma 7 l. n. 241/1990 in maniera specifica rispetto all'accesso "ordinario" di cui all'articolo 22 l. n. 241/1990, il quale risponde a una esigenza "partecipativa". L'articolo 24 l. n. 241/1990 prevede che *"deve essere sempre garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale"*.

²⁰ Sull'accesso agli atti difensivo si v. Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2021, n. 1154, secondo cui: *"Come chiarito dall'Adunanza plenaria con le sentenze n. 19, n. 20 e n. 21 del 2020, sono due le logiche all'interno delle quali opera l'istituto dell'accesso: la logica partecipativa e della trasparenza (propria dell'accesso procedimentale in senso stretto, limitato alle parti – effettive e potenziali – del procedimento amministrativo) e quella difensiva, la quale ultima è costruita intorno al principio dell'accessibilità dei documenti amministrativi per esigenze di tutela, anche da parte di soggetti estranei al procedimento, e si traduce in un onere aggravato sul piano probatorio, nel senso che incombe alla parte interessata l'onere di dimostrare che il documento, al quale intende accedere, è necessario (o, addirittura, strettamente indispensabile se concerne dati sensibili o giudiziari) per la cura o la difesa dei propri interessi. In altri termini, l'accesso difensivo trascende la dimensione partecipativa procedimentale e la stessa logica della trasparenza della funzione amministrativa, essendo per contro funzionale alla necessità dell'istante di «curare» (anche in sede pre - o stragiudiziale) o di «difendere» (in sede giudiziale) un bene-interesse giuridicamente rilevante oggetto della situazione giuridica soggettiva 'finale' asseritamente lesa, ossia di soddisfare l'esigenza di (Continua a pagina successiva)*



L'autonomia e l'indipendenza del diritto di accesso agli atti, rispetto al diritto di agire in giudizio, non comporta, però, che il titolare di questo specifico interesse acquisti un nuovo e autonomo potere, perché rimane pur sempre un diritto per sua natura strumentale, inevitabilmente funzionale al soddisfacimento di un interesse a esso sotteso (e che va palesato e motivato all'amministrazione)²¹.

Così, la legittimazione va riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti procedurali oggetto dell'accesso abbiano spiegato (o siano idonei a spiegare) effetti diretti o indiretti nei propri confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l'autonomia del diritto di accesso, inteso come interesse a un bene della vita distinto rispetto alla situazione legittimante l'impugnativa dell'atto (su tali profili, si cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1492).

Riguardo, invece, l'accesso difensivo ai sensi dell'articolo 24, comma 7, primo periodo della l. n. 241/1990 – ove viene in rilievo il criterio della “necessità” ai fini della “cura” e della “difesa” di un proprio interesse – l'Adunanza Plenaria ha stabilito che deve escludersi che sia sufficiente, nell'istanza di accesso, un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente o ancora instaurando. Questo perché “*l'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di*

acquisire, tramite il documento esibendo, già in sede stragiudiziale e nella fase preprocessuale, la conoscenza dei fatti rilevanti ai fini della composizione di una res controversa, e, nel caso di mancata composizione del conflitto, ai fini della produzione in giudizio ad opera della parte. L'accesso difensivo supera pertanto le pertinenze probatorie che concernono il mero rapporto procedimentale tra il privato e la pubblica amministrazione, ovvero tra privati in cui si fa questione dell'esercizio del potere da parte di un'autorità amministrativa, e ricomprende tutte quelle pertinenze utili a dimostrare i fatti costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi delle situazioni giuridiche in generale, a prescindere dall'esercizio del potere nel singolo caso concreto, ed indipendentemente dal contesto entro il quale l'interesse giuridico può essere 'curato' o 'difeso', e quindi anche fuori dal processo ed anche in una lite tra privati”.

²¹ Come evidenziato: “*il diritto di accesso previsto dall'art. 22 della l. n. 241 del 1990 non si configura quale «strumento di controllo ispettivo, utilizzabile al solo scopo di sottoporre a verifica generalizzata l'operato dell'Amministrazione e non si attegga come una sorte di azione popolare, giacché da un lato l'interesse che legittima ciascun soggetto all'istanza, da accertare caso per caso, deve essere personale e concreto e ricollegabile al soggetto stesso da uno specifico nesso e dall'altro lato la documentazione richiesta deve essere riferibile a tale interesse» (Cons. St., sez. VI, 20 aprile 2016, n. 2000)” (T.A.R. Umbria, Perugia, sez. I, 2 gennaio 2017, n. 3).*



strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare" (Cons. Stato, ad. plen., 18 marzo 2021, n. 4).

Sotto il profilo oggettivo, invece, la disciplina dell'accesso documentale prevede che la richiesta di ostensione debba consentire di individuare i confini dell'accesso, poiché richieste generiche, da una parte, sottoporrebbero l'amministrazione a una ricerca defatigante, incompatibile con la funzionalità dell'apparato pubblico, dall'altra, si rivelerebbero in palese contrasto con i principi di economicità ed efficienza della burocrazia (si v. articoli 24, comma 3 e 25, comma 2 l. n. 241/1990).

Del resto, come stabilito dall'articolo 2, comma 2, ultimo periodo D.P.R. 12 aprile 2006, n. 184²², la P.A. non è tenuta a elaborare dati in suo possesso al fine di soddisfare le richieste di accesso. Inoltre, l'esercizio del diritto non può che riguardare, per motivi di buon senso e ragionevolezza, i documenti esistenti e non anche quelli distrutti o comunque irreperibili²³.

Verificata, da parte dell'amministrazione cui è rivolta l'istanza, la presenza di un interesse all'accesso (e l'esistenza e reperibilità dell'atto), non sorgono particolari difficoltà interpretative laddove la domanda del richiedente sia rivolta a conoscere atti che lo riguardino personalmente.

La necessità del bilanciamento tra due opposte esigenze (pubblicità e tutela della riservatezza) viene, invece, in rilievo in tutta la sua delicatezza allorché l'interessato proponga istanza di accesso a documenti che coinvolgono anche posizioni edati

²² Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi.

²³ Secondo il T.A.R. Calabria, sez. I, 16 maggio 2022, n. 822, in tema di dichiarata irreperibilità dei documenti oggetto di istanza di accesso, l'amministrazione è tenuta a eseguire con la massima accuratezza e diligenza sollecite ricerche per rinvenire i documenti chiesti in visione - destinando all'uopo idonee risorse in termini di personale e tempo - e, qualora, ciò nonostante, la documentazione non venisse reperita, deve estendere le relative indagini, anche con le opportune segnalazioni e denunce all'autorità giudiziaria, presso altre amministrazioni che fossero in possesso di copia della documentazione richiesta, per poi - in caso di ulteriore esito negativo delle ricerche - dare conto al privato delle ragioni dell'impossibilità di ricostruire gli atti mancanti, delle eventuali responsabilità connesse a tale mancanza (smarrimento, sottrazione, ecc.) e dell'adozione degli atti di natura archivistica che accertino lo smarrimento/irreperibilità in via definitiva dei documenti medesimi.



relativi a terzi (che in questi casi assumono la posizione di controinteressati all'accesso).

La veste di controinteressato, come è stato chiarito, è una proiezione del valore della riservatezza, e non già della mera oggettiva riferibilità di un dato alla sfera di un certo soggetto. Pertanto, la possibilità e le modalità di ostensione devono essere valutate in contraddittorio con coloro a cui si riferiscono le informazioni riservate (si v. Cons. Stato, sez. III, 16 maggio 2016, n. 1978).

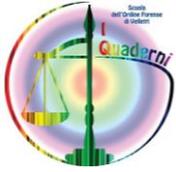
Come si vedrà meglio in seguito, sul punto si può rinvenire una sequenza che è stata definita di “regola - eccezione - controlimite”, alla luce della quale il diritto di accesso costituisce la regola generale, la tutela dei dati personali (e dei segreti tecnici e commerciali) rappresenta l'eccezione, che consente una limitazione parziale alla pretesa ostensiva, e il diritto di accesso defensionale rileva come controlimite alla disposizione derogatoria²⁴.

La delicatezza del bilanciamento e il valore degli interessi in gioco (si pensi alle richieste di accesso concernenti dati di terzi relativi alla salute) impongono una rigorosa interpretazione e un accurato controllo circa la sussistenza dei presupposti su cui si fonda l'operare, rispettivamente, dell'eccezione e del suo controlimite.

Così, per l'accertamento del primo concetto (eccezione), si è evidenziato come l'opposizione del controinteressato non possa rappresentare una causa autonoma e assorbente ai fini del diniego di accesso agli atti, essendo l'amministrazione onerata dell'obbligo di valutare i contrapposti interessi (non potendo recepire acriticamente le tesi del controinteressato) per individuare quello prevalente (su tali profili, da ultimo, T.R.G.A. Trentino-Alto Adige Trento, sez. unica, 1° febbraio 2022, n. 17)

Sul controlimite, invece, la giurisprudenza ritiene che, per dimostrare il proprio interesse legittimante all'accesso, è necessario rappresentare una rigida necessità (e non mera utilità) del documento di cui si chiede l'ostensione.

²⁴Si cfr. A. MAGLIARI, *Diritto di accesso agli atti di gara e tutela della riservatezza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 1, 79 ss.



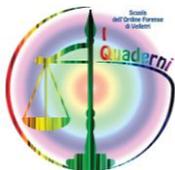
Non necessariamente il criterio dell'indispensabilità (riferito ai dati sensibili e giudiziari) né il criterio della stretta indispensabilità e della parità di rango (per i dati "sensibilissimi"), ma della necessità ai fini della "cura" e della "difesa" di un proprio interesse giuridico, ritenuto dal legislatore tendenzialmente prevalente sulla tutela della riservatezza, a condizione che sia riscontrata la sussistenza dei presupposti generali, di cui si è detto, per l'accesso documentale (su tali profili, si v. Cons. Stato, ad. plen., n. 4/2021, cit.).

6. Segue: accesso documentale e strumenti probatori del processo civile.

Un profilo - di portata sistematica -emerso nell'operatività della disciplina dell'accesso documentale (e che può interessare anche fattispecie riconducibili all'accesso civico generalizzato) riguarda l'uso dello strumento per finalità non direttamente legate alla "tutela" (quale che sia) nei confronti dell'amministrazione, ma per reperire dati e informazioni da utilizzare in altri procedimenti (per esempio, un giudizio civile) pertinenti rapporti tra privati.

In generale, gli strumenti probatori previsti dal codice di procedura civile, che temperano il principio dispositivo attraverso l'intervento dei poteri acquisitivi del giudice (si v. gli articoli 210, 211, 213), non precludono la possibilità, per la parte, di utilizzare l'accesso disciplinato dalla l. n. 241/1990, poiché le norme sul procedimento amministrativo e quelle del codice di rito operano su piani differenti.

Occorre tenere distinti, da un lato, la pretesa all'ostensione del documento nei confronti della pubblica amministrazione, intesa quale protezione accordata all'interesse sostanziale alla conoscenza (attuazione del principio di pubblicità), e, dall'altro (per fare un esempio), l'acquisizione documentale *ex* articolo 210 c.p.c., che costituisce esercizio di un potere residuale del giudice (che infatti è attivabile solo



previa istanza di parte seguita dalla valutazione – compiuta sempre dal giudice - della rilevanza dell’atto ai fini della decisione)²⁵.

Fatte queste premesse, non di meno, la giurisprudenza si è interrogata in più occasioni sulla (possibile) sovrapposizione tra accesso agli atti (difensivo) e mezzi di ricerca della prova nel rito civile (soprattutto, quelli istruttori d’ufficio previsti nei menzionati articoli 210, 211 e 213 c.p.c.)

Secondo una ricostruzione, la disciplina dell’accesso documentale non potrebbe divenire strumento, o meglio “scorciatoia”, per dare modo alle parti di preconstituire mezzi di prova al di fuori dei canali individuati dalla legge.

La possibilità di acquisire *extra iudicium* i documenti amministrativi, dei quali una delle parti potrebbe avvalersi in giudizio, si tradurrebbe inevitabilmente in una forma di “aggiramento” delle norme che governano l’acquisizione delle prove e costituirebbe un *vulnus* al diritto di difesa dell’altra parte, la quale, invece che difendersi nella sede tipica prevista dall’ordinamento processuale, si troverebbe a dover esporre le proprie ragioni non già dinanzi a un giudice, bensì alla pubblica amministrazione, in qualità di soggetto controinteressato.

Quindi, secondo questa tesi, lo strumento dell’accesso dovrebbe pur sempre operare nei rapporti tra amministrazione e privati e non potrebbe essere utilizzato per surrogare i mezzi probatori civilistici (né per supplire al mancato assolvimento dell’onere della prova a carico della parte istante).

Questo, pertanto, non potrebbe concernere atti e documenti “*inerenti a un rapporto jure privatorum*” di cui si domandasse l’ostensione per “*preconstituire prove documentali da far valere davanti al giudice civile*” (T.A.R. Molise, sez. I, 21 maggio 2018, n. 296 e giurisprudenza ivi citata)²⁶.

²⁵T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *ter*, 14 dicembre 2020, n. 13442.

²⁶ L’accesso agli atti è lo strumento: “*attraverso cui si fornisce attuazione ai principi costituzionali di buon andamento dell’agire amministrativo, ma pur sempre nell’ottica dei rapporti tra pubblica amministrazione e privati e non già per surrogare gli strumenti probatori civilistici, come avviene nella specie, atteso che il diritto d’accesso non può concernere atti e documenti «inerenti ad un rapporto jure* (Continua a pagina successiva)



La questione, in tempi recenti, è stata risolta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato²⁷, la quale - in una articolata decisione - ha ricondotto a sistema una (supposta) "zona grigia" tra disciplina del procedimento amministrativo e regole dell'istruzione probatoria del rito civile (in particolare, quelle che disciplinano i poteri acquisitivi del giudice).

Il Collegio, innanzitutto, ha ricordato che l'accesso è il principio regolatore dell'attività amministrativa; quanto all'oggetto, soddisfa finalità di pubblico interesse; quanto alla funzione, favorisce la partecipazione e assicura l'imparzialità e la trasparenza, attribuendo così "sostanza" a una serie di valori costituzionali.

La l. n. 241/1990, attraverso la codificazione dell'accesso agli atti amministrativi, ha però prodotto pure un altro effetto: ha notevolmente arricchito, conducendolo a uno stadio giuridicamente più avanzato, il "paniere" di strumenti processuali, di ricerca e di documentazione della prova, contenuti nel codice di rito civile, secondo il meccanismo, già sperimentato dal legislatore, del sistema a tutele c.d. crescenti.

Se è vero, sostiene il Consiglio di Stato, che nel giudizio civile l'azione volta a far valere la pretesa sostanziale è autonoma rispetto a quella utile a reperire la documentazione per sostenere le allegazioni difensive, allora gli strumenti probatori del rito civile e l'accesso documentale possono dialogare senza correre il pericolo di sovrapporsi gli uni all'altro (e viceversa).

Ciò anche grazie a una lettura unitaria e integratrice tra le singole discipline, nonché costituzionalmente orientata a garanzia dell'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale, da intendere in senso ampio e non ristretta al solo momento processuale. Pertanto, il rapporto tra accesso documentale difensivo e istituti processualciviltistici destinati a regolare l'acquisizione probatoria "*non può che essere*

privatorum» intercorrente con altro soggetto privato, di cui si domandi l'accesso allo scopo di preconstituire prova documentale da far valere in sede civilistica» (si cfr. TAR Campania, V sez., sent. n. 1009/2010; TAR Campania, V sez., sent. n. 3801/2009; TAR Campania, V sezione, sent. n. 6112/2008)" (così T.A.R. Molise, sez. I, n. 296/2018, cit.).

²⁷ Cons. Stato, ad. plen., 25 settembre 2020, nn. 19 e 20.



ricostruito in termini di complementarità delle forme di tutela” (Cons. Stato, ad. plen., n. 19/2020, cit.).

Ne deriva, quindi, che l’acquisizione, al di fuori del giudizio, dei documenti di cui la parte intende avvalersi in un procedimento civile (sia futuro sia già pendente), in base alle norme che ne consentano l’acquisizione (come la disciplina dell’accesso documentale per gli atti amministrativi), è, secondo il giudice *“attività di ricerca della prova del tutto fisiologica, non solo consentita dall’ordinamento, ma oggetto di un preciso onere a carico della parte a ciò legittimata”*.

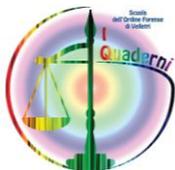
Viceversa, secondo l’Adunanza Plenaria, l’esclusione dell’ammissibilità dell’accesso documentale difensivo, in via generale e astratta, giustificata sulla (assunta) prevalenza della disciplina del codice di rito pertinente l’esibizione istruttoria (e sui poteri d’ufficio del giudice a questo fine) è operazione ermeneutica che finirebbe per incidere in modo pregiudizievole sull’effettività del diritto alla tutela giurisdizionale e sul diritto alla prova²⁸.

Diversamente, la disciplina degli strumenti processualcivilistici di esibizione istruttoria (articoli 210, 211 e 213 c.p.c.), lungi dal costituire un limite all’esperibilità dell’accesso documentale ai sensi della l. n. 241/1990 (prima o in pendenza del giudizio sulla situazione giuridica “finale”), sembra presupporre (e in qualche modo imporre) il previo esperimento di ricerche presso la P.A.

Tali strumenti, infatti, sono stati configurati (dal codice di rito civile) come tendenzialmente residuali rispetto alle forme di acquisizione dei documenti da parte dei privati, anche in funzione della loro produzione in giudizio, sulla base di *“correlative discipline di natura sostanziale”* (come l’accesso agli atti).

7. L’accesso civico e l’accesso civico generalizzato nel d.lgs. n. 33/2013.

²⁸ E, del resto: *“la facoltà della parte di usare tutti gli strumenti offerti dall’ordinamento, e tra questi l’accesso documentale, per influire sull’accertamento del fatto sia in sede stragiudiziale e nella fase preprocessuale, sia poi eventualmente in sede processuale, a «cura» e «difesa» della situazione giuridica soggettiva «finale» asseritamente lesa”* (Cons. Stato, ad. plen., n. 19/2020, cit.).



L'accesso civico e l'accesso civico generalizzato costituiscono i due "strumenti" avanzati per la tutela del valore della trasparenza nei confronti della pubblica amministrazione²⁹.

Come accennato nelle pagine precedenti, questi istituti hanno completato l'evoluzione, nel nostro ordinamento, della visibilità del potere pubblico, segnando così il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere.

L'accesso civico è disciplinato al comma 1 dell'articolo 5 d.lgs. n. 33/2013.

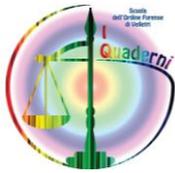
L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta "*il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione*".

L'accesso civico presidia gli obblighi di pubblicazione vincolata. Infatti, in caso di mancato rispetto, da parte della P.A., dei doveri relativi alla pubblicazione di documenti, informazioni o dati, "chiunque" ha il diritto di richiedere che si ponga fine alle omissioni di conoscenza.

L'accesso civico ha il suo fondamento giuridico nel dovere di assicurare la trasparenza di una serie di atti/dati - indicati innanzitutto dallo stesso d.lgs. n. 33/2013 - la cui omissione genera, pertanto, la legittima istanza, pure informale, del cittadino/utente di richiedere tanto l'atto non pubblicato quanto la sua stessa pubblicazione, attività che in ogni caso dovrà essere svolta con le cautele e nei limiti di legge (articoli 5 *bis* e 7 *bis* d.lgs. n. 33/2013: si v. *infra*)³⁰.

²⁹ Per un'analisi della disciplina, si v. il numero speciale del *Giorn. dir. amm.*, in formato digitale, realizzato da S. CASSESE, F. DI MASCIÒ, A. NATALINI, P. RUBECHINI, P.A.: *Trasparenza amministrativa e accesso agli atti*, speciali digitali, n. 7/2018. Si v., inoltre, E. D'ALTERIO, *La trasparenza amministrativa*, in B.G. MATTARELLA - E. D'ALTERIO (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla legge n. 124 del 2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Milano, 2017, 165 ss. e M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, 795 ss.

³⁰ La pubblicazione, ormai, avviene praticamente solo *on line* sul sito della P.A. In tal senso, per una ricostruzione sull'evoluzione dei doveri di pubblicazione elettronica, si v. quanto già disposto a suo tempo dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, il cui articolo 32 dispone: "*1. A far data dal 1° gennaio 2010, gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione nei propri siti informatici da parte delle amministrazioni e degli enti pubblici obbligati. La pubblicazione è effettuata nel rispetto dei principi di eguaglianza e di non* (Continua a pagina successiva)



Questo a prescindere dai rapporti esistenti tra il dato/atto, della cui pubblicazione si tratta, e l'interesse del cittadino/utente. Ciò che rileva è la semplice constatazione dell'inadempimento di un dovere di pubblicazione.

Obbligo che, in quanto tale, derivando direttamente dalla legge o comunque dalla "normativa vigente"(non solo, quindi, dal d.lgs. n. 33/2013)³¹, consente di soddisfare una sorta di "controllo sociale" sul complesso delle attività della P.A., pretesa (della collettività) che rischia di essere frustrata dalla penuria di informazioni(anche se, come accennato, tale elemento "sociale" non è in alcun modo codificato nella norma).

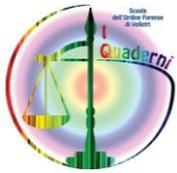
La circostanza per cui, nell'accesso civico, non sia richiesta nessuna posizione giuridica da tutelare (e il bene della vita sia costituito dalla possibilità di esigere l'adempimento del dovere di trasparenza) fa venir meno, a differenza di ciò che accade nella l. n. 241/1990 (e cioè nell'accesso documentale), l'esigenza del bilanciamento tra posizioni contrapposte.

Come si è visto, per ottenere l'accesso ai sensi della l. n. 241/1990 è richiesta una particolare posizione, la cui tutela esige l'ostensione di determinati atti, che genera la necessità di assicurare un equilibrio, un contemperamento tra i vari interessi coinvolti (soprattutto se l'accesso coinvolge dati di terzi). Pertanto, l'interessato è chiamato a dimostrare che la propria posizione sia altrettanto meritevole di essere tutelata; tale finalizzazione rende indispensabile poter disporre (o prendere visione) degli atti richiesti.

Nell'accesso civico, invece, l'esigenza di bilanciamento tra opposti interessi viene a mancare totalmente. I soggetti interessati sono il cittadino/utente e la pubblica

discriminazione, applicando i requisiti tecnici di accessibilità di cui all'articolo 11 della legge 9 gennaio 2004, n. 4. La mancata pubblicazione nei termini di cui al periodo precedente è altresì rilevante ai fini della misurazione e della valutazione della performance individuale dei dirigenti responsabili[...]". Si v. anche il D.P.C.M. 26 aprile 2011, che stabilisce (articolo 4, comma 1): "1. Le amministrazioni aggiudicatrici pubblicano i bandi, gli avvisi e gli esiti di gara sul profilo di committente in una apposita sezione dedicata, denominata «Bandi di gara», direttamente raggiungibile dalla home page, dotata di caratteristiche di indirizzabilità e di ergonomia tali da consentire un'immediata e agevole consultazione".

³¹ Su tali profili, si v. Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2022, n. 4735.



amministrazione, la quale viene diffidata a ossequiare un proprio obbligo di pubblicazione (identificato a monte dalla legge) e che, se richiesta, deve avviare solamente un'attività istruttoria semplificata finalizzata a soddisfare quel dovere.

In tale diritto - e cioè il diritto alla trasparenza della P.A. tutelato tramite l'accesso civico - continua, però, a restare angusto lo spazio di azione giuridica per l'utente, che può agire, unicamente, per ciò che è doveroso pubblicare. Se non v'è obbligo codificato nella legge non esiste alcun onere in tal senso.

Altra connotazione dell'accesso civico, in funzione delle sue finalità "sociali", è l'assoluta informalità della richiesta³². Si può, probabilmente, sostenere che attraverso la sua previsione, il legislatore si sia limitato a formalizzare la legittimità di una pretesa che già *ex se* non poteva essere ostacolata e/o respinta dall'ente obbligato a ossequiare precisi obblighi di trasparenza (perché individuati dalla legge).

L'accesso civico generalizzato è, invece, regolato al comma 2 dell'articolo 5 d.lgs. n. 33/2013.

In questo caso, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali, 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 [e quindi oggetto di accesso civico], nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis [d.lgs. n. 33/2013]"*.

L'accesso civico generalizzato è, pertanto, diritto che spetta a "chiunque", *"indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti"* (articolo 7, comma 1, lett. h l. n. 124/2015), che *"non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto"*

³² Sulla informalità della richiesta, la giurisprudenza ha avuto modo di rilevare che: *"...tale istituto, mai introdotto prima nel nostro ordinamento, si caratterizza per la totale assenza di limitazioni per il suo esercizio, al quale sono legittimati tutti i soggetti, indipendentemente da un interesse giuridico da tutelare, la cui istanza, gratuita e senza alcun obbligo di motivazione, va presentata al responsabile della trasparenza dell'amministrazione, che si pronuncia sulla stessa"* (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, sentenza n. 1904/2013).



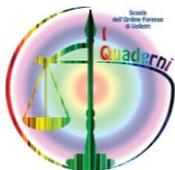
alla legittimazione soggettiva del richiedente” (articolo 5, comma 3 d.lgs. n. 33/2013) e la cui unica ragione d’essere si rinviene nello *“scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico”* (articolo 5, comma 2 d.lgs. n. 33/2013), sì che la relativa istanza *“non richiede motivazione”* (articolo 5, comma 3 d.lgs. n. 33/2013).

La questione dell’ammissibilità di un controllo sulle finalità dell’istanza di accesso civico generalizzato (in prima battuta da parte della P.A. e successivamente dal giudice) è di grande impatto e rilievo pratico, perché incide sull’ambito di applicazione dell’istituto e i suoi limiti (è probabilmente la più importante questione giuridica che pone la fattispecie).

Nella valutazione dei limiti previsti dall’articolo 5 *bis* d.lgs. n. 33/2013, la pubblica amministrazione non può non tenere conto anche delle peculiari finalità della richiesta (criterio teleologico o finalistico), dovendo l’ufficio verificare se e in che misura la conoscenza delle informazioni richieste sia in linea con le finalità della norma (*ratio legis*) e cioè se l’accesso serva effettivamente a favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali, sull’utilizzo delle risorse pubbliche ecc.

In questa prospettiva, l’amministrazione, nel ponderare i contrapposti interessi (da un lato, alla conoscenza e, dall’altro, alla tutela delle esigenze di riservatezza dei controinteressati), dovrebbe ritenere l’istanza di accesso civico generalizzato meritevole di essere accolta soltanto se e quando l’esigenza conoscitiva assuma *“rilevanza pubblica”* (e quindi sia servente un interesse della collettività) e non anche quando essa resti confinata in un bisogno esclusivamente privato, individuale, emulativo, egoistico o utilitaristico.

Certamente, se il richiedente volesse consentire al soggetto pubblico di effettuare un accurato bilanciamento degli interessi in gioco, egli, allora, dovrebbe corredare l’istanza di accesso civico generalizzato di una motivazione, dalla quale dovrebbe



emergere la rilevanza pubblica dell'accesso (si ritornerebbe, però, al tema della funzionalizzazione).

Tuttavia, dall'analisi della norma, non sembrano emergere elementi che possano autorizzare l'interprete a mettere in discussione il connotato "a-causale" dell'istituto configurato dalla disposizione. Tutto depone nel senso della assoluta irrilevanza delle finalità della richiesta e delle effettive motivazioni dell'istante (e ciò nonostante la ponderazione degli interessi in gioco sia necessaria per l'applicazione delle limitazioni previste dall'articolo 5 *bis* d.lgs. n. 33/2013).

Diversamente, un elemento "guida" (per le valutazioni della P.A.) in grado di disvelare la finalità dell'accesso (e quindi la congruenza con gli obiettivi della legge) potrebbe derivare dalla natura del soggetto che avanza l'istanza.

Un particolare favore nell'applicazione dell'istituto andrà, per esempio, riconosciuto ai soggetti portatori di interessi collettivi e diffusi (mass media, organizzazioni della società civile, ricercatori ecc.), in considerazione della funzione sociale da essi svolta ("social watchdogs"). Invece, un netto disfavore dovrà essere addebitato alle imprese qualora l'oggetto sociale riguardi attività di marketing, di pubblicità commerciale o comunque attività economica nel mercato, trattandosi di elementi idonei a svelare finalità strettamente "private" dell'istanza di accesso incoerenti rispetto alla *ratio* dell'istituto.

8. *Segue: le limitazioni alla trasparenza.*

La norma in cui sono codificati i limiti all'accesso civico generalizzato- ma anche indirettamente all'accesso civico (che rileva, come accennato, quale diritto solo se e nei limiti in cui una norma vigente preveda obblighi di pubblicazione) - è l'articolo 5 *bis* d.lgs. n. 33/2013.

La regola, ai commi 1 e 2, nel disciplinare i casi di rifiuto, richiama in modo espresso la fattispecie di accesso di cui al comma 2 dell'articolo 5 d.lgs. n. 33/2013 (e cioè l'accesso civico generalizzato).



Tuttavia, come appena detto, le ipotesi ivi descritte costituiscono altrettanti limiti anche per l'operatività dell'accesso civico, applicabili pure ai casi di pubblicazione di dati, informazioni e documenti per i quali non esiste un obbligo in proposito “*ai sensi del presente decreto o sulla base di specifica previsione di legge o regolamento, nel rispetto dei limiti indicati dall'articolo 5-bis, procedendo alla indicazione in forma anonima dei dati personali eventualmente presenti*” (articolo 7 bis, comma 3 d.lgs. n. 33/2013).

La tipologia di limitazioni all'accesso civico, per come indicata dalla legge, ricalca con buona approssimazione le ipotesi facoltative - poiché rimesse all'attività regolatoria del governo e delle singole amministrazioni - di diniego di accesso già note nella disciplina *ex l. n. 241/1990* (articolo 24, comma 6).

Sono in parte non coincidenti, invece, le cause di esclusione dell'accesso documentale (articolo 24, comma 1 l. n. 241/1990) rispetto a quelle dell'accesso civico ai sensi dell'articolo 5 bis d.lgs. n. 33/2013 (gli atti di programmazione e amministrativi generali, ad esempio, tendenzialmente non ostensibili ai sensi della legge sul procedimento amministrativo, lo sono in virtù delle norme sull'accesso civico, anche generalizzato).

Nel dettaglio, l'articolo 5 bis comprende eccezioni assolute e relative (o qualificate)³³.

Nelle eccezioni assolute rientrano i casi di segreto di Stato e le altre ipotesi di divieto di accesso o divulgazione previste dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti (come le ipotesi di accesso ai sensi della l. n. 241/1990)³⁴.

Per le eccezioni relative, il legislatore, ai commi 1 e 2 dell'articolo 5 bis, non ha operato, come nel caso delle eccezioni assolute, una generale e preventiva individuazione di esclusioni all'accesso, ma ha rinviato a una attività valutativa

³³Sul tema, per l'attuazione della norma, si v. le linee guida dell'ANAC: “*Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, co. 2 del d.lgs. n. 33/2013*”, determinazione n. 1309 del 28 dicembre 2016.

³⁴ Articolo 5 bis, comma 3 d.lgs. n. 33/2013.



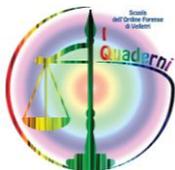
(discrezionale) che dovrà essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla *disclosure* degli atti e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento.

L'amministrazione è tenuta a verificare, una volta accertata l'assenza di eccezioni assolute, se l'ostensione degli atti possa determinare un pregiudizio concreto e probabile ai seguenti interessi "limite": a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; b) la sicurezza nazionale; c) la difesa e le questioni militari; d) le relazioni internazionali; e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; g) il regolare svolgimento di attività ispettive.

Ancora, l'accesso ai sensi della norme sulla trasparenza è rifiutato se il diniego è necessario a evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi (limite) privati: a) la protezione dei dati personali; 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.

Poste queste premesse, l'amministrazione, nell'esercizio di detta attività valutativa, è chiamata non solo a considerare e verificare la serietà e la probabilità del danno all'interesse-limite, ma anche a ponderarlo con l'interesse alla conoscenza del richiedente. Il pregiudizio concreto a uno degli interessi pubblici e privati, infatti, rappresenta solo una condizione necessaria, ma non sufficiente, per negare l'ostensione³⁵.

³⁵ L'amministrazione, nonostante il riferimento nella norma al solo "test del pregiudizio concreto", dovrà considerare non solo il danno che l'ostensione può creare all'interesse (limite) "protetto" dall'ordinamento, ma anche valutare l'aspettativa che ha il richiedente di conoscere i dati, le informazioni o i documenti oggetto dell'istanza (riferibili all'attività e all'organizzazione amministrativa) e quale potrebbe essere il contributo positivo alla conoscenza diffusa dell'attività amministrativa che l'ostensione richiesta potrebbe comportare (Cons. Stato, sez. I, 6 maggio 2020 n. 1028/2020; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 28 ottobre 2020, n.10994).



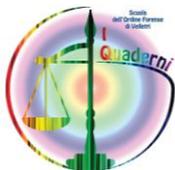
Sicché, la P.A. intimata deve valutare in concreto se i limiti enunciati dalla legge siano da ritenersi in concreto sussistenti, nel rispetto dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza, a garanzia degli interessi ivi previsti e non potrà non tener conto, nella suddetta valutazione, anche della posizione che legittima il richiedente (si pensi all'accesso richiesto da soggetti istituiti per la tutela di peculiari interessi della collettività: ambiente, parità di genere, promozione dell'integrazione sociale ecc.).

Come si può notare, se, da un lato, l'assenza di limiti circa la legittimazione soggettiva (e riguardo la motivazione dell'accesso) può indurre a riconoscere un uso apparentemente senza limiti delle ipotesi di accesso disegnate dall'articolo 5 d.lgs. n. 33/2013 (soprattutto con riferimento all'accesso civico generalizzato), dall'altro lato, la discrezionalità riconosciuta alla pubblica amministrazione, nella ponderazione dei "limiti" di cui all'articolo 5 *bis*, sottopone, di fatto, l'impiego di questi strumenti di trasparenza a possibilità di successo equivalenti a quelle di un accesso *ex l.* n. 241/1990³⁶.

Dall'impossibilità di piena oggettivizzazione dei casi di esclusione riemerge, quindi, il tema già noto dell'esercizio della "ponderazione" da parte del soggetto pubblico, il quale dovrà valutare interessi essenziali e interessi secondari prima di decidere se concedere (o meno) l'accesso alle informazioni.

L'impressione, leggendo la disposizione sugli interessi-limite, è che il regime delle eccezioni sia in sé incerto e inesorabilmente consegnato, nella sua attuazione di "ultima istanza", al ruolo pretorio della giurisprudenza, con tutte le conseguenze del caso.

³⁶ Sulla discrezionalità amministrativa, a fronte di una letteratura imponente, ci si limita a richiamare: M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 1098 ss.; *Id.*, (voce), *Potere discrezionale*, in *Nuovo dig. it.*, X, Torino, 1939, 76 – 78; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Ann. dir. comp.*, 1948, XXII, 340 ss. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986. M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463 ss. Per una lettura più attuale, relativamente alla manualistica, R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Milano, 2019, I, 567 ss.



Un dato è però inequivocabile e riguarda l'accesso civico generalizzato: esso non può tramutarsi (mai) in una causa di intralcio al buon funzionamento dell'amministrazione. L'accesso "esplorativo" o "massivo" non è ammissibile, in quanto nega le finalità (ultime) della trasparenza e cioè l'efficienza della macchina burocratica³⁷.

La sua inammissibilità discende, oltre che dalla contrarietà al canone della buona fede per tutti quei casi in cui la soddisfazione della pretesa ostensiva del richiedente rischia di compromettere il buon andamento dell'amministrazione, anche dalla mancata definizione dell'oggetto dell'istanza (che necessita in ogni caso di un livello minimo di specificità) e dalla circostanza che l'interesse all'ostensione deve preesistere e non seguire la conoscenza del contenuto dell'atto (principio esaminato *funditus* da Cons. Stato, ad. plen., n. 10/2020, cit.).

9. La recente giurisprudenza sulla trasparenza.

Gli istituti della trasparenza, come è naturale, costituiscono una parte non indifferente del contenzioso dinanzi ai giudici amministrativi.

Per ragioni sistematiche, al fine di esaminare il punto della giurisprudenza, si ricorderanno solo le decisioni più recenti adottate dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale, in materia, ha assunto una peculiare funzione "nomofilattica"³⁸.

³⁷ A partire da T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 9 marzo 2018, n. 669, facendo leva anche sulla posizione assunta sul punto dall'ANAC a mezzo delle linee guida approvate con determinazione n. 1309/2016, cit., si è esclusa l'ammissibilità di richieste di ostensione aventi ad oggetto un numero manifestamente eccessivo di atti o informazioni, tali da apparire irragionevoli e da comportare un carico di lavoro in grado di interferire con il buon funzionamento dell'amministrazione. Una simile richiesta, imponendo adempimenti che travalicano la soglia dell'apprezzabile sacrificio, si pone, infatti, in contrasto con il principio di buona fede in senso oggettivo previsto in via generale dall'articolo 1175 c.c., espressione del parametro della solidarietà di cui all'articolo 2 Costituzione e oggi scolpito con riguardo all'azione amministrativa dall'articolo 1 comma 2 *bis* l. n. 241/1990.

³⁸ Per approfondimenti sul tema, si v. il saggio di F. MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, in www.federalismi.it, 2021, 20, 162 ss.



Si tratta delle sentenze –in parte già state citate in questo saggio – n. 10 del 2 aprile 2020 e nn. 19, 20 e 21 del 25 settembre 2020. Nel 2021, invece, è stata pubblicata la sentenza n. 4 del 18 marzo.

Queste decisioni, nel mentre confermano “approdi” giurisprudenziali già consolidati, stabiliscono pure una serie di principi importanti in materia di trasparenza, soprattutto con riferimento all’accesso difensivo regolato dalla l. n. 241/1990.

Sul potere di esame dell’istanza da parte del soggetto pubblico che riceve la richiesta di accesso, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 10/2020, ha evidenziato che l’amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l’istanza di accesso agli atti, anche se questa è formulata dal richiedente in modo generico o cumulativo e senza il riferimento a una specifica disciplina (se accesso ai sensi della l. n. 241/1990 o in base alle disposizioni del d.lgs. n. 33/2013).

Dunque, ha chiarito il giudice, un’istanza di accesso “generica” (senza alcun apparente riferimento alla tipologia di accesso richiesta) dovrà essere verificata - dalla P.A. – anche alla stregua della disciplina sull’accesso civico generalizzato, a meno che l’interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell’accesso documentale. In questo caso, l’amministrazione dovrà esaminare l’istanza soltanto con specifico riferimento ai profili della l. n. 241/1990 e neppure il giudice amministrativo, adito in sede di rito sull’accesso, potrà mutare il titolo della richiesta, che rimarrà delimitata secondo l’originaria istanza e in base a quanto adottato dalla pubblica amministrazione all’esito del procedimento.

Le sentenze nn. 19, 20 e 21, invece, sono state pronunciate in contenziosi instaurati da privati nei confronti dell’Agenzia delle entrate - per questioni legate a separazioni giudiziali o a casi di responsabilità genitoriale -relativamente all’accesso ai documenti fiscali, reddituali, patrimoniali e alle comunicazioni degli operatori finanziari all’anagrafe tributaria riguardanti l’altro coniuge.

Il Consiglio di Stato, in queste decisioni, ha evidenziato che, ai fini della disciplina sulla trasparenza amministrativa, le dichiarazioni, le comunicazioni e gli atti presentati



o acquisiti dagli uffici dell'amministrazione finanziaria e inseriti nelle banche dati dell'anagrafe tributaria (compreso l'archivio dei rapporti finanziari) sono documenti a tutti gli effetti.

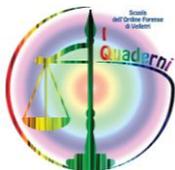
L'accesso (difensivo) a tali atti, secondo il giudice, può essere esercitato a prescindere sia dalla previsione e dall'esercizio dei poteri processuali di esibizione istruttoria di documenti amministrativi (e di richiesta di informazioni alla P.A. ai sensi degli artt. 210, 211 e 213 c.p.c.) sia, più ingenerale, dall'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio del giudice civile nei procedimenti in materia di famiglia.

La sentenza della Plenaria del 2021 (n. 4), invece, ha riguardato i presupposti che il privato deve palesare nell'istanza di accesso ai sensi della l. n. 241/1990 e le valutazioni che la P.A. e il giudice amministrativo (adito in sede di contestazione sugli esiti dell'accesso) possono compiere sulla rilevanza degli atti (di cui si chiede l'ostensione) in un giudizio pendente dinanzi l'autorità giudiziaria.

Sul primo profilo, il Consiglio di Stato ha evidenziato - in accordo con gli approdi della giurisprudenza consolidata - che in materia di accesso difensivo, ai sensi della l. n. 241/1990, si deve escludere che sia sufficiente, nell'istanza, un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo pendente o ancora instaurando. Infatti, l'ostensione del documento passa dal (previo) rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità tra l'atto richiesto e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare.

In base a tali principi, quindi, la tutela dell'esigenza conoscitiva presuppone: a) la sussistenza del nesso di necessaria strumentalità tra l'accesso e la cura o la difesa (in questo caso in giudizio) dei propri interessi giuridici; b) la verifica della sussistenza di un interesse legittimante, dotato degli attributi della immediatezza, della concretezza e dell'attualità.

Il presupposto del nesso di necessaria strumentalità impone al richiedente di motivare la richiesta di accesso, rappresentando in modo puntuale e specifico gli elementi che consentano all'amministrazione il vaglio della relazione esistente tra la



documentazione richiesta, *sub specie* di astratta pertinenza, e la situazione finale controversa (non si chiede all'istante una *probatio diabolica* in termini di utilità, ma la prospettazione delle ragioni che rendono gli atti richiesti necessari per la tutela della posizione giuridica)³⁹.

Sulla seconda questione, invece, la sentenza n. 4/2021 ha chiarito che l'amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo in sede di rito sull'accesso non devono svolgere *ex ante* alcuna valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato dal terzo.

Un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non alla pubblica amministrazione detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241/1990.

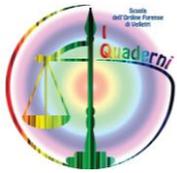
10. *Tipologie di accesso e profili procedurali: analogie e differenze.*

Dal punto di vista procedurale, le ipotesi di accesso agli atti (l'accesso documentale, l'accesso civico e quello generalizzato) sono caratterizzate da regole in parte analoghe, volte anche a garantire la tutela di eventuali controinteressati.

Sul punto, le norme riguardanti l'accesso documentale sono state attuate dal D.P.R. n. 184/2006, mentre le disposizioni del d.lgs. n. 33/2013 (con particolare riferimento all'accesso civico generalizzato) sono state dettagliate dalla circolare del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione n. 2/2017 (e poi in quella, contenente specificazioni e chiarimenti, n. 1/2019) e dalle linee guida ANAC del 2016⁴⁰.

³⁹ Per l'applicazione di tali principi, di recente, Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2022, n. 2655.

⁴⁰ Determinazione 28 dicembre 2016, n. 1310: "Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. 33/2013 come (Continua a pagina successiva)



Al di là delle regole specifiche, qui non esaminabili, risulta un insieme comune di principi che disciplinano gli aspetti procedurali (di attuazione pratica) di tutte le ipotesi di accesso ai documenti amministrativi.

In primo luogo, per ogni ipotesi di accesso è necessaria la identificazione dei dati, delle informazioni e dei documenti richiesti. Non è consentito nel nostro ordinamento produrre istanze generiche e non contraddistinte da una chiara (anche se sommaria) identificazione dei documenti di cui si domanda l'ostensione.

Le richieste "indistinte" o indefinite non sono consentite perché la pubblica amministrazione non deve compiere un'attività di ricerca gravosa per soddisfare le esigenze della parte, dovendo essere messa in condizione di poter recuperare gli atti in un termine definito (che poi corrisponde ai trenta giorni per la conclusione del procedimento in tutte le ipotesi di accesso), nel rispetto del principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa.

Discorso analogo vale per le istanze "massive", che non sono ammissibili in quanto potenzialmente in grado di rallentare (o addirittura impedire) il regolare funzionamento degli uffici "ingolfando" la macchina amministrativa, e per quelle "esplorative" o la cui soddisfazione richiede la formazione (*ex novo*) di documenti non già in possesso della P.A.

Il vincolo della delimitazione delle istanze è temperato, per le ipotesi di accesso civico generalizzato, da un "dialogo" che il soggetto pubblico deve avviare con i richiedenti, al fine di individuare gli atti richiesti (si v. in merito quanto disposto dalla circolare del Ministro per la semplificazione, n. 2/2017).

Allo stesso modo, l'articolo 6 D.P.R. n. 184/2006 - per l'accesso documentale ai sensi della l. n. 241/1990 - stabilisce che la P.A., in presenza di richieste incomplete o "irregolari", ne dà comunicazione al richiedente e il termine di chiusura del

modificato dal d.lgs. 97/2016". Sull'inquadramento – nel sistema delle fonti del diritto – delle linee guida, si v. F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, I, 9 ss.



procedimento di accesso ricomincia a decorrere dalla presentazione della richiesta corretta.

Fatti salvi i casi di differimento e quelli di ostensione parziale, se l'accesso è consentito il D.P.R. n. 184/2006 (articolo 7) stabilisce che la pubblica amministrazione indica l'ufficio cui rivolgersi per la visione degli atti, i quali potranno essere consegnati in copia subordinatamente al pagamento degli importi dovuti per la loro duplicazione (naturalmente, la disposizione deve essere letta guardando al quadro normativo attuale che incentiva la trasmissione elettronica dei documenti)⁴¹.

In caso di accoglimento di un'istanza di accesso civico, invece, i documenti e i dati richiesti dovranno essere pubblicati su sito dell'amministrazione, mentre in ipotesi di accesso civico generalizzato è il soggetto pubblico che dovrà provvedere a trasmettere alla parte - tempestivamente - i dati e i documenti richiesti.

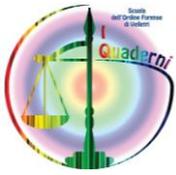
Sulla conclusione del procedimento di accesso, invece, gli strumenti previsti dall'ordinamento differiscono in maniera sostanziale.

Mentre per l'accesso documentale il decorso del termine di trenta giorni (senza che sia consentita l'ostensione) determina un'ipotesi di silenzio "rigetto" (e quindi un vero e proprio provvedimento negativo), diversamente, nell'accesso civico (quale che sia), il decorso del termine senza accoglimento dell'istanza produce una fattispecie di inadempimento dell'amministrazione, in quanto la legge prevede una conclusione espressa e motivata del procedimento⁴².

Il risultato, per la tutela dei soggetti, non cambia. Infatti, tutte le ipotesi di accesso - sotto il profilo del rimedio giurisdizionale - sono ormai soggette a un rito apposito

⁴¹ In ogni caso, già l'articolo 13 D.P.R. n. 184/2006 dispone: "1. Le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 22, comma 1, lettera e), della legge, assicurano che il diritto d'accesso possa essere esercitato anche in via telematica. Le modalità di invio delle domande e le relative sottoscrizioni sono disciplinate dall'articolo 38 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, e successive modificazioni, dagli articoli 4 e 5 del decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, e dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni".

⁴² Rimane salva la possibilità di chiedere il riesame della mancata risposta al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza presente presso l'amministrazione destinataria della richiesta di accesso.



regolato dall'articolo 116 Codice del processo amministrativo (si v. invece *infra* riguardo i rimedi amministrativi).

Principi procedurali comuni rilevano anche in presenza di controinteressati all'accesso agli atti.

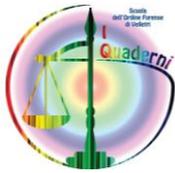
In tutte le ipotesi previste dall'ordinamento, costoro dovranno essere coinvolti nel procedimento- prima di consentire l'ostensione - tramite l'invio di una comunicazione (da parte del soggetto destinatario dell'istanza di accesso), nella quale dovranno essere indicati anche gli atti verso i quali il richiedente vorrebbe esercitare il diritto alla conoscenza.

I controinteressati, nel termine (parimenti comune) di dieci giorni, potranno manifestare la loro opposizione, su cui l'amministrazione dovrà motivare (rendendo conto del bilanciamento di interessi operato) sia in caso di rigetto della richiesta di accesso sia in caso di accoglimento nonostante il rifiuto del terzo.

In caso di accoglimento della richiesta di accesso civico (quale che sia), in presenza di un'opposizione del controinteressato, l'amministrazione dovrà, inoltre, "significare" a costui il provvedimento di riscontro positivo e non potrà trasmettere al richiedente i dati e i documenti prima di quindici giorni dalla ricezione di tale comunicazione da parte del controinteressato.

Riguardo, invece, i rimedi "amministrativi" avverso gli esiti della richiesta di accesso, in tutte le ipotesi disciplinate dall'ordinamento è previsto un sistema di tutela "stragiudiziale" di riesame a vantaggio sia del richiedente l'accesso che del controinteressato.

Il meccanismo ruota intorno alla funzione del difensore civico (con l'intervento del Garante per la protezione dei dati personali se l'accesso è stato negato, limitato o differito per esigenze legate alla protezione di questi dati), della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi (esclusivamente per le ipotesi di accesso documentale riguardanti gli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato) e, solo per le fattispecie di accesso civico, del responsabile della prevenzione



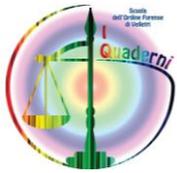
della corruzione e della trasparenza (che dovrà coinvolgere il Garante della *privacy* in presenza di dati tutelati ai sensi dell'articolo 5 *bis*, comma 2, lett. a d.lgs. n. 33/2013).

11. Accesso agli atti e tutela della riservatezza: i principi comuni.

La tutela dei dati personali di terzi è preoccupazione comune a tutte le tipologie di accesso e si pone con particolare evidenza quando la richiesta di ostensione è suscettibile di svelare il contenuto di informazioni “sensibili” o “sensibilissime”.

La regolazione del rapporto tra accesso agli atti e riservatezza trova sede, innanzitutto, negli articoli 59 (accesso a documenti amministrativi e accesso civico) e 60 (dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale) del Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. n. 196/2003), oltre che nelle norme del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (c.d. “GDPR”) non trasfuse nel testo del Codice della *privacy*⁴³.

⁴³ Il Codice in questione è stato novellato, nel 2018, dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, il quale è rubricato: “*Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)*”. Il Codice in materia di protezione dei dati personali, a sua volta, è oggi rubricato: “*Codice in materia di protezione dei dati personali, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale al regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE*”. I due complessi normativi principali nel nostro ordinamento giuridico per quanto attiene la disciplina della *privacy* sono quindi, attualmente, il d.lgs. n. 196/2003 (come novellato nel 2018) e il Regolamento (UE) n. 2016/679. Tra i principi rilevanti del GDPR, ad esempio, si rinvia l'articolo 6 (“liceità del trattamento”), il quale stabilisce: “*Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità; b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso; c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore. La lettera f) del primo comma non si applica al trattamento di dati effettuato dalle autorità pubbliche nell'esecuzione dei loro compiti*”.



Queste norme, poi, vanno poste in relazione con le disposizioni sull'accesso documentale ex l. n. 241/1990 (articoli 22 e 24) e con le regole sull'accesso civico; per le fattispecie regolate dal d.lgs. n. 33/2013 - oltre a quanto stabilito dall'articolo 5 *bis* sulle esclusioni e i limiti alla trasparenza -deve considerarsi l'articolo 7 *bis* sul riutilizzo dei dati pubblicati⁴⁴.

Il rapporto tra accesso agli atti e riservatezza, su cui è intervenuto più volte il Garante per la protezione dei dati personali⁴⁵, delinea tre livelli di protezione dei dati di terzi, cui corrispondono tre gradi di intensità della situazione giuridica che il richiedente deve dimostrare di voler tutelare con la richiesta di accesso⁴⁶.

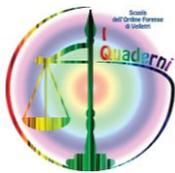
Nel più elevato (in presenza di dati "sensibilissimi") si richiede la necessità di una condizione di "pari rango" rispetto a quella dei dati richiesti; a livello inferiore (e cioè per i dati sensibili) si richiede la stretta indispensabilità e, infine, per i dati comuni, la "necessità" (sul tema, si v. Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2472)⁴⁷.

⁴⁴ Con riferimento specifico al rapporto tra accesso agli atti e protezione dei dati personali, si v., in particolare, E. MENICETTI, *La conoscenza dei dati: tra trasparenza e privacy*, ed E. PAPINI, *Trasparenza e privacy nelle decisioni del Garante*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008 (rispettivamente, 283 ss. e 309 ss.). Si cfr. altresì M. CLARICH, *Diritto d'accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 430 ss.; A. SIMONATI, *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza*, Trento, 2002.

⁴⁵Per una rassegna, si v. il contributo di A.L. TIRABASSI, *L'accesso civico alla prova della privacy. Rassegna dei pareri adottati dal Garante*, in *Azienditalia*, 2018, 11, 1403. Si v. pure i pareri n. 156 del 17 settembre 2020, in www.gpdp.it, doc. web n. 9464939; n. 200 del 7 novembre 2019, *ivi*, doc. web n. 9196072; n. 162 del 30 marzo 2017, *ivi*, doc. web n. 6393422. Più di recente, si v. il parere n. 2 del 7 gennaio 2022, *ivi*, doc. web n. 9742743.

⁴⁶In tal senso, si v. da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 4 maggio 2021, n. 3492.

⁴⁷Riprende i concetti il T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 28 settembre 2020, n. 1721. La disciplina che deriva da queste disposizioni delinea tre livelli di protezione dei dati dei terzi, cui corrispondono tre gradi di intensità della situazione giuridica che il richiedente deve intendere tutelare con la richiesta di accesso: nel grado più basso (quando i documenti contengono dati non qualificati riguardanti terzi) è sufficiente che la richiesta di accesso sia formulata per difendere un interesse giuridico del richiedente; nel grado intermedio (quando i documenti contengono dati sensibili o giudiziari) si richiede la "stretta indispensabilità" di tali dati alla tutela; nel grado più elevato (quando i documenti contengono dati sensibili che attengono allo stato di salute o alla vita sessuale) si richiede la sussistenza in capo al richiedente di un interesse da tutelare "di pari rango" rispetto a quello dei dati richiesti. Secondo dottrina e giurisprudenza, riporta il giudice: "il risultato complessivo di questa disciplina risulta sbilanciato a favore del diritto di accesso il quale - seppur in presenza di presupposti sempre più rigidi a seconda dell'intensità di protezione accordata al diritto alla riservatezza - può sempre prevalere su quest'ultimo".



In generale, alla *vis expansiva* della trasparenza, capace di superare le ordinarie preclusioni che si frappongono alla conoscibilità degli atti amministrativi, si accompagna – soprattutto in caso di dati sensibilissimi - un onere aggravato sul piano probatorio, nel senso che grava sulla parte interessata il dovere di dimostrare (concretamente) che il documento al quale intende accedere è necessario (o, addirittura, strettamente indispensabile se concerne dati sensibili o giudiziari) per la cura o la difesa dei propri interessi.

Questo vale in caso di accesso ai sensi della l. n. 241/1990 – in cui l’istanza di chi agisce deve essere motivata e rappresentare l’interesse diretto, concreto e attuale all’ostensione – ma anche (sebbene in termini differenti) nelle ipotesi di accesso civico regolate dal d.lgs. n. 33/2013.

Anche l’accesso civico, in quanto tale limitato alle categorie di dati soggetti a obblighi di pubblicazione, può riguardare atti contenenti dati personali.

Tuttavia, in questi casi, è la legge che ha operato una scelta a monte riguardo la diffusione dell’informazione: l’amministrazione, quindi, non dovrà effettuare alcuna valutazione, dovendo soltanto verificare che il dato o atto richiesto rientri o meno in un obbligo di pubblicazione.

È infatti il legislatore che ha effettuato il bilanciamento tra accesso e riservatezza, imponendo precisi doveri di trasparenza. L’accoglimento della richiesta di accesso, come già detto in altre pagine, si traduce nella pubblicazione dell’atto o dato mancante sul sito istituzionale (e nell’indicazione al richiedente del relativo collegamento ipertestuale).

Nei casi di pubblicazione “facoltativa” di atti contenenti dati personali, invece, il comma 3 dell’articolo 7 *bis* d.lgs. n. 33/2013 impone l’anonimizzazione degli stessi, proprio perché non sussiste (a monte) la scelta (operata da una norma) su quale dei due interessi in “contesa” debba, in concreto, prevalere.

In ogni caso, anche rispetto agli obblighi di pubblicazione, qualora gli stessi non abbiano a oggetto specificamente il dato personale ma un atto o un documento



complessivo, vige il criterio generale per cui le pubbliche amministrazioni provvedono a rendere non intelligibili i dati personali non pertinenti o, se sensibili o giudiziari, non indispensabili rispetto alle specifiche finalità della trasparenza (articolo 7 *bis*, comma 4 d.lgs. n. 33/2013).

Nell'accesso civico generalizzato, invece, il rapporto tra libertà di informazione e protezione dei dati personali si contraddistingue, a differenza delle altre forme di accesso, per la prevalenza della tutela dei dati personali e quindi della riservatezza a scapito della trasparenza.

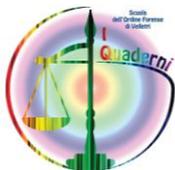
L'articolo 5 *bis*, come visto nelle pagine precedenti, prevede, infatti, che la richiesta di accesso debba essere rifiutata *“se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia [...]”* (articolo 5 *bis*, comma 2, lett. a d.lgs. n. 33/2013).

Questo limite opera in modo ambivalente: da una parte, esso fa riferimento alla tutela dei dati personali nel loro complesso, senza distinzione tra sottocategorie, così determinando una restrizione significativa dell'operatività dell'accesso; dall'altra parte, però, la limitazione viene ammessa solamente se l'ostensione possa comportare un pregiudizio concreto alla protezione dei suddetti dati.

Nelle linee guida ANAC sul FOIA del 2016 (relative ai casi di esclusione e ai limiti all'accesso civico) è indicato che *“con riferimento alle istanze di accesso generalizzato aventi ad oggetto dati e documenti relativi a dati personali, l'ente destinatario dell'istanza deve valutare se la conoscenza da parte di chiunque del dato personale richiesto arreca (o possa arrecare) un pregiudizio concreto alla protezione dei dati personali [...]”*⁴⁸.

La ritenuta sussistenza di tale pregiudizio comporta, così, il rigetto dell'istanza, a meno che non si consideri di poterla accogliere oscurando i dati personali presenti e le

⁴⁸Determinazione n. 1309/2016, cit., 21.



altre informazioni suscettibili di consentire l'identificazione, anche indiretta, del soggetto interessato (in ogni caso è fatto salvo il potere di differimento dell'accesso).

La fattispecie dell'accesso civico generalizzato è quindi (almeno tendenzialmente) recessiva rispetto alla tutela della *privacy*.

Tale inversione di tendenza, rispetto alle altre discipline esaminate (accesso documentale e accesso civico), si giustifica verosimilmente in ragione della portata molto ampia dell'accesso generalizzato: in questi casi, infatti, la domanda può provenire da parte di chiunque e avere a oggetto atti ulteriori rispetto a quelli per cui sussistono obblighi di pubblicazione.

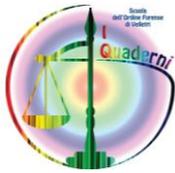
Non dover dimostrare alcuna posizione soggettiva degna di tutela (e non dover in linea di principio neppure motivare l'istanza) pone un evidente problema di salvaguardia verso possibili abusi nell'uso dello strumento. Da qui, il ruolo (delicato) di analisi dell'istanza che spetta, innanzitutto, all'amministrazione, la quale dovrà riscontrare e ponderare la presenza di un eventuale pericolo derivante dalla ostensione dei dati personali del terzo.

In caso di rischi, effettuato il necessario bilanciamento (tra diritto all'accesso e diritto alla riservatezza), questa dovrà rigettare la richiesta se il pericolo di un pregiudizio per i dati del controinteressato (a cui potrebbe derivare un danno da risarcire) supera i benefici della trasparenza⁴⁹.

12. *In particolare: l'accesso ai dati "sensibilissimi".*

Le informazioni sullo stato di salute (e sulla vita sessuale) rappresentano le fattispecie più stringenti in rapporto alla disciplina sulla trasparenza.

⁴⁹ La cui finalità resta comunque ancorata al portato dell'articolo 5, comma 2 d.lgs. n. 33/2013: controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali, sull'uso delle risorse pubbliche e promozione della partecipazione al dibattito pubblico.



In linea di principio, i dati idonei a rivelare lo stato di salute della persona possono essere comunicati solo all'interessato e lo stesso vale per i documenti sulla sfera sessuale.

Questi dati possono essere comunicati a terzi soltanto in presenza di idonei presupposti giuridici (e con i limiti stabiliti agli articoli 59 e 60 Codice in materia di protezione dei dati personali), previo consenso del titolare del dato (consenso che può desumersi anche dalla mancata opposizione alla richiesta di ostensione) o su delega dello stesso.

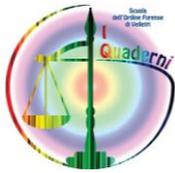
La normativa, in particolare, vieta l'accesso e la diffusione di informazioni idonee a rivelare lo stato di salute (o la sfera sessuale) degli interessati, dati che considero sensibilissimi (sui divieti, si v. quanto stabilito dalla l. n. 241/1990 sull'accesso documentale e dall'articolo 5 *bis* d.lgs. n. 33/2013 per le ipotesi di accesso civico; sul divieto di diffusione dei dati si v. articolo 2 *septies*, comma 8 e articolo 166, comma 2 d.lgs. n. 196/2003; si cfr. pure l'articolo 7 *bis*, comma 6 d.lgs. n. 33/2013).

Il Garante per la protezione dei dati personali, con provvedimento del 27 gennaio 2021⁵⁰, ha evidenziato come questi dati - in caso di accesso - debbano essere comunque trattati: “...in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato” e, pertanto, essere: “...adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati”⁵¹.

In caso di dati sanitari (ma anche di dati attinenti la sfera sessuale), il rapporto tra accesso e riservatezza esprime (sempre) il principio del “pari rango”, chiarendo in modo inequivoco che, in tali ipotesi, la trasparenza può essere consentita soltanto se, in seguito a una operazione di bilanciamento di interessi, la situazione giuridica

⁵⁰ Provvedimento n. 9549143.

⁵¹ A tal proposito, si v. articolo 5, par. 1, lett. a) e c) Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016. Per un commento a tale Regolamento, si rinvia a E. D'ALTERIO, *Protezione dei dati personali e accesso amministrativo: alla ricerca dell'“ordine segreto”*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 1, 9 ss.



rilevante, sottesa al diritto di accesso, sia considerata di importanza almeno pari al diritto alla riservatezza della sfera della salute o sessuale dell'interessato.

Una simile comparazione tra diverse se non opposte esigenze (accesso e riservatezza nei confronti di dati sensibilissimi) va dunque effettuata non in astratto, bensì in concreto, sulla base dei principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza.

Assume valenza centrale, quindi, la questione dell'assolvimento dell'onere probatorio gravante sul soggetto istante. Costui dovrà rispettare (nel palesare il suo interesse all'ostensione) il principio del "pari rango" ed dimostrare l'indispensabilità dell'accesso per la tutela dei propri interessi giuridici.

Su quest'ultimo aspetto, la parte dovrà fornire la prova della stretta necessità e indispensabilità del dato che chiede di conoscere rispetto all'interesse oggetto di tutela: l'accesso viene interpretato, in questi casi, quale "*extrema ratio*", riducendo quindi gli spazi di trasparenza dell'azione amministrativa⁵².

Se mettiamo in correlazione queste brevi considerazioni con la tipologia di strumenti che l'ordinamento ha predisposto per garantire l'accesso agli atti, è agevole comprendere come l'unico mezzo effettivamente utilizzabile per conoscere i dati sulla salute (e sulla sfera sessuale) sia l'accesso documentale ai sensi della l. n. 241/1990, il quale (non a caso) può essere attivato solamente con un'istanza motivata che dimostri l'interesse diretto, concreto e attuale dell'istante.

Quindi, non l'accesso civico, perché in questi casi non sussiste un dovere di pubblicazione stabilito dalla legge, il quale è anzi impedito espressamente dalle ipotesi di esclusione disciplinate dal d.lgs. n. 33/2013 (articolo 5 *bis*).

E neppure l'accesso civico generalizzato, in quanto le finalità teleologiche espresse dal comma 2 dell'articolo 5 d.lgs. n. 33/2013 (favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali, sull'utilizzo delle risorse pubbliche, promuovere la partecipazione al dibattito pubblico) non appaiono certamente di "pari

⁵² Così T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *quater*, 16 aprile 2020, n. 3985. Si cfr. pure Cons. Stato, sez. III, 21 dicembre 2017, n. 6011.



rango” rispetto al contenuto personale e riservato tipico delle informazioni pertinenti la sfera della salute o quella sessuale.

Qualora configurabile - in ipotesi - un accesso civico generalizzato a dati sensibilissimi (solo se funzionale alla realizzazione degli interessi collettivi sopra indicati), fermo il divieto di diffusione per le informazioni suscettibili di recare pregiudizio a terzi (articolo 7 *bis*, comma 6 d.lgs. n. 33/2013), sarà necessario rendere i dati in forma anonima, così da non poterli attribuire a persone definite. Inoltre, le informazioni dovranno essere trattate in modo lecito, corretto e limitatamente a quanto strettamente necessario rispetto alle finalità per cui si è ottenuto l’accesso.

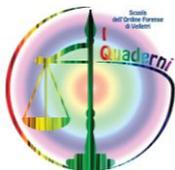
13. Segue: accesso agli atti e gare per l’affidamento di contratti pubblici.

Nella dimensione della contrattualistica pubblica, la trasparenza è funzionale - principalmente - all’attuazione del diritto a proporre un ricorso efficace avverso le scelte della stazione appaltante, qualora l’operatore economico le ritenga non orientate al perseguimento del pubblico interesse o comunque illegittime.

Per fare ciò, egli deve essere in grado di avere accesso alle informazioni, pertinenti pure le offerte degli altri concorrenti, che gli consentano di formulare censure e richieste.

Nel d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) sono due le norme che si occupano di trasparenza.

L’articolo 29, rubricato “principi in materia di trasparenza”, ha ampliato il novero degli atti accessibili già previsto dal d.lgs. n. 33/2013, prevedendo che “tutti gli atti” delle stazioni appaltanti, anche quelli relativi alla programmazione, alle procedure di affidamento e l’esecuzione, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del



committente, nella sezione amministrazione trasparente, con l'applicazione delle disposizioni di cui al detto decreto legislativo del 2013⁵³.

L'altro caposaldo in materia di accesso è l'articolo 53 d.lgs. n. 50/2016, il quale stabilisce che – salvo quanto previsto dal Codice – il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici è regolato dalla l. n. 241/1990⁵⁴.

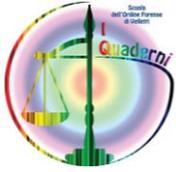
Quest'ultimo articolo, al comma 2, dispone una serie di differimenti dell'accesso agli atti, in ragione della salvaguardia della correttezza della procedura di gara (e della parità tra concorrenti), per le richieste di ostensione che intervengano durante lo svolgimento dell'evidenza pubblica.

Al comma 3, invece, stabilisce una serie di esclusioni al diritto di accesso (e a ogni forma di divulgazione) in relazione: a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali; b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del Codice dei contratti pubblici per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti; c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale.

Infine, la disposizione, al comma 6, prevede che comunque, per ragioni di difesa in giudizio emerse in relazione alla procedura di affidamento del contratto, è consentito

⁵³Per un commento a questa disposizione si v. il testo di S. USAI, *Il RUP negli appalti*, Santarcangelo di Romagna, 2018, 179 ss.

⁵⁴ Per un commento alla norma, si v. S. FANTINI – H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2022, 99 ss. Si v. pure B. NAPPI, *commento all'art. 53*, in R. GAROFOLI - G. FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, I, Molfetta, 2017, 931.



al concorrente l'accesso alle informazioni fornite (da un altro operatore) nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima⁵⁵.

Nella contrattualistica pubblica, come si può notare, gli strumenti messi a disposizione dal legislatore per favorire la trasparenza si compenetrano tra loro.

Da un lato, si ammette la piena conoscibilità dell'attività di acquisizione di lavori, servizi e forniture, garantita dalle norme sull'accesso civico "semplice" e generalizzato (articolo 29), dall'altro, invece, si ritrovano - per la singola gara - le limitazioni dell'articolo 53, norma che richiama l'applicazione della disciplina sull'accesso documentale con i conseguenti doveri di motivazione dell'istanza e rappresentazione dell'interesse (diretto, concreto e attuale) all'ostensione.

Tale compenetrazione tra strumenti di trasparenza ha provocato, in alcuni casi, delle incertezze, dubbi che la giurisprudenza è stata chiamata a comporre.

In particolare, ci si è interrogati sull'applicabilità - agli atti delle singole procedure di gara (non solo all'attività contrattuale condotta in generale dalla pubblica amministrazione) - (anche) della disciplina relativa all'accesso civico generalizzato. Dunque, sulla possibilità di riconoscere non solo il "need to know" legittimante l'accesso documentale, ma anche il "right to know" proprio dell'accesso civico generalizzato.

A questi dubbi ha risposto l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 10/2020, cit., di cui sono stati riportati alcuni passi (relativi al tratto "sistematico" della trasparenza amministrativa) già nel precedente paragrafo 9.

Il Consesso ha riconosciuto l'applicabilità - alle singole procedure di gara - (anche) dell'accesso civico generalizzato e non solo delle norme sull'accesso documentale.

⁵⁵ La giurisprudenza ritiene, in tal caso, che per esercitare il diritto di accesso sia necessario dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da intendersi quale stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio: così Cons. Stato, sez. VI, 26 ottobre 2020, n. 6463.



Secondo il giudice, il rapporto intercorrente tra le singole discipline dettate dal legislatore in materia di accesso, sia a livello generale che a livello settoriale, non può essere interpretato in maniera astratta, seguendo esclusivamente un criterio di specialità e, quindi, di esclusione reciproca, ma deve, al contrario, essere interpretato secondo un canone ermeneutico di completamento e di inclusione.

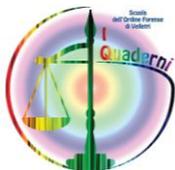
Il mero richiamo alla disciplina dell'accesso documentale, prosegue il Consiglio di Stato, non deve essere, pertanto, inteso come ragione per sottrarre all'accesso civico generalizzato un'intera materia come quella degli appalti, né tantomeno tale sottrazione *tout court* potrebbe essere invocata sulla base del mero richiamo a ipotesi in cui l'accesso sarebbe subordinato a specifici limiti, condizioni o modalità per il suo esercizio (come in effetti avviene in base all'articolo 53 Codice).

L'accesso civico generalizzato, secondo il Consiglio di Stato, risponde ai principi dell'ordinamento in materia di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa e di partecipazione diffusa dei cittadini alla gestione della "cosa pubblica".

Pertanto, per la Plenaria, l'accesso civico generalizzato non potrà che operare di diritto anche nei confronti delle singole gare, una volta venute meno le condizioni, le modalità e i limiti disposti dal legislatore all'ostensione di un dato documento. Pure in queste ipotesi potrà esercitarsi una forma di accesso "diffuso", volto a conoscere contenuti e caratteristiche dello specifico affidamento.

Naturalmente, aggiungiamo noi, ciò potrà avvenire solo dopo l'aggiudicazione della gara, quindi a partire dalla fase esecutiva del rapporto, sempre ammesso che l'accesso civico generalizzato risulti funzionale alla realizzazione delle finalità dello strumento e non costituisca, invece, la scorciatoia per far apprendere (a un operatore concorrente) informazioni che viceversa potrebbe ricevere solamente dopo il "vaglio" imposto dall'accesso ai sensi della l. n. 241/1990⁵⁶.

⁵⁶ A tal proposito, la Corte di giustizia UE ha evidenziato che: *"l'articolo 1, paragrafo 1, quarto comma, e l'articolo 1, paragrafi 3 e 5, della direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 2014/23, nonché l'articolo 21 della direttiva 2014/24, letto alla luce del principio generale di diritto dell'Unione di buona amministrazione, devono essere interpretati nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice, (Continua a pagina successiva)*



14. Conclusioni: cosa c'è di nuovo?

Arrivati alla conclusione di questo saggio, dobbiamo chiederci se c'è qualcosa di nuovo nella disciplina della trasparenza.

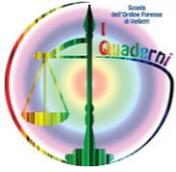
Ormai completato il quadro degli strumenti destinati a far conoscere l'attività delle amministrazioni pubbliche- a realizzare la “casa di vetro” della P.A. - è necessario argomentare su eventuali aspetti degni di nota.

In questa sede, il profilo più importante che possiamo evidenziare (e che emerge grazie al ruolo costante della giurisprudenza) è il confronto serrato tra valori costituzionali, dialogo che ormai da qualche anno anima “sotto traccia” il tema della trasparenza.

Si tratta delle norme e dei principi destinati, da un lato, a garantire il buon andamento della macchina burocratica (articolo 97) e, dall'altro, a tutelare la riservatezza delle persone, i diritti inviolabili (nel nostro caso, il riferimento è principalmente agli articoli 2, 13-15 e 21 Costituzione), i valori “nuovi” come la tutela ambientale (articolo 9 Costituzione) e quelli sempre “verdi” della concorrenza e della libertà di iniziativa economica privata⁵⁷.

*alla quale un operatore economico abbia presentato una richiesta di comunicazione delle informazioni considerate riservate contenute nell'offerta di un concorrente al quale è stato aggiudicato l'appalto, non è tenuta a comunicare tali informazioni qualora la loro trasmissione comporti una violazione delle norme del diritto dell'Unione relative alla tutela delle informazioni riservate, e questo anche nel caso in cui la richiesta dell'operatore economico sia presentata nell'ambito di un ricorso di tale medesimo operatore vertente sulla legittimità della valutazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dell'offerta del concorrente. Qualora rifiuti di trasmettere tali informazioni o qualora, opponendo un siffatto rifiuto, respinga il ricorso amministrativo presentato da un operatore economico in merito alla legittimità della valutazione dell'offerta del concorrente interessato, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a effettuare un bilanciamento tra il diritto del richiedente a una buona amministrazione e il diritto del concorrente alla tutela delle sue informazioni riservate in modo che la sua decisione di rifiuto o la sua decisione di rigetto siano motivate e il diritto ad un ricorso efficace di cui beneficia un offerente escluso non venga privato di effetto utile” (Corte di giustizia UE, grande sez., 7 settembre 2021, causa C-927/19). Per un commento a questa sentenza, S. VITALI, *Trasparenza amministrativa ed accesso agli atti riservati nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Urb. app.*, 2022, 1, 42 ss.*

⁵⁷ Articolo 9 Costituzione: “*La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali*”. La libertà di iniziativa economica è sancita (Continua a pagina successiva)

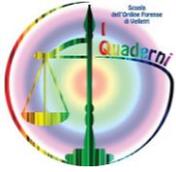


La questione, di stretta attualità, riguarda la prevalenza (o meno) degli “interessi” (apparentemente) individuali (cui si legano alcuni dei principi sopra indicati) rispetto agli “interessi” di tutti (e cioè collettivi, istituzionali, ecc.), ai quali si legano disposizioni come l’articolo 9 appena citato.

Di esempi, in materia, se ne potrebbero fare molti.

Qui basta dire solo che il fenomeno non è nuovo, perché si accompagna a quella corrente di pensiero (messa in pratica anche dal legislatore), la quale nega l’esistenza di una gerarchia “astratta e statica” di valori costituzionalmente garantiti, in forza - invece - di una tutela “sistematica e dinamica” che tenga conto, cioè, di tutti gli interessi antagonisti.

dall’articolo 41 Costituzione, mentre la tutela della concorrenza è ricavabile, oltre che dall’articolo 41, cit., dalla formulazione dell’articolo 117, comma 2, lett. e Costituzione dopo la riforma del 2001. Sul problema, in particolare, del mercato nella Costituzione, G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in “*Quaderni Costituzionali*”, 1992, I, 7; A. PACE, *L’iniziativa economica privata come diritto di libertà. Implicazioni teoriche e pratiche*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, vol. II, Milano, 1992, 1593; G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 4/1, 509-533. Sulla disciplina del mercato e della concorrenza, G. AMATO, *Corte costituzionale e Concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2017, 3, 425-434. Invece, sulla Costituzione in generale, si rinvia a: A. AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948; V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; P. CALAMANDREI - A. LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1960. M. AINIS, *Diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2000. N. IRTI, *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova costituzione economica)*, in *Giur. It.*, 1997, 6, 1022 ss. spiega che: “*La libertà d’iniziativa economica non contiene in sé il principio di concorrenza. La libertà - chiarisco con una metafora - è una figura verticale; la concorrenza, una figura orizzontale. L’una indica sfere di azione, protette contro lo Stato; l’altra indica rapporti tra imprenditori, cioè tra soggetti che esercitano, od hanno esercitato, la libertà d’iniziativa economica. Né varrebbe replicare che eguali libertà d’iniziativa economica fanno la concorrenza, poiché l’eguaglianza esprime un’identica protezione verso lo Stato, ma nulla dice circa i rapporti tra coloro che esercitano la libertà. Il vero è che la Carta repubblicana ignora l’economia di mercato, e, dunque, non contempla né relazioni vicendevoli tra imprenditori né relazioni tra imprenditori e consumatori. «Non a caso - ha notato Giuliano Amato - il monopolio non è visto come un male in sé, ma come un male solo in quanto privato, giacché, ove esso vi sia, l’unico rimedio che la Costituzione prevede è quello di renderlo pubblico». Allo sguardo dei «padri fondatori» la concorrenza doveva apparire un affare privato, per il quale era utilizzabile il codice civile: ossia la disciplina degli atti di concorrenza sleale, dettata dagli artt. 2598-2601. Ed anche al codice civile, che regola l’efficacia delle condizioni generali di contratto, venivano lasciati i rapporti tra imprenditori e consumatori. Il mercato non riceve né garanzie né tutele costituzionali; esso, quando c’è, viene consegnato alla disciplina del codice civile. Ad un regime, normativamente inferiore, che non tocca la concezione organica dell’economia nazionale. Il diritto della concorrenza e degli scambi appare, appunto, come un diritto privato, immeritevole di sostegno e di protezione costituzionale”.*



Il punto di equilibrio, tra questi valori, non risulta stabilito in anticipo, ma è rimesso al bilanciamento (al c.d. “*fair balance*”) del legislatore, della pubblica amministrazione e, in sede di controllo, del giudice in base ai criteri di proporzionalità e di ragionevolezza⁵⁸.

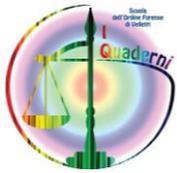
Per la pubblica amministrazione, il problema attiene ai limiti che può incontrare la comparazione (qualitativa e quantitativa) degli interessi pubblici, privati e collettivi concorrenti in una determinata “situazione sociale oggettiva” (si pensi all’esigenza di conoscere, da parte dei cittadini, il contenuto dei dati su cui si andranno a costruire le future politiche contro i cambiamenti climatici)⁵⁹, il cui raffronto è imposto dalla circostanza che un determinato interesse (pubblico o privato) non esiste mai isolato nel mondo ed è mutevole nel tempo.

Diverso, invece, è il ruolo del giudice.

Leggendo e studiando la materia della trasparenza (e le decisioni delle corti che nel tempo hanno contribuito a indagare i punti oscuri della disciplina e a colmare le lacune del dato normativo), si torna al tema – sempre incalzante – della c.d. tripolarità

⁵⁸ Sul tema del bilanciamento, si cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 1 ss.; R. ROMBOLI, *Il significato essenziale per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti e libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti*, in V. ANGIOLINI, *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 215. Si v. anche A. PIZZORUSSO, *Ragionevolezza e razionalità nella creazione e nell’applicazione della legge*, in M. LA TORRE - A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 55. A. MORRONE, *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *annali Enc. dir.*, Milano, 2008, II, 185 ss.; A. CERVATI, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e “bilanciamento” tra valori costituzionali*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici* (atti del Seminario di Roma, 13-14 ottobre 1992), Milano, 1992, 55 ss. Si v. pure quanto riportato da G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2006, 1. Per l’indagine relativa a una fattispecie concreta sia consentito rinviare a S. MENTO, *Società strumentali e tutela della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 4, 412-417. Invece, sulla ragionevolezza come limite all’autonomia privata che «regola comportamenti» si v. S. TROIANO, (voce) *Ragionevolezza (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2013, 798.

⁵⁹S. CASSESE, voce *Massimo Severo Giannini*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII – XX Secolo)*, Bologna, 2013, 985.



del giudice⁶⁰, al suo ruolo di guida della società e di “*rule-maker*” (con una funzione di supplenza nei riguardi della politica).

La materia della trasparenza, in tal senso, è un buon settore di indagine, perché le questioni si pongono senza filtri. Appare subito evidente il conflitto tra norme e valori costituzionali che si agita dietro (e al di sotto) le disposizioni e la loro applicazione. E appare subito chiaro il ruolo creativo e di mediazione del giudice: coprire le lacune delle norme e – allo stesso tempo – mediare e poi selezionare quale tra i principi (costituzionali) in contesa debba prevalere.

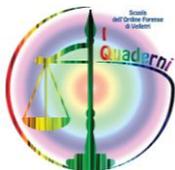
Si pensi ai confini dell’accesso civico generalizzato.

Da strumento concepito (e destinato) a favorire la trasparenza, ma per realizzare interessi collettivi dei cittadini, in alcune materie (come la contrattualistica pubblica) corre il rischio di divenire mezzo per la tutela di posizioni individuali, del singolo operatore economico, che invoca l’accesso per apprendere informazioni da utilizzare al fine di contestare, ad esempio, l’esecuzione di un contratto pubblico (si v. le considerazioni dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 10/2020, cit.).

Così, però, prevale l’interesse del singolo – la tutela della (propria) libertà di iniziativa economica (articolo 41 Costituzione) – rispetto ai valori di buon andamento e riservatezza attuati nella codificazione delle ipotesi legittimanti ed escludenti l’accesso civico.

Ancora, si pensi all’istanza di accesso documentale per consentire – a un operatore privato – di conoscere i dati di un terzo (anche sensibili) per finalità legate all’esito di un proprio procedimento (interno) di valutazione e liquidazione di un sinistro⁶¹.

⁶⁰ In generale, sul tema della “tripolarità” del giudice, S. CASSESE, *Il contributo dei giudici allo sviluppo del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, 342, il quale evidenzia: “*Lo svolgimento di un ruolo creativo del diritto da parte del giudice amministrativo produce tensioni duplici, con la pubblica amministrazione e con il Parlamento. Si stabilisce una tripolarità ignota a Montesquieu e non prevista dai moderni ordinamenti democratici. Nei confronti della pubblica amministrazione, un giudice - legislatore finisce per svolgere un duplice ruolo: non solo arbitro di controversie tra cittadino e amministrazione, ma anche regolatore/guida*”.

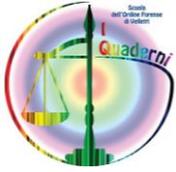


In questo caso, è evidente la recessività della tutela della riservatezza (e quindi dei valori che esprime l'articolo 2 Costituzione) rispetto, ancora una volta, alla tutela economica dell'impresa (a cui lo strumento dell'accesso serve, in ultima analisi, per comprendere se ha interesse e convenienza a pagare per un sinistro eventualmente dubbio o inesistente).

Nella fattispecie, l'accesso ai documenti amministrativi non costituisce "rilevante finalità di pubblico interesse", né appare volto a "favorire la partecipazione" del privato all'attività dell'amministrazione, né ad "assicurarne l'imparzialità e la trasparenza" dell'attività e delle decisioni della burocrazia (articolo 22, comma 2 l. n. 241).

Lungi dall'essere destinato alla tutela (procedimentale/processuale) del privato nei confronti della P.A., l'accesso, in questo caso, è impiegato per un uso "personale" (o meglio, privatistico), così da alterare – nella misura in cui "aggira" gli strumenti tipici di regolazione delle questioni tra privati – (anche) la parità processuale delle parti, garantita innanzitutto dalla valutazione del magistrato (su tali profili, si v. le interessanti valutazioni di Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2020, n. 890).

⁶¹ In tal senso, si v. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *quater*, 11 novembre 2021, n. 11620, secondo cui: "gli istituti assicurativi sono senz'altro titolari di un interesse diretto, concreto ed attuale rispetto ai documenti in questione che hanno il solo scopo di consentire la verifica della veridicità dell'evento dannoso che ha coinvolto la persona danneggiata che chiede il risarcimento del danno. A tale interesse si lega anche quello mutualistico a che eventuali frodi assicurative non comportino una lievitazione dei premi in danno di tutti gli altri assicurati. Ed infatti, come affermato dalla giurisprudenza simili organismi societari coltivano un determinato interesse "strumentale a tutelare l'interesse assicurativo (dunque sia riferibile alla società in senso stretto, che alla collettività nel suo complesso) e il diritto di difesa a esso connesso ai sensi dell'art. 24 della Costituzione" (cfr. TAR Lecce, sez. II, 31 gennaio 2020, n.108)". Sul piano della comparazione tra interesse ostensivo e tutela del terzo, invece: "va seguito quel dato orientamento secondo cui se il diritto di accesso nei confronti delle società assicurative da parte dei contraenti e dei danneggiati (cfr. art. 147 del codice delle assicurazioni), a contrario deve esserlo quello dell'istituto assicurativo nei confronti del danneggiato (cfr. TAR Puglia, sez. I, 13 novembre 2020, n. 1442; 26 ottobre 2020, n. 1334). A ciò si aggiunga che l'accesso chiesto dalla Società ricorrente «è strumentale ad ottenere la corretta ricostruzione di fatti e non già a conseguire la conoscenza di dati sensibili, i quali in ogni caso restano protetti nell'ipotesi in cui – pur nel contesto della difesa in sede giudiziaria, costituzionalmente garantita – riguardino lo stato di salute o la vita sessuale dell'interessato» (cfr. TAR Puglia, sez. I, 13 novembre 2020, n. 1442; 26 ottobre 2020, n. 1334, cit.)".



Ecco, in definitiva, qual è la questione (ma forse sarebbe meglio dire la necessità) più attuale e “nuova” della disciplina della trasparenza: osservare, analizzare e comprendere come i giudici - anche in virtù delle ultime riforme costituzionali e delle emergenze che riguardano il nostro tempo - stanno operando sui valori e principi della Carta del 1948 sottesi alla materia e in “competizione” tra loro.

Non si tratta, si noti, di un esercizio puramente teorico.

Da questa analisi potranno comprendersi due aspetti: dove sta andando la trasparenza e cioè quali valori (in futuro) dobbiamo aspettarci che prevarranno rispetto al passato (percorso che ovviamente andrà a modulare anche il funzionamento dei singoli istituti); quali saranno le prossime aree di intervento del legislatore in questo importante segmento del rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione⁶².

⁶²G.F. PULIZZI, *Tendenze e controtendenze in materia di accesso civico generalizzato: riflessioni a margine della sentenza T.A.R. Lombardia, 17 agosto 2021, n. 1939*, in www.federalismi.it, 2022, 15, 190, pone un altro tema di indagine. Secondo l’Autrice, dagli: “*approdi cui sembrano essere pervenute la dottrina e la giurisprudenza più attente in materia, i diversi orientamenti che animano tutt’oggi la disciplina del diritto di accesso sembrano condurre, de iure condendo, verso l’esigenza di una riduzione e di una uniformazione degli strati della trasparenza, al fine di evitare che la diversità delle discipline e delle rationes sottese al diritto di accesso possano portare ad esiti interpretativi che limitino e non potenzino il livello di trasparenza. Sembrano quindi necessarie una più ampia e consapevole regolazione dell’istituto ed un ripensamento dello stesso sistema di trasparenza amministrativa, tramite una reductio ad unum delle scelte di valore compiute dal legislatore, con il precipuo obiettivo di garantire la piena ed effettiva soddisfazione del bisogno conoscitivo del richiedente e, proprio in tale prospettiva, di evitare i numerosi profili di incertezza che oggi ricadono sui cittadini, amministrazioni, giudici, e, ancor prima, sullo stesso legislatore. Diversamente operando – come il legislatore ha fatto sin dal 2013 e come è dimostrato dalle decisioni della giurisprudenza in materia – si rischierebbe una collisione interna al sistema e ancor di più uno svilimento della funzione stessa dell’istituto dell’accesso. Il legislatore, in altre parole, dovrebbe compiere una scelta di principio e, in particolare, una scelta improntata a garantire congiuntamente la tutela della dimensione individuale e di quella solidaristica*”.