



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DELLA TUSCIA DI VITERBO

DIPARTIMENTO DI STUDI LINGUISTICO-LETTERARI, STORICO-
FILOSOFICI E GIURIDICI

Dottorato di Ricerca
in
DIRITTO DEI MERCATI EUROPEI E GLOBALI. CRISI, DIRITTI E
REGOLAZIONE – Ciclo XXXI

La via italiana alla trasparenza:
dal “*need to know*” al “*right to know*”

Settore Scientifico Disciplinare IUS/10

Coordinatore del corso:

Prof. Carlo Sotis

Tutor:

Prof. Mario Savino

Dottorando:

Dott. Marco Vacirca

A.A. 2018/2019

A mia madre e a mia sorella

“The more strictly we are watched, the better we behave”

Manuscripts of Jeremy Bentham, Library of University College, London

Indice

Capitolo I: La normativa internazionale sul diritto all'informazione.....	6
Introduzione.....	6
1.1 Il <i>right to know</i> nel diritto internazionale generale	9
1.2 Il <i>right to know</i> a livello regionale: la Convenzione americana dei diritti dell'uomo e la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli.....	14
1.3 Il <i>right to know</i> nell'ambito della CEDU	18
1.4 La Convenzione del Consiglio d'Europa sul diritto di accesso (2009).....	36
1.5 Implicazioni della normativa internazionale per il diritto italiano.....	38
Capitolo II: Il diritto d'accesso nell'ordinamento dell'Unione europea.....	43
Introduzione.....	43
2.1 La normativa primaria fino al Trattato di Amsterdam - Diritto di accesso e trasparenza	44
2.2 L'art. 15, par. 3 TFUE, l'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali e la prassi delle istituzioni	47
2.3 L'applicazione giurisprudenziale	51
2.4 L'art. 255 CE.....	56
2.5 Il regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001	62
2.6 Il diritto vivente in materia di trasparenza	66
2.7 Il diritto di accesso e alla trasparenza dopo il Trattato di Lisbona.....	69
2.8 Trasparenza e processo decisionale.....	72
2.9 La "comunitarizzazione" della libertà di accesso ai documenti.	75
Capitolo III: L'evoluzione della trasparenza in Italia.....	79
Introduzione.....	79
3.1 La disciplina vigente prima della legge n. 241/90 sul procedimento amministrativo e la pubblicità degli atti.....	86
3.2 L'accesso ai documenti nella legge 241/90	93
3.3 Il diritto vivente in materia di accesso documentale e gli insoddisfacenti tentativi di riforma dell'istituto.....	101
3.4 Gli obblighi di pubblicazione e la prima forma di accesso "civico"	108
Capitolo IV: Il F.O.I.A. italiano	112
Introduzione.....	112
4.1 Dall'accesso civico "rimediale" all'accesso civico "generalizzato":.....	114
4.2 Le eccezioni "assolute" e "relative" all'accesso civico generalizzato	122
4.3 Le prime reazioni degli apparati amministrativi e della giurisprudenza all'emanazione del d. lgs. n. 97/2016.....	129
4.4 La gestione delle istanze d'accesso "massive"	137
4.5 La legittimità costituzionale della compressione della Privacy	141

4.6 Alcune osservazioni sul diritto vivente in via di formazione in materia di accesso civico generalizzato	148
4.7 Il delicato rapporto tra promozione della trasparenza e tutela della riservatezza	154
4.8 L'accesso agli atti dei concorsi pubblici.....	163
4.9 Le molte forme di accesso vigenti e i rimedi contro l'inerzia della p.a.	169
Capitolo V: I risultati della riforma e i suoi futuri sviluppi	177
Introduzione	177
5.1 Le complesse ragioni che minano l'attuazione della riforma	178
5.2 Le ragioni di natura strutturale.....	179
5.3 Le ragioni di natura ideologica	182
5.4 Le ragioni di natura normativa.....	186
5.5 I possibili rimedi	188
5.6 Ulteriori considerazioni – Il modello tedesco e quello spagnolo.....	191
5.8 Conclusioni	197
Bibliografia	203

Capitolo I: La normativa internazionale sul diritto all'informazione

Introduzione

Analizzare lo sviluppo del diritto internazionale in tale delicata materia consente non solo di verificare a quali obblighi l'ordinamento italiano sia soggetto in base, si vedrà, agli articoli 10, 11 e 117 Cost., ma anche di stimare l'impatto che la progressiva affermazione di un comune pensare sul diritto dei privati all'informazione ha prodotto sulla normativa nazionale.

Se non è infatti ancora possibile affermare l'esistenza di una norma di diritto internazionale consuetudinario in materia, si può comunque ravvisare la formazione di un peculiare tessuto normativo, poggiante su Dichiarazioni di organi internazionali, buone prassi degli Stati, giurisprudenza di varie Corti, che esula per la sua continuità e rilevanza dal mero ambito fattuale.

L'ordinamento italiano risente infatti, certamente, dei vincoli derivanti dal diritto dell'Unione Europea e, entro certi limiti, come si vedrà, dell'influenza della C.E.D.U., ma non si può ignorare come questi due ordinamenti abbiano risentito, a loro volta, dell'evoluzione della prassi delle Nazioni Unite e di altre Convenzioni a livello regionale, che risultavano originariamente più avanzate nella tutela del diritto all'informazione. Quest'ultime hanno infatti stimolato, in vario modo, l'adozione in ambito europeo di nuove disposizioni in tale delicata materia o hanno influenzato, comunque, l'interpretazione di quelle già vigenti. Del resto, si rileva sempre più, soprattutto in materia di diritti dell'uomo, una tutela "multilivello" che si esplica non solo nella pluralità delle sedi di garanzia offerta, ma anche nelle stesse modalità di configurazione dei vari diritti fondamentali. Quest'ultima è infatti il risultato della reciproca interazione delle varie fonti internazionali competenti, che traggono da tale costante contatto continuo arricchimento e chiarificazione¹.

Ciò assume particolare rilievo rispetto alla configurazione stessa del diritto all'informazione, che si manifesta, nei vari sistemi, in forme diverse, perseguendo, anche, diverse finalità. Peraltro, prima di esaminarne le varie accezioni, quali quelle che definiscono il diritto di accesso come

¹ In particolare, si vedrà come si sia passati dal riconoscimento di un diritto 'individuale' a ricercare informazioni, connesso principalmente alla libertà di stampa, ad un vero e proprio obbligo per gli Stati di promuovere, almeno in certi settori, il progressivo sviluppo della trasparenza amministrativa in favore dell'intera collettività.

declinazione del “right to know”² e del “right to the truth”³ appare necessario stabilire preliminarmente se la libertà di espressione e la libertà di informarsi costituiscano due diritti distinti, oppure due aspetti dello stesso diritto⁴.

Dall’esame di alcune convenzioni internazionali emerge, infatti, come la tutela della libertà di espressione implichi, di regola, il diritto a ‘ricevere le informazioni’, ma non sempre ricomprenda esplicitamente anche l’ulteriore, e diverso diritto a ‘ricercare le informazioni’. Le conseguenze sono evidenti: nel primo caso, il “*right to know*” (o “*to truth*”) deve essere espressamente contemplato a livello normativo e deve costituire oggetto di atti vincolanti per gli Stati membri; nel secondo, è invece sufficiente che lo Stato sia destinatario dell’obbligo di garantire la libertà di espressione per poter configurare anche l’ulteriore obbligo “strumentale” di consentire l’accesso alle informazioni detenute dai suoi apparati amministrativi.

Va inoltre evidenziato che, se si intendesse la libertà d’informarsi come diritto inscindibilmente connesso alla (o implicito nella) libertà di espressione, essa rientrerebbe tra i diritti c.d. “di prima generazione” (in quanto oggetto del Patto sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite e delle Convenzioni regionali sui diritti dell’uomo) ed il suo ambito di applicazione risulterebbe, praticamente, universale. Se infatti i diritti di terza o quarta generazione vengono generalmente intesi come diritti *in itinere*, la cui azionabilità dinnanzi ad organi giurisdizionali è spesso discussa (poiché contemplati dal c.d. “*soft law*” piuttosto che da norme espressamente vincolanti), i diritti di prima generazione sono invece generalmente tutelati in modo efficace sia sul piano interno, sia sul piano internazionale. Pertanto, ricondurre la libertà di informarsi nell’ambito della più ampia libertà di espressione garantirebbe una migliore tutela del diritto in questione. Questa possibilità trovava (fino a tempi recenti) un grave ostacolo nel dettato della C.E.D.U., il cui articolo 10, relativo alla libertà di espressione⁵, non menziona - non

² Originariamente il *right to know* concerneva il diritto ad accedere alle informazioni in materia ambientale. Al riguardo, si evidenzia che la Convenzione di *Aarhus*, entrata in vigore il 30 ottobre 2001, ha ad oggetto specificamente la promozione della trasparenza amministrativa in materia di tutela ambientale.

Con riferimento al trattamento privilegiato assicurato all’informazione ambientale nell’ambito del nostro ordinamento, tema che verrà approfondito nei seguenti capitoli, si rinvia al Dec. Lgs. 25 febbraio 1997, n. 39, emanato in attuazione della direttiva 90/313/Cee. Sulle peculiari caratteristiche di tale fattispecie di accesso, si vedano CHIEPPA R., GIOVAGNOLI R. (a cura di), *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, pag. 711 e ss.

³ Il *right to the truth* si è progressivamente sviluppato come diritto a conoscere la sorte delle persone scomparse per motivi politici negli Stati dell’America latina, e in seguito, nei processi di *rebuilding* della società civile successivi a rivoluzioni, genocidi e guerre civili.

⁴ Come noto, si riteneva tradizionalmente che la libertà di informazione (intesa in senso lato) dovesse essere espressamente prevista a livello convenzionale e non potesse considerarsi implicitamente tutelata a fronte del riconoscimento della libertà d’opinione.

⁵ Vedi l’art. 10.1 CEDU: “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 che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive.” (corsivo aggiunto).

per trascuratezza, ma per esplicita scelta politica⁶ – anche il diritto di cercare le informazioni. Tale discrasia tra le varie fonti internazionali sui diritti dell'uomo⁷, fonti rispetto alle quali la C.E.D.U. assume un ruolo evidentemente significativo, impediva sino ad ora di giungere ad una conclusione, se non univoca, quantomeno convincente in materia. Il recente *révirement* giurisprudenziale della Corte E.D.U.⁸ sembra aver fornito i presupposti per un allineamento della normativa internazionale in materia. La prassi degli organi di controllo si è in effetti orientata progressivamente, in materia di diritti dell'uomo, verso soluzioni interpretative che consentissero di supplire alle eventuali carenze del testo convenzionale: ciò ha consentito, con riferimento al peculiare diritto in questione, di configurare anche in ambito C.E.D.U. un'adeguata tutela del diritto a 'ricercare le informazioni'.

L'esame della normativa internazionale sul diritto all'informazione, sui suoi limiti, e sull'impatto che essa ha prodotto sul nostro ordinamento, si svolgerà analizzando, in primo luogo, il piano universale. In tal senso, al fine di trarre elementi atti a proporre l'esistenza, quantomeno, di un'ampia '*opinio iuris*' in materia, verranno fatti ampi riferimenti anche a due sistemi regionali che tale diritto espressamente contemplano: la Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo e la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli. Successivamente, l'analisi si concentrerà sulla C.E.D.U., che ha a lungo rappresentato un'anomalia rispetto ad altri sistemi convenzionali per quanto concerne il diritto a ricercare le informazioni, ma la cui giurisprudenza, come accennato, ha di recente accolto un'originale interpretazione del diritto all'informazione, sebbene con i limiti ben definiti di cui si dirà. La rilevanza di tale svolta si coglie soprattutto considerando che la giurisprudenza della Corte E.D.U. influenza anche l'interpretazione delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea di analogo tenore⁹: ne deriva

⁶ Vedi *infra*, par. 3.

⁷ L'art. 13 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo, rubricato "Libertà di pensiero e di espressione", stabilisce espressamente che "*This right includes freedom to seek, receive, and impart information*"; la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, invece, all'art. 9, garantisce in primo luogo il diritto all'informazione e solo nel secondo paragrafo la libertà di espressione stessa (vedi *infra* par. 2.). A livello universale, infine, l'art. 19, par. 2, del Patto internazionale delle Nazioni Unite sui Diritti civili e politici, prescrive che: "Ogni individuo ha il diritto alla libertà di espressione; tale diritto comprende la libertà di *cercare*, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni genere [...]".

⁸ In merito si segnala la recente sentenza del 30 novembre 2016 sul caso *Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria* che ha ravvisato per la prima volta il fondamento di tale diritto nell'art. 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, sancendo, conseguentemente, un vincolante obbligo di tutela per tutti i relativi Stati membri. La Corte ha ricavato in via interpretativa da tale disposizione della C.E.D.U. il divieto per le pubbliche amministrazioni di frapporre ostacoli ingiustificati alla diffusione di tutti quei dati che risultino utili per alimentare il dibattito pubblico, affermando "*la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee, senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche*". Prescindendo qui dalle argomentazioni svolte dalla Corte (su cui si tornerà in prosieguo), giova sottolineare come detta decisione abbia per certi aspetti sublimato il riconoscimento a livello internazionale del diritto di accedere alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni. I giudici di Strasburgo hanno infatti desunto da tale disposizione un obbligo di carattere proattivo per gli Stati aderenti alla Convenzione: sembra infatti che essi non debbano solo astenersi dal limitare l'accesso ai dati, ma che debbano anche adottare un regime di trasparenza amministrativa funzionale alla diffusione delle informazioni di rilevanza pubblica.

⁹ Vedi Art. 52 della Carta e Spiegazioni del *Praesidium*.

che le sue decisioni possono far sorgere obblighi conformativi sia nell'ordinamento eurounitario, sia negli ordinamenti interni degli Stati membri dell'U.E.¹⁰ L'esame del diritto dell'Unione europea in materia, in considerazione della sua incidenza sull'ordinamento italiano, sarà approfondito nel secondo Capitolo e la relativa analisi prenderà in considerazione sia il diritto primario, che quello secondario.

Come si cercherà di dimostrare, i motivi ispiratori alla base dei vari strumenti di diritto internazionale citati in ordine al diritto in oggetto sono diversi, così come sono diversi i contesti in cui le norme operano e le finalità che perseguono nel tutelare il *right to know*: ora la tutela delle vittime di violazioni di diritti umani, ora il mantenimento della pace, ora (ed è il caso europeo) lo sviluppo di un più consapevole controllo democratico sull'operato delle amministrazioni. Si può però individuare un comune denominatore nel riconoscimento in favore dell'individuo di un "diritto a sapere" inteso in senso ampio, come uno strumento essenziale per garantire la formazione e l'espressione delle proprie convinzioni.

1.1 Il *right to know* nel diritto internazionale generale

Uno dei primi atti che ha conferito alla libertà d'informazione una dimensione internazionale è stata la risoluzione dell'Assemblea Generale delle N.U. n. 59 del 14 dicembre 1946¹¹, che stabilì la convocazione di una specifica conferenza internazionale sull'argomento. Il preambolo della risoluzione qualificava la libertà d'informazione come diritto fondamentale dell'uomo e le attribuiva un ruolo primario per l'affermazione di tutte le libertà promosse dalle Nazioni Unite e per favorire la pace ed il progresso. La Conferenza internazionale di Ginevra, iniziata nel 1948, si concluse con l'adozione di alcuni progetti che ricomprendevano il diritto alla libertà di espressione tra i diritti fondamentali¹², qualificazione poi recepita dall'art. 19 della

¹⁰ Vedi la sentenza della Corte di Giustizia del 6 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, punti 17 e 19: "[...] l'ambito di applicazione della Carta, per quanto riguarda l'operato degli Stati membri, è definito all'articolo 51, paragrafo 1, della medesima, ai sensi del quale le disposizioni della Carta si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. [...] Da una costante giurisprudenza della Corte risulta infatti sostanzialmente che i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse. A tal proposito la Corte ha già ricordato che essa, per quanto riguarda la Carta, non può valutare una normativa nazionale che non si colloca nell'ambito del diritto dell'Unione. Per contro, una volta che una siffatta normativa rientra nell'ambito di applicazione di tale diritto, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa con i diritti fondamentali di cui essa garantisce il rispetto".

¹¹ In *Yearbook of the UN*, New York, 1946/7, pag. 176 ss. Sui contenuti di questa risoluzione, vedi CASTELLANETA M., *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, Bari, Cacucci, 2012, pag. 2 e ss.

¹² Fu adottata anche una risoluzione per istituire un Comitato che avrebbe dovuto elaborare una Convenzione sulla libertà di espressione (A/RES/426(V)) del 14 dicembre 1950, ma tale progetto è rimasto senza esito.

Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo approvata dall'Assemblea Generale il 10 dicembre 1948, che ne ha accolto una nozione ampia, comprensiva del diritto di cercare, oltre che di ricevere e diffondere, informazioni¹³.

Tuttavia, la prima affermazione a livello universale della libertà d'informazione in un atto di carattere vincolante si è avuta solo con il Patto sui diritti civili e politici del 1966. L'art. 19 di quest'ultimo riprende in larga parte il corrispondente diritto citato nella Dichiarazione¹⁴, prevedendo, però, delle esplicite restrizioni connesse al rispetto dei diritti o della reputazione altrui e alla salvaguardia della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della sanità o della morale pubblica. L'art. 19 non impone, peraltro, agli Stati espliciti obblighi positivi di agevolare l'estrinsecazione della libertà d'espressione e la libertà di informazione.

Di particolare interesse, inoltre, appare il *General Comment* n. 34, adottato il 21 luglio 2011, dal Comitato dei Diritti dell'uomo¹⁵. Rispetto al diritto all'informazione, esso ha dapprima asserito che: “*Article 19, paragraph 2 embraces a right of access to information held by public bodies. Such information includes records held by a public body, regardless of the form in which the information is stored, its source and the date of production. Public bodies are as indicated in paragraph 7 of this general comment. The designation of such bodies may also include other entities when such entities are carrying out public functions*”, e ha poi aggiunto che: “*To give effect to the right of access to information, States parties should proactively put in the public domain Government information of public interest. States parties should make every effort to ensure easy, prompt, effective and practical access to such information*”¹⁶. A questo ulteriore obbligo per gli Stati, di cui non vi era menzione nel precedente *Comment* del 1983¹⁷, il Comitato

¹³ Art. 19: “Ogni individuo ha il diritto alla libertà di opinione e di espressione, incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere”.

¹⁴ La tutela della libertà di espressione aveva ad oggetto, in questi primi atti a livello di Nazioni unite, soprattutto la libertà di stampa (vedi, ad esempio, CASTELLANETA M., *op. cit.*, pag. 61 e ss.). Ciò probabilmente è alla base dell'inserzione nella libertà di espressione del diritto a cercare le informazioni.

¹⁵ *Human Rights Committee*. 102nd session. Geneva, 11-29 July 2011. *General Comment* No. 34. Sull'argomento, vedi CASTELLANETA, *op. cit.*, pag. 4 e McDONAGH M., *The Right to Information in International Human Rights Law*, in *Human Rights Law Review*, 2013, pag. 25 e ss.

¹⁶ Il *Comment* prosegue affermando che: “States parties should also enact the necessary procedures, whereby one may gain access to information, such as by means of freedom of information legislation. The procedures should provide for the timely processing of requests for information according to clear rules that are compatible with the Covenant. Fees for requests for information should not be such as to constitute an unreasonable impediment to access to information. Authorities should provide reasons for any refusal to provide access to information. Arrangements should be put in place for appeals from refusals to provide access to information as well as in cases of failure to respond to request” (point 19).

¹⁷ Vedi *Human Rights Committee*, (Nineteenth session, 1983, Geneva, 29 June 1983, *General Comment*, *Freedom of expression (Article 19)*). Come noto, almeno in origine, i diritti di prima generazione venivano interpretati nel senso di comportare, per gli Stati, obblighi di carattere negativo, quali, in primo luogo, il divieto di impedirne l'esercizio. L'interpretazione è successivamente mutata, includendo, dapprima, l'obbligo per gli Stati stessi di tutelare, rispetto all'azione di altri individui, quanti si avvalsero dei diritti in questione, e poi quello di agire positivamente per facilitare e garantire i diritti stessi. Sulla necessità di adattare l'interpretazione dei diritti alle mutate condizioni storiche, vedi POCAR F., *Tutela dei diritti fondamentali e livelli di protezione nell'ordinamento*

aveva del resto fatto frequente riferimento a partire dal 1994¹⁸. Anche la Commissione delle Nazioni Unite per i diritti dell'uomo, del resto, ha raggiunto nel 1999, le medesime conclusioni, affermando che

*“everyone has the right to seek, receive and impart information and that this imposes a positive obligation on States to ensure access to information, particularly with regard to information held by Government in all types of storage and retrieval systems [...] subject only to such restrictions as referred to in article 19, paragraph 3, of the International Covenant on Civil and Political Rights”*¹⁹.

L'opera delle Nazioni Unite in materia di diritto di accesso alle informazioni non si è limitata all'adozione dell'art. 19 del Patto e al controllo da parte dei propri organi sulla sua attuazione.

Il diritto in questione, che ha come corollario l'obbligo per gli Stati di garantire e facilitare tale accesso, è infatti enunciato anche in altre due importanti Convenzioni, concluse sempre sotto l'egida dell'ONU: la Convenzione di Aarhus, firmata il 25 giugno 1998 ed entrata in vigore il 30 ottobre 2001²⁰ e la Convenzione di Merida del 9 ottobre 2004²¹. Va peraltro evidenziato che in tali atti il diritto di accesso all'informazione non è preso in considerazione di per sé, come avviene nell'art. 19 del Patto, ma come strumento funzionale al perseguimento di un altro valore: la tutela ambientale nel caso della Convenzione di Aarhus²² e la lotta contro la corruzione nell'ambito

internazionale, in *La tutela multilivello dei diritti, Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione. Atti del Convegno. Milano, 4 aprile 2003*. (a cura di BILANCIA P. e DE MARCO E.), Milano, pagg. 1 - 11, e CASTELLANETA M., *op. cit.*, pag. 7.

¹⁸ Vedi le *Concluding observations on Azerbaijan* (CCPR/C/79/Add.38 (1994)), cit. in *General Comment 34*, nota 39. Di particolare rilievo appare, poi, la decisione adottata in relazione al caso Toktakunov v Kyrgyzstan, Merits, CCPR/C/101/D/1470/2006 (2011); 18 IHRR 1039 (2011). “*The Committee found that the applicant’s Article 19 rights had been violated by the refusal of the Kyrgyzstan authorities to provide him with access to statistics on the imposition of death sentences in that jurisdiction.*” (MCDONAGH M., *op. cit.*, pag. 32). Sul ruolo svolto da questi ed altri organi delle Nazioni Unite per garantire il diritto di accesso alle informazioni, vedi anche KLAAREN J., *The Human Right to Information and Transparency*, in BIANCHI A., PETERS A. (a cura di), *Transparency in International Law*, Cambridge, 2013, 223 ss.

¹⁹ Vedi UN Doc. E/CN.4/1999/64, par. 12, riportata in MENDEL T., *Freedom of Information as an Internationally Protected Human Right*, <https://www.article19.org/pdfs/.../foi-as-an-international-right>. Questa conclusione era stata raggiunta nel Rapporto presentato dal Relatore speciale sulla libertà di opinione ed espressione, (Report of the Special Rapporteur, *Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, UN Doc. E/CN.4/1998/40, 28 January 1998, para. 14), approvato dalla Commissione (Resolution 1998/42, 17 April 1998, para. 2). Detto processo interpretativo ha portato, nel 2004, ad una Dichiarazione congiunta sulla libertà di espressione dei tre Relatori delle Nazioni Unite, dell'OSCE e dell'OSA (*Joint Declaration of 6 December 2004*): “*The right to access information held by public authorities is a fundamental human right which should be given effect at the national level through comprehensive legislation (for example Freedom of Information Acts) based on the principle of maximum disclosure, establishing a presumption that all information is accessible subject only to a narrow system of exceptions*”.

²⁰ Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention). Vedi in proposito MASON M., *Information Disclosure and Environmental Rights: The Aarhus Convention*, in www.mitpressjournals.org/doi/pdf/10.1162/GLEP_a_00012

²¹ Il testo della Convenzione contro la corruzione è stato approvato dall'Assemblea Generale il 31 ottobre 2004 (*Resolution 58/4 of 31 October 2003*) ed aperto alla firma a Merida, a partire dal 9 ottobre 2004. La Convenzione è poi entrata in vigore il 14 dicembre 2005.

²² Vedi l'Articolo 1, rubricato Finalité: “Per contribuire a tutelare il diritto di ogni persona, nelle generazioni presenti e future, a vivere in un ambiente atto ad assicurare la sua salute e il suo benessere, ciascuna Parte *garantisce il diritto*

della Convenzione di Merida²³. E' il rilievo del bene da tutelare, quindi, che implica (e conforma) il *right to know*, e i relativi obblighi per gli Stati. Parimenti, come si vedrà, si è assistito ad un'analoga evoluzione in diversi contesti in cui il dato informativo era percepito come strumento necessario per perseguire finalità considerate primarie.

Il *right to know*, appare oramai ampiamente tutelato in numerosi Paesi della comunità internazionale, sia a seguito del recepimento del Patto e delle convenzioni citati, sia per il condiviso ed autonomo riconoscimento della sua importanza, tanto da avere indotto taluni autori a parlare di diritto consuetudinario²⁴. Questa posizione è però minoritaria, in quanto manca spesso il necessario elemento soggettivo dell'*opinio iuris* e, del resto, non sembra che la prassi sia sufficiente a confermare questa soluzione²⁵: appare però significativo il fatto che la sua diffusa tutela abbia favorito la citata interpretazione evolutiva della C.E.D.U., consentendo di superare la mancanza di espressi riferimenti in tale Convenzione ad un diritto "*to seek information*".

Nell'ambito della tutela del diritto di accedere alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni è poi opportuno evidenziare il progressivo riconoscimento a livello universale del c.d. "*right to the truth*": mentre il *right to know*, come si è accennato, è volto principalmente a garantire un controllo democratico sull'azione governativa²⁶, il secondo mira invece a tutelare le vittime di crimini internazionali²⁷, e si è sviluppato nella

di accesso alle informazioni, di partecipazione del pubblico ai processi decisionali e di accesso alla giustizia in materia ambientale in conformità delle disposizioni della presente convenzione" (corsivo aggiunto).

²³ La corruzione può infatti essere combattuta anche attraverso la trasparenza dell'operato delle amministrazioni. Vedi l'art. 10 della Convenzione contro la corruzione, rubricato "Public reporting": "*Taking into account the need to combat corruption, each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, take such measures as may be necessary to enhance transparency in its public administration, including with regard to its organization, functioning and decision making processes, where appropriate. Such measures may include, inter alia: (a) Adopting procedures or regulations allowing members of the general public to obtain, where appropriate, information on the organization, functioning and decision-making processes of its public administration and, with due regard for the protection of privacy and personal data, on decisions and legal acts that concern members of the public; (b) Simplifying administrative procedures, where appropriate, in order to facilitate public access to the competent decision-making authorities; and (c) Publishing information, which may include periodic reports on the risks of corruption in its public administration*" (corsivo aggiunto).

²⁴ Vedi, ad esempio, con riferimento alla libertà di informazione dei giornalisti, CASTELLANETA M., *op. cit.*, pag. 65 e ss.; più in generale, PINTO R., *La liberté d'information et d'opinion et le droit international*, Parigi, 1984, pag. 11 e ss. e MENDEL T., *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey (UNESCO)*, Parigi, 2nd ed. 2008, pag. 3 e ss.

²⁵ Va però considerato l'aumento significativo, in 20 anni, dei Paesi che si sono dotati di un regime di *Freedom of Information*: dai 13 del 1990, agli oltre 70 del 2008 (MENDEL T., *op. cit.*, pag. 15), a dimostrazione di un riconoscimento progressivo da parte degli Stati della necessità di riconoscere, almeno formalmente, un diritto di accesso diffuso.

²⁶ Vedi, ad esempio, MENDEL T., *op. cit.*, pag. 14: "The idea that public bodies hold information not for themselves but as custodians of the public good is now firmly lodged in the minds of people all over the world. As such, this information must be accessible to members of the public in the absence of an overriding public interest in secrecy. In this respect, right to information laws reflect the fundamental premise that government is supposed to serve the people".

²⁷ "Right to the truth [...] is closely linked at its inception to the notion of a victim of a serious human rights violation. Like procedural rights, it arises after the violation of another human right has taken place, and would

prassi della Convenzione americana dei diritti dell'uomo nonché, soprattutto, negli Stati africani. Per la sua importanza, detta particolare declinazione del diritto all'informazione è stata recepita anche dalle Nazioni Unite, sia a livello di organi *ad hoc*²⁸ sia a livello di Assemblea generale²⁹. In realtà, l'origine di questo diritto non è connessa alla libertà di espressione, sia pure intesa in senso lato: esso deriva, piuttosto, dalla Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949, relativa alla protezione delle vittime dei conflitti armati e dal suo Primo Protocollo addizionale (del 1977)³⁰, e dalla Risoluzione 60/147 dell'Assemblea generale del 16 dicembre 2005 sui rimedi per le vittime di gravi violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario³¹. Il diritto a cercare la verità risulta, quindi, strumentale all'individuazione degli autori di una grave violazione dei diritti fondamentali, ma viene spesso esercitato anche nell'ambito dei processi di riconciliazione generale delle società, che presuppongono, appunto, il previo accertamento della verità dei fatti³². Questo carattere peculiare induce a escludere la diretta riconducibilità del *right to truth* nell'ambito dell'art. 19 dei Patti nonché, secondo una tesi più rigorosa, la sua stessa connessione con un generale diritto all'informazione³³, laddove a conclusioni diverse sembra si possa arrivare in relazione al *right to know*.

appear to be violated when particular information relating to the initial violation is not provided by the authorities” (vedi NAQVI Y., *The right to the truth in international law: fact or fiction?*, in *International Review of Red Cross*, 2006, pag. 245 e ss.).

²⁸ Si vedano le seguenti risoluzioni: E/CN.4/RES/2005/66, Commission on Human Rights Resolution, *Right to the truth*; A/HRC/RES/9/11, Human Rights Council Resolution, *Right to the truth* (2008); A/HRC/RES/10/26, Human Rights Council Resolution, *Forensic genetics and human rights* (2009) A/HRC/RES/15/5, Human Rights Council Resolution, *Forensic genetics and human rights* (2010) A/HRC/RES/21/7, Human Rights Council Resolution, *Right to truth* (2012) e il Report of the Special Rapporteur del 28 agosto 2013 “on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, Pablo de Greiff”.

²⁹ General Assembly Resolution 68/165, adottata il 18 Dicembre 2013, *Right to the truth*.

³⁰ Vedi il Primo Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali, il cui art. 32 riconosce il diritto delle famiglie a conoscere la sorte dei loro congiunti, mentre l'art. 33 impegna le parti in conflitto a ricercare, non appena possibile, i dispersi.

³¹ General Assembly Resolution 60/147 del 16 dicembre 2005 (Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law). Tra i rimedi proposti, di cui al punto VII, vi era “c) *Access to relevant information concerning violations and reparation mechanism*”.

³² NAQVI Y., *op. cit.*, pag. 246 e ss.; NAFTALI P., *Crafting a “Right to Truth” in International Law: Converging Mobilizations, Diverging Agendas?*, in *Justice pénale internationale*, 2016, in <https://champpenal.revues.org/9245>, pag. 1 e ss. Vedi anche SZOKE-BURKE S., *Searching for the Right to Truth: The Impact of International Human Rights Law on National Transitional Justice Policies*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2015, pag. 524 e ss. Secondo l'Autore, infatti, “It was first enunciated not as an individual right, but by the corresponding State obligation to investigate” e poi “The right to truth has been held to belong not only to victims and their families, but also to victims of similar crimes and to society as a whole”.

³³ Esprimono dubbi in proposito NAQVI Y., *op. cit.*, pag. 273 e NAFTALI P., *op. cit.*, che riporta un giudizio analogo del Comitato delle Nazioni Unite per i diritti dell'uomo, affermando che: “*For instance, the United Nations Human Rights Council (UN-HRC) stresses that the concept may be characterized differently in some legal systems as the right to know or the right to be informed or freedom of information (UN-HRC, 2006, 9/11 Resolution, §14)*”.

1.2 Il *right to know* a livello regionale: la Convenzione americana dei diritti dell'uomo e la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli

I tre maggiori sistemi regionali che hanno adottato Carte sui diritti dell'uomo³⁴ riconoscono e tutelano la libertà di cercare le informazioni, sebbene con diverse sfumature. Qui verranno brevemente considerati gli articoli rilevanti delle Convenzioni americana e africana, e la relativa prassi, riservando un più ampio esame alla Convenzione europea e alla sua recente prassi di applicazione.

a) *Il sistema americano*

L'art. 13 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo³⁵ garantisce, come si è visto, la libertà di informazione in termini particolarmente ampi, includendovi la libertà di ricercare, ricevere e trasmettere informazioni e idee di ogni tipo³⁶. Detta disposizione prende dunque in considerazione un'accezione della libertà di espressione più ampia di quella configurata dall'art. 4³⁷ della Dichiarazione americana sui diritti e doveri dell'uomo, adottata a Bogotà il 2 maggio 1948³⁸.

Lo stesso art. 13 non indica testualmente un obbligo positivo per gli Stati, di garantire l'accesso alle informazioni, ma solo il diritto per ognuno di 'ricercarle'³⁹. Con riferimento all'enunciazione di tale obbligo, invero, va ricordata la Dichiarazione di Chapultepec del 1994,

³⁴ Non verranno qui esaminati il sistema della Lega araba, che ha prodotto la Carta araba sui diritti dell'uomo del 15 settembre 1994, modificata il 22 maggio 2004, il cui art. 26 non menziona la libertà di informazione, e l'Organizzazione della cooperazione islamica, la cui Dichiarazione dei diritti umani nell'Islam, adottata al Cairo il 5 agosto 1990, subordina comunque la libertà di espressione al rispetto della legge coranica (cfr. CASTELLANETA M., *op. cit.*, pag. 21 e ss.).

³⁵ Detta anche "Patto di San José di Costarica", è stata adottata dall'O.A.S. il 22 novembre 1969 ed è entrata in vigore il 18 luglio 1978.

³⁶ L'art. 13, par. 1, prosegue asserendo che tale libertà va goduta "senza considerazione di frontiera, oralmente o per iscritto, attraverso la stampa, in forma artistica o attraverso qualunque altro medium di propria scelta". Inoltre, l'esercizio di tale diritto non può essere soggetto a censura preventiva, ma, tuttalpiù, di responsabilità successiva e solo per proteggere a) il rispetto dei diritti e della reputazione di altri; e b) la protezione della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico o della salute o della morale pubblica.

³⁷ Articolo IV - Diritto alla libertà di ricerca, di opinione, di espressione e di diffusione: "Ogni persona ha il diritto alla libertà di ricerca, di opinione e di espressione e la diffusione delle idee, con qualsiasi supporto".

³⁸ Questa Dichiarazione, che ha anticipato la Dichiarazione universale, viene considerata come vincolante per i membri dell'Organizzazione degli Stati americani. Benché sia stata superata dalla successiva Convenzione, rimane quindi parametro di legittimità dell'operato di quei Paesi che non hanno ratificato quest'ultima. Infatti, "La Corte interamericana ha affermato che la Dichiarazione è il testo che definisce i diritti umani cui la Carta dell'OSA fa riferimento in termini generali. A conferma di tale interpretazione, la Corte cita l'art. 1(2)(b) e l'art. 20 dello Statuto della Commissione americana, che definiscono la sua competenza rispetto ai diritti umani enunciati nella Dichiarazione, considerando in tal modo la Dichiarazione americana una fonte di obblighi internazionali legati alla Carta dell'Organizzazione (Interpretazione della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri delle persone nel quadro dell'articolo 64 della Convenzione americana sui diritti umani, Op. cons. OC-10/89, 14 luglio 1989, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) N. 10 (1989))." Cfr. NAPOLITANO F., *La Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo*.

³⁹ Cfr. CASTELLANETA M., *op. cit.*, pag. 18.

che ha elaborato i principi relativi alla libertà di espressione di cui all'art. 13, affermando che il diritto all'informazione include anche il diritto di accedere alle informazioni detenute dagli organi pubblici⁴⁰. Di particolare rilievo appaiono, inoltre, la Inter-American Declaration of Principles on Freedom of Expression del 2000⁴¹, il cui Preambolo e gli articoli 3 e 4 stabiliscono in modo univoco il diritto di accesso alle informazioni e il corrispondente obbligo, per gli Stati, di garantirne l'attuazione⁴², e la Dichiarazione di Leon, del 2004⁴³. In seguito, il 7 agosto 2008, il Comitato giuridico interamericano ha adottato i *Principles on the Right of Access to Information*⁴⁴, e l'anno successivo l'Assemblea generale dell'OAS ha approvato una *Resolution on Access to Public Information: Strengthening Democracy*⁴⁵.

Le Dichiarazioni e Risoluzioni citate, riconducibili al *genus* degli atti di *soft law*, testimoniano una progressiva convinzione (l'*opinio iuris*) intorno alla vincolatività di un diritto all'informazione inteso in senso ampio, quantomeno su base regionale⁴⁶. Esse trovano infatti conferma nella prassi giurisprudenziale⁴⁷. Benché una prima pronuncia relativa al diritto di 'cercare informazioni' fosse stata adottata sin dal 1985⁴⁸, fondamentale, a tal fine, è risultata la

⁴⁰ Vedi articolo 1: "1. Every person has the right to seek and receive information, express opinions and disseminate them freely. No one may restrict or deny these rights. 2. The authorities must be compelled by law to make available in a timely and reasonable manner the information generated by the public sector [...]". La Dichiarazione in parola, adottata dapprima da una ONG, è stata poi firmata da oltre 30 Capi di Stato. Per ulteriori approfondimenti sul punto, vedi MENDEL T., *op. cit.*, pag. 10.

⁴¹ La Risoluzione è stata adottata dalla Commissione interamericana dei diritti dell'uomo il 19 Ottobre 2000: <http://www.iachr.org/declaration>.

⁴² Vedi gli articoli 3 e 4: "3. Every person has the right to access information about himself or herself or his/her assets expeditiously and not onerously, whether it be contained in databases or public or private registries, and if necessary to update it, correct it and/or amend it. 4. Access to information held by the state is a fundamental right of every individual. States have obligations to guarantee the full exercise of this right. This principle allows only exceptional limitations that must be previously established by law in case of a real and imminent danger that threatens national security in democratic societies". Nel Rapporto esplicativo si sottolinea il ruolo fondamentale assunto dall'accesso alle informazioni per lo sviluppo della democrazia.

⁴³ Declaration of Nuevo León del 13 January 2004, approvata dai Capi di Stato e di governo durante il Summit di Monterrey, Nuevo León: "Access to information held by the State, subject to constitutional and legal norms, including those on privacy and confidentiality, is an indispensable condition for citizen participation and promotes effective respect for human rights. We are committed to providing the legal and regulatory framework and the structures and conditions required to guarantee the right of access to information to our citizen". Su questa prassi, vedi MENDEL T., *op. cit.*, pag. 11 e ss. e CASTELLANETA M., *op. cit.*, pag. 25 e ss.

⁴⁴ OAS, August 4 to 14, 2008 CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08) Rio de Janeiro, l'art. 1 stabilisce che: "In principle, all information is accessible. Access to information is a fundamental human right which establishes that everyone can access information from public bodies, subject only to a limited regime of exceptions in keeping with a democratic society and proportionate to the interest that justifies them. States should ensure full respect for the right to access to information through adopting appropriate legislation and putting in place the necessary implementation measures".

⁴⁵ OAS General Assembly, AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09), 4 giugno 2009.

⁴⁶ L'ambito geografico appare circoscritto all'America latina, dal momento che gli Stati Uniti hanno firmato la Convenzione senza ratificarla, e il Canada non l'ha neppure firmata.

⁴⁷ Su questa giurisprudenza, e sul suo impatto su quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, vedi BERTONI A., *The Inter-american Court of Human Rights and the European Court of Human Rights; A Dialogue on Freedom of Expression Standards*, in *European Human Rights Review*, 2009, pag. 331 e ss.

⁴⁸ Vedi *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism*, Advisory Opinion OC-5/85, 13 November 1985, punto 30. Già in questa decisione, la Corte ha rilevato la connessione tra diritto a cercare le informazioni e corretto sviluppo della società democratica.

sentenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo del 19 settembre 2006 relativa al caso *Claude Reyes and Others v. Chile*⁴⁹. Al punto 77 di tale decisione, infatti, la Corte ha affermato che:

“In respect of the facts of the present case, the Court considers that article 13 of the Convention, in guaranteeing expressly the rights to “seek” and “receive” “information”, protects the right of every person to request access to the information under the control of the State, with the exceptions recognised under the regime of restrictions in the Convention. Consequently, the said article encompasses the right of individuals to receive the said information and the positive obligation of the State to provide it, in such form that the person can have access in order to know the information or receive a motivated answer when for a reason recognised by the Convention, the State may limit the access to it in the particular case. The information should be provided without the need to prove direct interest or personal involvement in order to obtain it, except in cases in which a legitimate restriction is applied.”

Una successiva decisione ha ricondotto ad un'interpretazione estensiva dell'art. 13 anche il già citato *right to the truth*. Infatti, nel caso *Gomes Lund v Brazil*⁵⁰, la Corte ha ritenuto che il riconoscimento della libertà di espressione implicasse anche la tutela di un diritto alla verità rispetto a gravi violazioni dei diritti umani, dichiarando incompatibile con la Convenzione una legge di amnistia che vietava di perseguire i crimini e le torture messi in atto dalla dittatura militare negli anni '70. Per la Corte, infatti, il “*right to the truth about gross human rights violations*” risultava ‘*connected to the right to seek and receive information enshrined in Article 13 of the Convention*’, letto in combinato disposto con gli articoli 8 (diritto a un processo equo) e 25 della Convenzione⁵¹.

b) Il sistema africano

L'art. 9 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli prevede al paragrafo 1 che: “*Ogni persona ha diritto all'informazione*”, senza ulteriori specificazioni, e al paragrafo 2, che “*Ogni persona ha il diritto di esprimere e diffondere le proprie opinioni nel quadro delle leggi e dei regolamenti*”. La libertà di informazione, in questo contesto, assume dunque un rilievo particolare e autonomo, in quanto viene espressamente distinta dalla libertà di espressione e, per certi aspetti, viene a questa anteposta.

⁴⁹ *Claude Reyes and Others v. Chile*, 19 September 2006, Series C No. 151, reperibile su http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_ing.doc. E' stato rilevato che, proprio per uniformarsi ai principi enunciati da tale sentenza, il Cile ha adottato nel 2008 una legge sull'accesso alle informazioni (cfr. CASTELLANETA M., *op. cit.*, pag. 26, nota 85).

⁵⁰ Vedi 24/2010 IACtHR Series C 219 (2010). Su questa sentenza, vedi anche le osservazioni di McDONAGH M., *op. cit.*, pag. 33 e ss.

⁵¹ Sulla prassi relative al *right to truth*, vedi per tutti INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS OEA/Ser.L/V/II.152 Doc. 2 13 August 2014 *The Right to Truth in the Americas*.

In seguito, nel 2002, la Commissione per i diritti dell'uomo e dei popoli nella Declaration of Principles on Freedom of Expression in Africa ha trattato unitariamente queste due libertà⁵², affermando all'art. 1 (The Guarantee of Freedom of Expression) che:

1. Freedom of expression and information, including the right to seek, receive and impart information and ideas, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other form of communication, including across frontiers, is a fundamental and inalienable human right and an indispensable component of democracy.
2. Everyone shall have an equal opportunity to exercise the right to freedom of expression and to access information without discrimination”.

Inoltre, ha confermato il diritto di accedere ai documenti in possesso degli Stati, richiamando, all'art. IV, rubricato “Freedom of Information”, quanto disposto dall'art. 9 della Carta, cioè che:

“1. Public bodies hold information not for themselves but as custodians of the public good and everyone has a right to access this information, subject only to clearly defined rules established by law. The same Principle goes on to elaborate a number of key features of the right to information”.

Successivamente, nel 2007, la Commissione Africa per i diritti dell'uomo e dei popoli ha deciso di conferire al suo Relatore speciale per la libertà di espressione un mandato anche per l'accesso all'informazione. Nel 2013, infine, ha adottato un *Model Law on Access to Information for Africa*⁵³: questo ampio documento, che disciplina in dettaglio le modalità di accesso ai documenti di enti pubblici e privati, è stato redatto in base alla considerazione che “*Properly implemented access to information legislation holds the promise of fostering good governance by improving information management, and by enhancing transparency, accountability and greater participation of the populace in public affairs*”.

Il diritto all'informazione risulta quindi strettamente connesso, nell'esperienza degli Stati africani, al *right to the truth*, nell'accezione di cui si è detto sopra⁵⁴. Di recente⁵⁵, l'African

⁵² Vedi The African Commission on Human and Peoples' Rights, meeting at its 32nd Ordinary Session, in Banjul, The Gambia, from 17th to 23rd October 2002. Nel Preambolo si legge, tra l'altro,: “Convinced that respect for freedom of expression, as well as the right of access to information held by public bodies and companies, will lead to greater public transparency and accountability, as well as to good governance and the strengthening of democracy”.

⁵³ Reperibile in <http://www.achpr.org/news/2013/04/d84>.

⁵⁴ Sull'origine del right to truth e sulle relative prassi (soprattutto in Sud Africa), vedi, ad esempio, HAMBER B., *Rights and Reasons: Challenges for Truth Recovery in South Africa and Northern Ireland* * Paper presented at the “Strengths and limitations of truth commissions: the cases of Argentina, Chile, South Africa and Guatemala Workshop”. Centre for International Studies and CISA: Peterhouse College, Cambridge University, UK, 6 marzo 2003 e BUARQUE DE HOLLANDA C., *Human rights and political transition in South Africa: the case of the Truth and Reconciliation Commission*, in *brazilianpoliticalsciencereview*, 2013.

⁵⁵ Vedi “*Principles and Guidelines on Human and Peoples' Rights while Countering Terrorism in Africa*” del 2015, in Understanding the Right to the Truth - OSIWA.

Commission on Human and Peoples' Rights, dopo aver ribadito in via generale il diritto a "cercare" informazioni⁵⁶, ha specificato:

"States shall not withhold information regarding gross violations of human rights or serious violations of international humanitarian law, including crimes under international law, and systematic or widespread violations of the rights to life, personal liberty, and security. Such information may not be withheld on national security grounds in any circumstances. State authorities shall also not withhold information for the purpose of precluding accountability of States or individuals, or to preclude victims from securing a remedy to gross human rights violations or serious violations of international humanitarian law".

1.3 Il right to know nell'ambito della CEDU

Al fine di esaminare il diritto all'informazione, assume primario rilievo lo studio della tutela ad esso concessa nell'ambito della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani. Ciò, non solo per l'intrinseca importanza di tale atto e della giurisprudenza adottata dai suoi organi di controllo per l'ordinamento italiano⁵⁷, ma soprattutto per la recente adozione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo di un'interpretazione evolutiva delle disposizioni della C.E.D.U. stessa in favore del *right to know*, in relazione al quale lo Stato è internazionalmente (e costituzionalmente, ai sensi dell'art. 117 della Costituzione) vincolato a predisporre una tutela effettiva. L'analisi verrà pertanto condotta in modo più approfondito di quanto non sia avvenuto per il diritto internazionale generale e gli altri sistemi regionali di tutela dei diritti dell'uomo.

a) L'art. 10 CEDU

L'art. 10 della C.E.D.U. sancisce il diritto alla libertà d'espressione ed indica poi (nel secondo paragrafo) le possibili limitazioni applicabili dallo Stato aderente⁵⁸: il contenuto del diritto in oggetto viene così indicato:

"1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o comunicare informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce che

⁵⁶ "Everyone shall have the freedom to seek, receive, use, and impart information. This includes information held by or on behalf of public authorities, or to which public authorities are entitled by law to have access. It shall be for the requested authority to demonstrate that the necessity to restrict access to information threatens to cause harm that is greater than any benefit to the public interest served by the disclosure" (*Principles*, Part. 12, Right to access to information and the right to truth, pag. 38)

⁵⁷ Sull'incidenza della giurisprudenza delle "Corti sovranazionali" nell'evoluzione del nostro ordinamento vedi per tutti PATRONI GRIFFI F., *Convergenze tra le Carte e criticità tra le Corti nel dialogo tra Giudici Supremi*, in www.federalismi.it, 14 giugno 2017.

⁵⁸ Art. 10, paragrafo 2: "2. L'esercizio di queste libertà, comportando doveri e responsabilità, può essere sottoposto 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 confidenziali o per garantire l'autorità e la imparzialità del potere giudiziario".

gli Stati sottopongano ad un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, di cinema o di televisione”.

Detta disposizione nasceva, in origine, come strumento internazionale di contrapposizione ai regimi totalitaristici e perseguiva, dunque, lo scopo di prevenire eventuali ingerenze delle autorità pubbliche che limitassero il diritto di ricevere e comunicare informazioni o idee.

La Corte di Strasburgo ha interpretato estensivamente l’ambito di applicazione di tale diritto riconoscendone la titolarità in capo a tutte le persone fisiche o giuridiche soggette ad un controllo “effettivo” delle autorità dello Stato aderente⁵⁹. La delimitazione dell’ambito di applicazione dell’art. 10 della C.E.D.U. ha inoltre richiesto la definizione del confine tra la libertà di manifestazione del pensiero (tutelata dall’art. 9 della C.E.D.U.) e la libertà di informazione e di opinione garantita dal successivo art. 10⁶⁰.

Per quanto riguarda, poi, i profili più prettamente contenutistici, si deve evidenziare che, come già accennato, la disposizione in esame non attribuisce (diversamente da altre fonti internazionali) una specifica tutela al diritto di “ricercare” le informazioni.

In ogni caso, il riferimento contenuto nell’art. 10 C.E.D.U. alla libera circolazione delle informazioni sembrava manifestare sin dalle origini una (sia pur indiretta) attinenza con il tema della trasparenza e del *right to know*. La libertà d’informazione⁶¹ risulta infatti un presupposto imprescindibile della partecipazione democratica al potere e costituisce una delle condizioni per la sua evoluzione. Già in passato si teorizzava che ogni Stato democratico avesse l’onere di predisporre gli strumenti e i mezzi opportuni per garantire il diritto degli individui ad essere adeguatamente informati⁶². La concreta disciplina della libertà d’informazione e del “diritto

⁵⁹ Sentenza 22 maggio 1990 relativa al caso *Autronic AG c. Suisse*.

⁶⁰ La Corte ha individuato il relativo *discrimen* nel fatto che la manifestazione di un giudizio di valore implichi comunque una valutazione personale dei fatti e, quindi, l’espressione di un’opinione riconducibile all’art. 10 della Convenzione. Vedi, in merito, la Sentenza 8 luglio 1986 relativa al caso *Lingens c. Austria*.

⁶¹ Vedi FERRANTI G., *L’evoluzione della libertà d’informazione nella giurisprudenza degli organi della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, Torino, 2004, pag. 12. L’Autrice evidenzia come il diritto individuale alla libertà d’informazione si manifesti in tre diversi aspetti: come libertà di informare, libertà di essere informati e come libertà di informarsi. Tale tripartizione sarebbe desumibile dalla formulazione dell’art. 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo secondo l’autorevole opinione espressa in BARBERA, COCOZZA, CORSO. *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza* in AMATO, BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, vol. I, Bologna 1997, pag. 280.

⁶² Si vedano le osservazioni contenute in TESAURO, *Democrazia ed informazione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1968, pag. 236.

all'informazione" contribuisce, invero, a conformare ciascuna forma di Stato e di governo⁶³ ed il suo sviluppo è sempre stato profondamente influenzato dalle fonti internazionali⁶⁴.

Nonostante la rilevanza politica e sociale del diritto all'informazione, tuttavia, gli organi di controllo della C.E.D.U. si sono a lungo orientati su di un'interpretazione restrittiva della libertà d'informazione attenendosi fedelmente al tenore letterale della disposizione. L'art. 10 C.E.D.U. nel tutelare la libertà d'opinione non ricomprende infatti espressamente anche la propedeutica attività di accesso alle fonti e di ricerca dei dati. Detta lacuna, oggetto di critica da parte di chi ha evidenziato la necessità di garantire adeguatamente a livello convenzionale un diritto di ricercare le informazioni oltre che il diritto di ricevere e di comunicarle⁶⁵, rischiava invero di minare irrimediabilmente la tutela della libertà di espressione⁶⁶. La scelta di escludere dal contenuto della disposizione la libertà di informarsi sembra riconducibile ad esigenze di carattere politico emerse al momento della redazione della Convenzione, e soprattutto alla posizione del Regno Unito⁶⁷. La mancanza di un espresso riferimento al *right to know* consentiva, infatti, di eludere le complesse problematiche relative al coinvolgimento degli apparati statali nella ricerca delle informazioni⁶⁸. Si voleva così evitare che la Convenzione interferisse direttamente con il delicato ruolo svolto dagli enti pubblici come promotori di un libero e paritario accesso alle fonti alle informazioni e, al contempo, come garanti della riservatezza dei dati⁶⁹.

⁶³ In questo senso, vedi BARILE, GRASSI, *Informazione (libertà di)*, in *Novissimo Digesto, Appendice*, vol. IV, Torino, 1986, pag. 200. Sul rapporto tra diritto all'informazione e partecipazione democratica si veda anche FOIS S., *La libertà di "informazione"*, in VIGUNDELLI (a cura di), *Scritti sulla libertà di pensiero e la sua diffusione*, Rimini, 1991, pag. 240.

⁶⁴ *Ex multis*, CHIOLA, *L'informazione nella Costituzione*, Padova, 1973, pag. 20. L'Autore dichiara infatti espressamente che l'art. 10 della C.E.D.U. sia stato determinante per l'ingresso della libertà d'informazione nell'ordinamento italiano.

⁶⁵ PONCET, *La liberté d'information du journaliste: un droit fondamental? Etude de droit suisse comparé*, in *Reveu international de droit comparé*, 1980, pag. 73.

⁶⁶ In questo senso si veda anche la Risoluzione 428 (1970) dell'Assemblea del Consiglio d'Europa in cui si evidenziava che la libertà di ricercare le informazioni costituisce parte integrante della libertà di espressione. Si deve peraltro evidenziare che la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo prende espressamente in considerazione il diritto di ricercare le informazioni.

⁶⁷ Dall'esame dei lavori preparatori della Convenzione traspare infatti l'intenzione di apprestare una tutela della libertà d'espressione più intensa rispetto a quella introdotta nel testo finale della disposizione, sul modello di quella garantita dall'art. 19 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo: l'originaria formulazione della disposizione elaborata nel febbraio del 1950, invero, menzionava espressamente la libertà di "ricercare" le informazioni, oltre che di riceverle. Tuttavia, nell'ambito del secondo incontro del comitato redazionale (tenutosi nel marzo dello stesso anno), l'intervento del rappresentante del Regno Unito orientò i lavori nel senso di eliminare il riferimento alla ricerca dei dati, portando all'attuale versione dell'art. 10. Questa soluzione fu però percepita come non soddisfacente, soprattutto a seguito dell'adozione dei Patti del 1966: l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa adottò, quindi, la raccomandazione n. 582/ 70 in cui auspicava l'inclusione nella Convenzione della libertà di ricercare le informazioni e la configurazione di un corrispondente obbligo per le pubbliche amministrazioni di rendere disponibili le informazioni relative a materie di pubblico interesse. Tale raccomandazione rimase però, come si vedrà, senza esito.

⁶⁸ Vedi FERRANTI G., *L'evoluzione della libertà... op. cit.*, pag. 139 e ss.

⁶⁹ Vedi sul punto MISSORICI, *Libertà di espressione e libertà d'informazione: diritto inviolabile dell'uomo e fondamento di democrazia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1995, pag. 49. In relazione all'analisi compiuta dalla Corte con riferimento alla formulazione definitiva dell'art. 8, cfr. CARPANELLI E., *op. cit.*, pag. 32.

L'ambiguità della disposizione aveva indotto già in passato a suggerirne un'interpretazione estensiva, sostenendo che il riconoscimento della libertà di ricevere le informazioni implicasse necessariamente anche la tutela della loro ricerca⁷⁰. Tuttavia, detta soluzione pragmatica, volta a supplire alle lacune dell'art. 10 C.E.D.U., era stata criticata da parte di chi riconosceva l'importanza "diplomatica"⁷¹ di quest'ultime. In particolare, si evidenziava come la distinzione tra la ricerca e la ricezione delle informazioni consentisse ad uno Stato democratico di "assicurare una libera espressione delle opinioni ed una libera informazione senza garantire in modo altrettanto adeguato il libero accesso alle fonti"⁷².

La graduale evoluzione dei rapporti tra cittadino e pubbliche amministrazioni fece comunque emergere ben presto l'esigenza di favorire lo sviluppo della trasparenza amministrativa negli Stati europei⁷³. L'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa adottò nel 1979 una raccomandazione volta a favorire l'introduzione negli Stati membri di un sistema di accesso ai documenti ufficiali, nonché a proporre la redazione di un protocollo addizionale della C.E.D.U. che garantisse una specifica tutela della libertà di ricercare le informazioni⁷⁴. Va al riguardo sottolineato che l'eventuale adozione del Protocollo avrebbe sancito formalmente l'estraneità del diritto di ricercare le informazioni rispetto all'art. 10 e avrebbe dunque avvalorato definitivamente l'interpretazione restrittiva di tale disposizione⁷⁵. Il superamento dell'originaria ambiguità dell'art. 10 avrebbe così determinato un grave deficit di tutela nei confronti degli Stati che non avessero ratificato il Protocollo e, proprio per evitare tale effetto, il Consiglio d'Europa stabilì di sospendere la stesura del relativo progetto⁷⁶.

⁷⁰ In questo senso vedi PINTO, *La liberté d'information et d'opinion en droit international*, Paris, 1984 e HONDIUS, *La liberté d'expression et d'information en droit européen*, Strasbourg, 1984.

⁷¹ Tra gli autori contrari alla suggerita interpretazione estensiva, vedi in particolare STROZZI, *La libertà dell'informazione nel diritto internazionale*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, in *Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990, pag. 669 e ss.

⁷² Così STROZZI, *La libertà dell'informazione...*, *op. cit.*, pag. 691.

⁷³ Risoluzione 428 (1970) dell'Assemblea del Consiglio d'Europa, *cit.*, che evidenziava la necessità di un ruolo attivo delle autorità statali per garantire la libertà di espressione.

⁷⁴ Raccomandazione 854 (1979) dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa. In effetti, nel 1983 fu adottato un Protocollo (n.6) che però non conteneva la modifica del contenuto della libertà di informarsi.

⁷⁵ La Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo sostenne che un simile intervento normativo sarebbe stato in realtà pregiudizievole per la libertà d'opinione, poiché avrebbe avvalorato un'interpretazione restrittiva dell'originario art. 10 della Convenzione: mantenere l'originaria formulazione dell'articolo avrebbe invece consentito una sua successiva interpretazione evolutiva: "*It would therefore be wiser to forgo the formal enunciation which Article 6 of the draft seeks to make and leave the possibility of development to judicial interpretation of Article 10 in its present wording*". Anche le osservazioni della Corte contribuirono a convincere l'Assemblea Parlamentare a non includere nel Protocollo un espresso riferimento alla libertà di ricercare le informazioni. Sostenne infatti che "*the freedom to receive information, guaranteed by Article 10 of the Convention, implies freedom to seek information. Further, it appears self-evident to the Court that the search for information (and indeed its receipt and communication) must in any event be effected by lawful means. The Court would also observe, as does the explanatory report (second sentence of paragraph 2), that the freedom to seek information does not imply any obligation to supply it on the part of the authority; it is a right to receive and not a right to be given information*".

⁷⁶ Vedi FERRANTI G., *L'evoluzione della libertà...*, *op. cit.*, pag. 144.

L'abbandono del progetto di modifica della Convenzione ha dunque mantenuto possibile l'auspicata interpretazione evolutiva dell'art. 10 C.E.D.U.

Tuttavia, tale svolta nella giurisprudenza della Corte ha richiesto molto tempo ed è stata preceduta da altre iniziative volte al rafforzamento del diritto di accesso: il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa con l'adozione della Dichiarazione sulla libertà di espressione e di informazione sancì infatti l'onere per gli Stati membri di garantire il diritto di ricercare informazioni ed idee. Detto atto ha invero contribuito all'affermazione a livello convenzionale di un vero e proprio diritto di accesso alle fonti, sebbene esso avesse connotati particolari qualora le informazioni ricercate risultassero detenute dall'autorità pubblica.

Come accennato, le differenze esistenti tra i vari ordinamenti interni da una parte e la formulazione dell'art. 10 dall'altra hanno indotto gli organi di controllo della C.E.D.U. ad adottare un approccio di grande cautela in relazione al tema della trasparenza amministrativa.

Detto atteggiamento prudenziale emerge chiaramente in una decisione della Commissione del 1979 in cui si afferma che il diritto di ricevere le informazioni "può", "a certe condizioni", implicare un diritto di accesso ai documenti amministrativi se essi contengono dati di particolare importanza per il richiedente⁷⁷. La relativa negazione di un diritto generalizzato di accedere alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni appariva, d'altronde, coerente con il contenuto della disposizione.

La stessa Corte di Strasburgo ha assunto un orientamento molto rigoroso con riferimento all'accesso alle informazioni personali detenute dalla polizia, chiarendo che l'art. 10 non obbliga le amministrazioni a comunicare su richiesta dell'interessato le informazioni conservate in pubblici registri a lui pertinenti⁷⁸. La decisione del 26 marzo 1987 relativa al caso *Leander vs. Sweden* ha infatti negato che la libertà di ricevere informazioni garantita dalla C.E.D.U. possa fondare un diritto di accesso dell'individuo a tutti i documenti amministrativi che lo riguardino. Secondo quest'interpretazione, infatti, l'art. 10 imporrebbe allo Stato aderente solo un divieto di interferire nella ricezione e nella trasmissione di informazioni detenute da terzi⁷⁹.

Si deve altresì evidenziare come detta pronuncia motivasse il rigetto del ricorso anche sulla base dell'esigenza di proteggere dati di carattere personale tutelati dall'art. 8 della C.E.D.U. In

⁷⁷ Decisione del 3 ottobre 1979 adottata nei confronti della Repubblica Federale Tedesca.

⁷⁸ Sentenza del 26 marzo 1987 relativa al caso *Leander c. Suède*.

⁷⁹ Vedi punto 74 della sentenza: The Court observes that the right to freedom to receive information basically prohibits a Government from restricting a person from receiving information that others wish or may be willing to impart to him. Article 10 (art. 10) does not, in circumstances such as those of the present case, confer on the individual a right of access to a register containing information on his personal position, nor does it embody an obligation on the Government to impart such information to the individual".

questa prima fase della giurisprudenza della Corte, il riferimento ai dati personali viene infatti utilizzato per giustificare il diniego di accedere a talune informazioni.

Al contrario, in successive pronunce, l'art. 8 della Convenzione è stato invocato per consentire ai ricorrenti l'accesso ai dati richiesti. Nel caso *Gaskin vs. United Kingdom*, infatti, la Corte ha ritenuto che l'obbligo per lo Stato di garantire il rispetto della vita privata del ricorrente rimasto orfano implicasse il dovere di comunicargli le informazioni richieste per conoscere i propri dati personali⁸⁰. Analogamente, la decisione relativa al caso *McGinley and Egan vs UK* (1989) ha parimenti riconosciuto un diritto di accesso alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni in funzione della tutela del diritto alla salute dei soldati britannici che avessero assistito a test nucleari. La Corte ha infatti ritenuto che, ove un governo nazionale conduca attività pericolose per la salute umana, l'art. 8 C.E.D.U. “*requires that an effective and accessible procedure be established which enable such persons to seek all relevant and appropriate information*”.

Tali decisioni, sebbene di contenuto ed esito diverso rispetto a quella relativa al caso *Leander vs Sweden*, confermavano però anch'esse l'impossibilità di desumere dall'art. 10 C.E.D.U. un'indiretta tutela del diritto di ricercare le informazioni. La Corte riconosceva, infatti, il diritto del ricorrente ad accedere alle informazioni, ritenendo che una condotta difforme della pubblica autorità avrebbe dato luogo alla violazione dell'art. 8 della Convenzione e non dell'art. 10. I giudici di Strasburgo hanno peraltro evitato di enunciare un principio di carattere generale sulla delicata problematica dell'obbligo di comunicazione dei dati personali. L'obbligo di ostensione gravante sulle pubbliche amministrazioni veniva infatti enunciato sottolineando le peculiarità del caso concreto ed evidenziando come esso non costituisse una necessaria implicazione della tutela della famiglia e della vita privata ai sensi dell'art. 8 C.E.D.U.

Va peraltro evidenziato come le decisioni finora richiamate avessero a oggetto informazioni di carattere personale detenute dalle pubbliche amministrazioni. Il complesso tema della trasparenza amministrativa diffusa concerne, invece, un obbligo di portata più ampia, poiché implica l'onere di rendere disponibili le informazioni anche a prescindere da uno specifico interesse personale del ricorrente.

Un'importante pronuncia sotto tale aspetto è ravvisabile nella nota sentenza resa nel 1998 sul caso *Guerra e altri c. Italia*⁸¹.

Detto caso si distingue infatti dai precedenti perché riguarda l'accesso ad informazioni di interesse generale e, specificamente, a quelle relative al rischio ambientale. Il ricorso era stato

⁸⁰ Sentenza del 7 luglio 1989 relativa al caso *Gaskin vs. United Kingdom*, par. 52, commentata da LAMBERT, *Le droit d'accès aux documents administratifs*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1990, pag. 361 e ss.

⁸¹ Sentenza del 19 febbraio 1998 relativa al caso *Guerra e altri c. Italia*, par. 53.

infatti presentato da quaranta cittadini di Manfredonia per censurare l'omessa informazione da parte del governo italiano circa i rischi connessi all'emissione di gas nocivi da parte di un'industria chimica situata nei pressi della città.

In sede di rapporto sulla ricevibilità del ricorso, la Commissione ravvisò per la prima volta nella libertà di ricevere informazioni di cui all'art. 10 C.E.D.U. un obbligo positivo per lo Stato di comunicare le relative informazioni. Nonostante le specificità del caso concreto, il parere reso dalla Commissione ha assunto notevole rilevanza per l'affermazione dell'obbligo delle pubbliche amministrazioni di comunicare spontaneamente dati importanti per la popolazione. In particolare, nel caso Guerra il diritto all'informazione assumeva, secondo la Commissione, un ruolo strumentale per tutelare in via preventiva il diritto alla vita dei ricorrenti. Ne derivava, in base al parere, un diritto degli individui esposti ad attività industriali pericolose di ricevere dalla pubblica autorità le informazioni necessarie per tutelarsi.

Senonché, la Corte in sede di decisione non ha recepito tali posizioni progressiste fatte proprie dalla Commissione. In particolare, i giudici di Strasburgo hanno escluso che la controversia rientrasse nell'ambito di applicazione dell'art. 10 C.E.D.U., poiché tale disposizione non avrebbe imposto agli Stati aderenti obblighi positivi di attivarsi per garantire la libertà di ricevere le informazioni.

Nell'ambito del caso Guerra si è dunque riscontrato un "conflitto valutativo"⁸² tra i due organi di controllo, che ha visto contrapporsi un orientamento estremamente innovativo da parte della Commissione ed uno più conservatore da parte della Corte. L'adeguamento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo all'evoluzione promossa dal Consiglio d'Europa in materia di *right to know* risultava infatti ancora lontana⁸³ nel 1998: si riteneva invero che la libertà di ricezione delle informazioni di cui all'art. 10 C.E.D.U. non potesse tutelare né il diritto dell'individuo ad accedere alle informazioni di carattere personale detenute dalla pubblica amministrazione, né il diritto collettivo dei cittadini ad essere informati dalla pubblica autorità a fronte di una situazione di grave pericolo. Pertanto, si escludeva che tale disposizione tutelasse l'interesse socialmente rilevante a conseguire le informazioni detenute dal potere pubblico.

b) L'evoluzione giurisprudenziale

Un'evoluzione della giurisprudenza della Corte in ordine alla portata della libertà di ricevere informazioni ex art. 10 C.E.D.U. è emersa, però, già nella decisione relativa al caso *Sdružení Jihočeské Matky v. Czech Republic* (10 giugno 2006) e in quella relativa al caso *Társaság a*

⁸² Così FERRANTI G., *L'evoluzione della libertà... op. cit.*, pag. 152.

⁸³ Vedi *infra* Caso Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria (2016).

Szabadságjogokért v. Hungary del 2009. Quest'ultima pronuncia ha evidenziato, infatti, come le organizzazioni non governative andassero qualificate, al pari dei giornalisti, alla stregua di “*public watchdogs*” e come le loro attività d'indagine non dovessero essere ostacolate dalla pubblica autorità. La Corte rilevò al riguardo che

“(…) *the public has a right to receive information of general interest. Its case-law in this field has been developed in relation to press freedom which serves to impart information and ideas on such matters. In this connection, the most careful scrutiny on the part of the Court is called for when the measures taken by the national authority are capable of discouraging the participation of the press, one of society's “watchdogs”, in the public debate on matters of legitimate public concern, even measures which merely make access to information more cumbersome*”.

Parimenti, nella decisione relativa al caso *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia* (del 25 giugno 2013), la Corte ha riconosciuto un trattamento di maggior favore al ricorrente che possa svolgere un ruolo di denuncia sociale, ritenendolo titolare di un qualificato diritto di accesso agli atti⁸⁴.

Anche la recente decisione relativa al caso *Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*⁸⁵ ha evidenziato la peculiare importanza politica e sociale di quei soggetti che contribuiscano attivamente all'esercizio di un controllo democratico nei confronti dei pubblici poteri. Quest'ultima pronuncia si contraddistingue, invero, per aver espressamente ricondotto la tutela del diritto d'accesso sotto l'egida dell'art. 10 C.E.D.U. e per aver riconosciuto la sua stretta connessione con l'effettività della libertà d'espressione.

Il caso deciso dalla Corte nel novembre 2016 aderendo ad un'interpretazione evolutiva della disposizione citata riguardava, infatti, il ricorso presentato da un'organizzazione non governativa ungherese per contestare la mancata ostensione da parte di due dipartimenti di

⁸⁴ La Corte aveva già svolto analoghe considerazioni nelle decisioni relative ai casi *Gillberg v. Sweden* e *Kenedi v. Hungary*, riconoscendo il ruolo della ricerca universitaria nel favorire il dibattito pubblico. In particolare, nella prima pronuncia (emessa il 14 aprile 2009) i giudici di Strasburgo si sono occupati della richiesta di due ricercatori di accedere ai dati raccolti nell'ambito di un progetto di ricerca medica (in materia di iperattività e deficit di attenzione nei bambini). Con la seconda pronuncia, adottata il 26 maggio del 2009, la Corte ha invece riscontrato la violazione dell'art. 10 C.E.D.U. nel rifiuto opposto dall'amministrazione ungherese a consentire l'accesso ai documenti necessari per una ricerca di carattere storico sul ruolo dei servizi segreti nei regimi totalitari. Per un breve commento delle pronunce in esame, si veda VOORHOOF D., *Gillberg v. Sweden: conviction of professor for refusal to grant access to sensitive research data not in breach of ECHR*, in <https://strasbourgobservers.com/2010/11/22/european-court-of-human-rights-gillberg-v-sweden>.

⁸⁵ Sentenza della Grande Camera della Corte di Strasburgo, Sez. III, 8 novembre 2016, n. 72384, emessa sul ricorso n. 18030/11. Per un primo commento, si veda SCHAAP M. –IMBERS R., *Magyar Helsinki Bizottság v Hungary: a (limited) right of access to information under article 10 ECHR*, in <https://strasbourgobservers.com/.../magyar-helsinki-bizottsag-v-> CLAYTON R., *New Directions for Article 10: Strasbourg Reverses the Supreme Court in Kennedy*, in *UK Constitutional Law Blog*, in www.ukconstitutionallawblog.org, 13 dicembre 2016 e CARPANELLI E., *Sul diritto di accesso alle informazioni di interesse pubblico detenute dallo Stato: alcune riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte di Strasburgo nel caso Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*, in www.osservatorioaic.it/.

polizia dei nominativi e degli incarichi conferiti agli avvocati d'ufficio nei rispettivi dipartimenti. Il diniego di ostensione di tali informazioni ostacolava l'inchiesta condotta dalla *Magyar Helsinki Bizottság* per denunciare i malfunzionamenti del sistema di giustizia ungherese. La tesi sostenuta dall'ONG era che il conferimento degli incarichi di difesa d'ufficio avvenisse in certi casi con modalità tali da non garantire agli indagati un effettivo diritto di difesa. Le amministrazioni adite avevano giustificato il proprio rifiuto qualificando come dati personali le informazioni richieste. Esauriti i rimedi giurisdizionali nazionali, l'organizzazione non governativa aveva presentato ricorso alla Corte di Strasburgo e quest'ultima, per valutare l'ammissibilità di un'interpretazione evolutiva dell'art. 10 C.E.D.U., ha ripercorso la propria giurisprudenza in materia e l'evoluzione manifestatasi nella casistica di organi internazionali interni ed esterni al Consiglio d'Europa⁸⁶. La Corte ha al riguardo statuito che “*there exists a broad consensus, in Europe (and beyond) on the need to recognise an individual right of access to State-held information in order to assist the public in forming an opinion on matters of general interest*”. Ne deriva che un'adequata tutela della libertà di espressione da parte degli Stati aderenti non può prescindere dal riconoscimento di un diritto di accedere alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni. La disponibilità di tali dati risulta, infatti, essenziale per garantire la formazione di un'opinione su materie di interesse generale ed alimentare il dibattito pubblico sul punto.

La Corte ha concluso, quindi, che “*there has been a perceptible evolution in favour of the recognition, under certain conditions, of a right to freedom of information as an inherent element of the freedom to receive and impart information enshrined in Article 10 of the Convention*” (§ 151).

Secondo i giudici di Strasburgo, invero, l'intervenuta evoluzione normativa a livello nazionale ed internazionale ha reso necessario chiarire quale sia la reale portata dei principi enunciati con la decisione *Leander*: negare in ogni caso la riconducibilità del diritto d'accesso all'art. 10 C.E.D.U. potrebbe infatti frustrare in alcune ipotesi la tutela convenzionale della libertà d'espressione. In particolare, laddove l'istanza d'accesso risulti strumentale al diritto di

⁸⁶ La Corte ha, in via preliminare, escluso che la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 imponga un'interpretazione letterale della C.E.D.U. I giudici di Strasburgo hanno evidenziato il fatto che quest'ultima è volta a promuovere la salvaguardia dei diritti dell'uomo: la valorizzazione di tale finalità assume un ruolo dirimente nell'*iter* logico-motivazionale che deve essere seguito dalla Corte, poiché implica un'interpretazione teleologica e sistemica delle disposizioni della C.E.D.U., suscettibile di assicurare una tutela effettiva ai valori da essa garantiti. Inoltre, per chiarire il significato delle disposizioni della Convenzione, essi hanno affermato di dover tener conto anche degli standard di tutela comuni a livello internazionale, nonché di quelli assicurati dalle legislazioni degli Stati europei. Sulla base di tali considerazioni, la Corte ha vagliato la possibilità di desumere la tutela del diritto d'accesso dal divieto di interferenza nella ricezione delle informazioni imposto alle pubbliche amministrazioni dall'art. 10 C.E.D.U. A tal fine, si prospettava l'abbandono dell'interpretazione restrittiva ricavabile dalla lettera della disposizione e dai relativi lavori preparatori in favore di una lettura dinamica, che valorizzasse il ruolo del Trattato come “*living instrument*”.

acquisire e di trasferire informazioni, il suo diniego implicherebbe un'interferenza con tale diritto e ne minerebbe l'effettività. Pertanto, proprio l'esigenza di assicurare una tutela effettiva ai diritti garantiti dalla Convenzione implica che, in specifiche ipotesi, il diniego d'accesso possa tradursi in una violazione dell'art. 10⁸⁷.

Come già avvenuto in precedenza, la Corte di Strasburgo ha sottolineato l'importanza delle ONG per promuovere un controllo democratico sull'operato dei pubblici poteri ed ha a tal fine valorizzato il ruolo dell'istituto dell'accesso agli atti, pur non riservando alle sole ONG tale diritto "qualificato"⁸⁸.

La Corte ha quindi indicato (§156) una serie di criteri per individuare le ipotesi in cui il diniego delle istanze di accesso può tradursi in una violazione dell'art. 10 della Convenzione:

- 1) *The purpose of the information requested: contribution to a public debate;*
- 2) *The nature of the information sought: (public interest nature);*
- 3) *The role of the applicant: journalists, social watchdogs and alike;*
- 4) *Ready and available information to the present case;*

Sembra dunque che l'istanza di accesso, per poter rientrare nel peculiare regime di tutela di cui all'art. 10 C.E.D.U., debba risultare funzionale all'acquisizione delle informazioni necessarie per contribuire a un dibattito pubblico. Parimenti, i dati richiesti devono risultare di interesse pubblico e, quindi, riguardare importanti questioni sociali o problemi di rilevanza diffusa⁸⁹. Con riferimento al ruolo ricoperto dai ricorrenti, la Corte ha riconosciuto, come già

⁸⁷ La Corte ha infatti statuito espressamente che "the principle of securing Convention rights in a practical and effective manner requires an applicant in such a situation to be able to rely on the protection of Article 10 of the Convention".

⁸⁸ "167. The manner in which public watchdogs carry out their activities may have a significant impact on the proper functioning of a democratic society. It is in the interest of democratic society to enable the press to exercise its vital role of "public watchdog" in imparting information on matters of public concern, just as it is to enable NGOs scrutinising the State to do the same thing. Given that accurate information is a tool of their trade, it will often be necessary for persons and organisations exercising watchdog functions to gain access to information in order to perform their role of reporting on matters of public interest. Obstacles created in order to hinder access to information may result in those working in the media or related fields no longer being able to assume their "watchdog" role effectively, and their ability to provide accurate and reliable information may be adversely affected.

168. Thus, the Court considers that an important consideration is whether the person seeking access to the information in question does so with a view to informing the public in the capacity of a public "watchdog". This does not mean, however, that a right of access to information ought to apply exclusively to NGOs and the press. It reiterates that a high level of protection also extends to academic researchers and authors of literature on matters of public concern. [t]he function of bloggers and popular users of the social media may be also assimilated to that of "public watchdogs".

⁸⁹ E' infatti importante lo scopo perseguito con la richiesta di informazioni: il fine ultimo della ricerca deve essere la libertà di ricevere e diffondere dati di interesse per la collettività. In tali termini, la richiesta di informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni risulta spesso propedeutica all'attività giornalistica e ad altre attività destinate ad alimentare il dibattito pubblico, quali le indagini condotte dalle O.N.G. Affinché risulti applicabile l'art. 10 C.E.D.U., è allora necessario verificare che la mancata ostensione dell'informazione ricercata abbia l'effetto di frustrare l'effettivo esercizio della libertà d'espressione. Rileva, altresì, la natura dell'informazione richiesta: la casistica elaborata dalla Corte ha infatti individuato alcune categorie di dati ritenuti di interesse pubblico. In tale prospettiva, le informazioni di cui è chiesta l'ostensione devono essere assoggettate ad un "public-interest test" onde

evidenziato, ai titolari di blog e a personaggi influenti sui social media una funzione di denuncia sociale qualificata, analoga a quella già riconosciuta in capo ai giornalisti, alle ONG ed ai ricercatori universitari⁹⁰. Infine, il regime di accessibilità rafforzata dovrebbe riguardare informazioni immediatamente disponibili da parte delle pubbliche autorità

Ricorrendo questi presupposti, il diritto di accedere alle informazioni detenute dalla p.a. risulta indirettamente tutelato dall'art. 10 della C.E.D.U. e il rigetto delle relative istanze si traduce nella violazione dell'obbligo internazionale di garantire la libertà di ricevere le informazioni. Con riferimento al caso proposto dall'organizzazione *Magyar Helsinki Bizottság* la Corte ha quindi ravvisato un'ingiustificata limitazione della sua libertà di ricevere le informazioni ed ha conseguentemente condannato lo Stato ungherese. Va peraltro evidenziato come la Corte non abbia ritenuto necessario bilanciare il diritto all'informazione del ricorrente ex art. 10 C.E.D.U. con il diritto alla riservatezza dei difensori pubblici ex art. 8 C.E.D.U., ritenendo quest'ultima disposizione non applicabile al caso in esame⁹¹.

Con la sentenza in esame la Corte non ha in realtà operato un radicale *révirement* rispetto alla propria giurisprudenza anteriore, ma ha tratto piuttosto dai suoi precedenti delle nuove implicazioni, incidendo in modo significativo sull'istituto del diritto di accesso negli ordinamenti degli Stati europei⁹². I giudici di Strasburgo hanno infatti ribadito che l'art. 10 si limita a vietare restrizioni alla circolazione delle informazioni e non implica generalmente obblighi positivi per gli Stati membri. Tuttavia, la pronuncia in commento ammette che tale

verificarne accessibilità ai sensi della Convenzione. In particolare, tale esigenza sarebbe ravvisabile in relazione alle modalità di gestione dell'attività amministrativa ed in altre materie oggetto di interesse per l'intera collettività

⁹⁰ Un terzo elemento che deve essere oggetto di apprezzamento per vagliare l'applicabilità dell'art. 10 C.E.D.U. è il ruolo ricoperto dall'istante. Al pari della natura dei dati e dello scopo perseguito con la loro ricerca, infatti, la funzione svolta dagli istanti contribuisce a stabilire un legame tra l'eventuale diniego d'accesso e l'esercizio della libertà d'espressione. In particolare, l'attività giornalistica o il ruolo di *public watchdog* sono naturalmente connessi alla raccolta ed alla diffusione delle informazioni e allo sviluppo del dibattito pubblico. Sebbene l'art. 10 riconosca a chiunque la libertà d'espressione, infatti, la Corte ha sempre riconosciuto un ruolo privilegiato sotto tale profilo alla stampa e ai *media*, in quanto quest'ultimi contribuiscono a veicolare le informazioni rilevanti nell'ambito di una società democratica. E' altresì espressamente riconosciuto nella pronuncia in esame che un analogo ruolo nello sviluppo del dibattito pubblico può essere ricoperto anche dalle organizzazioni non governative, nonché dai ricercatori universitari e dai gestori di *blog*.

⁹¹ Questa conclusione, che risulta essenziale nell'impianto motivazionale della pronuncia, è stata oggetto di critica da parte di chi vi ha ravvisato una pericolosa involuzione nella giurisprudenza della Corte in materia di tutela dei valori della riservatezza e del rispetto della vita privata (cfr. le *dissenting opinions* formulate dai giudici Nussberger e Keller e dal giudice Spano. La proposta interpretazione restrittiva dell'art. 8 C.E.D.U. recherebbe infatti con sé il rischio di una riduzione della soglia di tutela di tale diverso valore rispetto a quella tradizionalmente assicurata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Tuttavia, nel caso in esame, la negazione di una, sia pur potenziale, violazione dell'art. 8 contribuisce ad escludere che la lamentata interferenza con la libertà d'espressione risultasse giustificata in quanto "necessaria in una società democratica" e conforme al principio di proporzionalità in considerazione dello scopo perseguito. La Corte ha quindi riscontrato all'esito del giudizio un'illegittima limitazione della libertà d'espressione ed ha dunque pronunciato la condanna nei confronti dello Stato Ungherese per violazione dell'art. 10 C.E.D.U. con il voto favorevole di 15 dei suoi membri.

⁹² Per considerazioni simili, vedi anche CARPANELLA E., *op. cit.*, pag. 329 e ss.

disposizione attribuisca un diritto di accesso alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni al ricorrere di specifiche condizioni (§156): ogniqualvolta, cioè, tale “*disclosure*” sia oggetto di un comando giudiziale divenuto esecutivo, nonché qualora essa sia comunque strumentale ad un’effettiva esplicazione della libertà d’espressione. La Corte sottolinea, inoltre, come detta necessaria strumentalità vada accertata caso per caso, valorizzando le peculiarità della fattispecie concreta, ma individua altresì i criteri fondamentali per poterla riscontrare.

La Corte ha quindi individuato un circoscritto diritto all’informazione tutelato dall’art. 10 della Convenzione per la sua specifica connessione con l’esercizio effettivo della libertà d’opinione. Si può peraltro ipotizzare che un ulteriore sviluppo della giurisprudenza della Corte E.D.U. possa ampliare ancora l’ambito di applicazione dell’art. 10, riconducendovi ulteriori ipotesi di istanze di accesso agli atti.

Le *dissenting opinions* sollevate da due membri del Collegio e le censure sollevate in sede di intervento nel giudizio dal Governo inglese hanno peraltro evidenziato alcuni profili di criticità di tale decisione. In particolare, il tenore letterale della disposizione sembrerebbe incompatibile con la norma desunta in via interpretativa dai giudici. Va in ogni caso chiarito quale sarà l’eventuale margine di apprezzamento lasciato agli Stati membri nell’attuare detta nozione innovativa di libertà d’informazione.

c) *Le implicazioni della sentenza: un parziale diritto alla trasparenza delle pubbliche amministrazioni*

Si è visto come, tramite un intervento giurisprudenziale, sia stata superata l’annosa divergenza in materia di diritto a ‘cercare’ le informazioni tra il dettato dei Patti sui Diritti civili e politici e la C.E.D.U. Il grado di tutela della libertà d’espressione originariamente assicurato dalla Convenzione appariva, infatti, ormai insufficiente alla luce del progressivo riconoscimento del diritto di accesso nelle fonti internazionali e negli ordinamenti di numerosi Stati europei.

La sentenza in esame non appare però conclusiva sul punto. Come molte pronunce che innovano profondamente una materia, essa lascia dubbi irrisolti e stimola riflessioni ulteriori. Due sembrano in particolare gli aspetti da sottolineare: la non compiuta tutela del diritto alla trasparenza e la questione degli eventuali ‘obblighi positivi’ derivanti per gli Stati dal riconoscimento di detto peculiare diritto d’accesso.

La prima considerazione da svolgere riguarda il ruolo che il diritto all’informazione, nei termini così ricostruiti, può svolgere in quanto presupposto necessario per alimentare il

dibattito pubblico e, quindi, per promuovere il corretto funzionamento della democrazia, sia rappresentativa che partecipativa: l'utile partecipazione dei cittadini alla gestione della cosa pubblica dipende, infatti, dalla disponibilità degli strumenti conoscitivi necessari per orientare consapevolmente i loro impulsi critici e le loro scelte politiche.

Pur nell'interpretazione evolutiva fornita dalla Corte, l'accesso alle informazioni non è contemplato dalla Convenzione come un diritto a sé stante, bensì come un istituto funzionale alla tutela di altri diritti. Il superamento dell'interpretazione strettamente letterale dell'art. 10 ha consentito infatti di riconoscere tale strumentalità con riferimento alla libertà di espressione, ma non ha mutato l'approccio tradizionale secondo cui la C.E.D.U. non tutela il diritto di accesso come valore intrinseco. Da questo punto di vista, si può riscontrare l'adesione della Corte, più che a una nozione ampia di libertà di espressione alla stregua dell'art. 19 del Patto sui diritti civili e politici e dell'art. 13 della Convenzione americana, a quel *right to know* in materia ambientale o *right to truth* in materia di *gross violations* dei diritti dell'uomo, che non attribuisce un valore intrinseco in quanto tale al dato informativo ricercato. Ciò comporta un rilevante limite alla sentenza in esame, dal momento che la libertà di espressione cui essa fa riferimento presuppone sì un diritto "strumentale" di ricercare le informazioni, ma tale ricerca non gode di un'autonoma legittimazione e si giustifica, piuttosto, in virtù dell'oggetto dei dati di volta in volta ricercati.

L'art. 10 C.E.D.U. tutela infatti in via diretta la libertà d'espressione e non la libertà d'informazione: la seconda sembrerebbe invero poter assumere rilievo solo come declinazione della prima. Pertanto, un'eventuale compressione della libertà d'informazione connessa ad un diniego d'accesso può assumere rilievo come violazione di tale disposizione del Trattato solo se la relativa istanza sia strumentale all'esercizio della libertà d'espressione. Naturalmente, nel caso di istanze d'accesso provenienti da soggetti qualificati, quali i c.d. "public watchdogs", è difficile immaginare che esse risultino del tutto avulse da un'attività di denuncia sociale riconducibile alla libertà d'espressione. Tuttavia, nel caso in cui il diritto d'accesso venga esercitato da un privato cittadino⁹³, il problema dell'eventuale estraneità della sua istanza rispetto alla libertà d'espressione (e, quindi, della sua effettiva riconducibilità all'art. 10 del Trattato) potrebbe porsi in più di un'occasione.

⁹³ Al riguardo, si rinvia alla *dissenting opinion* formulata dai giudici Nussberger e Keller, secondo cui la sentenza della Corte sarebbe censurabile per la circoscritta legittimazione attiva cui assoggetta detto diritto d'accesso di fonte pretoria (individuandone i titolari nei soli soggetti qualificabili come "public watchdogs"). Questa limitazione sembrerebbe invero ingiustificata ed in contrasto con la portata applicativa universale tradizionalmente riconosciuta dalla Corte all'art. 10 della Convenzione. Non sarebbe infatti opportuno riconoscere solo ad una ristretta categoria di soggetti una libertà d'espressione "qualificata", comprensiva del peculiare diritto d'accesso definito dalla pronuncia in esame, e negare un analogo regime ad ogni altro soggetto interessato.

Il diritto di accedere alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni viene dunque tutelato solo indirettamente dalla Convenzione, sebbene lo sviluppo della giurisprudenza consenta potenzialmente di estendere in modo significativo la portata di tale tutela “riflessa”. Detta soluzione interpretativa non può dunque soddisfare pienamente chi sostiene che il *right to know* andrebbe qualificato di per sé come diritto umano, a prescindere dalla sua connessione con la libertà d’espressione⁹⁴. Secondo questa tesi, infatti, la libertà d’informarsi ha un importante valore intrinseco poiché favorisce l’instaurazione di un rapporto fiduciario e collaborativo tra amministrazione e cittadini. Pur con i limiti operativi connessi alla natura funzionale della tutela assicurata dall’art. 10 C.E.D.U., la riconduzione del diritto di accesso nell’ambito della salvaguardia della libertà d’espressione costituisce, comunque, un’importante conquista per favorire lo sviluppo dei regimi di trasparenza negli Stati europei. In particolare, la decisione del caso citato favorisce l’accessibilità delle informazioni di rilevanza pubblica e contribuisce, così, al corretto funzionamento della democrazia partecipativa⁹⁵.

La sentenza presenta quindi un indubbio impatto positivo sulla materia del diritto di accesso, prefigurando una sua possibile estensione in funzione alla tutela di altri diritti garantiti dalla Convenzione. La libertà d’informazione⁹⁶ è, invero, un presupposto imprescindibile della partecipazione democratica al potere e costituisce una delle condizioni per la sua evoluzione. La concreta disciplina della libertà d’informazione e del “diritto all’informazione” contribuisce, anzi, a conformare ciascuna forma di Stato e di governo⁹⁷. Attenta dottrina ha precocemente evidenziato il ruolo del diritto internazionale e, in particolar modo, della Convenzione Europea

⁹⁴ In tal senso, vedi BIRKINSHAW P., *Transparency as a human right*, in *Transparency, The Key to Better Governance?*, Oxford University Press, 2006. Secondo l’Autore infatti “*Not only is freedom of information instrumentally important in realizing other human rights such as freedom of speech and access to justice or other desiderata such as accountability, it is intrinsically important: the right to know how government operates on our behalf*”. L’autore evidenzia infatti che un regime di trasparenza diffuso risulta intrinsecamente rilevante per favorire l’instaurazione di un rapporto fiduciario tra amministrazione ed individuo: “*Like freedom of speech, I would argue that freedom of information is also both intrinsically and instrumentally good. It is good in itself because it fulfils that relationship of trust that government must have in the people*”.

In senso contrario, vedi GALETTA D. U., *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali*, op. cit., pag. 20, che ritiene tali funzioni estranee al FOIA italiano e inidonee a giustificare i suoi elevati costi. Secondo l’Autrice, infatti, l’obbligo di motivazione gravante sull’amministrazione riguarderebbe anche le ipotesi accoglimento delle domande di accesso civico generalizzato poiché detto istituto “*ha dunque un senso (e gode di protezione normativa ai sensi del Decreto FOIA) solo ove sia correttamente utilizzato: e, cioè, nella sua prospettiva di strumento di controllo di/collaborazione con l’attività dei pubblici poteri; e non certo quale strumento mirante a soddisfare la mera curiosità di taluni consociati, a spese (in senso metaforico, ma anche reale) dell’intera collettività*”.

⁹⁵ Si deve tuttavia rilevare che, così contestualizzato, il diritto d’accesso riconducibile all’art. 10 C.E.D.U. risulta avere un ambito di applicazione molto più circoscritto rispetto all’accesso civico contemplato dal D. Lgs. 97/2016. Esso risulterebbe infatti limitato alle sole richieste di informazioni concernenti materie che possano costituire oggetto di un dibattito pubblico.

⁹⁶ Vedi FERRANTI G., op. cit., pag. 12.

⁹⁷ In questo senso, vedi BARILE, GRASSI, *Informazione (libertà di)*, op. cit.

per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo nello sviluppo di tale libertà negli ordinamenti nazionali⁹⁸.

Si può dunque ritenere che uno degli oneri dello Stato democratico sia quello di predisporre gli strumenti e i mezzi opportuni per garantire il diritto degli individui ad essere informati⁹⁹.

Anche la configurazione di tale diritto va però considerata in senso evolutivo. Difatti, la qualificazione del diritto di accesso alle informazioni come diritto “fondamentale” è nata soprattutto per promuovere la libertà di stampa, e tale originaria prospettiva reca con sé implicite limitazioni sul piano soggettivo. Lo sviluppo dei regimi di trasparenza amministrativa diffusa, invece, mira a garantire un “*right to know*” di portata più ampia, sia sotto il profilo soggettivo, che sul piano oggettivo. In tale ottica, le critiche espresse nella *dissenting opinion* riportata in calce alla sentenza possono offrire un utile argomento per promuovere lo sviluppo di tale particolare diritto fondamentale, poiché evidenziano la contraddittorietà insita nel desumere dall’art. 10 della CEDU distinti regimi di libertà d’espressione, destinati a variare a seconda del ruolo ricoperto dal soggetto istante. L’accessibilità delle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni in favore di qualunque soggetto interessato potrebbe, invero, costituire un utile strumento di conoscenza e di controllo, e contribuirebbe, dunque, a contrastare lo sviluppo di preoccupanti forme di populismo¹⁰⁰. Rendere edotti i consociati della complessità di talune attività amministrative e delle difficoltà logistiche ed organizzative insite nell’amministrazione della cosa pubblica, in un periodo, ad esempio, di grave crisi economica potrebbe infatti prevenire critiche superficiali ed indiscriminate sul funzionamento degli apparati amministrativi e favorire, invece, critiche costruttive che corrispondano realmente agli interessi dell’intera collettività.

La diffusione dei regimi di *full disclosure* degli atti amministrativi ispirati al modello del F.O.I.A. statunitense favorisce, in tal senso, una progressiva intensificazione della trasparenza amministrativa e consente, da una parte, di chiarire il ruolo delle pubbliche amministrazioni come apparati posti al servizio del cittadino e, dall’altra, di favorire l’instaurazione di un rapporto fiduciario e collaborativo tra amministrazione ed amministrati¹⁰¹.

⁹⁸ *Ex multis*, CHIOLA, *L’informazione nella Costituzione*, Padova, 1973, pag. 20.

⁹⁹ Si vedano le osservazioni contenute in TESAURO, *Democrazia ed informazione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1968, pag. 236.

¹⁰⁰ In tal senso vedi BIRKINSHAW P., *Transparency as a human right*, in *Transparency, The Key to Better Governance?*, Oxford University Press, 2006. L’Autore evidenzia, infatti, che “*In the past, the first victim of totalitarian regimes was freedom of information. Individuals who are informed are more fully equipped to expose inconsistencies, weakness, and sheer double-talk. They are also individuals who are better equipped to sympathize with the difficulties of government*”.

¹⁰¹ Cfr. BIRKINSHAW P., *Transparency as a human right*, *op. cit.*, secondo cui il diritto a ricercare e ricevere alcune informazioni ha un peculiare valore intrinseco, che prescinde dall’eventuale comunicazione a terzi dei dati così acquisiti e dal perseguimento di scopi ulteriori tramite il loro utilizzo.

Tale configurazione del diritto di accesso alle informazioni – come promotore di un corretto rapporto tra autorità e cittadini – non trova peraltro ancora pieno riscontro nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Ciò deriva dal fatto che detto istituto di fonte pretoria si lega indissolubilmente alla piena esplicazione della libertà di espressione, mentre il diritto a una buona amministrazione può manifestarsi anche in un momento anteriore rispetto alla stessa acquisizione, alla rielaborazione e al successivo riutilizzo del dato informativo fornito. L'interesse del cittadino a ottenere un serio riscontro alle istanze che abbia rivolto alla p.a. può infatti manifestarsi (e realizzarsi) a prescindere dall'esercizio effettivo della libertà d'espressione e ha, dunque, una portata molto più ampia. Il fatto stesso di riscontrare con precisione *qualsiasi* richiesta formulata dagli istanti contribuisce invero a configurare l'amministrazione come apparato servente rispetto agli interessi dei cittadini e produce, dunque, un risultato che assume rilievo autonomo rispetto all'ostensione di informazioni di rilevanza pubblica. Il diritto di accesso delimitato dalla motivazione della sentenza può invece venire in rilievo solo se l'istanza informativa sia volta a ottenere determinate informazioni e solo nella prospettiva di un loro successivo utilizzo da parte dell'istante.

Infatti, secondo l'ottica adottata dalla Corte di Stasburgo nella sentenza del 2016, la tutela convenzionale dell'accessibilità delle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni non riguarda indiscriminatamente qualunque istanza di ostensione, ma solo quelle che rispondano ai presupposti indicati dalla decisione. Il dato informativo non è dunque considerato come un valore intrinseco, bensì come uno strumento per alimentare il dibattito pubblico, consentendo ai singoli di formare ed argomentare le proprie opinioni.

Pertanto, il principio di diritto enunciato dalla Corte di Strasburgo dev'essere inteso in una prospettiva rigorosamente funzionale: la tutela del diritto d'accesso agli atti ai sensi dell'art. 10 opera nella misura in cui i dati siano ricercati da soggetti qualificati per discutere temi di diffusa rilevanza politica e sociale.

Anche nell'interpretazione evolutiva accolta, infatti, l'art. 10 consente di agevolare la promozione della trasparenza negli Stati Membri, ma risente, al contempo, dei limiti operativi derivanti dalla necessaria connessione tra tale obbligo positivo e la libertà d'espressione. Si è visto come la Corte non consideri il contatto informativo tra individuo e pubbliche amministrazioni come un valore intrinseco, bensì come un presupposto per garantire l'attuazione di un diverso diritto fondamentale. Non sarebbe dunque possibile invocare una violazione dell'art. 10 a fronte del diniego opposto ad un'istanza di accesso civico finalizzata a soddisfare un bisogno conoscitivo "puro" o, comunque, a realizzare un diverso interesse avente carattere meramente individuale. Per ottenere un risultato analogo sarebbe infatti necessario individuare

nella C.E.D.U. uno specifico diritto del cittadino all'instaurazione di un rapporto fiduciario e collaborativo con le pubbliche amministrazioni. In tal caso, invero, la Convenzione finirebbe col tutelare il diritto d'accesso a prescindere dal fatto che l'istanza sia stata presentata da un soggetto che ricopra un ruolo di denuncia sociale e a prescindere dalla riconducibilità dei dati richiesti a tematiche oggetto di dibattito pubblico.

Dal momento che la tutela convenzionale del diritto di ricercare le informazioni deve invece risultare funzionale alla realizzazione della libertà d'espressione, il diniego del diritto d'accesso può implicare la violazione dell'art. 10 solo in un numero più circoscritto di ipotesi. Per la loro specifica individuazione sarà peraltro necessario attendere la formazione di un'elaborata casistica da parte della giurisprudenza della Corte. I giudici di Strasburgo dovranno infatti valutare *ex post*, caso per caso, se la normativa nazionale che legittimi il rifiuto delle amministrazioni di fornire alcuni dati agli istanti, non dia luogo, in concreto, ad una violazione della loro libertà d'espressione. Non si può infatti escludere che successive pronunce della Corte amplino ulteriormente l'ambito di applicazione soggettivo di tale obbligo proattivo scaturente per gli Stati membri dall'art. 10 della Convenzione.

L'incidenza della pronuncia della Corte sul delicato tema della trasparenza amministrativa sconta, dunque, da questo punto di vista, un evidente limite qualitativo.

Un secondo profilo problematico concerne, poi, gli obblighi eventualmente incombenti sugli Stati membri nell'ambito della promozione dell'accesso alle informazioni.

Pur essendo stato superato il tradizionale orientamento restrittivo, che configurava la libertà d'espressione solo in termini di libertà negativa, l'art. 10 non sembra comunque idoneo a incidere direttamente sulla ben più ampia problematica dell'instaurazione di un rapporto fiduciario e collaborativo tra amministrazione ed amministrati. Non si riscontra infatti nella norma in questione una configurazione del rapporto tra governanti e governati che consenta di censurare le normative nazionali per l'omessa predisposizione di un regime di trasparenza diffusa, che si potrebbe astrattamente teorizzare nella più ampia prospettiva della trasparenza come declinazione diretta del diritto ad una buona amministrazione¹⁰². L'innovativa disciplina dell'accesso civico nell'ordinamento italiano garantisce, dunque, sotto tale aspetto, standard di tutela superiori in materia di trasparenza rispetto a quelli direttamente imposti dalla C.E.D.U.: le istanze di accesso civico hanno infatti un ambito applicativo molto più ampio rispetto a quello del "nuovo" diritto di accesso di fonte giurisprudenziale desumibile dall'art. 10. Tuttavia, anche

¹⁰² Manca infatti nella C.E.D.U. una disposizione analoga all'art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, che riguardi specificamente il rapporto collaborativo tra cittadino ed amministrazione e che consenta, dunque, di "traslare" il fondamento normativo del diritto di accesso coniato dalla Corte ex art. 10 della Convenzione, così da renderlo indipendente dai limiti derivanti dalla sua connessione alla libertà d'espressione.

volendo applicare rigorosamente i limiti definiti dalla sentenza, una potenziale area d'interferenza tra la disciplina dell'accesso civico e tale disposizione potrebbe comunque già riscontrarsi limitatamente alle istanze di ostensione provenienti da “public watchdogs” e aventi ad oggetto informazioni di rilevanza pubblica. Sotto tale aspetto, invero, il consolidamento dei principi ivi enunciati potrebbe far emergere questioni problematiche anche per il nostro ordinamento (in virtù della soggezione della potestà legislativa statale e regionale agli obblighi internazionali ex art. 117 Cost.)¹⁰³.

Si deve infatti evidenziare che, in virtù di tale rinvio, la pronuncia in esame potrebbe, in un'ottica prospettica, fornire indirettamente copertura costituzionale al *right to know* “condizionato” da essa coniato. Ne deriverebbe che la normativa F.O.I.A. recentemente introdotta nel nostro ordinamento potrebbe configurarsi, per certi aspetti, come espressione mediata dell'art. 117 Cost. e risultare, dunque, dotata di una particolare forza passiva, in termini di resistenza all'abrogazione. Peraltro, la radicale evoluzione giurisprudenziale promossa dalla Corte potrebbe anche influenzare significativamente l'interpretazione della normativa nazionale. Il nuovo significato attribuibile all'art. 10 della Convenzione offre, infatti, un ulteriore appiglio normativo per interpretare restrittivamente le “esclusioni e i limiti” all'accesso civico previste dal D.Lgs. n. 97/2016¹⁰⁴. Sarà quindi compito della Corte di Strasburgo e delle Corti nazionali fornire una risposta ai numerosi quesiti nascenti da tale pronuncia. In particolare, si può ipotizzare che esse dovranno risolvere in via interpretativa i nuovi problemi di interferenza che emergeranno tra il peculiare diritto di accesso riconosciuto ai sensi dell'art. 10 della Convenzione e le normative in materia di trasparenza vigenti nei vari Stati europei.

¹⁰³ Al riguardo, si ha presente il recente chiarimento fornito dal Giudice delle Leggi con la sentenza 26 marzo 2015 n. 49, secondo cui una singola pronuncia della Corte di Strasburgo non è sufficiente a fondare una regola di diritto vincolante per gli tutti gli Stati Membri aderenti alla Convenzione. Risulta infatti necessario, a tal fine, che la regola enunciata nella pronuncia venga successivamente confermata fino a divenire giurisprudenza consolidata.

¹⁰⁴ L'art. 5 *bis* del D.Lgs. n. 33/2013 recita infatti: “1. L'accesso civico di cui all'articolo 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a: a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; b) la sicurezza nazionale; c) la difesa e le questioni militari; d) le relazioni internazionali; e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; g) il regolare svolgimento di attività ispettive. 2. L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali”.

1.4 La Convenzione del Consiglio d'Europa sul diritto di accesso (2009)

Appare indicativa dell'importanza riconosciuta dal Consiglio d'Europa al *right to know* l'adozione nel 2009 di una specifica Convenzione in materia¹⁰⁵. Quest'atto consentirebbe infatti di ovviare, sia pure con modalità ed effetti diversi (specialmente sotto il profilo delle garanzie che offre), alle evidenziate lacune dell'art. 10 CEDU.

A riprova del fatto che la questione era avvertita come urgente anche prima della recente tendenza di diverse ONG a ricorrere alla Corte EDU, si rileva come i lavori della Convenzione siano iniziati già nel 1997. Tuttavia, l'oggettiva difficoltà di stendere un testo che risultasse accettabile per la gran parte degli Stati membri del Consiglio ha fatto sì che detti lavori si siano protratti per ben 12 anni¹⁰⁶.

Il Preambolo sottolinea l'importanza dell'accesso agli atti detenuti dalle autorità per garantire, tramite la trasparenza, un miglior controllo democratico sul loro operato. Esso evidenzia, infatti, “*the importance in a pluralistic, democratic society of transparency of public authorities*”, e sottolinea, inoltre, “*that exercise of a right to access to official documents:*

- i) provides a source of information for the public;*
- ii) helps the public to form an opinion on the state of society and on public authorities;*
- iii) fosters the integrity, efficiency, effectiveness and accountability of public authorities, so helping affirm their legitimacy”.*

Come si vedrà nel secondo capitolo, ad analoghe conclusioni sulla funzione dell'accesso agli atti e, più in generale, del *right to know*, erano pervenuti anche gli Stati membri dell'Unione europea, che, non a caso, hanno espressamente inserito questo diritto dapprima nel Trattato di Amsterdam (1997) e poi in quello di Lisbona (art. 15 TFUE e art. 42 della carta dei Diritti fondamentali). Tale diritto, peraltro, opera - almeno limitatamente a quanto prescritto dai Trattati¹⁰⁷ - nei confronti dei documenti detenuti dall'Unione, e non crea obblighi direttamente in capo agli Stati membri. Ai sensi dell'art. 2 della Convenzione di Tromsø, invece,

“*1) Each Party shall guarantee the right of everyone, without discrimination on any ground, to have access, on request, to official documents held by public authorities.*

¹⁰⁵ Per un'analisi approfondita della Convenzione, vedi EDEL F., *La convention du conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics: premier traité consacrant un droit général d'accès aux documents administratifs*, *Revue française d'administration publique*, 2011, pag. 59 e ss.

¹⁰⁶ Infatti, nel 1997 fu conferito allo *Steering Committee for Human rights* l'incarico di “*elaborate a legal instrument incorporating basic standards on the right for the public to have access to information in the hands of the public authorities. This work resulted notably in adoption by the Committee of Ministers of Recommendation Rec (2002)2 on Access to Official Documents [post] and the 2009 Council of Europe Convention on Access to Official Documents*” (GOLDBERG D., *op. cit.*, pag. 12).

¹⁰⁷ Sulla possibilità che si possa configurare un *right to know* esigibile in capo agli Stati membri, ai sensi di un'interpretazione estensiva dell'art. 51 della carta, vedi *infra* Cap. II, par. 2.4.

2) *Each Party shall take the necessary measures in its domestic law to give effect to the provisions for access to official documents set out in this Convention.*

3) *These measures shall be taken at the latest at the time of entry into force of this Convention in respect of that Party.”*

Uno degli aspetti più significativi della Convenzione¹⁰⁸, che qualora entrasse in vigore configurerebbe un *right to know* molto più pregnante di quello che la Corte EDU sembra disposta a ricavare dall’art. 10, consiste nel fatto che il diritto di accesso è conferito a chiunque, senza che il richiedente risulti in alcun modo “*obliged to give reasons for having access to the official document*”.

E’ inoltre previsto che

“2) *Parties may give applicants the right to remain anonymous except when disclosure of identity is essential in order to process the request.*

3) *Formalities for requests shall not exceed what is essential in order to process the request”*

Il diritto di accesso, e il corrispondente obbligo per le autorità pubbliche di esibire gli atti, risulta pertanto svincolato dal fine per il quale si procede alla richiesta: come si è visto, la citata sentenza del 2016 attribuiva invece rilevanza fondamentale alle finalità poste alla base dell’istanza, richiedendo che essa fosse in qualche modo riconducibile alla particolare funzione di controllo sull’esecutivo svolta da alcuni soggetti (*mass media* od *ONG*), la Convenzione prescinde del tutto dall’eventuale connessione della richiesta con un interesse funzionalmente “qualificato”¹⁰⁹. Ogni individuo potrebbe infatti vantare il diritto di “sapere”, in quanto cittadino di una società democratica e non solo in ragione del suo eventuale ruolo di “*public watchdog*”¹¹⁰. Si tratta, con tutta evidenza, di una evoluzione significativa sul piano internazionale: si è visto come nell’Organizzazione degli Stati americani e nell’Organizzazione per l’Unità africana, il

¹⁰⁸ Di rilievo appare anche il meccanismo di controllo previsto nell’art. 11, a termini del quale un gruppo di specialisti “*on Access to Official Documents shall meet at least once a year with a view to monitoring the implementation of this Convention by the Parties, notably reporting on the adequacy of the measures in law and practice taken by the Parties to give effect to the provisions set out in this Convention;*

i) expressing opinions on any question concerning the application of this Convention;

ii) making proposals to facilitate or improve the effective use and implementation of this Convention, including the identification of any problems;

iii) exchanging information and reporting on significant legal, policy or technological developments;

iv) making proposals to the Consultation of Parties for the amendment of this Convention;

¹⁰⁹ Vedi MCDONAGH M., *op. cit.*, pag. 46: “*The right of access provided for in the Convention on Access to Official Documents is unlimited in terms of the class of requester who can invoke that right in so far as it guarantees ‘the right of everyone, without discrimination on any ground, to have access to information and requires that ‘requests for access to official documents shall be dealt with on an equal basis’.*

¹¹⁰ *Ibidem*, pag. 48: “*The access right provided for under the Convention on Access to Official Documents is unlimited in terms of the purpose for which access may be sought in so far as no requirements as to the reasons why access is sought are imposed by the Convention. The irrelevance to the exercise of the right of access of the purpose for which access is sought is supported by the inclusion in the Convention of an express prohibition on the imposition on requesters of obligations to give reasons for accessing requested information”.*

diritto a conoscere sia anch'esso connesso, in realtà, a uno specifico scopo (l'accertamento dell'esistenza di crimini contro l'umanità), tanto che si parla, in proposito, di un peculiare *right to truth*. Analogamente, la Convenzione di Aarhus conferisce un significativo diritto di accesso di ampia portata, ma il suo ambito di applicazione risulta circoscritto alla sola materia ambientale ed è funzionale alla scoperta di eventuali violazioni.

La Convenzione del 2009, invece, non pone la tutela di altri valori quale presupposto alla garanzia dell'accesso ai documenti.

Si potrebbe quindi affermare che il *right to know* manifesta una sua valenza intrinseca più che per un suo valore strumentale rispetto alla tutela di altri diritti. La sua natura direttamente “ancillare”¹¹¹ rispetto al corretto funzionamento delle pubbliche amministrazioni, che lo collocherebbe tra i principali strumenti di attuazione dell'*accountability*, risulta peraltro confermata nei lavori preparatori della Convenzione, ai termini dei quali “*Transparency of public authorities is a key feature of good governance and an indicator of whether or not a society is genuinely democratic and pluralist. The right of access to official documents is also essential to the self-development of people and to the exercise of fundamental human rights. It also strengthens public authorities' legitimacy in the eyes of the public, and its confidence in them. So, the official Council of Europe position does not affirm or assert the status of this right as a fundamental human right, merely pointing out that it is an instrumental right for furthering the exercise of other, fundamental human rights*”¹¹².

1.5 Implicazioni della normativa internazionale per il diritto italiano

Volendo trarre delle conclusioni rispetto all'impatto del diritto internazionale relativo al diritto di ‘cercare’ informazioni sull'ordinamento italiano, si deve distinguere tra diritto internazionale generale e pattizio, cui fanno riferimento rispettivamente gli articoli 10 e 117 della Costituzione.

Sotto il primo profilo, non vi è dubbio che, come accennato, non è ancora riscontrabile una norma di diritto consuetudinario in senso proprio che permetta e garantisca l'accesso alle

¹¹¹ Per il carattere “ancillare” del diritto di accesso alle informazioni rispetto ad altri diritti, e in particolar modo del diritto di espressione vedi ad esempio, WEERAMANTRY C.G., *Access to Information: A New Human Right. The Right to Know*, in *Asian Yearbook of International Law*, vol. 4, 1994, pag. 101 e ss. La stessa Corte EDU ha fatto talvolta riferimento al diritto di accesso alle informazioni come istituto strumentale alla tutela di altri diritti, espressamente garantiti dalla Convenzione, come il diritto alla vita (vedi sentenza del 30 novembre 2004, *Oneryidiz c. Turchia*, ricorso 48939/99) e il diritto al rispetto della vita privata (sentenza del 4 febbraio 2014, *Turek c. Slovacchia*, ricorso 796/00); vedi in tal senso CARPANELLI E., *op.cit.*, pag. 331.

¹¹² Cfr. GOLDBERG D., *op. cit.*, pag. 13.

informazioni in possesso delle Pubbliche amministrazioni. Alla progressiva diffusione di buone prassi seguite dagli Stati in proposito, e all'attività di organi universali, come le Nazioni Unite, non corrisponde, infatti, la prova dell'esistenza di un'*opinio iuris* effettiva rispetto all'obbligo di permettere l'accesso alle informazioni. In altri termini, gli Stati non intendono vincolarsi sul piano internazionale a concedere un diritto che, pure, tutelano spesso a livello interno. Non si può quindi ritenere che l'Italia risulti destinataria di obblighi in materia ai sensi dell'art. 10 Cost., benché la prassi internazionale ricostruibile a livello universale (e confermata anche dai sistemi americano e africano di diritti dell'uomo) possa offrire spunti interpretativi ai giudici italiani, che vengano eventualmente aditi per fare valere tale diritto all'informazione sulla base di altre normative di diritto interno o internazionale.

Il rilevante spazio riservato alla libertà di informazione nella Convenzione europea, in particolare agli ultimi sviluppi giurisprudenziali si giustifica non solo per la peculiare importanza riconosciuta alla C.E.D.U. tra le fonti del nostro ordinamento, ma anche, e soprattutto, sotto il profilo delle interrelazioni tra la C.E.D.U. stessa e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, su cui si tornerà in seguito. Infatti, ai sensi dell'art. 117 Cost., lo Stato (oltre alle regioni) è tenuto a rispettare la normativa convenzionale: questa disposizione comporta che norme interne confliggenti con quelle dettate dalla Convenzione europea così come interpretata dalla Corte¹¹³ - devono essere dichiarate incostituzionali dalla Corte¹¹⁴. Di conseguenza, un conflitto tra il

¹¹³ “La Corte costituzionale afferma [...] che il parametro di riferimento per valutare l'attività normativa interna non è soltanto la norma della Convenzione europea, ma la norma così come interpretata dalla Corte europea. È questa una affermazione di particolare rilievo perché, con la stessa, si riconosce non soltanto l'autorità della interpretazione formulata dalla Corte, ma anche l'obbligatorietà, che peraltro deriva dall'art. 46 della Convenzione, che impone agli Stati di rispettare le sentenze della Corte; e ciò nella interpretazione della norma, ancor prima, che nella esecuzione delle misure eventualmente disposte nel caso di specie”. Vedi per tutti ZANGHI C., *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in www.giurcost.org/studi/zanghi.htm, e il par. 4.6 della sentenza 348/07, ai sensi del quale: “[...] tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione.” La pronuncia in esame della Corte cost. era stata anticipata dalle Sezioni unite civili della Cassazione, che hanno affermato per la prima volta che, ai fini dell'applicazione delle norme della CEDU (nella specie l'art. 6) “non possono discostarsi dall'interpretazione che della stessa norma dà il giudice europeo” e che sussiste “un vero e proprio dovere del giudice italiano di interpretare la legge interna in modo conforme alla Convenzione europea “per come essa vive nella giurisprudenza della Corte europea” (Vedi sentenze del 26 gennaio 2004, n. 1338, n. 1339, n. 1340 e n. 1341).

¹¹⁴ Come noto, prima della revisione del Titolo V (legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), la Corte costituzionale non aveva riconosciuto alle disposizioni della CEDU il valore di norme costituzionali, considerandole solo quale ausilio interpretativo della Costituzione: cfr. ad esempio Corte costituzionale 22 ottobre 1999, n. 388, in particolare là dove si afferma che «*al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione. Ciò che, appunto, accade per il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti ed interessi, garantito dall'art. 24 Cost., che implica una ragionevole durata del processo*». Sull'argomento, cfr. *ex multis* BIANCHI G., *L'efficacia dei trattati internazionali alla luce dell'art. 117, c. 1 della Costituzione*, in www.altalex.com/.../dell'8febbraio2008 e DE SIERVO U., *Recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni..del19/19_21_11_09, pag. 2.

In seguito, dottrina e giurisprudenza si sono orientate nel senso di ritenere che il comma 1 dell'art. 117 della Costituzione non sia idoneo ad attribuire valore di norme costituzionali alle disposizioni della CEDU, che assumono

contenuto della C.E.D.U. e una legge italiana, accertato dalla Corte dei diritti dell'uomo, comporta l'incostituzionalità della norma che, stando alla giurisprudenza costituzionale, deve essere accertata dal giudice delle leggi e non già rilevata direttamente dal giudice di merito, con conseguente possibilità di disapplicazione, come invece si verifica per il diritto dell'Unione¹¹⁵.

La nuova, e più ampia, interpretazione dell'art. 10 CEDU da parte della Corte di Strasburgo, non comporta di per sé conseguenze rilevanti rispetto al diritto italiano, stante che il nostro ordinamento già tutela il diritto all'informazione. Non si pone quindi, in prima battuta, la questione della natura "consolidata" o meno della giurisprudenza degli organi C.E.D.U.¹¹⁶

rilievo nel sindacato di legittimità costituzionale soltanto in quanto parametro interposto. Ciò comporta comunque il pieno riconoscimento della Convenzione come parametro di costituzionalità, seppur indiretto (cfr. per tutti, sull'argomento, MARONE F., *La CEDU da parametro di legittimità costituzionale della legge a fonte concorrente con la Costituzione? (commento a Corte costituzionale 10 dicembre 2013, n. 313)*, in www.giurcost.org/studi/marone1.pdf, pag. 5.

¹¹⁵ Cfr., oltre alle celebri "sentenze gemelle" (348 e 349 del 2007), anche la più recente sentenza 80/2011, ai sensi della quale: [...] questa Corte ha anzitutto ricordato – e giova qui ribadirlo, in rapporto a quanto più avanti si osserverà – come, a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la giurisprudenza costituzionale sia costante nel ritenere che le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione) – integrino, quali «norme interposte», il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali» (sentenze n. 317 e n. 311 del 2009, n. 39 del 2008). In questa prospettiva, ove si profili un eventuale contrasto fra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione; e, ove tale verifica dia esito negativo – non potendo a ciò rimediare tramite la semplice non applicazione della norma interna contrastante – egli deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all'indicato parametro. A sua volta, la Corte costituzionale, investita dello scrutinio, pur non potendo sindacare l'interpretazione della CEDU data dalla Corte europea, resta legittimata a verificare se, così interpretata, la norma della Convenzione – la quale si colloca pur sempre a un livello sub-costituzionale – si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione: «ipotesi eccezionale nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato». La posizione della Corte cost. ha fatto giustizia della tesi, avanzata in dottrina e avallata dal Consiglio di Stato (sent. 2 marzo 2010, n. 1220, su cui vedi COLAVITTI G. e PAGOTTO C., *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?*, in _archivio.rivistaaiic.it/rivista/2010/00/), secondo cui il giudice di merito potrebbe "disapplicare" la legge interna incompatibile, come avviene rispetto alle norme direttamente efficaci del diritto eurounitario.

¹¹⁶ Come è noto, la Corte costituzionale italiana ha affermato che risulta vincolante solo un'interpretazione consolidata da parte della Corte dei diritti dell'uomo di una disposizione della Convenzione. Al riguardo, vedi la recente sentenza n.49/2015, che al par. 7 afferma: "Questa Corte ha già precisato, e qui ribadisce, che il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla «giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente» (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009), «in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza» (sentenza n. 311 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 303 del 2011), fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro (sentenze n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009).

È, pertanto, solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo.

Del resto, tale asserzione non solo si accorda con i principi costituzionali, aprendo la via al confronto costruttivo tra giudici nazionali e Corte EDU sul senso da attribuire ai diritti dell'uomo, ma si rivela confacente rispetto alle modalità organizzative del giudice di Strasburgo. Esso infatti si articola per sezioni, ammette l'opinione dissenziente, ingloba un meccanismo idoneo a risolvere un contrasto interno di giurisprudenza, attraverso la rimessione alla Grande Camera.

È perciò la stessa CEDU a postulare il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale, incentivando il dialogo fino a quando la forza degli argomenti non abbia condotto definitivamente ad imboccare una strada, anziché un'altra. Né tale prospettiva si esaurisce nel rapporto dialettico tra i componenti della Corte di Strasburgo, venendo invece a coinvolgere idealmente tutti i giudici che devono applicare la CEDU, ivi compresa la

Profili problematici potrebbero però porsi sia nel caso in cui la Corte EDU, sviluppando la propria giurisprudenza, configurasse in termini più incisivi quello che al momento appare un mero diritto di accesso, sottoposto a numerose condizioni, sia soprattutto nella verifica di compatibilità con l'art. 10 CEDU dei limiti al diritto di accesso adottati dall'ordinamento italiano: ciò, per quanto riguarda ad esempio la titolarità dai soggetti che possono accedere alle informazioni, e i limiti in senso stretto indicati dall'art. 10, par. 2¹¹⁷. L'analisi che compie in materia la Corte EDU non coincide sempre con quella che, in casi analoghi, viene seguita dagli organi statali, diverse essendo le sensibilità rispetto al rilievo 'individuale' della tutela dei diritti – prioritariamente seguito in linea di massima dalla Corte di Strasburgo - e bilanciamento con gli interessi pubblici come dimostrato anche in casi recenti di parziale conflitto tra Corte Costituzionale italiana e giurisprudenza convenzionale¹¹⁸. In particolare, una questione delicata si pone in ordine ad una possibile discrasia tra rispetto del diritto all'informazione e del diritto alla *privacy*: nella sentenza della Corte europea del 2016, ad esempio, questo aspetto è stato se non 'trascurato', almeno affrontato in modo frettoloso, come risulta anche dalle opinioni

Corte costituzionale. Si tratta di un approccio che, in prospettiva, potrà divenire ulteriormente fruttuoso alla luce del Protocollo addizionale n. 16 alla Convenzione stessa, ove il parere consultivo che la Corte EDU potrà rilasciare, se richiesta, alle giurisdizioni nazionali superiori è espressamente definito non vincolante (art. 5). Questo tratto conferma un'opzione di favore per l'iniziale confronto fondato sull'argomentare, in un'ottica di cooperazione e di dialogo tra le Corti, piuttosto che per l'imposizione verticistica di una linea interpretativa su questioni di principio che non hanno ancora trovato un assetto giurisprudenziale consolidato e sono perciò di dubbia risoluzione da parte dei giudici nazionali". Di conseguenza, "Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un "diritto consolidato" o di una "sentenza pilota", il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di «ogni strumento ermeneutico a sua disposizione», ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale (sentenza n. 80 del 2011). Quest'ultimo assumerà di conseguenza, e in linea di massima, quale norma interposta il risultato oramai stabilizzatosi della giurisprudenza europea, dalla quale questa Corte ha infatti ripetutamente affermato di non poter «prescindere» (ex plurimis, sentenza n. 303 del 2011), salva l'eventualità eccezionale di una verifica negativa circa la conformità di essa, e dunque della legge di adattamento, alla Costituzione (ex plurimis, sentenza n. 264 del 2012), di stretta competenza di questa Corte.

Mentre, nel caso in cui sia il giudice comune ad interrogarsi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, va da sé che questo solo dubbio, in assenza di un "diritto consolidato", è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale.

¹¹⁷Art. 10. 2: "L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario."

¹¹⁸ Si pensi alla sentenza sul caso c.d. delle pensioni svizzere (n. 264/2012), in cui la Corte cost. ha affermato che spetta agli Stati contraenti individuare i *motivi imperativi di interesse generale* che giustificano un intervento *ex tunc* del legislatore, in quanto nella posizione migliore per identificarli trattandosi, tra l'altro, degli interessi che sono alla base dell'esercizio del potere legislativo. Se l'assunto in via di principio è condivisibile, si deve rilevare che nel caso di specie la Corte cost., diversamente da quanto deciso dalla Corte EDU ha adottato un criterio elastico, facendo coincidere i *motivi imperativi* con meri *interessi rilevanti*. Secondo il giudizio della Corte costituzionale, invero, i motivi di natura finanziaria sono motivi imperativi d'interesse generale di per sé sufficienti a giustificare un intervento retroattivo del legislatore.

dissenzienti¹¹⁹. In ogni caso, la decisione esaminata induce a una riconsiderazione della questione. Come si è accennato, il nuovo significato attribuibile all'art. 10 della Convenzione offre, invero, un ulteriore appiglio normativo per interpretare restrittivamente le “esclusioni e i limiti” all'accesso civico previste dal D. Lgs. 97/2016¹²⁰. Alla luce del nuovo significato attribuito all'art. 10 C.E.D.U., infatti, un'interpretazione costituzionalmente orientata del nuovo art. 5 *bis* del T.U. della Trasparenza indurrebbe a considerare, a maggior ragione, come un'*extrema ratio* il diniego d'accesso motivato sulla base dell'esigenza di salvaguardare interessi pubblici qualificati. Ad esempio, potrebbe essere astrattamente necessario stabilire in che misura l'esigenza di evitare un pregiudizio concreto alla politica finanziaria dello Stato legittimi una deroga (*ex art.* 10, par. 2, della C.E.D.U.) all'obbligo di fornire i dati necessari per alimentare il dibattito pubblico su tali temi. Un eventuale diniego d'accesso in dette materie, infatti, ancorché legittimo sulla base della normativa nazionale, potrebbe in concreto ostacolare l'attività d'indagine condotta dagli organi di stampa o da O.N.G. in tale settore per finalità di interesse generale. La mancata ostensione di tali informazioni ai sensi dell'art. 5 *bis* potrebbe dunque tradursi in un'illegittima limitazione della libertà d'espressione “qualificata” espressamente riconosciuta a tali soggetti nella loro veste di “*public watchdogs*”¹²¹.

¹¹⁹ Vedi le *dissenting opinions* formulate dai giudici *Nussberger e Keller* in relazione al par. 196 della sentenza. Tali membri del Collegio hanno infatti criticato l'interpretazione restrittiva dell'art. 8 CEDU (relativo alla tutela della privacy) recepita nella decisione al fine di promuovere il diritto di accesso funzionale alla libertà d'espressione.

¹²⁰ Sul punto, vedi *infra* Cap. IV.

¹²¹ Naturalmente, le implicazioni della nuova tutela convenzionale della libertà d'espressione risulteranno ancora maggiori una volta superato l'odierno approccio (per certi aspetti) ancora “conservativo” proposto nella decisione in commento. Al riguardo, si deve tener conto del *favor* affermatosi a livello nazionale ed europeo per l'adozione di soluzioni normative ed amministrative che favoriscano l'*accountability* e la partecipazione consapevole dei cittadini al dibattito pubblico.

Capitolo II: Il diritto d'accesso nell'ordinamento dell'Unione europea

Introduzione

Diversamente da quanto avviene nel diritto internazionale, dove una serie di Convenzioni pongono obblighi in capo agli Stati affinché garantiscano il diritto alla libertà di espressione - comprensiva, come si è visto, della libertà di cercare informazioni, e quindi di accedere ai documenti (*right to know*) – nella Comunità europea prima e nell'Unione oggi, tale diritto viene garantito nei confronti degli stessi atti adottati dalle istituzioni europee. Si tratta, quindi, di un impegno che l'Unione ha assunto nei confronti dei propri cittadini e di quanti risiedono sui territori degli Stati membri¹²², e che è attualmente oggetto di norme sia primarie che secondarie. A tale obbligo connesso in modo esplicito alla trasparenza degli atti e all'accesso ai documenti, su cui si tornerà di seguito, si aggiunge, nella Carta dei Diritti fondamentali, il richiamo, nell'art. 11, alla libertà di espressione. Come noto, i diritti indicati nella Carta vincolano sia le istituzioni che gli Stati membri, sebbene esclusivamente nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione (art. 51, par. 1). Ora, poiché l'art. 11 della Carta riproduce l'art. 10 CEDU, e ai sensi dell'art. 52 della Carta stessa, ove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea, “il significato e la portata degli stessi sono eguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione”, l'evoluzione giurisprudenziale della Corte EDU conferma anche l'art. 11 della Carta. La conseguenza è che, in tal modo, il diritto di accesso alle informazioni ex art. 10 C.E.D.U. risulta “comunitarizzato”, con la conseguenza che il giudice nazionale potrà “disapplicare” la norma interna eventualmente confliggente¹²³.

L'analisi verrà quindi condotta esaminando dapprima le norme pattizie e secondarie che garantiscono il diritto alla trasparenza e all'accesso da parte dell'Unione, per poi tornare, in seguito, sull'art. 11 della Carta per le conseguenze che la sua nuova “versione” potrebbe produrre. La genesi del diritto alla trasparenza nell'ordinamento comunitario risulta, del resto, di rilevante interesse in quanto ha dato luogo, prima della formalizzazione di tale diritto in norme espresse sull'accesso agli atti, al formarsi di un principio generale: come noto, i principi generali operano non solo nei confronti dell'Unione, ma anche, in quanto garantiscono diritti nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione stessa, anche degli Stati¹²⁴. Quindi, questi potrebbero

¹²² Sin dal Trattato di Amsterdam, infatti, il diritto di accesso ai documenti è garantito a qualsiasi cittadino dell'Unione e “a qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro” (art. 255, par. 1).

¹²³ Vedi *infra* par. 3.3.

¹²⁴ Per la prima affermazione di tale principio, vedi la sentenza della Corte di giustizia del 28 ottobre 1975, Roland Rutili contro Ministre de l'Interieur, causa 36/75. Con riferimento ai limiti posti alla libertà di circolazione di un

risultate vincolati non solo ai sensi dell'art. 15 TFUE e delle norme secondarie, ma anche dalle disposizioni della Carta (art. 11 e 42), rese vincolanti dall'art. 6.1. TUE ma anche, ove dalle fonti scritte non si potesse desumere una tutela sufficiente, dall'art. 6, par. 3, TUE.

2.1 La normativa primaria fino al Trattato di Amsterdam - Diritto di accesso e trasparenza

Il diritto di accesso ai documenti¹²⁵ rappresenta un aspetto del più ampio diritto alla trasparenza degli atti e, più generalmente, del processo decisionale comunitario, la cui importanza è stata colta soprattutto a partire dai negoziati che hanno condotto al Trattato di Maastricht. In tale sede, infatti, e anche in seguito - dopo il risultato negativo del referendum danese - la necessità che l'Unione si aprisse alla partecipazione e al controllo dei propri cittadini era stata sottolineata da più parti e, sebbene non avesse condotto all'inserzione di norme specifiche nel nuovo Trattato, era stata enunciata in una Dichiarazione (n. 17) in cui la Conferenza, ritenendo appunto che la trasparenza del processo decisionale “rafforzi il carattere democratico delle istituzioni nonché la fiducia del pubblico nei confronti dell'amministrazione”, chiedeva alla Commissione di presentare una relazione sulle misure da adottare per “accrescere l'accesso del pubblico alle informazioni di cui dispongono le istituzioni”.

Si deve innanzi tutto sottolineare come il diritto all'informazione si sia connotato nell'Unione europea con un duplice profilo: per certi versi ‘costituzionale’ (nella parte in cui si mirava a garantire progressivamente la conoscenza del processo normativo e, quindi, la relativa democratizzazione), e per altri ‘amministrativo’ (laddove risultasse volto a permettere l'accesso ai singoli documenti e agli atti, soprattutto al fine di controllare i processi di adozione di singoli atti e, nel caso, di consentirne l'impugnazione). Ciò, evidentemente, derivava dalla natura ‘peculiare’ delle allora Comunità, in cui l'inserzione tra i principi dell'ordinamento di una serie di diritti, quali quelli di cui ci si occupa, scontava appunto la natura non statutale delle stesse. Quindi, diritti acquisiti da tempo negli Stati membri, quali quelli della trasparenza del processo

cittadino italiano in Francia, la Corte ha escluso che l'esercizio di libertà sindacali potesse giustificare tali limiti, richiamando in proposito, a titolo di principi generali, alcuni articoli della CEDU: “32. Considerate nel loro complesso, tali restrizioni dei poteri degli Stati in materia di polizia relativa agli stranieri appaiono come la manifestazione specifica di un principio più generale, sancito dagli artt. 8, 9, 10, e 11 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo [...] i quali stabiliscono, in termini identici, che le restrizioni apportate, in nome della esigenze di ordine pubblico e di sicurezza pubblica, ai diritti tutelati dagli articoli testé non possono andare oltre ciò che è necessario per il soddisfacimento di tali esigenze ‘in una società democratica’ ”.

¹²⁵ Con tale termine si intende “ogni documento scritto o altro materiale contenente dati esistenti in possesso di un'istituzione o appartenenti alla stessa” (cfr. Allegato II alla Comunicazione della Commissione sulla trasparenza nella Comunità, in GUCE C 166 del 17 giugno 1993).

normativo, con la possibilità di accedere ai dibattiti, sono stati riconosciuti in ritardo: come si vedrà, ad esempio, a livello di norme primarie, il diritto a conoscere gli atti delle maggiori istituzioni è stato espressamente garantito solo nel Trattato di Lisbona¹²⁶. Maggiore apertura, invece, è stata offerta all'accesso agli atti 'amministrativi', proprio perché più immediatamente rilevante per i fruitori, nell'ambito dello svolgimento delle politiche comunitarie e specialmente della concorrenza. Tale diversa connotazione del diritto di accesso ai documenti ha prodotto una certa ambiguità concettuale, non ancora del tutto risolta, prospettando una possibile divaricazione tra diritto alla trasparenza e accesso ai documenti, che sembra invece negata dalla Dichiarazione n. 17. La trasparenza, infatti, così come configurata nella prassi comunitaria, sembra attenere soprattutto alla comprensibilità del processo decisionale e normativo¹²⁷, e quindi al controllo democratico inteso in senso lato¹²⁸, mentre l'accesso del pubblico alle informazioni concerne più specificatamente il "versante dei rapporti tra individui e autorità (...) sul piano marcatamente amministrativo"¹²⁹, per cui le due nozioni avrebbero oggetto e *ratio* in parte diversi e non verrebbero a sovrapporsi.

In realtà, questa conclusione non è stata condivisa in genere da parte della dottrina, che ha preso in considerazione in modo unitario i due fenomeni, ravvisando tra di essi, se non un rapporto di identità, per cui l'accesso ai documenti coinciderebbe con la "trasparenza", quantomeno un rapporto di genere a specie, per cui il diritto di accesso non rappresenterebbe che il contenuto minimo della trasparenza¹³⁰, senza peraltro riuscire a dare di quest'ultima una definizione realmente soddisfacente.

¹²⁶ Vedi soprattutto i Regolamenti interni del Consiglio, della Commissione e del Parlamento europeo, che si sono conformati a quanto disposto dall'art. 15, par.3, comma 3 TUE. Situazione peculiare concerne ancora il Consiglio europeo, su cui però vedi infra par. 3.3.

¹²⁷ Vedi CASSESE S., *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2015, pagg. 22 - 23. L'Autore evidenzia come gli istituti dell'obbligo di motivazione e del diritto di accesso tendano ad avere una portata più ampia nell'ordinamento europeo: l'art. 296 T.F.U.E. estende infatti l'operatività del primo agli atti normativi, mentre l'art. 15 T.F.U.E. assoggetta a un regime di trasparenza qualificata non solo gli atti della Commissione e del Consiglio, ma anche quelli del Parlamento Europeo.

¹²⁸ Vedi in tal senso, anche con riferimento alla prassi dei Paesi del Nord Europa, CURTIN, *Citizens' Fundamental Right to Access to EU Information: An Evolving Digital Passepartout?*, in *Common Market Law Review*, 2000, pag. 7 ss., ivi, pag. 8.

¹²⁹ Vedi GAROFOLI R., I profili comunitari del diritto di accesso, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 1998, pag. 1285 e ss., ivi, pag. 1286.

¹³⁰ Vedi LIMBERTI L., *La natura giuridica dell'accesso resta 'sospesa' tra principio democratico e poteri di autorganizzazione delle istituzioni comunitarie*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 1996, pag. 1230 e ss., ivi, pag. 1232. Infatti, la pregnanza di tale ultima nozione, talvolta criticata proprio per la sua astrattezza (*ex multis* RAGNELMAN, *Démocratie et transparence: sur le droit général d'accès des citoyens de Union Européenne aux documents détenus par les institutions communautaires*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, Diritto dell'Unione Europea, Milano, 1998, pag. 809 e ss., ivi, pag. 810 e ss.) ha portato a proporne definizioni volta a volta più ampie. Vedi, ad esempio, CURTIN – MEIJERS, *The principle of open government in Shengen and the European Union: democratic retrogression?*, in *Common Market Law Review*, 1995, pag. 390 e ss., ivi, pag. 393, che definiscono la trasparenza come "*the possibility for everyone to acquire knowledge of government activities by granting access to the fora where public decisions are taken and by making available information carriers (...) in which these decisions are recorded and which provide insight into the preparation of these decisions*"; CRAIG,

Non si intende qui continuare il dibattito tra accesso agli atti, nelle sue varie componenti, e trasparenza. Più funzionale a definire l'ambito della ricerca in atto appare la tesi, oramai risalente¹³¹, che distingue, nell'accesso ai documenti nel diritto comunitario, due aspetti, a seconda che siano le stesse istituzioni comunitarie a farsene carico, dando la massima diffusione e pubblicità alla propria attività (c.d. accesso attivo) o che sia il pubblico a richiedere direttamente l'esibizione di un documento (c.d. accesso passivo). La prima ipotesi ha costituito oggetto di sempre maggiore attenzione da parte delle istituzioni, al fine di rendere il più democratica e, appunto, trasparente possibile la propria attività, e ha riguardato soprattutto i documenti inerenti in modo diretto al processo normativo, tramite, ad esempio, sia la pubblicità automatica dei risultati delle votazioni in seno al Consiglio agente in qualità di legislatore, che la pubblicazione di Libri Bianchi e Verdi su vari argomenti di rilevante interesse per i cittadini: essa ha trovato una compiuta definizione, come accennato, col Trattato di Lisbona. La seconda, benché suffragata dalla giurisprudenza, ha incontrato grandi difficoltà, atteso il regime di segretezza degli "atti interni" che ha caratterizzato la Commissione e soprattutto il Consiglio per molti anni¹³², ed ha avuto bisogno, per affermarsi, sia di norme *ad hoc* che della loro interpretazione estensiva da parte della Corte di giustizia.

Oggetto del lavoro sarà proprio questa seconda configurazione del *right to know*¹³³.

Prima di procedere all'esame del diritto di accesso nei termini indicati, risulta peraltro opportuno operare una puntualizzazione. L'accesso concerne, schematizzando, tre distinte tipologie di documenti, soddisfacendo in questo modo più esigenze. Al primo tipo di documenti appartengono quelli rilevanti per la difesa in giudizio – per assicurare un *due process of law* – o per la tutela endoprocedimentale delle parti nei procedimenti amministrativi¹³⁴; il secondo tipo di documenti attiene a quelli "amministrativi" in possesso delle istituzioni comunitarie, per i quali non sia espressamente prevista la pubblicazione, come organigrammi, pareri dei vari servizi,

Democracy and Rule-making within the EC: an Empirical and Normative Assessment, in *European Law Journal*, 1997, pag. 105 e ss., ivi, pag. 120 e O' NEILL, *The Right of Access to Community – Held Documentation as a General Principle of Law*, in *European Public Law*, 1998, pag. 403 ss., ivi, pag. 404, che parla di una nozione di trasparenza avente tre dimensioni progressivamente più late (accesso all'informazione come "*comprehensibility of decision-making procedures, the publishing of documents in a language which is understood by the individual seeking the information*"; come "*access to the thinking behind decisions*"; come "*opening of the decision-making process to non governmental participation*").

¹³¹ Per questa distinzione cfr. MARTINES L., *La transparencia de las instituciones comunitarias: el acceso a los documentos*, in *Gaceta jurídica de la CE*, 1994, pag. 1 e ss. e DYSBERG, *Current Issues in the Debate on Public Access to Documents*, in *European Law Review*, 1999, pag. 157 e ss., ivi, pag. 158: "*Public access has to be distinguished from the citizens's need for information*". Sulla prassi delle istituzioni in materia di divulgazione dei propri dati, vedi par. 2, punto B.

¹³² Cfr., ad esempio, LIMBERTI L., *op. cit.*, pag. 1231; O' NEILL, *op. cit.*, pag. 406 e ss.; RAGNELMAN, *op. cit.*, pag. 820.

¹³³ Non verranno di conseguenza esaminati gli articoli 1; art. 10, par. 3; art. 11, par. 1 e, 2, 3 TUE e art. 15, par. 1 e 2 e art. 297 TFUE, relativi alla trasparenza nel senso sopra indicato.

¹³⁴ Cfr. DYRBERG, *op. cit.*, pag. 158 e, soprattutto, GAROFOLI R., *op. cit.*, pag. 1285 e ss.

studi su materie specifiche etc.; il terzo riguarda i documenti inerenti al processo decisionale in senso proprio, come progetti preliminari, *interim reports* o atti esplicativi di iniziative normative della Commissione. L'accesso al primo tipo di documenti non verrà preso in considerazione nel presente studio, pur presentando indubbie connessioni con l'argomento dell'accesso, in quanto appare, e in effetti come tale è stato configurato dalla giurisprudenza comunitaria, più strettamente inerente al diritto processuale comunitario e, più generalmente, al diritto di difesa¹³⁵. Proprio per questo motivo i privati hanno diritto di accedere a tali atti in base a principi generali di diritto, anche in carenza di espresse norme in proposito¹³⁶, mentre l'accesso riguardante le altre due tipologie di atti comunitari risulta strettamente funzionale al controllo diffuso dell'operato delle istituzioni e in quanto tale ha costituito oggetto di disposizioni specifiche a partire, come si è accennato, dalla fine degli anni '90, che hanno recepito, comunque, indicazioni giurisprudenziali.

2.2 L'art. 15, par. 3 TFUE, l'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali e la prassi delle istituzioni

Nel Trattato di Maastricht non sono reperibili articoli relativi alla trasparenza o all'accesso ai documenti, ma solo la summenzionata Dichiarazione n. 17. Come accennato, è stato il Trattato di Amsterdam a disciplinare per primo la materia: esso ha infatti enunciato il principio di trasparenza all'art. 1 TUE, riferendolo al processo decisionale¹³⁷, e, all'art. 255 CE, ha espressamente riconosciuto l'accesso dei cittadini comunitari e dei residenti ai documenti

¹³⁵ In ordine all'emergere, ad opera della Corte di Giustizia, di un diritto di partecipazione e di accesso all'attività soprattutto ispettiva della Commissione quale presupposto del diritto alla difesa, in quanto garantito sia dalla CEDU che dai principi generali intrinseci al diritto comunitario, vedi, soprattutto LENAERTS - VANHAMME, *Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process*, in *Common Market Law Review*, 1997, pag. 531 e ss. Condivide tali opinioni sulla distinzione tra generico diritto di accesso agli atti e diritto finalizzato ad esigenze di difesa in giudizio R. GAROFOLI, *Profili comunitari del diritto di accesso*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, pag. 1285 e ss. Sulle possibili interferenze tra i due piani del diritto alla difesa e dell'accesso in generale, che la giurisprudenza tende a tenere distinti, si veda anche la sentenza 7 dicembre 1999, causa T-92/98 (*Interporc II*).

¹³⁶ In materia di procedimenti antitrust, comunque, la Commissione ha adottato, al fine di adeguarsi per quanto possibile, ai principi di trasparenza, una Comunicazione del 23 gennaio 1997, relativa alle regole procedurali interne per l'esame dell'accesso al fascicolo nei casi di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE, degli articoli 65 e 66 del Trattato CEECA e del regolamento CEE n. 4069/89 del Consiglio (vedi in proposito GAROFOLI R., *op. cit.*, pag. 1324 e ss. e LEVITT, *Access to the file: The Commission's administrative procedures in cases under Articles 85 and 86*, in *Common Market Law Review*, 1997, pag. 1412 e ss.).

¹³⁷ Si veda, a ulteriore conferma dell'attenzione rivolta dal Trattato di Amsterdam alla trasparenza e chiarezza del processo normativo comunitario e dei suoi risultati quale presupposto della stessa democrazia del sistema, la Dichiarazione n. 39 sulla qualità redazionale della legislazione comunitaria che, appunto, mira a rendere più accessibile al pubblico detta legislazione, chiedendo alle istituzioni anche di procedere alla codificazione ufficiale dei vari testi normativi.

detenuti dal Consiglio, dal Parlamento europeo e dalla Commissione, senza menzionare esplicitamente la trasparenza.

Il contenuto di questo articolo è stato però anticipato da una giurisprudenza progressivamente più consapevole del problema, al punto che, come accennato, prima che asserito in norme pattizie, l'accesso ai documenti ha finito per configurarsi come un principio generale, attraverso la prassi giurisprudenziale¹³⁸ e l'adozione di atti di autodisciplina delle istituzioni¹³⁹.

Si è già detto della Dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Maastricht, che può essere ritenuta il primo atto, non vincolante, relativo alla trasparenza e all'accesso. Ad essa ha fatto seguito, il 16 dicembre 1993, l'adozione da parte del Consiglio e della Commissione di un Codice di condotta¹⁴⁰ relativo all'accesso al pubblico dei propri documenti - escluse le informazioni "classificate"¹⁴¹ - in cui erano stabiliti i principi generali relativi all'accesso e il regime delle eccezioni¹⁴². La richiesta di accesso ai documenti, per la quale non è richiesta alcuna giustificazione particolare era minuziosamente disciplinata nelle due decisioni¹⁴³ ed era previsto che, in caso di rigetto, potesse essere presentata una richiesta di conferma. Un eventuale ulteriore rifiuto deve essere debitamente motivato e comunicato al richiedente, che deve essere informato della possibilità di impugnare per via giurisdizionale la decisione di rifiuto o di ricorrere al Mediatore europeo¹⁴⁴. Le decisioni citate comportavano un obbligo di permettere l'accesso ai propri documenti solo per il Consiglio e la Commissione, mentre le altre istituzioni e organi

¹³⁸ Vedi infra par. 2.3.

¹³⁹ Interessante appare in proposito soprattutto il periodo 1996-1999 - periodo intercorso dall'inizio dei lavori della CIG nel 1996 all'entrata in vigore del Trattato, il 1° maggio 1999- che ha di fatto già applicato il contenuto dell'art. 255 Ce.

¹⁴⁰ Codice di condotta relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Consiglio e della Commissione (decisione 93/730 CE, in GUCE L 340 del 31/12/1993) adottato aderendo alla richiesta del Consiglio europeo di Copenaghen del 22 giugno di assicurare il massimo accesso possibile dei cittadini all'informazione, Sulla natura programmatica e non vincolante di tale codice, vedi la sentenza Paesi Bassi c. Consiglio del 30 aprile 1996, causa C-58/94, in Raccolta, 1996, p. I-2169 ss, punto 25 e ss., a termini della quale "il codice costituisce manifestazione di una mera convergenza di intenti e non è pertanto destinato a produrre effetti giuridici" (punto 27).

¹⁴¹ Cfr. Codice di condotta, 2° considerando: "detti principi dovranno essere messi in atto nel pieno rispetto delle disposizioni relative alle informazioni classificate": su tale nozione e, in genere, sul regime della segretezza dei documenti in diritto comunitario, vedi CURTIN, *op. cit.*, pag. 23 e ss. e, soprattutto, IZZO, *Segretezza dei documenti e diritto comunitario*, in Diritto comunitario e degli Scambi internazionali, 1997, pag. 407 e ss. Del resto nella Comunicazione della Commissione sul miglioramento dell'accesso ai documenti del 4 marzo 1994 (GUCE, C 67 del 4 marzo 1994) si chiarisce che la politica di accesso non ha "modificato la normativa comunitaria in vigore che protegge la riservatezza di determinati documenti".

¹⁴² Veniva assunto, altresì, l'impegno a prendere, entro il 1 gennaio 1994, le misure necessarie per l'attuazione di tali principi, cosa che il Consiglio ha fatto adottando il 20 dicembre la decisione 93/731/CE, mentre la Commissione si è limitata a recepire il Codice con la decisione dell'8 febbraio 1994, 94/90 CECA, CE, Euratom, integrandolo (artt. 2 e 3) con disposizioni procedurali In GUCE L 46 del 18 febbraio 1994

¹⁴³ Vedi decisione 93/731, artt.2-8, e decisione 94/90, art.2 (che disciplina direttamente, e non per rinvio al Codice di condotta, questi aspetti, sia pure in modo più sintetico di quanto non faccia la decisione del Consiglio).

¹⁴⁴ Art. 7, comma 3 decisione 93/731. Per la Commissione, tale previsione è contenuta nel codice di condotta. Su questi aspetti procedurali, vedi GAROFOLI R., *op. cit.*, pag. 1289 e ss.

godevano di discrezionalità in materia, anche se, dalla prassi, risultava una loro generale inclinazione a soddisfare le richieste del pubblico¹⁴⁵. A seguito soprattutto delle pressioni del Mediatore europeo, peraltro, hanno adottato decisioni sull'accesso sostanzialmente ispirate al citato codice di condotta, tra gli altri, la BEI¹⁴⁶, il Comitato economico e sociale¹⁴⁷, il Parlamento europeo¹⁴⁸, il Comitato delle regioni¹⁴⁹, e l'Istituto monetario europeo¹⁵⁰, mentre hanno invece rifiutato di adeguarsi la Corte di giustizia e il Tribunale di prima istanza¹⁵¹.

Le istituzioni e gli organi comunitari hanno normalmente rispettato gli oneri assunti in ordine all'accesso del pubblico ai documenti e alla trasparenza del processo legislativo, se necessario modificando prassi precedenti¹⁵². Il Consiglio è forse l'istituzione che maggiormente ha adeguato la propria prassi al diritto di accesso ai documenti, muovendo da principi opposti di riservatezza¹⁵³. A ciò è stato sicuramente indotto dalla giurisprudenza del Tribunale di I° Grado (su cui vedi *infra* par. 2.3) e dall'opera del Mediatore, che hanno sanzionato i suoi residui tentativi di opporre limiti all'accesso per intere "categorie" di documenti argomentandone in via pregiudiziale la riservatezza sulla base del solo fatto di essere adottati nell'ambito dei Titoli V e VI del TUE; un ruolo importante a favore di una progressiva accettazione del diritto alla

¹⁴⁵ Vedi la Relazione speciale del Mediatore europeo sull'accesso del pubblico ai documenti in possesso di istituzioni e organi comunitari diversi dalla Commissione e dal Consiglio, in GUCE C 44 del 10 febbraio 1998 e il Discussion Paper della Commissione cit., da cui risulta che in media il 90% delle richieste ha avuto esito positivo nel 1998 e che le richieste di conferma sono aumentate a seguito della sentenza WWF. Per i dati statistici relativi all'accesso ai documenti della Commissione cfr. SEC/1999/499.

¹⁴⁶ Regolamento della Banca europea degli Investimenti del 26 marzo 1997 per l'accesso del pubblico ai documenti (97/C 243/06), in GUCE C 243 del 9 agosto 1997. Il regolamento in questione appare più restrittivo di quelli adottati da altri organi e può presentare addirittura dubbi di legittimità ai sensi del sopravvenuto principio di diritto di accesso sanzionato dal Trattato di Amsterdam ad avviso di CURTIN, *op. cit.*, pag. 29.

¹⁴⁷ Decisione del Comitato Economico e Sociale del 27 maggio 1997 relativa all'accesso del pubblico ai documenti del Comitato Economico e Sociale, in GUCE L 339 del 1 ottobre 1997.

¹⁴⁸ Decisione del Parlamento europeo del 10 luglio 1997 relativa all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo (97/632/CECA, CE, Euratom) in GUCE L 263 del 25 settembre 1997: tale decisione avrebbe dovuto essere rivista nell'ottobre 1999 (cfr. European parliament, Directorate General for Research, Working Paper on The Principle of Transparency, A Comparative Overview on the Legislation of the EU-Member States and the Rules Applied by Community Institutions, Political Series, PE 168.161, pag. 29). Rileva il ritardo con cui tale istituzione si è adeguata al principio dell'accesso ai propri documenti GUGGENBUHL, *A Miracle Formula or an Old Powder in a New Packaging?*, in DEMCKYN - THOMPSON, *Openness and Transparency in the European Union*, Maastricht, 1998, pag. 9 e ss., ivi, pag. 12.

¹⁴⁹ Decisione del Comitato delle Regioni del 17 settembre 1997 relativa all'accesso del pubblico ai documenti del Comitato delle Regioni, in GUCE L 351 del 23 dicembre 1997.

¹⁵⁰ Decisione dell'Istituto Monetario europeo del 25 marzo 1998 relativa all'accesso al pubblico dei documenti amministrativi dell'Istituto monetario europeo, in GUCE, L. n. 90 del 25 marzo 1998.

¹⁵¹ Cfr. SODERMAN, *op. cit.*, pag. 62.

¹⁵² Vedi ad esempio la Comunicazione sul diritto di accesso del 23 gennaio 1997, citata alla nota 13, con cui la Commissione ha inteso adeguarsi alla giurisprudenza comunitaria in materia di trasparenza delle informazioni per le parti coinvolte in procedimenti antitrust, benché alcune soluzioni le apparissero opinabili (cfr. GAROFOLI, *op. cit.*, pag. 1335 e ss.).

¹⁵³ Vedi in proposito BRUNMAYR, *The Council Policy on Transparency*, in DECKMYN - THOMPSON, *op. cit.*, pag. 69 ss. e la seconda relazione del Consiglio sulla propria politica relativa all'accesso del pubblico ai documenti (Bollettino CE, 6-1998, punto 1.9.7), da cui risulta che la percentuale di risposte positive è ormai dell'80%. Tale istituzione ha anche deciso di rendere pubblico, sul server Europa su Internet, il registro dei documenti non classificati (<http://register.consilium.eu.int/utfregister/frames/introfsit.htm>)

trasparenza, peraltro, è stato svolto anche dall'adesione nel 1995 di Svezia e Finlandia che hanno in materia una tradizione estremamente liberale e che hanno aggiunto i loro sforzi a quelli dell'Olanda e della Danimarca¹⁵⁴.

Dal canto suo, la Commissione ha concesso in maniera molto ampia l'accesso ai propri documenti¹⁵⁵, pronunciandosi a più riprese a favore del principio della trasparenza degli atti. Dubbi in merito al reale atteggiamento di tale istituzione sono sorti, però, in ordine alla vicenda della Convenzione di Aarhus, che contiene in materia di accesso all'informazione previsioni più liberali non solo rispetto al Codice di condotta, ma anche rispetto allo stesso art. 255. In proposito la Commissione, lungi dal sostenere che si trattasse di un atto che conferma una prassi ormai invalsa di ampliare il diritto di accesso, o, al limite, di considerare questa Convenzione come *ius speciale* rispetto all'art. 255, ha suggerito di ratificarla apponendo alcune riserve¹⁵⁶.

Nella prassi, l'organo che ha operato maggiormente a favore della trasparenza, svolgendo una preziosa opera di sensibilizzazione al riguardo, è stato, come si è accennato, il Mediatore comunitario, pienamente appoggiato in questo dal Parlamento europeo, che il 12 gennaio 1999 ha approvato una risoluzione sulla trasparenza e sull'accesso ai documenti¹⁵⁷. Il Mediatore ha

¹⁵⁴ Sull'importanza che riveste, soprattutto in Svezia il principio di trasparenza, vedi RAGNELMAN, *op. cit.*, pag. 813 e ss. e TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998, pag. 44 e ss.

Per una recente approfondimento della disciplina svedese, in un'ottica comparatistica, si veda JONASON P., *The Swedish Legal Framework on the Right of Access to Official Documents*, in BLANKE H., PERLINGEIRO R. (a cura di), *The Right of Access to Public Information, An International Comparative Legal Survey*, Springer-Verlag GmbH Germany, 2018, pagg. 235 - 264.

In ordine alla prassi del Consiglio, si possono ricordare sia le conclusioni del Consiglio europeo di Cardiff sulla necessità di avvicinare l'Unione ai cittadini rendendola più trasparente, più comprensibile e più vicina alla vita quotidiana (cfr. Bollettino CE, 6-1998, punto I.10) sia la riaffermazione da parte del Consiglio Affari Generali del 6-7 dicembre 1998 dell'importanza dell'informazione per unire l'Unione ai suoi cittadini sia, infine, la decisione della Presidenza finlandese di inserire nel proprio programma l'obiettivo di garantire la trasparenza della Unione, considerata garanzia di una migliore accettazione da parte dei cittadini delle decisioni comunitarie (Webmaste@presidency.finland.fi.); di conseguenza, in una riunione di Gabinetto del 2 luglio 1999 è stato deciso di rendere pubblici i calendari e le agende dei Consigli dei Ministri e degli incontri del COREPER e dei gruppi di lavoro, pubblicandoli sul sito web della Presidenza, che, però, può decidere di tenere riservati i dibattiti e documenti più delicati, come quelli relativi alla politica estera o di sicurezza, alla sicurezza interna e al bilancio <http://presidency.finland.fi/News>, Press release, Brussels, (06-12-1999).

¹⁵⁵ Dal Discussion Paper Commissione (Secretariat General, Directorate C, Discussion Paper on Public Access to Commission Documents, Bruxelles, 21 aprile 1999, SG.C.2/VJ/CD D (99) 83), pag. 2, risulta che la Commissione ha accolto nel 1997 il 91,9% e nel 1998 il 93,5% delle richieste: queste devono essere inviate alle singole Direzioni generali, solo in caso di rifiuto, la richiesta confermativa va inviata al Segretario generale. Da notare che nel 1995 la stessa Commissione dichiarava di aver accettato il 53,7% delle 260 richieste pervenute: è evidente il miglioramento intervenuto con gli anni e a seguito della giurisprudenza del Tribunale e agli interventi del Mediatore.

¹⁵⁶ La Commissione ha fatto questa proposta durante il dibattito dinanzi al Parlamento europeo sull'approvazione della Convenzione in oggetto. Vedi *European parliament, Directorate General for Research, Working Paper on The Principle of Transparency, A Comparative Overview on the Legislation of the EU-Member States and the Rules Applied by Community Institutions*, Political Series, PE 168.161, pag. 5.

¹⁵⁷ Vedi, *European Parliament, Comparative Overview*, cit., pag. 29. Il Mediatore ha infatti promosso di propria iniziativa, ai sensi dell'art. 138 E, c.1, un'inchiesta su 15 istituzioni e organi comunitari diversi da Consiglio e Commissione per appurare se avessero già adottato, o intendessero farlo, regole relative all'accesso del pubblico ai propri documenti, concludendola con una decisione (riportata in Rapport annuel 1996, GUCE C 272 del 8 settembre 1996. Il 15 dicembre 1997 il Mediatore ha inviato al Parlamento Europeo un rapporto speciale sulla questione (in GUCE C 44 del 10 febbraio 1998).

concluso l'inchiesta da lui stesso promossa sul diritto di accesso affermando che la mancanza di norme facilmente conoscibili sull'accesso ai documenti costituisce un caso di cattiva amministrazione¹⁵⁸; tutti gli organi interessati, e quindi non solo le istituzioni politiche, hanno ottemperato alle raccomandazioni del Mediatore, adottando tramite i propri poteri di autorganizzazione, norme analoghe a quelle contenute nel Codice di condotta, con l'eccezione, già citata, della Corte¹⁵⁹.

Ma l'attività del Mediatore, centrale per quanto concerne l'accesso del pubblico ai documenti, si è estrinsecata anche attraverso l'esame, istituzionalmente affidatogli, di ricorsi dei privati per pretesi casi di cattiva amministrazione nel settore che qui interessa¹⁶⁰ e attraverso il tentativo, spesso riuscito, di convincere le istituzioni a deflettere da atteggiamenti ostruzionistici¹⁶¹.

Un'osservazione generale sulla prassi relativa al diritto di accesso ai documenti porta peraltro a concludere che, a dispetto della sua importanza di principio, il diritto suddetto ha avuto un impatto ridotto sul pubblico, stando almeno alle statistiche riportate dalle Istituzioni, che rilevano, ad esempio, una consistente diminuzione delle domande tra il 1997 e il 1998: i fruitori sono soprattutto studiosi, giornalisti e organizzazioni non governative come *Statewatch*.

2.3 L'applicazione giurisprudenziale

La giurisprudenza in materia di accesso agli atti ha avuto modo di esprimersi sia in ordine alla base giuridica stessa di tale diritto, sia sul suo ambito di operatività *ratione materiae* e *personae*, e sulle stesse eccezioni eventualmente opponibili¹⁶². Ai fini della ricostruzione di un

¹⁵⁸ Vedi SODERMAN, *op. cit.*, pag. 61. Per il Mediatore, l'accesso del pubblico ai documenti non solo assicura il controllo sull'operato dell'amministrazione comunitaria ma, permettendo al cittadino di conoscere le motivazioni in base alle quali vengono prese le decisioni, gli consente di meglio tutelare i propri interessi che ne risultino incisi.

¹⁵⁹ Questa, in un avviso motivato, ha affermato la difficoltà di stabilire una netta divisione tra documenti amministrativi e documenti attinenti all'attività giudiziaria esclusi dall'accesso (SODERMAN, *Le citoyen cit.*, pag. 62, nt. 60). Tale posizione della Corte è stata peraltro criticata dal Parlamento europeo: vedi Rapporti Thors, pag. 6, al Comitato delle petizioni, Ullmann, Comitato per gli Affari legali e i diritti del cittadino, pag. 18 e Loow, Comitato per gli Affari istituzionali, pag. 31.

¹⁶⁰ Nel caso di rigetto della domanda confermativa, il cittadino ha infatti la possibilità o di adire il Tribunale di I Grado o di rivolgersi al Mediatore europeo, che accerta se l'istituzione adita abbia o meno rispettato le proprie disposizioni in materia di accesso. In quest'ultimo caso, il Mediatore invita l'organo a mutare posizione, ma non ha evidentemente il diritto di ingiungergli di agire o di annullarne la decisione negativa (vedi MÉDIATEUR EUROPÉEN, Rapport annuel 1998, pag. 30 e ss.). Si deve rilevare comunque come il numero di ricorsi al Mediatore per violazione del diritto all'accesso non sia elevato (con riferimento alla Commissione, solo 10 a partire dal 1994).

¹⁶¹ Il risultato più significativo è la risposta del Consiglio a una raccomandazione del Mediatore stesso relativa all'accesso ai documenti adottati nell'ambito del 3° Pilastro, di cui inizialmente il Consiglio adduceva la natura intergovernativa per non consentirne l'accesso; con una lettera del Segretario Generale l'istituzione non solo si è impegnata a permettere l'accesso su richiesta, ma ha anche stabilito di pubblicare sul proprio sito Internet i documenti principali adottati a partire dal 1998. Il 19 marzo 1998, infine, il Consiglio Affari Interni e Giustizia ha preso ufficialmente posizione a favore di una maggiore trasparenza nell'ambito del III Pilastro.

¹⁶² Sulla prassi giurisprudenziale precedente il Trattato di Amsterdam, vedi per tutti MORVIDUCCI C., *Diritto di accesso ai documenti delle istituzioni e Trattato di Amsterdam*, in Riv.it.dir.pubbl.com., 2000, pag. 665 e ss.

principio generale sull'accesso, peculiare importanza assume una decisione: l'accertamento di quale sia il presupposto normativo del diritto all'accesso ai documenti ha costituito oggetto di una causa dinanzi alla Corte, adita dal Governo dei Paesi Bassi¹⁶³ proprio per far valere l'erroneità della base giuridica della decisione 93/731¹⁶⁴ adottata al fine di permettere il recepimento dei principi enunciati nel Codice di condotta¹⁶⁵. Il problema si poneva nei termini di appurare se l'accesso ai documenti potesse essere disciplinato nell'ambito delle regole di autorganizzazione del Consiglio, dato che la trasparenza costituisce, ad avviso del ricorrente, "una caratteristica fondamentale di un regime democratico", "la cui disciplina dev'essere integrata con le garanzie necessarie": la questione, di grande rilevanza, era quindi se l'accesso ai documenti andasse configurato come un vero e proprio diritto dei singoli ovvero assolvesse meramente "la funzione di garantire il buon funzionamento dell'istituzione e il corretto svolgimento delle sue procedure"¹⁶⁶. La Corte ha affermato in proposito che è rilevabile "un'affermazione graduale del diritto di accesso dei singoli ai documenti"¹⁶⁷, ma che, in assenza di una regolamentazione generale, le istituzioni devono adottare i "provvedimenti aventi ad oggetto il disbrigo di richieste del genere in forza dei loro poteri di organizzazione interna". In particolare, ha disatteso la tesi avanzata dall'Avvocato generale in ordine alla riconducibilità attuale del diritto di accesso al "principio democratico, che rappresenta uno degli elementi fondanti della costruzione comunitaria", costituendone "presupposto imprescindibile per consentire un controllo efficace dell'opinione pubblica sull'operato dei pubblici poteri"¹⁶⁸, tesi che da un lato offriva un'ulteriore base giuridica alla decisione impugnata e, dall'altro, riconduceva il diritto di accesso al più ampio diritto alla trasparenza. Per la Corte, invece, il diritto di accesso non è che il risultato di un "provvedimento di carattere interno", benché i singoli possano farne valere in giudizio la violazione¹⁶⁹.

¹⁶³ Vedi sentenza del 30 aprile 1996, causa C-58/94, Regno dei Paesi Bassi c. Consiglio, cit. Il Parlamento europeo è intervenuto a sostegno del ricorrente, sottolineando il fatto che la trasparenza costituisce elemento essenziale di un regime democratico, quale quello comunitario. La sentenza in oggetto è di particolare importanza perché decide l'unica causa in cui si sia posta direttamente la questione della base giuridica, pre Amsterdam, del diritto di accesso.

¹⁶⁴ Il Consiglio ha richiamato, come accennato al par. 3.1, come base giuridica della decisione 93/731 l'art. 151 e l'art. 22 del proprio regolamento interno. Sui rapporti tra la decisione e il regolamento interno, vedi DE BELLIS, *op. cit.*, pag. 818 e ss. Il Tribunale, comunque, aveva già affrontato questo problema nella sentenza 19 ottobre 1995 sul caso Guardian, già citato, specificando che la decisione 93/731 "è la sola misura che disciplina il diritto di accesso ai documenti, mentre il regolamento interno disciplina i meccanismi di funzionamento interno del Consiglio (punto 62).

¹⁶⁵ La Corte, ha correttamente escluso (punto 26) che quest'ultimo produca effetti giuridici vincolanti, dichiarando quindi irricevibile il ricorso nella parte in cui era "diretto avverso detto codice".

¹⁶⁶ Così LIMBERTI L., *op. cit.*, pag. 1235.

¹⁶⁷ Vedi punto 36 della sentenza. La Corte fa riferimento per la ricostruzione di tale principio ancora *in fieri* sia alla prassi degli Stati membri che alla Dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Maastricht e alle Conclusioni dei Consigli europei.

¹⁶⁸ Punto 19 delle Conclusioni.

¹⁶⁹ Criticano questa conclusione della Corte, oltre a LIMBERTI L., *op. cit.*, pag. 1238 ss., CHITI E., *Further Developments of access to Community Information: Kingdom of the Netherlands v. Council of the European Union*,

E' evidente la rilevanza della questione della base giuridica anche alla luce del Trattato di Amsterdam, atteso il dettato, invero limitato, dell'art. 255, e il fatto che questo, oltre a disporre che i principi generali e le limitazioni del diritto di accesso siano stabiliti normativamente, impone alle tre istituzioni partecipanti al processo decisionale di "definire nel proprio regolamento interno disposizioni specifiche riguardanti l'accesso ai propri documenti". Se infatti non esisteva nel diritto comunitario un diritto alla trasparenza in quanto tale, ma di volta in volta il diritto all'accesso ai documenti doveva insistere su specifiche norme, risulta impossibile affermare che esso operi al di là dei limiti da queste fissati o nei confronti di istituzioni o organi da esse non espressamente contemplati¹⁷⁰.

La giurisprudenza successiva non ha più ripreso espressamente la questione della base giuridica, ma, nel decidere sui ricorsi presentati da privati cui era stato negato l'accesso a singoli documenti, ha adottato un'interpretazione molto ampia del diritto di accesso, che va oltre quanto deducibile dal contenuto delle decisioni assunte a base giuridica, soprattutto per quanto concerne l'ambito di delimitazione *ratione materiae*¹⁷¹.

Di ancora maggiore interesse è la sentenza, emessa il 19 luglio 1999, con cui il Tribunale ha risolto la questione dell'accesso ai documenti prodotti dai Comitati, e in particolare dei verbali dei comitati del codice doganale¹⁷². In base alla c.d. "regola dell'autore", l'istituzione richiesta risulta obbligata solo se ha prodotto il documento: la Commissione, pertanto, rifiutava di esibire i processi verbali del comitato, non ritenendosene l'autrice ma solo la detentrica, mentre i ricorrenti assumevano che la Commissione risultasse invece autrice di fatto dei documenti stessi, in quanto compilatrice dei verbali del comitato.

in *European Public Law*, 1996, pag. 563 e ss., SANDULLI A., Nota alla sentenza sul caso *The Guardian* in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, pag. 446 e ss.; DE BELLIS, *op. cit.*, pag. 814 e ss.; GAROFOLI R., *op. cit.*, pag. 1292 e ss.; O' NEILL, *op. cit.*, pag. 410 e ss. e RAGNELMAN, *op. cit.*, pag. 822 e ss. La soluzione accolta dalla Corte risulta di particolare importanza anche perché è stata successivamente ripresa in più sentenze dal Tribunale: Vedi ad esempio sentenze 5 marzo 1997, causa T-105/95, WWF c. Commissione, in *Raccolta*, 1997, p. II-313 e ss., punto 54 e 6 febbraio 1998, causa T-124/96, Interporc Imc c. Commissione, in *Raccolta*, 1998, p. II-231 e ss., punto 46 e ss. In realtà, anche nella sentenza *Guardian* del 19 ottobre 1995, la prima pronunciata in materia di accesso ai documenti, il Tribunale aveva assunto a base della propria sentenza, come unico atto giuridicamente rilevante ai fini del diritto di accesso, la sola decisione 93/731 del Consiglio.

Interpreta invece diversamente la sentenza, in quanto permetterebbe di avvalorare la "valenza universale del diritto di accesso, inteso come principio cardine del procedimento amministrativo", FRANCHINI, *Il diritto di accesso tra l'ordinamento comunitario e quello nazionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, pag. 823 e ss., ivi, pag. 826, mentre sostiene che la sentenza lascia una porta aperta a successivi sviluppi O' NEILL, *op. cit.*, pag. 410 e ss.

¹⁷⁰ Cfr. anche GAROFOLI R., *op. cit.*, pag. 1300 e ss.

¹⁷¹ Vedi ad esempio la decisione adottata il 19 luglio 1999 nel caso *Hautula*, in cui si afferma, in modo invero piuttosto apodittico, che il diritto di accesso copre anche i documenti prodotti ai sensi del Titolo V del TUE, per i quali quindi può essere invocata solo "l'eccezione attinente alla tutela dell'interesse pubblico in materia di relazioni internazionali".

¹⁷² Sentenza *Rothmans*, causa T-188/97 cit.

Ad avviso del Tribunale, poiché la “regola dell’autore” costituisce un’eccezione al diritto di accesso ai documenti, doveva essere interpretata in modo restrittivo¹⁷³: alla luce di questo principio e della decisione “comitologia” del 1987, risulta che i comitati non possono “considerarsi come ‘un’altra istituzione od organo comunitario ai sensi del codice di condotta”, né appartengono “ad alcuna delle categorie di autori terzi enumerati nel suddetto codice”, di modo che, avendo il Consiglio a sua volta escluso che i comitati siano gruppi di lavoro creati al fine di sostenerne l’attività, si deve concludere che “i comitati di comitologia dipendono dalla stessa Commissione”¹⁷⁴. Tale conclusione è probabilmente corretta¹⁷⁵, ma appare insistere più sulla constatazione che “negare l’accesso ai verbali di numerosi comitati di comitologia significherebbe limitare notevolmente il diritto di accesso ai documenti”¹⁷⁶, che non su un’effettiva dimostrazione che i comitati stessi dipendano effettivamente dalla Commissione invece che dal Consiglio, di cui si riprendono in modo acritico le osservazioni¹⁷⁷. Peraltro, anche le sentenze relative ai limiti apponibili al diritto di accesso sembrano offrire spunti significativi.

La giurisprudenza del Tribunale è stata infatti univoca nel ricostruire una nozione ampia di diritto all’accesso, e nell’affermare che le eventuali eccezioni “vanno interpretate e applicate restrittivamente, in modo da non vanificare l’applicazione del principio generale”¹⁷⁸. In particolare, ha interpretato l’espressione “le istituzioni negano l’accesso a qualsiasi documento

¹⁷³ Il Tribunale asserì, infatti, che “quando si stabilisce un principio generale e si prevedono eccezioni a tale principio, le eccezioni devono essere interpretate in modo restrittivo, in modo da non vanificare l’applicazione del principio generale (...) In proposito, si deve rilevare che, indipendentemente dalla sua qualifica, la regola dell’autore stabilisce una limitazione del principio generale di trasparenza di cui alla decisione 94/90”, per cui anche detta regola è soggetta ad interpretazione restrittiva (punto 55 s.). L’affermazione appare piuttosto apodittica e avrebbe forse meritato una motivazione più esauriente.

¹⁷⁴ Punti 58-62 della sentenza. In senso adesivo, vedi CURTIN, *op. cit.*, pag. 30 e ss.

¹⁷⁵ In questo senso si era pronunciato, prima che fosse emessa la sentenza, DYRBERG, *op. cit.*, pag. 167. In effetti, benché i Comitati siano istituiti al fine di permettere un controllo del Consiglio sull’operato della Commissione, e sembrano, da questo punto di vista, funzionalmente ricollegabili al Consiglio medesimo, la segreteria degli stessi è tenuta da funzionari della Commissione, per cui, ai fini per lo meno dell’accesso ai documenti, è a quest’ultima che risulta più agevole rivolgersi. La stessa Commissione, del resto, nel Discussion Paper cit., pag. 9, pur senza riconoscere formalmente che i Comitati siano propri organi, ha ammesso la possibilità di essere l’istituzione tenuta a garantire l’onere dell’accesso ai documenti relativi. Questa conclusione è stata poi espressamente adottata dalla decisione 1999/468/CE, che ha sostituito, come sopra accennato, la decisione Comitologia del 1987.

¹⁷⁶ Vedi punto 61 della sentenza. Un ragionamento analogo era stato avanzato dal Governo svedese, interveniente a sostegno della ricorrente, ad avviso del quale, una volta affermata la natura autonoma dei comitati, il singolo che volesse avere accesso ai loro lavori dovrebbe rimettersi alla loro valutazione discrezionale (punto 50).

¹⁷⁷ Non attiene invece all’ambito di operatività *ratione personae* dell’accesso ai documenti del pubblico, ma ai presupposti del relativo diritto di azione un’ulteriore questione chiarita dal Tribunale, secondo cui le decisioni del Consiglio 93/71 e della Commissione 94/90 garantiscono al privato un diritto che questi può far valere senza necessità di provare il proprio interesse all’annullamento della decisione di diniego. Ciò in quanto, poiché scopo di tali decisioni, è “di attuare il principio del più ampio accesso possibile dei cittadini all’informazione, al fine di rafforzare il carattere democratico delle istituzioni nonché la fiducia del pubblico nelle istituzioni”, esse non subordinano ad una giustificazione particolare l’accesso del pubblico ai documenti richiesti (cfr. la sentenza 17 giugno 1998, causa T-147/95, Svenska Journalistförbundet/ punti 62 e ss.)

¹⁷⁸ Vedi ad esempio sentenze del 19 marzo 1998, causa T-83/96, Van der Wal c. Consiglio, punto 41; Svenska cit.; punto 110, Hautala cit.; punto 84; Rothmans, punto 53 s. e Interporc, 7 dicembre 1999, causa T-92/98, punto 38 (Interporc II).

la cui divulgazione possa pregiudicare” una serie di interessi (di seguito enunciati), nel senso che l’istituzione stessa debba “esaminare, per ogni singolo documento oggetto di richiesta, se, a quanto le consta, la sua divulgazione possa realmente nuocere a uno degli interessi pubblici tutelati dalla prima categoria di eccezioni”¹⁷⁹: si pone in altri termini un obbligo di motivazione, valutabile alla stregua dell’art.190 (ora art. 253) del Trattato¹⁸⁰.

L’analisi sinora compiuta mostra come il diritto del pubblico all’accesso ai documenti, pur avendo come fine principale quello di garantire una maggiore trasparenza dell’Unione, sia stato disciplinato da decisioni la cui base giuridica era il potere di autorganizzazione del Consiglio e della Commissione, come stabilito dalla Corte nella sentenza del 30 aprile 1996, e non un diritto generale o un principio generale sulla trasparenza, di cui il diritto di accesso fosse un corollario. Però, a dimostrazione dell’evoluzione compiuta dalla Corte a seguito della prassi sia normativa, che amministrativa¹⁸¹ che, anche, giudiziaria, prodottasi tra il 1996 e il 2000, si possono citare la sentenza di primo grado e quella resa in appello¹⁸² nel caso *Hautala*.

In quest’ultima pronuncia, infatti, si richiama la precedente sentenza in base alla quale

“La decisione 93/731 ha lo scopo di attuare il principio del più ampio accesso possibile dei cittadini all’informazione, al fine di rafforzare il carattere democratico delle istituzioni nonché la fiducia del pubblico nell’amministrazione”.

“[...] Va ricordato inoltre che quando si stabilisce un principio generale e si prevedono eccezioni a tale principio, le eccezioni devono essere interpretate ed applicate in senso restrittivo, in modo da non vanificare l’applicazione del principio generale [...]”¹⁸³.

“[...] Tenuto conto di quanto precede, l’interpretazione dell’art. 4, n. 1, della decisione 93/731 va effettuata alla luce del principio del diritto all’informazione e del principio di proporzionalità. Ne deriva che il Consiglio è tenuto ad esaminare l’opportunità di accordare un accesso parziale ai dati non interessati dalle eccezioni. (par. 87, corsivo aggiunto)”.

Conseguentemente, sembra potersi affermare che il diritto all’accesso, per limitato che sia il suo oggetto rispetto a una compiuta trasparenza del processo decisionale comunitario, costituisse affermazione di un principio generale già prima del 1° maggio 1999.

Ancora più rilevante, ai fini dell’oggetto della presente tesi, è il fatto che la Corte abbia riconosciuto, in tale sentenza, la vigenza di un principio di diritto all’informazione, dello stesso rango di quello del principio di proporzionalità, superando quindi la posizione iniziale, contraria, come si è visto, alla configurazione di un diritto alla trasparenza in quanto tale. In questi termini,

¹⁷⁹ Cfr. sentenza Van der Wal cit., punto 43.

¹⁸⁰ Si veda anche la sentenza d’appello della Corte adottata l’11 gennaio 2000 sulla causa Van der Wal, cause riunite C-174/98 P e C-189/98 P.

¹⁸¹ Sulla prassi anche interna vedi, EUROPEAN PARLIAMENT, *The Principle of Transparency* cit., pag. 7 e ss.

¹⁸² Sentenza del 6 dicembre 2001, causa C-353/99 P, punto 25, in Raccolta 2001 I-9565. Vedi anche la sentenza impugnata, adottata il 19 luglio 1999 nella causa T-14/98 (Raccolta. pag. II-24899).

¹⁸³ Cfr. sentenza del 6 dicembre 2001, par. 82 e 84.

esso adombra sostanzialmente il *right to know*, in quanto collega esplicitamente l'informazione del cittadino al rafforzamento del carattere democratico delle istituzioni.

2.4 L'art. 255 CE

Durante i lavori della Conferenza intergovernativa che ha preparato il Trattato di Amsterdam, il diritto alla trasparenza ha costituito oggetto di attenta riflessione da parte delle istituzioni, essendo concepito come presupposto essenziale per garantire la democrazia, la partecipazione e la fiducia dei cittadini nell'Unione anche alla luce dell'adesione di nuovi Stati membri¹⁸⁴.

Così, già il Gruppo di riflessione¹⁸⁵ aveva preso in considerazione la trasparenza sotto il profilo del funzionamento delle istituzioni: in proposito, il Gruppo è stato unanime nel sottolineare la necessità di rendere l'azione dell'Unione più accessibile e intelligibile per i cittadini: in particolare, per quanto concerne l'accesso ai documenti, il Gruppo si è diviso tra quanti, soprattutto i rappresentanti dei Paesi nordici, ritenevano necessario inserire un'espressa base giuridica nel Trattato, "permettant aux citoyens et aux parlements nationaux d'avoir un accès plus direct aux documents" e quanti si accontentavano invece di un codice di condotta di Consiglio e Commissione. Tutto i componenti, comunque, si sono detti d'accordo sulla necessità di garantire l'accesso¹⁸⁶.

Chiave di volta della scelta di inserire una disposizione *ad hoc* nel Trattato relativa all'accesso al pubblico dei documenti si è comunque dimostrata la volontà di taluni Stati membri che della trasparenza avevano fatto una questione di principio: basti qui ricordare la posizione dei Paesi Bassi, che già, del resto, attraverso il ricorso alla Corte sulla decisione 93/731, avevano preso posizione a favore della necessità di una base giuridica adeguata per una questione non risolubile con mere norme auto-organizzative¹⁸⁷, della Danimarca, che proponeva l'inserzione

¹⁸⁴ Vedi Relazione della Commissione per il Gruppo di Riflessione, Bruxelles-Lussemburgo, 1995, pag. 39.

¹⁸⁵ Il Consiglio europeo di Corfù del giugno 1994 aveva deciso di istituire un Gruppo di riflessione, composto di rappresentanti dei vari Governi, per preparare la Conferenza intergovernativa, che ha presentato un Rapporto finale nel dicembre 1995; alcuni dei membri del Gruppo hanno poi partecipato alla Conferenza a titolo di rappresentanti personali dei propri Governi o Capi di Stato. Il S.G. del Consiglio ha esercitato le funzioni di segreteria del Gruppo.

¹⁸⁶ Cfr. Final Report cit., pag. 28. Alcuni Stati, e il Consiglio in quanto istituzione, avevano inoltre sottolineato che l'accesso ai documenti del Consiglio avrebbe potuto compromettere l'efficacia del processo decisionale (cfr. CURTIN, *Democracy, Transparency and Political Participation*, in DEMCKYN - THOMPSON, *op. cit.*, pag. 109 e ss., ivi, pag. 116), che è un principio di rilevanza pari, se non superiore a quello della trasparenza, riproponendo quindi posizioni già assunte durante i lavori per il Trattato di Maastricht.

¹⁸⁷ Cfr. The Netherlands Memorandum of the Netherland government "Institutional Reform of the European Union del 12 luglio 1996 in <http://europa.eu.int/e....state-nl/nlisti.html>, pag. 2 e White Paper on the 1996 Intergovernmental Conference, vol. II, Summary of the Positions of the Members States of the European Union with a view to the 1996 Intergovernmental Conference.

di norme nel Trattato cui dare attuazione in via regolamentare¹⁸⁸, e della Svezia, che considerava la questione “cruciale”, esigendo che la trasparenza non derivasse dalle informazioni, sia pure ampie, fornite dalle istituzioni, ma dalla libera volontà dei cittadini, cui andavano messi a disposizione registri di tutti i documenti in possesso degli organi comunitari¹⁸⁹.

E’ per questo motivo che, nei primi progetti di Trattato, il tema della trasparenza risulta esaminato all’interno dei nuovi diritti, intesi in senso ampio, da riconoscere ai cittadini europei, per garantire una migliore qualità della vita e un più forte senso di appartenenza all’Unione: ancora nel Progetto approvato nel Consiglio europeo di Amsterdam del 16 e 17 giugno 1997, infatti, la trasparenza compariva nella Parte seconda (L’Unione e il Cittadino), Capo 10¹⁹⁰. La successiva razionalizzazione, operata prima della firma del Trattato, ha portato a una distinzione in materia che, anche se (forse) dovuta, appare, come si è visto, un compromesso: mentre l’affermazione relativa alla necessità di creare un’Unione quanto più trasparente possibile, è stata inserita nell’art. 1 (ex art. A) del Trattato di Amsterdam, quale principio che deve impostare l’azione delle istituzioni all’interno di tutti e tre i Pilastri, la disciplina del diritto di accesso ai documenti è stata invece collocata nella Parte quinta, capo 2, contenente le “Disposizioni comuni a più istituzioni” (art. 255, ex art. 191 A)¹⁹¹ e, per quanto concerne la pubblicità degli atti del Consiglio, nell’art. 207, c. 3 (ex art. 151), relativo al regolamento interno. Nell’Atto finale del Trattato sono state poi accluse due Dichiarazioni, una, la n. 35, relativa alla possibilità per gli Stati di chiedere di non rendere pubblici propri documenti in possesso delle istituzioni e l’altra, la n. 41, in cui la Conferenza invita le istituzioni normative, quando agiscono nell’ambito dei Trattati CECA ed Euratom, a “ispirarsi” alle disposizioni in materia di trasparenza, di accesso ai documenti e di lotta contro la frode contenute nel Trattato CE.

Rispetto ai lavori preparatori, le norme da ultimo accolte dal Trattato non paiono rispondere in modo del tutto soddisfacente alle esigenze che erano state sottolineate, presentandosi come frammentarie¹⁹² e rinviando, per la propria attuazione, all’emanazione di norme secondarie. In

¹⁸⁸ Cfr. Denmark, 1966, Intergovernmental Conference, 6 september 1996, Transparency, in <http://europa.eu.int/eu/doc/state-dk/transpd.htm>: vedi, ivi, le proposte normative contenute nell’allegato danese (art. A; art.5 bis; 149 e K.3), più avanzate di quelle poi accolte dalla Conferenza. Da notare, peraltro, che anche la delegazione danese operava una distinzione tra diritto all’accesso ai sensi del I e del III Pilastro.

¹⁸⁹ Cfr. *Pour une Union européenne transparente*, dell’8 giugno 1996, in <http://europa.eu.int/e>. Il Ministro della Giustizia svedese aggiungeva che l’accesso ai documenti costituiva “une manière de renforcer le contrôle démocratique sur le travail de l’Union” e una garanzia di “contrôle de l’administration par le public et plus grande efficacité administrative”.

¹⁹⁰ Per la genesi dei lavori preparatori, vedi anche TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam* cit., pag. 8 e ss.

¹⁹¹ Sui motivi di tale scelta vedi CURTIN, *Democracy* cit., pag. 112. Sin dal progetto presentato dalla Presidenza irlandese al Consiglio europeo di Dublino del 13-14 dicembre 1996, si era deciso di menzionare espressamente in un articolo ad hoc del nuovo Trattato il diritto di accesso ai documenti, prevedendo altresì la necessità di una normativa di attuazione, invece di farlo discendere direttamente dal generale principio di trasparenza, come era stato invece adombrato nel precedente Consiglio di Torino del 29 marzo 1996.

¹⁹² Cfr. RAGNELMAM, *op. cit.*, pag. 828.

realtà, sembra che non si sia voluto risolvere il problema affrontato dalla Corte nella sentenza Paesi Bassi c. Consiglio, in ordine all'esistenza di un principio generale sulla trasparenza e, in particolare, sull'accesso ai documenti, pervenendosi a un compromesso che permette alla prassi di evolversi diversamente a seconda dell'interpretazione che verrà in concreto accolta dalle istituzioni.

Infatti, si deve notare che, mentre l'art. 1 TUE enuncia in termini generali che l'Unione dovrà prendere le decisioni nel "modo più trasparente possibile e il più possibile vicino ai cittadini", lasciando invero discrezionalità in merito alle istituzioni, ma al contempo indicando un parametro di azione - per cui risulta ormai difficile negare che un principio in materia si sia formato¹⁹³ - per quanto concerne l'accesso ai documenti l'obbligo di consentire l'accesso è stato espressamente circoscritto alle tre istituzioni che partecipano al processo decisionale¹⁹⁴, previa emanazione di una norma, adottata dal Consiglio con la procedura di codecisione, contenente "i principi generali e le limitazioni a tutela di interessi pubblici e privati"¹⁹⁵. Ognuna di tali istituzioni, inoltre, "definisce nel proprio regolamento interno disposizioni specifiche riguardanti l'accesso ai propri documenti" (art. 255. c. 3); un obbligo specifico è previsto per il Consiglio che, quando agisce in qualità di legislatore¹⁹⁶, deve consentire "un maggior accesso ai documenti, preservando nel contempo l'efficacia del processo decisionale. In ogni caso, quando il Consiglio delibera in qualità di legislatore, i risultati delle votazioni, le dichiarazioni di voto e le dichiarazioni a verbale sono resi pubblici" (art. 207, c. 3).

L'unica vera novità apportata dal Trattato di Amsterdam relativamente all'accesso ai documenti consiste nella necessità di adottare entro due anni una norma generale - individuata in un regolamento¹⁹⁷ in luogo di un mero codice di condotta o di decisioni fondate sul potere di

¹⁹³ A favore vedi BLANCHET, *op. cit.*, pag. 216, secondo la quale "le principe d'ouverture est ainsi présenté comme l'un des éléments du caractère démocratique de la prise de décision de l'Union", come dimostrato anche dalla sua collocazione in capo alle disposizioni comuni e GAROFOLI R., *op. cit.*, pag. 1312. Ritieni invece che l'inciso "per quanto possibile" limiti in maniera significativa la vigenza del diritto alla trasparenza GUGGENBUHL, *op. cit.*, pag. 10.

¹⁹⁴ Questa limitazione si spiega, ad avviso di BLANCHET, *op. cit.*, pag. 216, col fatto che la trasparenza è appunto presa in considerazione quale parametro di democraticità del processo decisionale. Ad avviso del Mediatore, comunque, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, vi sarà un diritto generale di accesso ai documenti derivante dall'art. 255 e le norme relative all'accesso saranno vigenti anche per le istituzioni e organi comunitari non vincolati da detto articolo (Vedi SODERMAN, *The Role and Impact of the European Ombudsman*, in DEMCKYN - THOMPSON, *op. cit.*, pag. 75 e ss., ivi, pag. 83).

¹⁹⁵ Si è quindi sostenuto che in realtà il Trattato di Amsterdam nell'art. 255 ha inteso solo rendere più comprensibili le norme relative all'accesso ai documenti "by establishing a single harmonised system rather than three separate system" (cfr. Draft Communication to the Commission cit., pag. 12).

¹⁹⁶ Spetta quindi al Consiglio, così come già avveniva ai sensi del regolamento interno adottato il 6 dicembre 1993, "definire i casi in cui si deve considerare che esso deliberi in qualità di legislatore". Questa facoltà, peraltro sanzionata dal Trattato, è stata criticata nei Rapporti Thors (pag. 6) e Ullmann (pag. 22) citati, che ritengono che il Consiglio "cannot unilaterally determine what constitutes 'legislation'". Secondo GUGGENBUHL, *op. cit.*, pag. 18, l'art. 207 porrebbe al Consiglio un obbligo di "ridefinire" i casi in cui ha sottratto taluni atti in cui agisce come legislatore alla trasparenza.

¹⁹⁷ La scelta è stata operata dal Working Party citato: vedi infra par. 2.5.

autorganizzazione¹⁹⁸ - che verrà successivamente ripresa nei regolamenti interni. Se si esaminano, infatti, le disposizioni dell'art. 255, si può rilevare come, all'apparente enunciazione di un generale diritto all'accesso per ogni cittadino europeo e per ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro, vengano posti limiti estremamente puntuali, innanzi tutto tramite la delimitazione delle istituzioni interessate, ma soprattutto tramite il rinvio, per l'esercizio del diritto medesimo, ai "principi e alle condizioni da definire a norma dei paragrafi 2 e 3". Il diritto, cioè, opera solo nei termini definiti dalla norma di attuazione, e pare opinabile, data la lettera dell'art. 255, che possa essere fatto valere immediatamente o al di là dei limiti che verranno successivamente fissati¹⁹⁹.

Passando comunque ad analizzare nello specifico le disposizioni sull'accesso ai documenti, emerge, come si è visto, la differenza tra la fattispecie contemplata dall'art. 1 TUE rispetto a quella dell'art. 255 CE. Nel primo caso, infatti, la trasparenza concerne il processo decisionale ed è stata aggiunta alla precedente versione, in cui si parlava solo di decisioni prese il più possibile vicino ai cittadini, a titolo di completamento. Pertanto, rientrano nel suo ambito di operatività innanzi tutto gli strumenti di comunicazione attiva sulla normativa comunitaria, ivi compreso il miglioramento della qualità della legislazione, alla quale fa poi riferimento la Dichiarazione n. 39²⁰⁰; si mira infatti "a favorire la migliore informazione possibile e, per questo tramite, migliorare il funzionamento democratico dell'Unione europea"²⁰¹. La normativa sull'accesso ai documenti, pur fortemente voluta come si è visto da diversi Stati, non rappresenta in quest'ottica che un aspetto, e neppure il più significativo, del diritto alla trasparenza, e questo ci pare confermato dal fatto che nell'art. 207, c. 3, al Consiglio viene imposto di distinguere tra l'accesso ai documenti in generale e quello ai documenti relativi alla propria attività come legislatore, per i quali vige un principio più liberale e vengono indicati obiettivi minimi²⁰²: infatti, come si è visto, i risultati delle votazioni, le dichiarazioni di voto e le dichiarazioni a verbale devono essere resi pubblici²⁰³. Come si vedrà, questa distinzione è stata ripresa anche nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea del 2007. Sotto la più pregnante nozione di trasparenza

¹⁹⁸ Cfr. CURTIN, *Democracy cit.*, pag. 111 e ss.

¹⁹⁹ Prospetta la possibilità che il Consiglio estenda alle altre istituzioni il diritto all'accesso facendo riferimento ai poteri ex art. 308 CE (ex art. 235) CURTIN, *Citizens' fundamental right of access cit.*, pag. 28.

²⁰⁰ Dichiarazione sulla qualità redazionale della legislazione comunitaria.

²⁰¹ Il Trattato di Amsterdam, Istruzioni per l'uso, Trasparenza, semplificazione dei Trattati e qualità della legislazione comunitaria in <http://europa.eu.int/scadples/leg/it/Ivb/a1800.htm>.

²⁰² Cfr., in proposito, GUGGEMBUHL, *op. cit.*, pag. 16 e ss.

²⁰³ Tale disposizione innova il sistema precedente, dettato dal codice di condotta del Consiglio del 2 ottobre 1995, in cui l'istituzione, pur prevedendo una progressiva apertura dei propri lavori al pubblico, manteneva in proposito una lata discrezionalità; il Consiglio Affari Generali ha inoltre stabilito il 6 dicembre 1999 di rendere pubblico anche l'elenco dei punti all'ordine del giorno provvisorio del Consiglio e dei suoi organi preparatori. Ma proprio questo regime minimo per l'accesso del pubblico ai documenti rilevanti in sede legislativa evidenzia la distinzione con l'accesso ai documenti di cui ci si occupa, per i quali l'art. 255 rinvia a una normativa secondaria, senza dettarne i precetti.

si distinguono, quindi, due diversi profili: uno, più istituzionale, in quanto volto alla tutela della democraticità del processo decisionale, garantito tra l'altro dall'art. 207 TCE, e l'altro, più individuale, in cui la richiesta di accesso ai documenti può essere variamente motivata, garantito dall'art. 255.

Passando all'analisi dell'art. 255, va rilevato che i destinatari del diritto sono i cittadini e i residenti, persone fisiche o giuridiche, nell'Unione: viene così specificata quella nozione anodina di "pubblico" presente nel codice di condotta e nelle relative decisioni di attuazione, escludendo al contempo dalla fruizione del diritto quanti non si trovano nelle condizioni indicate (si pensi a un giornalista extracomunitario che intenda svolgere un'inchiesta per un giornale americano)²⁰⁴.

La normativa di attuazione doveva essere adottata con la procedura di codecisione: questo è un punto sottolineato in genere con favore dato che il Parlamento europeo si è sempre mosso a favore della trasparenza e riteneva opportuno che potesse quindi influire sulle soluzioni relative soprattutto ai limiti del diritto di accesso²⁰⁵. Un altro aspetto innovativo del sistema che emerge dal Trattato di Amsterdam è rappresentato dal superamento della "regola dell'autore": infatti, la Dichiarazione n. 35²⁰⁶ permette "a uno Stato membro di chiedere alla Commissione o al Consiglio di non comunicare a terzi un documento che provenga da tale Stato senza un suo previo accordo"; se ne è dedotto che l'aver dovuto ribadire che gli Stati possono chiedere di non pubblicare propri documenti significa che, in realtà, oramai la regola opera rispetto a tutti i documenti in possesso delle tre istituzioni normative, a prescindere dalla loro origine²⁰⁷.

Non sarebbe immediatamente deducibile dall'art. 255 invece l'accesso ai documenti in ordine anche alle aree che (prima del Trattato di Lisbona) risultavano ricomprese nel II e nel III Pilastro²⁰⁸, ma a tale fine suppliscono gli artt. 28, c. 1, e 41, c. 1, UE, a termini dei quali l'art. 255 si applica alle disposizioni concernenti i settori di cui ai Titoli V e VI²⁰⁹. Tale enunciato

²⁰⁴ Ritiene invece che l'art. 255 abbia "generously extended the right of information beyond "Eu citizens" CURTIN, *Citizens' fundamental right of access cit.*, pag. 9.

²⁰⁵ In proposito vedi il Rapporto Loow citato, pag. 30, che critica il contenuto del Codice di condotta del 1993 (peraltro recepito come si è visto anche dal Parlamento europeo) e individua proprio nella procedura di codecisione indicata dall'art. 255 lo strumento che può permettere al Parlamento di fissare principi generali e limiti più congrui a un effettivo diritto di accesso, principi che dovrebbero vigere per tutti gli organi comunitari, e questo anche se il dettato dell'art. 255 non è pienamente soddisfacente per "the excessive number of restrictions that it permits and the discretion that it grants to institutions" (Rapporto Roth, pag. 26). Valutano positivamente il coinvolgimento del Parlamento europeo nell'adozione del regolamento di attuazione, anche CURTIN, *Democracy cit.*, pag. 115 e O' NEILL, *op. cit.*, pag. 429.

²⁰⁶ Dichiarazione sull'art. 191 A, paragrafo 1 del Trattato che istituisce la Comunità europea.

²⁰⁷ Cfr. per tutti CURTIN, *Democracy cit.*, pag. 114, BLANCHET, *op. cit.*, pag. 217 e DYRBERG, *op. cit.*, pag. 169 e ss. Argomenti possono essere tratti anche dal fatto che il testo attuale differisce da quello presentato dalla Presidenza olandese nel maggio 1997, dove si faceva riferimento a documenti "originating from the institutions".

²⁰⁸ Problema diverso è quello della vigenza degli artt. 207 e 255 CE anche per i Trattati CECA ed Euratom: in proposito, va citata la Dichiarazione n. 41 sulle disposizioni in materia di trasparenza, di accesso ai documenti e di lotta alla frode, in cui la Conferenza invita Parlamento europeo, Consiglio e Commissione a seguire, anche nell'ambito della loro azione nella CECA e nell'Euratom, i principi dettati per la CE.

²⁰⁹ Cfr. CURTIN, *Democracy cit.*, pag. 116.

conferma le conclusioni cui è giunta autonomamente la giurisprudenza, eliminando i limiti *ratione materiae* del diritto di accesso ai documenti. Ancora più rilevanti appaiono quindi le eccezioni che dovevano essere fissate nel regolamento di attuazione e la discrezionalità lasciata alle istituzioni per invocare la segretezza, mentre assumeva significato essenziale la Dichiarazione n. 35, che permette di “segretare” i documenti prodotti dagli Stati²¹⁰.

Un’ultima annotazione concerne il fatto che è previsto l’obbligo per le istituzioni di definire “nel proprio regolamento interno disposizioni specifiche riguardanti l’accesso ai propri documenti” (art. 255, c. 3), obbligo ripreso nell’art. 207, c. 3, con riferimento al solo Consiglio. Pare utile sottolineare, in proposito, che il diritto di accesso derivava, comunque, dal regolamento di attuazione, e non dalle norme inserite nei regolamenti interni; queste ultime, congruamente alla propria funzione, dovevano disciplinare solo il comportamento dei funzionari preposti al servizio e non avevano rilevanza esterna, se non sotto il profilo procedurale, mentre il diritto in quanto tale doveva trovare una congrua disciplina in una norma generale, secondo quanto richiesto sin dal 1995 dai Paesi Bassi nel loro ricorso alla Corte.

²¹⁰ Questo con riferimento soprattutto ai lavori prodotti dallo Stato che esercita la Presidenza di turno, e che potrebbe non ritenersi vincolato dall’impegno assunto dal Consiglio con il Mediatore di ritenere propri dell’istituzione tali documenti, almeno rispetto al III Pilastro.

2.5 Il regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001

All'art. 255 è stata data attuazione con il regolamento 1049/2001 Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione²¹¹.

Nei *consideranda* iniziali vengono chiariti taluni dei problemi che la dizione estremamente succinta dell'art. 255 aveva lasciati irrisolti: innanzi tutto, l'ambito di applicazione del regolamento copre anche i documenti inerenti ad attività poste in essere ai sensi dei Trattati CECA ed Euratom, come era stato indicato nella Dichiarazione n.41 allegata agli Atti finali del Trattato di Amsterdam²¹². Discende invece dall'univoco dettato degli artt. 28, par.1, e 41, par. 1, UE, come si è accennato, che il regolamento in oggetto si applichi anche alla politica estera e di sicurezza comune e alla cooperazione di polizia e giudiziaria in campo penale (c. 7). Per quanto concerne la regola dell'autore, la necessità di includere nell'ambito d'applicazione del regolamento tutti i documenti "detenuti", e non solo prodotti dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Commissione (c. 10), trova testuale conferma nell'art. 2 del regolamento, che delimitando il campo di applicazione dell'accesso, cita "tutti i documenti detenuti da un'istituzione, vale a dire i documenti formati o ricevuti dalla medesima e che si trovino in suo possesso concernenti tutti i settori d'attività dell'Unione europea".

Del massimo interesse, comunque, appaiono soprattutto i due primi consideranda, che collegano espressamente il diritto di accesso ai documenti ad una più ampia politica di trasparenza. Infatti,

1. "L'articolo 1, secondo comma del trattato sull'Unione europea sancisce il concetto di trasparenza, secondo il quale il trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano adottate nel modo più trasparente possibile e più vicino possibile ai cittadini.

2. Questa politica di trasparenza consente una migliore partecipazione dei cittadini al processo decisionale e garantisce una maggiore legittimità, efficienza e responsabilità dell'amministrazione nei confronti dei cittadini in un sistema democratico. La politica di trasparenza contribuisce a rafforzare i

²¹¹ Il testo normativo è reperibile in GUCE, L. 145 del 31 maggio 2001.

²¹² Tale affermazione veniva giustificata, nella relazione illustrativa, ai sensi della giurisprudenza della Corte (Sentenza del 15 dicembre 1987, Deutsche Babcock, causa 328/85, in Raccolta, pag. 5119 e ss.). La Corte aveva infatti affermato che, qualora un regolamento sia adottato ai sensi del solo Trattato CEE, la questione della sua applicabilità a fattispecie disciplinate dal Trattato CECA, va risolta facendosi riferimento al disposto dell'art. 232 del Trattato CEE: quest'ultimo, infatti, precisa che le disposizioni del Trattato CEE non modificano quelle del Trattato CEE, di conseguenza, secondo la Corte, "la lettera stessa della norma impone che essa sia interpretata nel senso che, limitatamente a questioni non disciplinate dal Trattato CECA o da una regolamentazione adottata in forza di esso, il Trattato CEE e le disposizioni emanate si possono applicare a prodotti rientranti nel Trattato CECA" (punto 10).

principi di democrazia e di rispetto dei diritti fondamentali sanciti dall'articolo 6 del trattato UE e dalla carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea"²¹³.

Un aspetto interessante concerne la nozione di documento²¹⁴, contenuta nell'art. 3, che non esclude i documenti c.d. interni, come era stato richiesto dalla Commissione²¹⁵. Per quanto concerne i beneficiari del diritto, si conferma quanto si è osservato sopra in ordine alla attribuzione del diritto ai cittadini e ai residenti: non è richiesto che per esercitare il diritto si dia prova di avervi interesse, principio questo già enunciato dalla giurisprudenza, ma che non pare superfluo ribadire in un atto normativo.

Il regime delle eccezioni contemplato dal Codice di condotta e dalle decisioni di Consiglio, Commissione e Parlamento subisce una modifica sostanziale consistente nell'abolizione della distinzione tra eccezioni obbligatorie e facoltative: ai sensi dell'art. 4, tutte le eccezioni risultano obbligatorie (le istituzioni rifiutano l'accesso ai documenti); per quanto concerne, invece, le tipologie di eccezioni richiamate, si riscontra una maggiore minuziosità nell'elencarle e descriverne l'oggetto, anche se poi si tratta soprattutto di aggiustamenti miranti a chiarire meglio taluni concetti, già enunciati nelle precedenti eccezioni obbligatorie²¹⁶. L'esclusione del diritto delle istituzioni di rifiutare l'accesso "per assicurare la tutela dell'interesse dell'istituzione alla segretezza delle sue deliberazioni" sembra costituire il maggiore successo, in materia di trasparenza, ottenuto col regolamento in esame rispetto a quanto già affermato in via giurisprudenziale o di prassi delle istituzioni.

²¹³ Si veda anche il considerando n. 3, secondo cui "[...] Il presente regolamento consolida le iniziative già adottate dalle istituzioni al fine di migliorare la trasparenza del processo decisionale".

²¹⁴ Si intende per tale "qualsiasi contenuto informativo, a prescindere dal suo supporto (testo su supporto cartaceo o elettronico, registrazione sonora, visiva o audiovisiva)" (art. 3, lett. a).

²¹⁵ Durante i lavori preparatori, infatti, il Working Party aveva proposto una tripartizione tra:

1. documenti riguardanti l'organizzazione e amministrazione dei servizi delle istituzioni;
2. documenti preparatori relativi a iniziative politiche e a decisioni della Commissione, come pure documenti esplicativi relativi a tali iniziative (studi, statistiche etc.);
3. documenti di lavoro finalizzati a delibere interne (minute di incontri, rapporti, "reflection notes" etc.): questa terza categoria avrebbe dovuto essere esclusa dall'accesso, in quanto meramente interna. La Commissione, forse sensibile alle vivaci critiche sollevate in proposito (vedi es. CURTIN, *Citizens' fundamental right of access* cit., pag. 18 e ss.) non ha ripreso tale divisione, ma ne ha recepito la ratio, in quanto ha specificato nella proposta che i documenti contemplati del regolamento "sono esclusivamente quelli amministrativi, vale a dire i documenti che vertono su aspetti relativi alle politiche, iniziative e decisioni di competenza dell'istituzione, esclusi i testi a uso interno, come i documenti di riflessione o di discussione ed i pareri dei servizi, nonché i messaggi informali"; nella relazione, del resto, la Commissione ha rivendicato il diritto ad avere uno "spazio per pensare" protetto dal riserbo. Vedi ora, su questo aspetto, art. 4, par. 3.

²¹⁶ Le eccezioni al diritto di accesso sono regolate dall'art. 4, par. 1 e 2: "a) l'interesse pubblico, in ordine: — alla sicurezza pubblica, — alla difesa e alle questioni militari, — alle relazioni internazionali, — alla politica finanziaria, monetaria o economica della Comunità o di uno Stato membro; b) la vita privata e l'integrità dell'individuo, in particolare in conformità con la legislazione comunitaria sulla protezione dei dati personali. 2. Le istituzioni rifiutano l'accesso a un documento la cui divulgazione arrechi pregiudizio alla tutela di quanto segue: — gli interessi commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresa la proprietà intellettuale, — le procedure giurisdizionali e la consulenza legale, — gli obiettivi delle attività ispettive, di indagine e di revisione contabile, a meno che vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione".

Le altre disposizioni della proposta di regolamento concernono gli aspetti procedurali della presentazione e valutazione della domanda di accesso ai documenti e non presentano particolare interesse, se non per quanto concerne l'obbligo per le istituzioni, al fine di facilitare l'esercizio del diritto di accesso ai documenti, di predisporre dei registri di documenti, accogliendo così una richiesta avanzata dal Mediatore²¹⁷.

Va rilevato, peraltro, quello che pare il maggior limite presente nel regolamento e che consiste nell'aver escluso dai documenti accessibili, i documenti elaborati per uso interno da un'istituzione o da essa ricevuti, relativo ad una questione su cui la stessa non abbia ancora adottato una decisione, "nel caso in cui la divulgazione del documento pregiudicherebbe gravemente il processo decisionale dell'istituzione, a meno che vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione" (art. 4, par. 3). Appare evidente qui, a fronte dell'asserita volontà di rendere accessibili tutti i documenti e garantire il processo legislativo al controllo e alla partecipazione popolare, l'intento delle istituzioni di mantenere e anzi recuperare, attraverso il regolamento di attuazione dell'art. 255, una parte di quella riservatezza che la giurisprudenza e l'opera del Mediatore avevano progressivamente limitato. Va però sottolineata in modo positivo la mancata inserzione, nel testo, della proposta iniziale che inseriva un generico "efficace funzionamento delle istituzioni" tra le eccezioni obbligatorie, rispetto alle quali non opera l'obbligo di motivazione nei termini ricostruiti dalla giurisprudenza.

Il regolamento non garantiva, quindi, in modo completamente soddisfacente, l'accesso ai documenti, permettendo alle istituzioni, e soprattutto alla Commissione, di prorogare il regime di riservatezza dei propri documenti - soprattutto nella prima fase di elaborazione degli atti - considerato come necessario per garantire l'efficacia del processo decisionale, sia che esse agiscano come organi legislativi, sia che operino come organi amministrativi.

Vanno però valutate positivamente nel periodo post Trattato di Amsterdam sia l'adozione della decisione 1999/468/CE²¹⁸, in quanto predisponendo un regime di trasparenza per le procedure di esecuzione dei regolamenti, sia l'evoluzione della posizione della Commissione, dimostrata dalle profonde modifiche apportate alla proposta di regolamento rispetto al progetto discusso in aprile a Bruxelles e qui criticato: anzi, tale evoluzione sembra dimostrare, indirettamente, l'importanza che una previa conoscenza del pubblico di quanto si sta elaborando, e quindi la possibilità di influire sul processo decisionale, presenta.

²¹⁷ La Commissione ha quindi superato le perplessità avanzate nel Convegno di Bruxelles dell'aprile 1999 in ordine alle difficoltà pratiche di tenere tali registri, che l'avevano indotta a proporre solo la pubblicazione dei documenti normalmente più richiesti, rinviando *sine die* la stesura di un catalogo esaustivo.

²¹⁸ Vedi la Decisione del Consiglio del 28 giugno 1999, recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione (GUCE, L. 184 del 17 luglio 1999).

Molti dei principi affermati nel regolamento 1049/2001 erano già stati conseguiti in via di prassi amministrativa e giurisprudenziale: l'apporto maggiore del Trattato di Amsterdam (e della sua normativa di esecuzione sul diritto di accesso) non sembra quindi da ritrovare nella disciplina concreta dell'art. 255, quanto nell'aver enunciato per la prima volta a livello costituzionale l'esistenza del principio di trasparenza (art. 1 UE) e del diritto di accesso ai documenti (artt. 255 e 207): viene meno, quindi, quella carenza normativa cui la Corte di Giustizia aveva ricondotto il 30 aprile 1996 l'impossibilità di ricavare un principio generale sulla trasparenza²¹⁹. La ricostruzione pratica del diritto di accesso, nonostante la lata discrezionalità lasciata alle istituzioni sia dall'art. 255 che dal regolamento, è stata condotta come dimostra la prassi successiva, alla luce del principio suddetto²²⁰, avvalendosi anche della prassi interna degli Stati membri che negli ultimi anni hanno progressivamente sempre più riconosciuto nei propri ordinamenti il diritto di accesso ai documenti²²¹. Si è avuta, quindi, un'interazione tra trasparenza comunitaria e interna, in cui la prima ha avuto un indubbio effetto su taluni Stati tradizionalmente legati a principi opposti²²², mentre la seconda ha permesso di superare gli eventuali ostacoli tuttora frapposti dalla vischiosità delle istituzioni.

Ma, soprattutto, la possibilità di indurre l'esistenza di un principio generale sull'accesso ai documenti, nei termini e con le finalità sopra indicate, si desume dal fatto che, mentre l'art. 255 CE e il regolamento 1041/2001 hanno circoscritto l'obbligo di permettere l'accesso ai documenti solo al Consiglio, la Commissione e il Parlamento europeo²²³, tutte le rimanenti istituzioni e gli organi hanno accolto il principio suddetto nei propri regolamenti interni, provandone quindi la valenza generale e la non deducibilità solo dalle norme scritte.

Il Trattato di Lisbona, ampliando a tutte le istituzioni, organi e organismi dell'Unione l'obbligo di operare secondo il principio della trasparenza e di permettere l'accesso ai propri documenti, ha concluso il processo di cui si è qui reso conto.

²¹⁹ Punto 37 della sentenza citata. Per la Corte, infatti, come si è accennato, si poteva parlare al massimo di una "evolution qui laisse apparaître un'affirmation progressive du droit d'accès", mentre, secondo l'Avvocato Generale Tesauro, il principio sarebbe già stato un elemento essenziale del principio democratico che imposta l'opera dell'Unione (su questo punto, per un'adesione alle tesi di Tesauro, vedi GAROFOLI R., *op. cit.*, pag. 1301 e ss. e RAGNEMALM, *op. cit.*, pag. 826 e ss.): quale che fosse la situazione all'epoca, il Trattato di Amsterdam ha sicuramente introdotto nel sistema comunitario il principio della trasparenza.

²²⁰ Cfr. O' NEILL, *op. cit.*, pag. 430 e ss. Sulla necessità che la giurisprudenza da un lato riaffermi l'esistenza di un principio generale sul diritto d'accesso anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, e dall'altro ne specifichi ulteriormente contenuto e limiti, vedi RAGNEMALM, *op. cit.*, pag. 828 e ss.

²²¹ Su questo punto, cfr. European Parliament, *The principle of transparency cit.*, pag. 7 e ss.

²²² O' NEILL, *op. cit.*, pag. 425 e ss., commenta le modifiche apportate nel 1997 alla legislazione dell'Irlanda con il Freedom of Information Act e la presentazione il 10 dicembre 1998 di un corrispondente Draft Bill on Freedom of Information in Gran Bretagna, Stati tra i meno inclini a garantire l'accesso ai documenti, a seguito appunto del progressivo instaurarsi di un diritto di accesso ai documenti in ambito comunitario.

²²³ Nel preambolo del regolamento si auspicava, però, che il diritto di accesso ai documenti venisse garantito anche da tutte le agenzie create dalle istituzioni (punto 8). Sul tema della trasparenza, e dell'accesso ai documenti, vedi anche SANTINI, *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione*, Milano, 2004.

Un riferimento va fatto da ultimo anche al Regolamento (CE) n. 1367/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 settembre 2006, “sull'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale”²²⁴. Secondo il considerando n. 5, questo regolamento intende “disciplinare i tre pilastri della convenzione di Aarhus, vale a dire accesso alle informazioni, partecipazione del pubblico ai processi decisionali e accesso alla giustizia in materia ambientale, in un unico atto normativo e stabilire disposizioni comuni per quanto riguarda gli obiettivi e le definizioni. Ciò contribuisce a razionalizzare la normativa e ad accrescere la trasparenza delle misure di attuazione adottate a livello delle istituzioni e degli organi comunitari”. Si tratta di un atto che garantisce non solo l'accesso alla conoscenza di tutte le informazioni rilevanti in materia ambientale, ma che impone anche un obbligo, positivo, di fornirle al pubblico, destinatario degli effetti di un apposito programma, allo scopo assicurargli una partecipazione attiva. Ai sensi dell'art. 9, infatti, “le istituzioni e gli organi comunitari prevedono tempestivamente opportunità concrete per il pubblico di partecipare all'elaborazione, alla modifica o alla revisione di programmi o piani in materia ambientale quando tutte le possibilità sono ancora aperte. In particolare, nel caso in cui la Commissione elabori una proposta per un certo programma o piano da sottoporre alla decisione di altre istituzioni o organi comunitari, essa prevede la partecipazione del pubblico in questa fase preparatoria”.

2.6 Il diritto vivente in materia di trasparenza

Non può peraltro sottacersi, in merito alla rilevanza del diritto di accesso per una più compiuta trasparenza e, quindi, una maggiore democratizzazione del processo di integrazione europea, la posizione assunta recentemente in materia dalla giurisprudenza.

Una delle pronunce più interessanti in tale materia²²⁵ è stata adottata nel 2008 dalla Corte nella causa Svezia e Turco contro Consiglio, adita per l'annullamento della sentenza pronunciata nel 2004 dal Tribunale nella causa Turco c. Consiglio²²⁶. La causa verteva sull'interpretazione di un punto particolare del regolamento 1049/2001, e cioè l'ammissibilità dell'accesso a un parere emesso dal

²²⁴ In GUCE, L 264 del 25 settembre 2006.

²²⁵ Vedi però anche la sentenza 18 dicembre 2007, causa C-64/05 P, Svezia c. Commissione e a., Racc. pag. I-11389.

²²⁶ Vedi la sentenza del 23 novembre 2004, causa T-84/03, ECLI:EU:T:2004:339 e la sentenza 1-07-2008, causa C-39/05 e 52/05, ECLI:EU:C:2008:374.

Servizio giuridico nell'ambito di un procedimento normativo²²⁷. Nel concedere l'accesso nel caso specifico, la Corte, annullando la precedente sentenza del Tribunale, ha fatto distinzione tra l'accesso ai documenti del Consiglio in generale, e quelli adottati dal Consiglio nella sua qualità di legislatore.

Il Tribunale aveva infatti accolto le argomentazioni del Consiglio relative al fatto che, da un lato, la divulgazione del parere giuridico di cui trattasi avrebbe avuto “per effetto di rendere pubbliche le discussioni interne del Consiglio concernenti la questione della competenza comunitaria in materia di accesso dei cittadini di paesi terzi al mercato del lavoro” e, dall'altro, “l'indipendenza dei pareri del suo servizio giuridico, redatti su richiesta di altri servizi di tale istituzione o ad essi quanto meno destinati, può costituire un interesse da tutelare. Il ricorrente non ha al riguardo chiarito in quale misura, nelle circostanze della fattispecie, la divulgazione del parere giuridico in questione contribuirebbe a proteggere il servizio giuridico del Consiglio da illegittime influenze esterne”²²⁸.

La Corte ha invece richiamato, innanzi tutto, lo scopo del regolamento, esplicitato nei considerando n. 1 e n. 2, di rendere quanto più trasparente possibile l'attività delle istituzioni, e che in quest'ottica, “il diritto di accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni è connesso al carattere democratico di queste ultime”²²⁹.

Queste finalità determinano l'iter argomentativo che l'istituzione richiesta deve seguire nel decidere se concedere o meno l'accesso²³⁰ e comportano un'interpretazione restrittiva dei casi di rigetto legittimo. Inoltre, il Consiglio

²²⁷ La questione atteneva, in particolare, alla riconducibilità dei pareri giuridici al regime di eccezione all'accesso ai documenti riservato alle consulenze legali, giacché tale problema non veniva esplicitamente affrontato nel regolamento.

²²⁸ Vedi sentenza del 23 novembre 2004 cit., punti 77 ss.

²²⁹ Punto 34 della sentenza del 1 luglio 2008.

²³⁰ Secondo la Corte, con riferimento all'eccezione riguardante la consulenza legale [...] “l'esame che il Consiglio deve effettuare quando gli viene chiesta la divulgazione di un documento deve necessariamente svolgersi in tre fasi, in relazione ai tre criteri previsti da tale disposizione:

38 Dapprima il Consiglio deve assicurarsi che il documento di cui viene chiesta la divulgazione costituisca effettivamente un parere giuridico e, in caso affermativo, determinare quali ne siano le parti effettivamente interessate, che possono rientrare quindi nel campo di applicazione di detta eccezione.

40 In un secondo tempo, il Consiglio deve esaminare se la divulgazione delle parti del documento in parola individuate come concernenti pareri giuridici «arrechi pregiudizio alla tutela» della consulenza legale.

41 Al riguardo occorre rilevare che né il regolamento n. 1049/2001, né i lavori preparatori di quest'ultimo apportano chiarimenti sulla portata della nozione di «tutela» della consulenza legale. Pertanto essa dev'essere interpretata alla luce del sistema e della finalità della normativa di cui fa parte.

42 Si deve di conseguenza interpretare l'eccezione relativa alla consulenza legale prevista nell'art. 4, n. 2, secondo trattino, del regolamento n. 1049/2001 come volta a tutelare l'interesse di un'istituzione a chiedere una consulenza legale e a ricevere pareri franchi, obiettivi e completi.

43 Il rischio di pregiudizio a tale interesse, per poter essere invocato, deve essere ragionevolmente prevedibile e non meramente ipotetico.

44 Infine, in una terza fase, se il Consiglio ritiene che la divulgazione di un documento arrecherebbe pregiudizio alla tutela della consulenza legale quale sopra definita, è suo dovere verificare che non esista un interesse pubblico

45 “deve ponderare l’interesse specifico da tutelare, impedendo la divulgazione del documento in questione, con, in particolare, l’interesse generale all’accessibilità a tale documento, tenendo conto dei vantaggi che derivano, come rileva il secondo ‘considerando’ del regolamento n. 1049/2001, da una maggiore trasparenza, consistenti in una migliore partecipazione dei cittadini al processo decisionale e in una maggiore legittimità, efficienza e responsabilità dell’amministrazione nei confronti dei cittadini in un sistema democratico.

46 Tali considerazioni hanno evidentemente una rilevanza del tutto particolare quando il Consiglio agisce in veste di legislatore, come risulta dal sesto ‘considerando’ del regolamento n. 1049/2001, secondo il quale un accesso più ampio ai documenti dev’essere autorizzato per l’appunto in tali circostanze. La trasparenza, al riguardo, contribuisce a rafforzare la democrazia permettendo ai cittadini di controllare tutte le informazioni che hanno costituito il fondamento di un atto legislativo. Infatti, la possibilità per i cittadini di conoscere il fondamento dell’azione legislativa è condizione per l’esercizio effettivo, da parte di questi ultimi, dei loro diritti democratici.

Nella ponderazione tra gli ostacoli (presunti) che potrebbero derivare all’efficacia e speditezza del processo decisionale dell’Unione da un accesso dei cittadini agli atti “rilevanti” nel processo suddetto, e la necessità di garantire un controllo democratico quanto più ampio possibile, si deve tendere a privilegiare quest’ultimo obiettivo. Questa conclusione è stata confermata in una sentenza del Tribunale adottata nel 2011, ma relativa a una causa disciplinata ancora dal Trattato di Nizza, relativa alla richiesta di accesso agli atti in un procedimento legislativo²³¹: i giudici hanno infatti affermato che gli argomenti addotti dal Consiglio e vertenti sull’individuazione delle delegazioni che avevano presentato una proposta

69 “[...] non sono abbastanza fondati da giustificare, in quanto tali, un rifiuto di divulgare l’identità degli autori delle diverse proposte che devono, in un sistema fondato sul principio della legittimità democratica, rispondere dei loro atti nei confronti del pubblico. A tale riguardo è opportuno rammentare che l’accesso del pubblico all’integralità del contenuto dei documenti del Consiglio, compresa nel caso di specie l’identità degli autori delle diverse proposte, costituisce il principio, soprattutto nell’ambito di una procedura in cui le istituzioni agiscono in qualità di legislatore, e le eccezioni devono essere interpretate ed applicate restrittivamente (v. punti 55-57 *supra*). Infatti, l’esercizio da parte dei cittadini dei loro diritti democratici presuppone la possibilità di seguire in dettaglio il processo decisionale all’interno delle istituzioni partecipando alle procedure legislative e di avere accesso a tutte le informazioni pertinenti. L’individuazione delle delegazioni degli Stati membri che presentano proposte nella fase delle discussioni iniziali

prevalente che giustifichi tale divulgazione nonostante il pregiudizio che ne deriverebbe al suo interesse a chiedere una consulenza legale e a ricevere pareri franchi, obiettivi e completi”.

²³¹ Vedi la sentenza del 22 marzo 2011, causa T-233/09, *Access Info Europe*, 2011 II-01073. Nel caso di specie, l’istanza d’accesso aveva ad oggetto talune informazioni contenute in una nota del 26 novembre 2008 indirizzata dal Segretariato generale del Consiglio al gruppo di lavoro sull’informazione istituito in seno al Consiglio stesso. La sentenza è stata confermata in Appello il 17 ottobre 2013, causa C-280/11 P, *ECLI:EU:C:2013:671*, punti 35 ss. e 71 ss.

non sembra tale da impedire che le delegazioni possano tener conto di tali discussioni per presentare nuove proposte allorché le loro proposte iniziali non rispecchiano più tali posizioni. Per sua natura una proposta, sia essa o meno anonima, è fatta per essere discussa, e può restare immutata dopo la sua discussione se è nota l'identità del suo autore. L'opinione pubblica è perfettamente in grado di comprendere che l'autore di una proposta può modificarne successivamente il contenuto”.

2.7 Il diritto di accesso e alla trasparenza dopo il Trattato di Lisbona

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha avuto, ed avrà in futuro, un impatto significativo su vari settori dell'ordinamento dell'Unione, e, tra di essi, rientra certamente la delicata materia della trasparenza amministrativa.

Il Regolamento del 2001 sembra invero destinato ad essere oggetto di un'interpretazione innovativa in considerazione delle profonde innovazioni introdotte da tale accordo internazionale.

Il Trattato di Lisbona ha infatti inciso significativamente sulla materia della trasparenza, ora disciplinata dall'art. 15 del T.F.U.E., nella Parte I, dedicata ai “principi”, evidenziandone la centralità nell'ordinamento europeo e la vincolatività per tutte le Istituzioni dell'U.E., organi e organismi dell'Unione stessa²³².

L'art. 15 esplicita la strumentalità del diritto d'accesso rispetto alla promozione della trasparenza e rappresenta, sotto tale profilo, un'evoluzione rispetto al previgente art. 255 CE.

Al di là del regime di trasparenza qualificata cui sono soggetti gli atti del Parlamento o del Consiglio nell'ambito del processo legislativo (par. 2 e 3), infatti, la nuova normativa attribuisce a tutte le persone fisiche o giuridiche residenti nel territorio dell'U.E. il diritto di accedere ai documenti (par. 3, commi 1 e 2), secondo le modalità disciplinate con un regolamento del Parlamento e del Consiglio, da adottare con procedura ordinaria. Le istituzioni e gli organi operanti in seno all'Unione devono, a loro volta, dare concreta attuazione a tale atto normativo,

²³² Si precisa, tuttavia, che la Corte di giustizia, la Banca centrale europea e la Banca per gli investimenti sono destinatarie degli obblighi di trasparenza solo nella misura in cui esse esercitino attività amministrative (art. 15, par. 3, comma 4).

Al riguardo, invero, rilevano però gli auspici *de jure condendo* contenuti nella Risoluzione del Parlamento europeo del 28 aprile 2016 sull'accesso del pubblico ai documenti, nella quale si “15. ricorda che, a seguito dell'entrata in vigore del TUE e del TFUE, il diritto di accesso ai documenti copre tutte le istituzioni, gli organi e le agenzie dell'UE; ritiene pertanto necessario aggiornare con urgenza il regolamento (CE) n. 1049/2001 apportandovi modifiche sostanziali alla luce delle disposizioni del trattato e della pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE e della Corte europea dei diritti dell'uomo; ritiene in particolare che sia fondamentale ampliare il campo di applicazione di detto regolamento al fine di includervi tutte le istituzioni europee che al momento non sono coperte, quali il Consiglio europeo, la Banca centrale europea, la Corte di giustizia e tutti gli organi e le agenzie dell'UE;”

e recepirne le indicazioni nei propri Regolamenti interni²³³.

L'art. 15 T.F.U.E. promuove quindi, da un lato, la trasparenza del processo decisionale per favorire la partecipazione ed il controllo su di esso da parte della collettività e, dall'altro, un diritto d'accesso di ampia portata in relazione ai documenti concernenti soggetti privati, quali gli atti adottati dalla Commissione in materia di concorrenza. Il secondo profilo, su cui incideva direttamente il Regolamento n. 1049/2001, risulta strettamente connesso ai principi di buona amministrazione, alla correttezza nello svolgimento dei procedimenti²³⁴ ed al diritto di difesa, espressamente menzionati nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'U.E.

La giurisprudenza in materia di accesso agli atti delle Istituzioni riguarda principalmente le limitazioni all'ostensione dei documenti consentite dal Regolamento n. 1049/2001²³⁵.

In particolare, la C.G.U.E. ha affermato che il diniego di accesso a taluni dati non presuppone necessariamente la loro previa qualificazione come "dati sensibili"²³⁶ e che la verifica dell'esistenza di un interesse pubblico che legittimi il diniego vada comunque compiuta caso per caso²³⁷, fatta eccezione per le procedure di controllo su aiuti di Stato e concentrazioni tra imprese (nell'ambito delle quali opera una presunzione di lesione di un interesse pubblico)²³⁸.

²³³ In tale ottica, una delle prime attuazioni dell'art. 15 è ravvisabile nell'adozione del regolamento interno da parte del Consiglio europeo, il 1° dicembre 2009: in tale atto è previsto che, benché le sedute non siano pubbliche (art. 3), quando il Consiglio europeo adotta una decisione può decidere di rendere pubblici i risultati delle deliberazioni, dibattiti e i resoconti verbali delle sedute. Sebbene non sia configurabile in tale regime una piena e completa attuazione del principio della trasparenza, si rileva comunque una sua più efficace attuazione rispetto al passato.

²³⁴ Vedi SERIO, *Il principio di buona amministrazione nella giurisprudenza comunitaria*, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2008, pag. 237 e ss., ivi, pag. 284 ss., secondo cui il diritto di accesso ai documenti è stato affermato inizialmente quale corollario del diritto al contraddittorio.

²³⁵ Nell'ambito della recente giurisprudenza sui limiti in materia di accesso ai documenti si veda la causa promossa contro la Commissione dalla Sea Handling S.p.A., decisa in primo grado con sentenza del Tribunale del 25 marzo 2015, causa T-456/13, e in appello il 14 luglio 2016, causa C-271/15 P, in www.curia.eu.int

²³⁶ Si veda, da ultimo, la sentenza del 28 novembre 2013, causa C-576/12 P, Iurasinovic, in www.curia.europa.eu che ha confermato la sentenza del 3 ottobre 2012, causa T-465/09, *ibidem*, affermando che il diniego può basarsi anche su motivazioni diverse dalla qualificazione (ex art. 9 del regolamento n. 1049/2001) di un documento come "sensibile". La Corte, infatti, premesso che secondo "una costante giurisprudenza, quando l'istituzione interessata decide di negare l'accesso a un documento di cui le è stata chiesta la divulgazione, essa deve spiegare, in linea di principio, come l'accesso a tale documento possa arrecare concretamente ed effettivamente pregiudizio all'interesse tutelato da un'eccezione prevista dall'articolo 4 del regolamento n. 1049/2001, che tale istituzione invoca", ha concluso che il semplice fatto che un documento non sia qualificato come "sensibile" ai sensi di detto art. 9 non può escludere l'applicazione delle eccezioni previste all'art. 4, paragrafo 1, lett. a), del regolamento n. 1049/2001 senza privare di effetto utile quest'ultima disposizione (punti 45 e 47).

²³⁷ Cfr. la sentenza del 14 novembre 2013, cause riunite C-514/11 P e C-605/11 P, LPN, in www.curia.europa.eu, confermativa della sentenza del 9 settembre 2011, causa T-29/08, LPN, *ibidem*: "Orbene, secondo una giurisprudenza consolidata, per giustificare il rifiuto di accesso a un documento di cui è stata chiesta la divulgazione, non basta, in linea di principio, che tale documento rientri in un'attività fra quelle menzionate all'articolo 4, paragrafo 2, del regolamento n. 1049/2001. L'istituzione interessata deve anche spiegare come l'accesso a tale documento potrebbe arrecare concretamente ed effettivamente pregiudizio all'interesse tutelato da un'eccezione prevista in tale articolo" (punto 44, corsivo aggiunto).

²³⁸ Vedi la sentenza del 14 novembre 2013 cit., secondo cui la Corte ha riconosciuto che l'istituzione comunitaria interessata può fondarsi su presunzioni di carattere generale che si applicano (punto 45) a determinate categorie di documenti "in tre fattispecie, ovvero per quanto riguarda i documenti del fascicolo amministrativo di un procedimento relativo al controllo degli aiuti di Stato (v. sentenza Commissione/Technische Glaswerke Ilmenau, cit., punto 61), i documenti scambiati tra la Commissione e le parti notificanti o i terzi nell'ambito di un

Con riguardo all'accesso finalizzato ad acquisire documentazione relativa al processo decisionale, valgono ovviamente le conclusioni già raggiunte dalla Corte con la sentenza *Svezia e Turco c. Consiglio* del 2008, sopra citata, rafforzate, come accennato, dall'esplicito riferimento al ruolo del Consiglio agente in qualità di legislatore fatto dall'art. 15, par. 3, TFUE. Inoltre, sempre maggiore, ai fini interpretativi del regolamento 1049/2001, appare il richiamo ai consideranda n. 1 e 2: basti qui richiamare la recente sentenza *Saint Gobain* del 13 luglio 2017²³⁹, che ha annullato una precedente sentenza del Tribunale²⁴⁰ per non aver accolto un'interpretazione restrittiva delle clausole derogatorie del regolamento 1049/2001, letto in combinato disposto col regolamento 1367/2006. Ancora più chiaramente, si è espresso l'Avvocato generale nelle sue Conclusioni alla causa *Typke* contro Commissione, presentate il 21 settembre 2016, affermando che "Il regolamento n. 1049/2001 è espressione del principio di trasparenza sancito nel secondo paragrafo dell'articolo 1, TUE. Esso mira a dare la massima attuazione al diritto di accesso del pubblico ai documenti al fine di migliorare la trasparenza nel lavoro delle istituzioni dell'Unione, con ciò attribuendo a tali istituzioni maggiore legittimità e responsabilità nei confronti dei cittadini"²⁴¹.

Gli obblighi di trasparenza gravanti sulle amministrazioni dell'Unione risultano confermati anche dall'art. 298 T.F.U.E. (ai sensi del quale "nell'assolvere i loro compiti, le istituzioni, gli organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace e indipendente") e, soprattutto, da una specifica disposizione della Carta dei diritti fondamentali, rubricata "diritto di accesso ai documenti". Peraltro, secondo le spiegazioni annesse alla Carta stessa²⁴² in relazione all'art. 42, "*Il diritto sancito da questo articolo è stato ripreso dall'articolo 255 del trattato CE, in applicazione del quale è stato adottato il regolamento (CE) n. 1049/2001. La Convenzione europea ha esteso tale diritto ai documenti delle istituzioni, degli organi e delle agenzie in generale, indipendentemente dalla forma in cui sono prodotti (v. articolo 15,*

procedimento di controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (v. citate sentenze Commissione/Éditions Odile Jacob, punto 123, e Commissione/Agrofert Holding, punto 64), nonché le memorie depositate da un'istituzione nell'ambito di un procedimento giurisdizionale (v. sentenza *Svezia e a./API e Commissione*, cit., punto 94)". Sulla concreta operatività delle presunzioni in materia di limite all'accesso agli atti, vedi anche la sentenza d'appello del 28 giugno 2012, causa C-477/10 P, Commissione europea contro Agrofert Holding, punti 116 ss, in www.curia.europa.eu.

²³⁹ C-60/15 P, *Saint-Gobain Glass Deutschland GmbH c. Commissione*.

²⁴⁰ Sentenza del 11 dicembre 2014, *Saint-Gobain Glass Deutschland/Commissione* (T-476/12, non pubblicata, EU:T:2014:1059).

²⁴¹ Causa C-491/15 P, par. 24.

²⁴² Tali spiegazioni sono state pubblicate nella GUUE C-303 del 14 dicembre 2007, precedute dalla seguente avvertenza: "Le presenti spiegazioni erano state elaborate, nella versione iniziale, sotto l'autorità del praesidium della Convenzione che aveva redatto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sono ora state aggiornate sotto la responsabilità del praesidium della Convenzione europea, sulla scorta degli adeguamenti redazionali che quest'ultima Convenzione ha apportato al testo della Carta (in particolare agli articoli 51 e 52) e dell'evoluzione del diritto dell'Unione. Benché non abbiano di per sé status di legge, esse rappresentano un prezioso strumento d'interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta".

paragrafo 3 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea). Ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 2 della Carta, il diritto di accesso ai documenti si esercita alle condizioni e nei limiti definiti all'articolo 15, paragrafo 3 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea”.

L'art. 42 non sembra dunque aggiungere alcunché al testo dell'art. 255 CE (ora, art. 15 T.F.U.E.). Inoltre, non risulta rilevante l'assenza di uno specifico riferimento ai limiti cui è soggetto il suddetto diritto poiché, ai sensi dell'art. 52, par. 2, della carta stessa, i diritti da questa riconosciuti *“che trovano fondamento nei trattati comunitari o nel trattato sull'Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi”*. Ulteriori elementi per la ricostruzione del diritto di accesso si riscontrano nell'art. 41 della Carta, rubricato “Diritto ad una buona amministrazione”, in quanto il paragrafo 2 dispone che tale diritto comprende, tra l'altro, *“il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale”*²⁴³.

2.8 Trasparenza e processo decisionale

L'esame sinora compiuto del diritto di accesso ai documenti nell'Unione europea dimostra come sia possibile individuare un'accentuazione di questo diritto ove sia fatto valere per garantire la partecipazione (o almeno l'informazione) dei cittadini ai processi decisionali. A un diritto di accesso “amministrativo”, che concerne soprattutto il diritto ad essere informati in merito ad attività della Commissione (es. in ambito di politica della concorrenza, o dell'ambiente)²⁴⁴ e che di regola presuppone una richiesta, quindi un'attività, dell'interessato, si è infatti affiancato un diritto alla trasparenza, di cui le istituzioni stesse si fanno non solo garanti ma promotrici, predisponendo strumenti utili a “garantire” la visibilità dei loro processi. La trasparenza, quindi, appare il presupposto per superare, almeno in parte, il deficit democratico dell'Unione. In tal

²⁴³ Secondo le Spiegazioni, l'articolo 41 è basato sull'esistenza dell'Unione in quanto comunità di diritto, le cui caratteristiche sono state sviluppate dalla giurisprudenza che ha consacrato segnatamente la buona amministrazione come principio generale di diritto (cfr. tra l'altro, la sentenza della Corte del 31 marzo 1992, causa C-255/90 P, Burban, Racc. 1992, pag. I-2253, e le sentenze del Tribunale di primo grado del 18 settembre 1995, causa T-167/94, Nölle, Racc. 1995, pag. II-2589; del 9 luglio 1999, causa T-231/97, New Europe Consulting e altri, Racc. 1999, pag. II-2403). Le espressioni di questo diritto enunciate nei primi due paragrafi derivano dalla giurisprudenza (cfr. le sentenze della Corte del 15 ottobre 1987, causa 222/86, Heylens, Racc. 1987, pag. 4097, punto 15; del 18 ottobre 1989, causa 374/87, Orkem, Racc. 1989, pag. 3283; del 21 novembre 1991, causa C-269/90, TU München, Racc. 1991, pag. I-5469, e le sentenze del Tribunale di primo grado del 6 dicembre 1994, causa T-450/93, Lisrestal, Racc. 1994, pag. II-1177; del 18 settembre 1995, causa T-167/94, Nölle, Racc. 1995, pag. II-2589) e, per quanto attiene all'obbligo di motivare, dall'articolo 296 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (cfr. anche la base giuridica all'articolo 298 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea per l'adozione di norme volte a garantire un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente).

²⁴⁴ Di solito, la trasparenza “amministrativa” comporta il diritto di essere sentiti, la motivazione dell'atto, l'accesso al fascicolo e in parte si confonde con il diritto alla difesa e a una buona amministrazione (articoli 41 e 47 della Carta).

senso, va ricordato, oltre quanto detto a proposito dell'art. 15, par. 3, TFUE, l'art. 11 TUE, relativo alla democrazia partecipativa. Anche il principio di democrazia partecipativa, infatti, dovrebbe informare il processo decisionale, sia, in senso più tradizionale, nella fase a monte della proposta, sia nella fase decisionale vera e propria²⁴⁵.

Più in generale, si può osservare con la Commissione che “La democrazia dipende dalla possibilità di tutti di partecipare al dibattito pubblico. A tale scopo, tutti devono avere accesso a una buona informazione sulle questioni europee e devono essere in grado di seguire il processo politico nelle sue varie fasi”²⁴⁶: solo in presenza di procedure decisionali trasparenti è infatti garantita ai cittadini la possibilità di verificare le modalità di esercizio del potere e di esercitare un controllo sui decisori politici per far valere eventualmente la loro responsabilità²⁴⁷. Questa concezione ha influenzato in modo considerevole la giurisprudenza e, anche, l'interpretazione che del regolamento 1049/2001 questa ha accolto. Un concetto più ampio di trasparenza, derivato dalle esigenze di controllo democratico diventa quindi parametro ermeneutico anche dell'accesso agli atti. Da questo punto di vista, sembra che la Corte di giustizia si sia spinta più avanti della Corte E.D.U., sebbene non si possa escludere che nel suo recente (seppur ancora timido) *revirement* giurisprudenziale quest'ultima abbia tenuto conto anche delle implicazioni del

²⁴⁵ “Benché la finalità della partecipazione mediante consultazioni sia, secondo l'approccio della Commissione, il miglioramento della qualità delle politiche, in realtà l'articolo 11 del TUE conferisce un'impronta costituzionale alla consultazione e al coinvolgimento della società civile nel processo decisionale”. In questo senso, vedi MARTINES F., *I triloghi: analisi di una prassi decisionale alla luce dei principi di democrazia, equilibrio istituzionale, trasparenza ed efficacia*, Rivista di diritto pubblico comunitario e europeo.

Sul problematico ruolo della trasparenza nel delicato procedimento dei triloghi e sull'esigenza avvertita dalle Istituzioni Europee e dagli Stati membri di derogarvi per tutelare le proprie posizioni nelle relative negoziazioni, si veda anche la recente indagine condotta sul punto dal Mediatore europeo (OI/8/2015/FOR), richiamata da PIAZZA I., in SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L'accesso dei cittadini: esperienze di informazione amministrativa a confronto*, op. cit., pag. 269.

Al riguardo, la Risoluzione del Parlamento europeo del 28 aprile 2016 sull'accesso del pubblico ai documenti (...) “27. sottolinea, pur riconoscendo l'importanza e l'efficacia dei triloghi, che le attuali procedure a essi applicabili fanno nascere preoccupazioni riguardo al carattere aperto della procedura legislativa; chiede che le istituzioni coinvolte assicurino una maggiore trasparenza dei triloghi informali al fine di rafforzare la democrazia permettendo ai cittadini di controllare le informazioni pertinenti che hanno costituito il fondamento di un atto legislativo, come afferma la Corte di giustizia dell'Unione europea nelle cause riunite Svezia e Turco/Consiglio, garantendo nel contempo ai colegislatori uno spazio di riflessione adeguato; invita le istituzioni dell'UE a moltiplicare in seno alla commissione parlamentare competente i resoconti sull'andamento dei negoziati di trilogia; ritiene che, quando si producono documenti nel quadro dei triloghi, ad esempio ordini del giorno, sintesi dei risultati, processi verbali e approcci generali del Consiglio, se disponibili, detti documenti sono legati alle procedure legislative e non possono in linea di principio essere trattati diversamente dagli altri documenti legislativi; è del parere che un elenco delle riunioni di trilogia e dei suddetti documenti dovrebbe essere direttamente accessibile sul sito web del Parlamento; ricorda che il futuro accordo interistituzionale “Legiferare meglio” comprende una base di dati sui fascicoli legislativi e che, se adottato, riguarderà anche una gestione adeguata dei triloghi.”.

²⁴⁶ Libro bianco sulla Governance COM (2001) 0428 def. punto 3.1.

²⁴⁷ “Solo meccanismi decisionali trasparenti e aperti allo scrutinio pubblico e l'accesso alle informazioni che determinano o influiscono sulle decisioni in corso rendono possibile una partecipazione consapevole dei cittadini - nel quadro della democrazia rappresentativa (conoscere per votare) di quella partecipativa (conoscere per partecipare consapevolmente) al dibattito, da cui possono emergere posizioni di opposizione o di supporto alla questione discussa” (MARTINES, op. cit.). Sul rapporto tra trasparenza e democrazia, vedi anche A. ALEMANN, *Unpacking the Principle of Openness in EU Law Transparency, Participation and Democracy*, in HEC Paris Research paper Law 2013-1003 e in European Law Review, 2014.

riconoscimento di un diritto qualificato “to know” per finalità di garanzia e controllo democratico.

Un’ultima considerazione in ordine alla trasparenza nell’ordinamento dell’Unione concerne una possibile evoluzione nell’interpretazione ampliativa dell’ambito di applicazione del regolamento n. 1049/2001. E’ stato infatti presentato al Tribunale un ricorso di impugnazione del rifiuto del Parlamento europeo di permettere l’accesso a documenti relativi a una proposta legislativa di regolamento²⁴⁸. Il ricorrente nelle sue argomentazioni sostiene infatti che “il Parlamento ha applicato erroneamente l’articolo 4, paragrafo 3, primo comma, del regolamento (CE) n. 1049/2001 non solo in quanto:

- l’accesso ai documenti richiesti, che fanno parte del procedimento legislativo, non pregiudica in modo specifico, effettivo e non ipotetico il procedimento decisionale legislativo;

²⁴⁸ Vedi Sentenza De Capitani c. Parlamento europeo (T-540/15) circa l’impugnazione del rifiuto d’accesso ai documenti relativi alla “proposta legislativa di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l’Agenzia dell’Unione europea per la cooperazione e la formazione delle autorità di contrasto (Europol) e abroga le decisioni 2009/371/GAI e 2005/681/GAI”.

Per un primo commento della decisione, si rinvia a BATTAGLIA F., *La trasparenza del procedimento legislativo europeo all’esame del giudice dell’Unione nel caso De Capitani*, in *Federalismi.it*, 18 luglio 2018. L’Autore sostiene, invero, che il “difetto di trasparenza sia rintracciabile in tutte le fasi del procedimento legislativo e non solo in quello concernente i triloghi. Ad esempio, anche le valutazioni di impact assesment, che la Commissione europea svolge prima di presentare una proposta legislativa, sollevano dei dubbi in tal senso. Ciò è principalmente dovuto al fatto che la Commissione europea, quando prepara ed elabora una proposta di atto legislativo, ritiene di non agire in veste di legislatore e, per tale motivo, è convinta che ai documenti di impact assesment possa essere applicata una presunzione generale di riservatezza.

Tesi, quest’ultima, che, secondo lo scrivente, è viziata da un’erronea interpretazione circa la natura delle funzioni svolte dalla Commissione nell’ambito del procedimento legislativo e, di conseguenza, anche delle procedure di impact assesment. Per quanto concerne il primo aspetto, appare indubbio che, in un sistema in cui ad un’istituzione è affidato il monopolio dell’iniziativa legislativa, le attività propedeutiche alla presentazione di una proposta legislativa, quelle cioè tese all’elaborazione della proposta stessa, ricadano appieno all’interno del ciclo legislativo. Di quest’ultimo, infatti, non costituiscono una fase marginale, o accessoria, ma ne rappresentano un momento essenziale, durante il quale si decide a) se avviare l’iter legislativo in una determinata materia; b) il contenuto del progetto di atto che si propone di adottare. Progetto che, occorre ricordare, può essere emendato, ma non in maniera sostanziale, altrimenti la Commissione può sempre riservarsi il diritto di ritiro della proposta, ai sensi dell’art. 293 par. 2 del TFUE, come interpretato dalla Corte di giustizia. In sintesi, quindi, il potere di iniziativa, oltre a rendere imprescindibile la volontà della Commissione, al fine di avviare una procedura legislativa su una specifica materia, offre alla Commissione stessa il potere di influenzare in maniera sostanziale le successive fasi del processo decisionale. Pertanto, appare naturale che le azioni svolte in questa fase debbano essere collocate all’interno del procedimento legislativo e non possano essere considerate semplicemente come preparatorie”.

(...) “Per quanto riguarda l’esame del merito, il Tribunale si è, innanzitutto, soffermato sulla natura dei triloghi, facendo presente che tali riunioni rappresentano una prassi consolidata attraverso cui viene adottata la maggior parte dei testi legislativi. Tanto che, lo stesso Parlamento li considera come una fase decisiva del procedimento legislativo. Inoltre, il Tribunale ha rilevato come il compromesso sull’insieme degli emendamenti da adottare rispetto ad una proposta legislativa, raggiunto in sede di trilogo, e riportato all’interno della c.d. quarta colonna della tabella ivi redatta, viene in seguito adottato, il più delle volte, senza modifiche sostanziali dai co-legislatori. In questo modo, quindi, il Tribunale ha definitivamente confutato la tesi sostenuta dalle tre istituzioni, secondo cui i triloghi sono un semplice momento di riflessione estraneo al procedimento formalmente legislativo, riconoscendo, invece, che si inseriscono pienamente all’interno dello stesso. Anzi, come la prassi dimostra, ne costituiscono una fase essenziale.

Per tale motivo, il modo in cui vengono condotti può incidere sul livello di democraticità dell’Unione europea, dal momento che la trasparenza del procedimento legislativo contribuisce a conferire alle istituzioni una maggiore legittimità agli occhi dei cittadini europei e ad accrescere la loro fiducia. Infatti, come ribadito dal Tribunale nel caso in esame, la trasparenza contribuisce a rafforzare la democrazia, permettendo ai cittadini di controllare tutte le informazioni che hanno costituito la base di un atto legislativo”.

- il Parlamento non tiene in considerazione il fatto che, segnatamente in seguito al Trattato di Lisbona, i documenti legislativi preparatori sono soggetti al principio del più ampio accesso possibile”.

(...) ma anche perché:

“se l’articolo 4, paragrafo 3, fosse ancora applicabile ai lavori legislativi preparatori in seguito all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, il Parlamento avrebbe commesso un errore di diritto e effettuato erroneamente l’esame dell’interesse pubblico prevalente”

Col terzo motivo del ricorso si affermava, sostanzialmente, che l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della Carta dei Diritti Fondamentali UE avrebbe introdotto un’innovativa disciplina nei confronti dell’accesso agli atti relativi al processo normativo che si differenzerebbe sotto vari aspetti da quella sottoposta a limiti dettati dal regolamento 1049/2001. Pertanto, quest’impostazione, ove largamente recepita, permetterebbe di distinguere le due tipologie di accesso agli atti dei procedimenti, rispettivamente amministrativo e normativo, sottoponendoli, di fatto, a differenti regimi giuridici.

2.9 La “comunitarizzazione” della libertà di accesso ai documenti.

La normativa dell’Unione in materia di accesso ai documenti appare, dunque, oramai sufficientemente articolata ma, come si ricordava, sconta un rilevante limite applicativo, poiché essa vincola esplicitamente soltanto le Istituzioni, e non anche gli Stati membri.

Si possono però trarre due importanti conseguenze dalla vincolatività del diritto dell’Unione Europea per l’ordinamento italiano.

La prima consiste nella possibilità di ritenere il principio dell’accesso ai documenti come un principio generale, ormai presente nelle costituzioni o nei diritti degli Stati membri, ai sensi dell’art. 6, par. 3 TUE. In questo caso, come si è accennato, il principio potrebbe operare anche nei confronti degli Stati²⁴⁹: non si può escludere, pertanto, che una domanda di accesso ai documenti, in una materia comunitariamente rilevante, cui sia stato risposto negativamente dalle autorità italiane, possa costituire eventualmente oggetto di un rinvio pregiudiziale alla CGUE. Spetterebbe in questo caso alla Corte di giustizia ricostruire il contenuto del diritto di accesso definendo chiaramente i limiti ad esso apportionabili. Non è detto, infatti, che i principi comunitari in materia di trasparenza e di accesso agli atti trovino integrale riscontro negli ordinamenti statali, e in specie, in quello italiano.

²⁴⁹ Vedi, da ultimo, su questo argomento VITALE G., *Gli effetti diretti ‘orizzontali’ Dei principi generali del diritto dell’Unione europea*, in (a cura di) DISTEFANO M., *L’effetto diretto delle fonti dell’ordinamento giuridico dell’Unione europea*, Napoli, 2017, pag. 45 e ss.

La seconda, invece, si lega al fatto che la Carta contiene non solo una disposizione che concerne direttamente l'accesso ai documenti (l'art. 42), ma anche un articolo (l'art. 11) in materia di tutela della libertà d'espressione e di informazione, che riflette sostanzialmente il contenuto dell'art. 10 C.E.D.U. Nelle Spiegazioni a questo articolo, si afferma al par. 1, comma 2, che *“In applicazione dell'articolo 52, paragrafo 3 della Carta, questo diritto ha lo stesso significato e la stessa portata di quello garantito dalla CEDU. Le limitazioni che possono essere apportate non possono pertanto andare oltre quelle previste all'articolo 10, paragrafo 2, salve restando le restrizioni che il diritto dell'Unione in materia di concorrenza può apportare alla facoltà degli Stati membri di instaurare i regimi di autorizzazione di cui all'articolo 10, paragrafo 1, terza frase della CEDU”*.

La componente delle *Spiegazioni* che rileva maggiormente non è dunque quella relativa ai limiti, ma quella iniziale, che fa coincidere l'art. 10 C.E.D.U. e l'art. 11 della Carta. Infatti, nel Commento all'art. 52, come si è già accennato, viene affermata *“la regola secondo cui, qualora i diritti della presente Carta corrispondano ai diritti garantiti anche dalla CEDU, il loro significato e la loro portata, comprese le limitazioni ammesse, sono identici a quelli della CEDU. Ne consegue in particolare che il legislatore, nel fissare le suddette limitazioni, deve rispettare gli standard stabiliti dal regime particolareggiato delle limitazioni previsto nella CEDU, che è quindi applicabile anche ai diritti contemplati in questo paragrafo, senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea. [...] Il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. L'ultima frase del paragrafo è intesa a consentire all'Unione di garantire una protezione più ampia. La protezione accordata dalla Carta non può comunque in nessun caso situarsi ad un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU”*.

Sembrerebbe dunque operare anche nei confronti dell'Unione quell'interpretazione estensiva della libertà di espressione e di informazione promossa dalla Corte di Strasburgo al fine di ricomprendervi anche la libertà di accedere ai documenti. E' arduo prospettare, al momento, quale sarà l'incidenza di questa nuova interpretazione dell'art. 10 C.E.D.U. sulla disciplina eurounitaria dell'accesso ai documenti, posto che essa, come evidenziato, appare già molto avanzata. Ragionamento diverso, invece, si può fare per l'incidenza di tale *revirement* sugli ordinamenti interni. Infatti, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'U.E., integrata per quanto concerne la libertà di cercare informazioni, vincola non solo l'Unione ma anche gli Stati

membri²⁵⁰. Come affermato dalla Corte di giustizia, infatti, “[...] i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione, non possono quindi esistere casi rientranti nel diritto dell’Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione. L’applicabilità del diritto dell’Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta”²⁵¹.

Lo stato ungherese, per tornare alla sentenza esaminata nel primo capitolo, risulterebbe quindi obbligato a consentire la ricerca di documenti richiesti dall’ONG ricorrente non solo ai sensi dell’art. 10 C.E.D.U., ma anche sulla base dell’art. 11 della Carta, seppure limitatamente alle materie che rientrino nell’attuazione del diritto dell’Unione²⁵². E’ questo l’aspetto più problematico: accertare se la questione che si pone dinanzi al giudice nazionale, chiamato ad applicare gli articoli della Carta come norme direttamente efficaci dell’ordinamento eurolunitario, rientri o meno nell’ambito di attuazione del diritto dell’Unione²⁵³. Ma una volta che tale questione sia risolta in senso positivo, l’obbligo per lo Stato di consentire l’accesso non è più solo un obbligo di diritto internazionale convenzionale, ma anche un vero e proprio obbligo “comunitario”.

La principale implicazione di tale configurazione consisterebbe, naturalmente, nella facoltà dei giudici nazionali di disapplicare la norma interna che limitasse l’accesso a documenti amministrativi in modo incompatibile con l’art. 11 della Carta (in tutte le ipotesi di operatività del diritto dell’Unione come, ad esempio, nei casi di violazioni della concorrenza o frodi comunitarie). Vi sarebbe, cioè, un passaggio della prospettiva antinomica dall’ordinamento C.E.D.U. all’ordinamento dell’Unione, con conseguente applicazione del peculiare criterio risolutore della “non applicazione” della norma interna ai sensi dell’art. 11 della Costituzione (per contrasto con norme UE direttamente efficaci).

Questa conclusione può sembrare ardita, ma dimostra quanto la tutela dei diritti sia ormai permeata da varie fonti internazionali. Un esame svolto in un’ottica esclusivamente nazionale risulterebbe, infatti, inidoneo a spiegare una realtà normativa molto più articolata, in cui il

²⁵⁰ Art. 51: “Ambito di applicazione. – 1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell’Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l’applicazione secondo le rispettive competenze”.

²⁵¹ Vedi la sentenza del 26 febbraio 2013, nella causa C-617/10, Åkerberg Fransson, punto 21.

²⁵² Infatti, “Ove, per contro, una situazione giuridica non rientri nella sfera d’applicazione del diritto dell’Unione, la Corte non è competente al riguardo e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza (v., in tal senso, ordinanza del 12 luglio 2012, Curà e a., C-466/11, punto 26)”, *ibidem*, punto 22.

²⁵³ La Corte ha adottato, come noto, una nozione ampia dell’espressione “esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione”, affermando che le norme degli ordinamenti interni (rispetto alle quali si intende far operare la Carta) devono essere semplicemente collegate all’ambito di operatività del diritto dell’unione. Non risulta dunque necessario a tali fini che la normativa interna considerata sia stata adottata per dare attuazione ad atti normativi dell’UE (sentenza citata, punti 24 ss.).

coordinamento tra le varie fonti deve risultare, comunque, sempre improntato alla massima efficienza dei sistemi di tutela e garanzia.

Capitolo III: L'evoluzione della trasparenza in Italia

Introduzione

L'analisi del diritto alla trasparenza nell'ordinamento internazionale e, soprattutto, dell'Unione europea svolta nei Capitoli precedenti non mira solo a rendere conto, per finalità di completezza, della regolamentazione vigente in tali ambiti, ma anche a individuare stimoli o spunti ricostruttivi funzionali a una disciplina più avanzata del *right to know* nell'ordinamento italiano. Come si è accennato, la permeabilità tra gli ordinamenti coesistenti in ambito europeo comporta un rilevante influsso della normativa dell'Unione e, in parte, della stessa CEDU, sul tessuto normativo italiano²⁵⁴. Detta influenza ha effetti molteplici: essa si esprime ora nella sostanziale imposizione di specifici obblighi di risultato, ora – alla luce del c.d. “principio di inquadramento”²⁵⁵ – nello stimolare in via indiretta (ma non per questo meno vincolante) le modifiche dell'ordinamento interno che risultino comunque necessarie per il suo adeguamento a quello sovranazionale, e, infine, nella creazione di un clima culturale che, quasi per induzione, porta alla condivisione di certi valori che vengono poi realizzati in modo autonomo negli ordinamenti interni²⁵⁶.

La prima declinazione dell'influenza delle fonti sovranazionali si manifesta nell'adozione di atti *ad hoc* di natura vincolante, tra i quali possono annoverarsi principalmente le sentenze della Corte di Giustizia dell'UE e le pronunce della Corte di Strasburgo. Soprattutto rispetto alle prime, come noto, la Corte costituzionale italiana ha affermato una diretta efficacia nell'ordinamento italiano, con la conseguente competenza, da parte del giudice ordinario, a disapplicare norme interne con queste incompatibili²⁵⁷. Nell'ambito della giurisprudenza CEDU, poi, si è visto come

²⁵⁴ Per una sintetica ricostruzione dell'evoluzione della disciplina italiana del diritto d'accesso, si veda GALETTA D.U., *Access to Administrative Documents and to Public Sector Information in Italy*, in BLANKE H., PERLINGEIRO R. (a cura di), *The Right of Access to Public Information, An International Comparative Legal Survey*, Springer-Verlag GmbH Germany, 2018, pag. 343 e ss.

²⁵⁵ Questo principio deriva da un'interpretazione “teleologica” che la Corte ha fatto dell'attuale art. 4, par. 3, TUE, stabilendo che “gli Stati membri, anche nelle materie che sono rimaste nella loro competenza, ai sensi del più generale principio di leale cooperazione – ora sancito dall'art. 4 TUE – sono tenuti ad esercitare le loro competenze nel rispetto dei trattati istitutivi dell'Unione. Tale principio – usualmente denominato “principio di inquadramento” (*encadrement*) – ha trovato applicazione sia nel campo del diritto processuale che in quello del diritto sostanziale” (MENGOZZI MORVIDUCCI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, 2 ed., Padova, 2018, pag. 92). Sul modo di funzionare di tale principio, vedi *ibidem* pag. 271 e ss.

²⁵⁶ Sull'influsso del diritto delle organizzazioni internazionali e in particolare dell'Unione europea sui principi che guidano le Pubbliche Amministrazioni vedi CASSESE S., *Il diritto alla buona amministrazione*, in “*Studi in onore di Alberto Romano*”, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pag. 105 e ss. Cfr. anche SGUEO G., *L'evoluzione del diritto amministrativo europeo e la conseguente unificazione della disciplina amministrativa dei singoli Stati. Verso un diritto amministrativo globale*, in <https://www.diritto.it/l-evoluzione-del-diritto-amministrativo-europeo-e-la-consequent...>, 14 dicembre 2006.

²⁵⁷ Vedi la sentenza 113/85, del 23 aprile 1985, BECA, par. 54 s., secondo cui la diretta applicabilità non è limitata solo ai regolamenti comunitari. Tale conclusione “[...] discende dalla sistemazione che la sentenza n. 170 del 1984

l'affermazione di un diritto alla trasparenza, inteso come diritto generalizzato all'accesso ai documenti in possesso degli Stati aderenti, sia avvenuta in termini forse ancora troppo cauti per potersi dichiarare la vigenza in materia di un principio prescrittivo idoneo a predeterminare il contenuto delle norme interne; inoltre, sempre secondo la giurisprudenza costituzionale, l'eventuale incompatibilità tra un diritto affermato nella CEDU e le norme italiane può dare adito a un giudizio di costituzionalità, ma non a una diretta disapplicazione della normativa interna²⁵⁸. Tale limite, insito nell'esigenza di prevenire la formazione di un vuoto normativo nella decisione del caso concreto, non opera come noto per le norme dell'Unione europea, in virtù della loro diretta applicabilità ai sensi dell'art. 11 della Costituzione. Come si è visto, il principale destinatario degli obblighi di trasparenza previsti nell'ambito dell'ordinamento UE è l'Unione stessa, vincolata sia da norme primarie che da atti secondari²⁵⁹ all'efficace attuazione di detto valore. Gli Stati membri sono quindi interessati da tali norme soprattutto nell'ambito di operatività del secondo e del terzo tipo di 'influenza' sopra citati. Esistono peraltro dei settori nei quali il diritto dell'Unione impone direttamente degli obblighi di trasparenza, direttamente incidenti su enti pubblici e privati. Il riferimento è alla materia degli appalti pubblici²⁶⁰: si veda, per tutti, l'art. 10 della direttiva 2004/17 che istituisce un coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici in settori specifici²⁶¹, rubricato Principi per l'aggiudicazione degli appalti, così formulato: «Gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza». Una recente sentenza resa in via pregiudiziale dalla CGUE²⁶² ha dichiarato la compatibilità con la disciplina europea di norme di diritto nazionale - “quale il combinato disposto degli articoli 115 e 206 del decreto legislativo n. 163/2006, che non prevedono la revisione periodica dei prezzi

ha dato ai rapporti tra diritto comunitario e legge nazionale. La normativa comunitaria - si è detto in quella pronuncia - entra e permane in vigore, nel nostro territorio, senza che i suoi effetti siano intaccati dalla legge ordinaria dello Stato; e ciò tutte le volte che essa soddisfa il requisito dell'immediata applicabilità. Questo principio, si è visto sopra, vale non soltanto per la disciplina prodotta dagli organi della C.E.E. mediante regolamento, ma anche per le statuizioni risultanti, come nella specie, dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia”.

²⁵⁸ In tal senso, vedi, per tutte, le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, c.d. sentenze “gemelle”.

²⁵⁹ Vedi *supra* Cap. II,

²⁶⁰ Si pensi però anche al mercato dell'energia, e in particolare alla direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica (GU 2009, L 211); del regolamento (CE) n. 714/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica (GU 2009, L 211), e soprattutto del regolamento (UE) n. 1227/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, concernente l'integrità e la trasparenza del mercato dell'energia all'ingrosso (GU 2011, L 326); del regolamento (UE) 2015/1222 della Commissione, del 24 luglio 2015, che stabilisce orientamenti in materia di allocazione della capacità e di gestione della congestione (GU 2015, L 197)

²⁶¹ Vedi la Direttiva 2004/17 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 “che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali”, in *GUUE* L 134 del 30 aprile 2004.

²⁶² Sentenza del 19 aprile 2018, causa C-152/17 nel procedimento *Consorzio Italian Management, Catania Multiservizi SpA*.

dopo l'aggiudicazione di appalti rientranti nei settori considerati dalla medesima direttiva,” - dopo aver verificato che esse non solo non derogano all'espresso dettato della direttiva²⁶³, ma “nemmeno violano i principi generali sottesi alla direttiva 2004/17, segnatamente il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva”²⁶⁴.

Un ulteriore settore in cui la normativa europea reca una disciplina diretta degli obblighi di trasparenza amministrativa è quello della tutela dell'ambiente. Al riguardo, assume un ruolo fondamentale la Direttiva 2003/4/CE del 28 gennaio 2003 relativa alla piena accessibilità al pubblico all'informazione ambientale²⁶⁵, il cui art. 3 prescrive che: “Gli Stati membri provvedono affinché le autorità pubbliche siano tenute, ai sensi delle disposizioni della presente direttiva, a rendere disponibile l'informazione ambientale detenuta da essi o per loro conto a chiunque ne faccia richiesta, senza che il richiedente debba dichiarare il proprio interesse”. L'attribuzione “a chiunque” del diritto di accedere a detto particolare dato informativo ha avuto il merito di introdurre nel nostro ordinamento una prima forma di accesso a legittimazione diffusa che è rimasta a lungo un'ipotesi eccezionale. Il diritto amministrativo nazionale risultava infatti ancora incentrato sulla tutela del “*need to know*”²⁶⁶ dell'istante, piuttosto che sulla promozione di più avanzati sistemi di trasparenza diffusa. Tale direttiva ha ricevuto attuazione con l'emanazione del D.L. n. 195/2005 che, all'art. 3, precisa “L'autorità pubblica rende disponibile, secondo le disposizioni del presente decreto, l'informazione ambientale detenuta a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dichiarare il proprio interesse”²⁶⁷.

Peraltro, oltre alle disposizioni in materia di trasparenza contenute in specifiche normative, analoghi obblighi vincolanti possono scaturire per gli Stati membri anche dalla Carta dei Diritti Fondamentali, ogniqualvolta essi operino nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione (art. 51)²⁶⁸, pur senza procedere direttamente alla sua attuazione. Ciò comporta che il diritto di

²⁶³ Infatti, per la Corte “quest'ultima non impone agli Stati membri alcun obbligo specifico di prevedere disposizioni che impongano all'ente aggiudicatore di concedere alla propria controparte contrattuale una revisione al rialzo del prezzo dopo l'aggiudicazione di un appalto” (punto 30 della sentenza).

²⁶⁴ *Ibidem*. Corsivo aggiunto.

²⁶⁵ Direttiva 2003/4/CE del 28 gennaio 2003 del Parlamento europeo e del Consiglio sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale, che abroga la direttiva 90/313/CEE del Consiglio, in GUUE L 41 del 14 febbraio 2003, che ha per obiettivo di “a) garantire il diritto di accesso all'informazione ambientale detenuta dalle autorità pubbliche o per conto di esse e stabilire i termini e le condizioni di base nonché modalità pratiche per il suo esercizio; b) garantire che l'informazione ambientale sia sistematicamente e progressivamente messa a disposizione del pubblico e diffusa, in modo da ottenere la più ampia possibile sistematica disponibilità e diffusione al pubblico dell'informazione ambientale. A tal fine è promosso l'uso, in particolare, delle tecnologie di telecomunicazione e/o delle tecnologie elettroniche, se disponibili”.

²⁶⁶ Come si vedrà, infatti, la legge 241/90 limitava l'accesso ai documenti a quanti se ne dovessero avvalere per tutelare una posizione giuridica.

²⁶⁷ Decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195, Attuazione della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale, in *Gazzetta Ufficiale* n. 222 del 23 settembre 2005

²⁶⁸ Su tale articolo e sulla sua interpretazione da parte della Corte di giustizia, vedi per tutti i lavori dei giudici SKOURIS V., *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Akerberg Fransson*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2013, pag. 229 e ss., e TIZZANO A., *L'applicazione*

“chiunque”²⁶⁹ ad una buona amministrazione, sancito dall’art. 41²⁷⁰, vincola, oltre agli organi dell’Unione, anche gli Stati membri stessi, che sono tenuti a garantire un elevato standard di tutela nell’azione delle proprie amministrazioni ove siano chiamate ad operare in ambiti ‘comunitariamente rilevanti’. Ne deriva che, allorché debbano essere applicate norme dell’Unione (si pensi, a titolo esemplificativo, alla gestione di una procedura d’appalto il cui valore superi la quota di rilevanza comunitaria²⁷¹), il diritto a una buona amministrazione dei competitors può declinarsi in specifici obblighi di trasparenza in campo alla stazione appaltante. A prescindere da come questi obblighi di buona amministrazione debbano articolarsi in concreto (in assenza di più specifici doveri comportamentali e procedurali) e da come i privati possano avvalersene in giudizio, non v’è dubbio sul fatto che la materia della trasparenza benefici sotto vari aspetti dell’efficacia vincolante riconosciuta alla Carta²⁷². Si possono allora astrattamente configurare diversi livelli di tutela procedurale, a seconda che la materia oggetto dell’azione amministrativa richieda o meno l’applicazione di norme appartenenti all’ordinamento dell’UE. Senonché, il richiamo ai principi e ai diritti enunciati nella Carta reca con sé problemi di non facile soluzione. L’esigenza di individuarne preliminarmente l’ambito di applicazione richiederebbe infatti una precisa perimetrazione delle aree di intervento pubblico interessate dalla normativa dell’Unione Europea, mentre, in alcuni settori, residuano ampie aree grigie di difficile classificazione. Inoltre, va sottolineato che i diritti discendenti dagli obblighi di buona amministrazione che vengono esemplificati nella Carta rimangono suscettibili di diverse ricostruzioni. Tuttavia, alla luce di quanto disposto dall’art. 298 TFUE, che delinea fondamentalmente un modello di amministrazione “aperta”, appare arduo negare che detti obblighi possano direttamente sul regime di trasparenza amministrativa operante all’interno degli Stati membri. Si tratta, peraltro, di un influsso residuale dell’ordinamento UE, che appare destinato ad assumere rilevanza nella definizione di specifici casi concreti più che nell’enucleazione di regole generali. L’impatto prodotto dal diritto dell’Unione sugli ordinamenti statali - con specifico riferimento alla promozione della trasparenza nel funzionamento delle amministrazioni pubbliche - appare invero molto più ampio e incisivo se analizzato sotto altri profili.

de la Charte des droits fondamentaux dans les États membres à la lumière de son article 51, par. 1, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2014 pag. 429 e ss.

²⁶⁹ Benché l’art. 41 sia situato nel Titolo V, Cittadinanza, la disposizione fa espressamente riferimento ad ‘ogni persona’.

²⁷⁰ Non rileva qui, invece, per le ragioni sopra esposte, l’art. 42 che afferma il diritto dei cittadini e dei residenti nell’Unione ad accedere ai documenti di quest’ultima.

²⁷¹ Vedi ad esempio l’art. 35 del Codice degli appalti (D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50).

²⁷² Vedi ad esempio TROZZO, *La buona amministrazione come diritto fondamentale dell’uomo alla luce della carta di Nizza*, in *Diritto internazionale*, 2011.

Le considerazioni appena svolte portano ad accennare al secondo ‘influsso’, derivante dal principio di ‘inquadramento’, che vincola gli Stati ad adeguare il proprio ordinamento, sia processuale che sostanziale, per assicurare il pieno rispetto del diritto dell’Unione nelle materie soggette esclusivamente alla normativa nazionale. In tali ipotesi, gli obblighi (anche non espressamente enunciati) funzionali al perseguimento di un obiettivo disciplinato dal diritto dell’Unione²⁷³ tendono a emergere solo nel momento in cui tali esigenze si manifestino nelle prassi applicative²⁷⁴. Questa tendenza si è manifestata anche rispetto al diritto amministrativo sostanziale e processuale e ha contribuito non poco alla modernizzazione dell’ordinamento italiano, investendo ben presto anche la normativa sull’accesso agli atti e sulla trasparenza.

La capacità del diritto dell’Unione di incidere in modo così innovativo sul contenuto del diritto degli Stati membri ha manifestato gradualmente le sue grandi potenzialità. Alcune sentenze della Corte di giustizia in materia di diritto processuale amministrativo hanno invero introdotto importanti modifiche dell’ordinamento interno²⁷⁵, ma è stato solo a partire dall’ultimo

²⁷³ Si pensi, in materia di diritto processuale (materia che, almeno fino al Trattato di Amsterdam) è rimasta di competenza esclusiva dei Paesi membri, all’obbligo ricostruito dalla Corte per gli Stati di avere nel proprio ordinamento norme che garantiscano sia il principio di equivalenza che quello di effettività. Secondo il primo, la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non deve essere meno favorevole di quella che riguarda ricorsi analoghi di natura interna, secondo il secondo, “le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario” (vedi in tal senso la sentenza *Unibet*, causa C-432/05 del 13 marzo 2007, punto 43). Nella sentenza *Peterbroeck* del 14 dicembre 1995, causa C-312/93, punto 12, la Corte, infatti, aveva affermato che: “[...] per giurisprudenza costante, è compito dei giudici nazionali, secondo il principio di collaborazione enunciato dall’art. 5 del Trattato, garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi effetto diretto. In mancanza di disciplina comunitaria in materia, spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi effetto diretto. Tuttavia, dette modalità non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario (v., in particolare, sentenze 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe*, Racc. pag. 1989, punto 5, e causa 45/76, *Comet*, Racc. pag. 2043, punti 12-16; 27 febbraio 1980, causa 68/79, *Just*, Racc. pag. 501, punto 25; 9 novembre 1983, causa 199/82, *San Giorgio*, Racc. pag. 3595, punto 14; 25 febbraio 1988, cause riunite 331/85, 376/85 e 378/85, *Bianco e Girard*, Racc. pag. 1099, punto 12; 24 marzo 1988, causa 104/86, *Commissione/Italia*, Racc. pag. 1799, punto 7; 14 luglio 1988, cause riunite 123/87 e 330/87, *Jeunehomme e EGI*, Racc. pag. 4517, punto 17; 9 giugno 1992, causa C-96/91, *Commissione/Spagna* Racc. pag. I-3789, punto 12, e 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e a.*, Racc. pag. I-5357, punto 43).

²⁷⁴ Si veda *exempli causae* la possibile incompatibilità con i principi citati di norme relative alla prescrizione troppo breve delle azioni (sentenze *Peterbroeck* citata e, di recente, *Taricco*, dell’8 settembre 2015, causa C-105/14, o all’impossibilità di adottare provvedimenti provvisori di sospensione di norme interne (sentenza *Factortame* del 19 giugno 1990, causa C-213/89).

²⁷⁵ Al riguardo, si può qui citare la questione della tutela cautelare *ante causam*. Come noto, l’adozione nel diritto amministrativo processuale italiano di tale istituto è stato imposto dalla giurisprudenza comunitaria. Va ricordata in proposito la sentenza del 18 settembre 1996, causa C 236/95, con la quale la Corte di Giustizia, decidendo un ricorso proposto dalla Commissione contro la Grecia per mancato adeguamento all’art. 2 della Direttiva ricorsi CE 665/89, ha affermato che “ai sensi dell’art. 2 della direttiva, gli Stati membri sono tenuti, più generalmente, a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente da ogni azione previa, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto” e che “la disciplina del processo amministrativo ellenico, che limita la tutela giurisdizionale provvisoria ai soli procedimenti per la sospensione dell’esecuzione di un atto

decennio del secolo scorso che il dibattito sull'interazione tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione Europea è stato affrontato su un piano più generale valorizzandone appieno la capacità innovativa. Se, infatti, una prima fase del dibattito dottrinale in materia si era incentrata soprattutto sull'esigenza di colmare le lacune dell'ordinamento comunitario facendo ricorso ai principi comuni agli Stati membri (si pensi, segnatamente, al principio di affidamento o di proporzionalità), e, quindi, sulla permeabilità a livello sistematico dell'organizzazione sovranazionale rispetto ai diritti interni, l'analisi dei fenomeni normativi di interazione europea ha subito, a partire dal 1996, una radicale inversione prospettica²⁷⁶. In particolare, la maggior consapevolezza circa l'influenza del diritto comunitario sulla conformazione dei principi generali del diritto pubblico italiano e le sempre più profonde interrelazioni tra i due ordinamenti amministrativi hanno favorito sia il riconoscimento del principio di inquadramento, con le conseguenze che esso comporta, sia, e qui si viene alla terza tipologia di influsso, un approccio 'culturale' più aperto ad esigenze diverse da quelle sino ad allora vigenti in Italia e a valori che, mutuati dalle culture giuridiche di altri Paesi membri e poi 'comunitarizzati', sono divenuti comuni in senso più ampio²⁷⁷, in quanto condivisi come criteri di portata generale e non più come "chiavi di lettura" degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione²⁷⁸.

Ed è questo, a parere di chi scrive, il processo che ha interessato e tuttora interessa il tema della trasparenza.

amministrativo impugnato con ricorso d'annullamento non può in ogni caso soddisfare tali esigenze di certezza del diritto". Tale sentenza, sebbene la dottrina amministrativista italiana ne avesse affermato la rilevanza anche per il nostro ordinamento (vedi per tutti, su questa giurisprudenza, CHITI M. P., *La tutela cautelare ante causam e la progressiva comunitarizzazione del processo amministrativo: alcune riflessioni critiche*, in Quaderni del Foro amministrativo – TAR, 2005, pag. 57 e ss.) non venne ritenuta vincolante anche per l'ordinamento italiano dal Consiglio di Stato, ma in seguito la Corte di giustizia, adita dal TAR della Lombardia, ha stabilito con ordinanza del 29 aprile 2004, causa C202/03 che l'art. 2 della Direttiva 669/89/CE doveva essere interpretato nel senso che "gli Stati membri erano tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimenti provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell'appalto in esame". La mancanza di una tutela cautelare *ante causam* comportava, quindi, l'incompatibilità dell'ordinamento italiano con quello comunitario. Fu pertanto adottata una modifica del codice degli appalti (245, commi 3-7, d. lgs. 12 aprile 2006, n° 163) che inseriva una specifica misura cautelare *ante causam*, applicabile, però, al solo ambito degli appalti pubblici.

²⁷⁶ Vedi CASSESE S., "L'ordinamento amministrativo italiano di fronte all'evoluzione della Comunità europea", 1997.

²⁷⁷ Con riferimento all'influenza esercitata dal diritto dell'Unione su quello italiano, si vedano, da ultimo, le considerazioni di E. PICOZZA nella sua *Lectio magistralis* del 20 marzo 2017 alla Maratona europea per i 60 anni del Trattato di Roma organizzata presso l'Università La Sapienza: *L'Unione europea e il diritto amministrativo*. L'A. parla, al riguardo, di "un effetto definibile di trascinamento che ha comportato la mutazione anche delle categorie sostanziali, cioè di singoli istituti giuridici".

²⁷⁸ Per richiamarsi all'esempio della tutela cautelare *ante causam*, questa, congruamente a quanto previsto dal diritto comunitario, era stata inserita solo nel codice degli appalti. La necessità di avere un sistema organico di tutela cautelare e il riconoscimento della validità di tale soluzione hanno indotto il legislatore italiano a inserire questo istituto nel Codice del processo amministrativo (art. 61 c.p.a. Dec. Lgs. n.104/2010).

Nato in contesti culturali soprattutto nord europei²⁷⁹, il diritto alla trasparenza degli atti dell'amministrazione e dell'accesso ai suoi documenti è stato, come si è visto, recepito nel diritto comunitario a livello di atti normativi a partire dagli anni '90²⁸⁰. Tuttavia, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia si è precocemente sviluppata una nozione più ampia del principio di trasparenza, inteso anche come presupposto di un più ampio controllo sull'operato delle istituzioni. Appare dunque innegabile l'influenza che le conseguenti prassi comunitarie hanno prodotto sulle modifiche apportate dal legislatore nazionale alla legge del 7 agosto 1990, n. 241²⁸¹, contenente "Nuove norme sul procedimento amministrativo", soprattutto con riferimento all'art. 1, comma 1, nel quale al termine pubblicità è stato aggiunto quello, ben più pregnante di "trasparenza"²⁸². La disposizione, come emendata nel 2005, prevede infatti che "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge [...] ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario". Il riferimento a tali principi conferma la consapevolezza della loro incidenza sul diritto amministrativo italiano e l'impossibilità di prescindere anche laddove la materia regolata esclusivamente dalla normativa nazionale. Anche le modifiche successive apportate in materia di pubblica amministrazione²⁸³, e, più in particolare, la normativa FOIA, devono molto, come si vedrà, all'influsso del diritto dell'Unione. Si può ritenere,

Vedi GOTZ N., MARKLUND C. (Ed.), *The Paradox of Openness: Transparency and Participation in Nordic Cultures of Consensus*, 2014.

²⁸⁰ Vedi il regolamento europeo n. 1049/2001. Per la Corte di giustizia, anche detto regolamento è riconducibile all'intento di creare un'Unione in cui le decisioni siano adottate nel modo più trasparente possibile e più vicino possibile ai cittadini. "Come ricorda il considerando 2 di detto regolamento, il diritto di accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni è connesso al carattere democratico di queste ultime (sentenze del 1° luglio 2008, *Svezia e Turco/Consiglio*, C-39/05 P e C-52/05 P, EU:C:2008:374, punto 34, e del 17 ottobre 2013, *Consiglio/Access Info Europe*, C-280/11 P, EU:C:2013:671, punto 27)", sentenza *De Capitani*, cit., punto 57.

Più in generale, la Corte è arrivata nella sentenza *JTS Corporation* a configurare il diritto alla trasparenza e all'accesso ai documenti come un diritto fondamentale ("sentenza del 12 ottobre 2000, *JTis Corporation*, Causa T-123/99, punto 50: "[...] il codice di condotta, il cui testo è allegato alla decisione 94/90, enuncia un diritto fondamentale, vale a dire il diritto dell'accesso ai documenti. Tale codice è stato adottato al fine di rendere la Comunità più trasparente, dato che la trasparenza del processo decisionale costituisce un mezzo per rafforzare il carattere democratico delle istituzioni e la fiducia del pubblico nei confronti dell'amministrazione (dichiarazione n. 17). Il regolamento n. 1468/81, nella misura in cui dovrebbe essere applicato in quanto *lex specialis*, non può essere interpretato in senso contrario alla decisione 94/90, il cui obiettivo fondamentale è di dare ai cittadini la possibilità di controllare in modo più effettivo la legittimità dell'esercizio del potere pubblico (sentenza *Interporc/Commissione*, punti 37-39 e 43-47; sentenze del Tribunale 19 luglio 1999, causa T-188/97, *Rothmans/Commissione*, pag. II-2463, punto 53, e 14 ottobre 1999, causa T-309/97, *Bavarian Lager/Commissione*, Racc. pag. II-3217, punti 36 e 37").

²⁸¹ Il riferimento è alla legge n. 15 del 11 febbraio 2005, pubblicata sulla G.U. n. 42 del 21 febbraio 2005.

²⁸² Vedi per più ampie considerazioni su questo aspetto, e per la differenza tra pubblicità degli atti e trasparenza, M. BOMBARDELLI M., *Trasparenza amministrativa in Diritto on line*, Istituto dell'Enciclopedia Treccani, 2015.

Cfr. altresì MANGANARO F., *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in https://www.unirc.it/documentazione/materiale_didattico/1465_2013_352_18107.pdf, secondo cui la trasparenza, esplicitamente inserita nell'art. 1 della legge sul procedimento dalla novella del 2005, va oltre gli obblighi procedurali, poiché richiede una comprensibilità ed intellegibilità dell'azione amministrativa che esorbita dal mero rispetto delle regole procedurali.

²⁸³ Vedi la recente legge di riforma della Pubblica amministrazione del 7 agosto 2015, n. 124.

quindi, che esso svolga la duplice funzione di ‘inquadrare’ i recenti processi di promozione della trasparenza e di favorirne l’ulteriore sviluppo, operando sia come criterio ermeneutico che come parametro di validità delle norme interne e, infine, come strumento di integrazione di eventuali lacune.

3.1 La disciplina vigente prima della legge n. 241/90 sul procedimento amministrativo e la pubblicità degli atti.

La prima manifestazione diretta del principio di trasparenza nell’ordinamento amministrativo italiano, benché, come si vedrà, questo termine non risultasse originariamente citato in modo esplicito, va fatta risalire alla legge n. 241/90, che pone i fondamenti della pubblicità nell’operare delle pp.aa.²⁸⁴

Come noto, è stata ampiamente dibattuta la questione dell’eventuale fondamento costituzionale del principio di trasparenza nell’ordinamento italiano e della possibilità di invocarne la tutela in mancanza di disposizioni esplicite contenute in fonti normative di rango inferiore. La possibilità di dedurre la tutela di tale principio dalle disposizioni della Carta Costituzionale acquisiva, invero, ulteriore importanza alla luce della stretta connessione tra la disciplina della trasparenza e l’esigenza di salvaguardare interessi qualificati e diritti fondamentali, quali la privacy e la riservatezza. L’ammissibilità stessa di un’eventuale operazione di bilanciamento tra tali valori presuppone infatti indefettibilmente una loro tendenziale equiordinazione²⁸⁵. Pertanto, l’individuazione di una copertura “costituzionale” del diritto all’informazione avrebbe agevolato lo sviluppo degli istituti giuridici connessi alla promozione della trasparenza e limitato significativamente gli ostacoli a essi frapposti in nome della salvaguardia di altri diritti fondamentali.

²⁸⁴ L. n. 241/1990 in G.U. 18 agosto 1990 sul Procedimento amministrativo, più volte modificata. Secondo MARSOCCI P., *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d.lgs. 33/2013 nell’interpretazione del modello costituzionale di amministrazione*, in *Istituzioni e Federalismi*, 2013, pag. 687, ivi, pag. 694, “[...] è nell’art. 1 della legge 241/1990, che quello di pubblicità appare per la prima volta rubricato tra i “principi generali dell’attività amministrativa”, accanto ad economicità e efficacia, inducendo l’interprete a ritenere che si tratti di elementi normativi generali tesi a darvi forma; nel testo della disposizione è tuttavia qualificato come “criterio”, ossia elemento la cui interpretazione dovrà essere discriminante per operare le scelte. Sarà poi la novella apportata dalla legge n. 15/2005 ad inserire anche il principio di trasparenza, evidentemente spingendo l’interprete a sottolinearne il differenziato contenuto normativo”.

²⁸⁵ Vedi sull’argomento PATRONI GRIFFI A., *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: alcune riflessioni*, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/02/patroni_griffi.pdf, 29 marzo 2016 e l’ampia bibliografia ivi citata alle note 3 e 4 (in particolare PAJNO A., *Trasparenza e riservatezza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, pag. 5 e ss).

Nei primi decenni successivi all'adozione della Costituzione, il dibattito dottrinale si è dunque incentrato sull'individuazione della base giuridica atta a rivendicare il diritto all'accesso ai documenti dell'amministrazione: è questo infatti, tra i vari aspetti in cui si coniuga il diritto alla trasparenza quello di più immediata valenza per i cittadini. Parte della dottrina ha fatto riferimento all'art. 97²⁸⁶ della Carta, configurando l'onere di rispondere alle istanze di accesso come una naturale declinazione della procedimentalizzazione dell'attività amministrativa²⁸⁷, mentre altri autori hanno valorizzato il ruolo dell'art. 113 della Costituzione, ponendo l'accento sulla tutela giurisdizionale garantita dall'ordinamento avverso gli atti illegittimi delle pp.aa. Un'ulteriore tesi, di particolare interesse perché tiene conto anche dell'influenza assunta in tale materia dal diritto internazionale e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è quella che ha fatto espresso riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero ai sensi dell'all'art. 21 della Costituzione. Detta ricostruzione alternativa del fondamento costituzionale dei valori della trasparenza ha infatti spostato il *focus* dal modo in cui l'Amministrazione è tenuta a comportarsi (di cui il privato può certamente avvantaggiarsi come declinazione dei criteri generali di imparzialità e buon andamento) al diritto individuale del cittadino ad accedere al patrimonio conoscitivo delle pp.aa. Il diritto all'ostensione delle informazioni detenute dall'amministrazione viene infatti dedotto dalla libertà di manifestazione del proprio pensiero²⁸⁸

²⁸⁶ L'attuale dettato della disposizione citata recita: "Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge [95 c.3], in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione". Subito dopo la seconda guerra mondiale, era stata proposta dalla Commissione per gli Studi attinenti alla ricostruzione dello Stato diretta da Sorrentino la necessità di affermare "il diritto del cittadino di avere visione e copia degli atti amministrativi" al fine di "combattere la cattiva prassi italiana di ostacolare tale conoscenza. Durante i lavori della Costituente, però, venne esclusa l'esigenza di nominare espressamente la trasparenza quale principio cardine dell'organizzazione amministrativa: si era sostenuto, tra l'altro, che il diritto dei cittadini a partecipare alla gestione amministrativa risultava genericamente ricompreso fra i diritti concernenti la sovranità popolare (vedi diffusamente BALBONI E., *Le riforme della Pubblica Amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura*, in Scelte della Costituente e cultura giuridica, (a cura di DE SIERVO U.), Bologna, 1980, pag. 225"). Si è espresso a favore dell'operatività dell'art. 97 rispetto alla trasparenza della p.a. e della pubblicità dei suoi atti, ad esempio, ALLEGRETTI U., *Imparzialità e buon andamento dell'amministrazione*, in Dig. Disc. pubbl., vol. VII, Torino, 1993, pag. 131 e ss.

²⁸⁷ Il principio di trasparenza è stato infatti ricollegato a quelli di legalità, imparzialità e di buona amministrazione, in quanto funzionale a un rapido e immediato controllo degli atti e dei comportamenti mediante i quali si svolge l'attività amministrativa. Il testo di legge costituzionale approvato dal Parlamento il 12 aprile 2016, successivamente non confermato in sede di consultazione referendaria, prevedeva, infatti, un'integrazione del secondo comma dell'art. 97 della Costituzione al fine di esplicitare il ruolo della trasparenza tra i generali principi ispiratori dell'attività amministrativa.

Per ulteriori approfondimenti sul tema, si veda DONATI D., *Il principio di trasparenza in Costituzione*, in La trasparenza amministrativa, a cura di MERLONI F., Milano, 2008; MARSOCCI P., *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d. lgs. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale*, in Istituzioni del federalismo, 2013. Sia consentito richiamare, in tale sede, anche la felice metafora coniata dall'Onorevole TURATI F., secondo cui "dove un superiore pubblico interesse non imponga un segreto momentaneo, la casa dell'Amministrazione dovrebbe essere di vetro", in Atti del Parlamento italiano – Camera dei Deputati, sess. 1904 – 1908, 17 giugno 1908, 22962. Nell'ambito della giurisprudenza costituzionale sul tema, si rinvia alle sentenze Corte Cost. n. 300/2000, n. 172/2005 e n. 333/1993.

²⁸⁸ Vedi soprattutto LOIODICE A., Voce *Informazione*, in Enciclopedia del Diritto, vol. XXI, Milano 1974, pag. 472 e ss. La deducibilità del diritto all'informazione da quello della libertà di manifestazione del pensiero

e presentato quale imprescindibile presupposto di quest'ultima. Questa posizione è stata avvalorata dalla giurisprudenza costituzionale che, già negli anni '70 aveva ravvisato nell'art. 21 della Carta il fondamento normativo del diritto all'informazione²⁸⁹. Come si è visto nel Cap. I, inoltre, questa correlazione tra diritto alla manifestazione del pensiero e alla ricerca dell'informazione era affermata sia a livello di diritto internazionale generale che regionale; ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo e, pertanto, la componente "passiva" del diritto alla manifestazione del pensiero, intesa come diritto di accedere alle informazioni, doveva trovare un'adeguata tutela nel nostro ordinamento poiché l'Italia aveva aderito sia a Patti Civili e politici che alla Cedu²⁹⁰. Di fatto, il Giudice delle Leggi ha utilizzato l'art. 10, comma 1, CEDU (secondo cui il diritto di manifestazione del pensiero *include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee*) quale canone ermeneutico ed interpretativo dell'art. 21 della Costituzione, riconoscendo la vigenza di detto principio fondamentale anche nell'ordinamento italiano, al punto da farlo "divenire a sua volta il fondamento del principio del pluralismo delle fonti d'informazione, con particolari e significative ricadute sulla disciplina dei *mass media*"²⁹¹.

(configurabile soprattutto come libertà garantita da ingerenze esterne e quindi, specie in una prima fase, come libertà negativa) discende dal riconoscimento di "una dimensione pubblica della libertà di espressione quale libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee", presupposto fondamentale per il formarsi di un'opinione pubblica consapevole e avvertita e, conseguentemente, per elevare il tasso di democraticità del sistema costituzionale del paese" (ZACCARIA R., *La libertà d'espressione e giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in www.robortozaccaria.it/...content/.../10/La-libertà-d'espressione-e-giurisprudenza-dell-..., 2009).

²⁸⁹ Su questo argomento vedi per tutti CHELI E., *La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in tema di media*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni.../RI_20130606_CHELI.pdf, 6 giugno 2013, pag. 3 e ss. "Muovendo da questa premessa la Corte sviluppa in tema di libertà di espressione due conseguenze di notevole rilievo. La prima conseguenza è quella che conduce a riferire all'art. 21 la tutela non solo del "diritto di informare" come profilo attivo della libertà di espressione riferita a coloro che operano nel sistema dei media, ma anche del "diritto all'informazione" come profilo passivo riferito a tutti i cittadini in quanto componenti di quella opinione pubblica su cui la democrazia si fonda. Di questo diritto la costituzione italiana non aveva fatto menzione, nonostante che negli stessi anni in cui la nostra costituzione vide la luce altre Carte – come la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite del 1948 (all'art. 19), la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (all'art. 10) o la Costituzione della Repubblica federale tedesca del 1949 (all'art. 5) – avessero espressamente richiamato, nell'ambito della libertà di espressione anche il diritto di ciascuno a "ricevere" e "cercare" le informazioni. Per questo, pur nel silenzio della nostra Costituzione, la Corte costituzionale italiana non ha esitato ad individuare nel "diritto all'informazione" il profilo implicito della libertà di espressione connesso all'esigenza che "la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica, che dia a tutti la possibilità di concorrere alla formazione della volontà generale (v. sent. n. 112/93 e, in precedenza sentt. n. 122/70; 105/72; 1/81; 194/87).

²⁹⁰ Il Patto sui diritti civili e politici delle N.U. (di cui rileva, per quanto qui concerne, l'art. 19) e la CEDU sono stati resi esecutivi in Italia, rispettivamente, con la legge 25 ottobre 1977, n. 881 e con la legge 4 agosto 1955 n. 855. Ai sensi delle due leggi citate, quindi, lo Stato italiano risultava già astrattamente obbligato a permettere agli istanti la "ricerca" dei documenti amministrativi, benché tali potenzialità non siano state adeguatamente valorizzate in via di prassi. Dopo la modifica del Titolo V della Costituzione, realizzata con la legge costituzionale n. 3 del 2001, poi, il corrispondente obbligo internazionale è assunto al ruolo di potenziale parametro di legittimità costituzionale ai sensi del primo comma dell'art. 117 della Costituzione.

²⁹¹ Cfr. ZACCARIA R., *op. cit.*, pag. 10, che cita a supporto delle proprie opinioni la sentenza della Corte Costituzionale, 13 maggio 1987, n. 153, punto 7.3: "*In proposito va rilevato però che, da una parte, l'art. 1 (rectius: preambolo) del predetto trattato, non contiene, come si è già detto, principi di per sé*

Il diritto a “cercare” le informazioni e lo speculare obbligo della PA di permettere l’accesso ai propri documenti trovavano, quindi, per la dottrina e la giurisprudenza uno specifico (benché non esplicito) fondamento costituzionale. Lo stesso rinvio operato in tale ambito a una pluralità di fonti testimoniava, peraltro, sia l’esigenza di apprestare un’adeguata tutela a tale diritto, sia, da un altro punto di vista, l’assenza nel nostro ordinamento di norme sufficientemente chiare e univoche alle quali fare espresso riferimento. Va peraltro sottolineato che il vivo dibattito dottrinale in materia non è rimasto limitato al solo istituto del diritto all’accesso ai documenti: sia nel caso in cui si configurasse un obbligo della p.a. di permettere l’accesso ai propri atti in base all’art. 97 della Carta, sia nella teorizzazione di un vero e proprio diritto a essere informati²⁹² in forza dell’art. 21, la trasparenza è sempre stata intesa come un valore fondamentale nell’ambito di un sistema democratico e, quindi, come un criterio ispiratore di molteplici aspetti dell’azione amministrativa. Il principio di trasparenza coinvolge infatti l’intero iter procedimentale e non si manifesta solo sul documento finale costituente il prodotto della fase deliberativa²⁹³. La trasparenza, a partire dagli anni ’80, è stata infatti configurata come un principio che trascende il mero dato documentale²⁹⁴ e che rappresenta un presupposto fondamentale della partecipazione democratica e del consapevole controllo sull’azione amministrativa²⁹⁵.

limitativi nei confronti dei soggetti diversi dagli Stati e, dall'altra, l'art. 10 della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (firmata a Roma nel 1950 e resa esecutiva in Italia nel 1955 con la legge n. 848), addirittura si pone come espressione di un tendenziale principio di pluralismo quando riconosce il diritto di ogni persona alla libertà di espressione inclusa quella "di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche e senza considerazioni di frontiera", al riguardo precisando che tale diritto "non impedisce che gli Stati sottopongano ad un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, di cinema o di televisione".

²⁹² Per la dottrina in oggetto, quindi, “Ogni soggetto ha diritto di conoscere ed essere informato della attività amministrativa, ha diritto e facoltà di prendere visione degli atti amministrativi, di conoscere il contenuto, insomma di avervi accesso.” (vedi DANI F., *Discipline giuridiche per l'architettura: Territorio pianificazione e opere pubbliche*, II ed., Torino, 2017, pag. 81)

²⁹³ Sull’introduzione del principio di trasparenza in vari Paesi occidentali, vedi SAVINO M., *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 8-9, 2013, 795 ss. Tale principio è stato progressivamente riconosciuto come imprescindibile in una società democratica. Infatti, “La conoscibilità degli atti e dei documenti amministrativi diventa prerequisito della democrazia amministrativa degli Stati moderni, così come l’esigenza di chiarezza e comprensibilità della P.A., anche al fine di tutelare l’affidamento dei cittadini e garantire imparzialità e buon andamento” (CIPOLLA C., *Dalla segretezza all’accessibilità totale: la nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, Scuola di dottorato in Scienze giuridiche, Milano Bicocca, 2016, pag. 13, che compie un’ampia ricostruzione storica della trasparenza nei vari ordinamenti).

²⁹⁴ Sulla distinzione tra pubblicità degli atti (accesso) e trasparenza, intesi in un rapporto di *species a genus*, vedi oltre agli autori citati, MARRAMA R., *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell’organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, pag. 416 e ss.; CUDIA C., *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all’informazione* in *Dir. Pubbl.*, 2007, pag. 99 e ss.; SPASIANO M. R., *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in SANDULLI M. A., *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2011, pag. 89 e ss.; MANGANARO F., *L’evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in *Studi in memoria di Roberto Marrama*. (a cura di Scoca), Napoli, 2012, pag. 109 e ss.; SIMONATI A., *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 2013, pag. 749 e ss.

²⁹⁵ Come icasticamente suggerito da Bobbio, secondo cui la democrazia è appunto il governo del «[...] potere visibile», ovvero il «[...] governo del potere pubblico in pubblico» (N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Rivista italiana di scienze politiche*, 1980, II, pag. 181). Nello stesso senso, cfr. ad esempio LUCIANI M., *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1985, I, pag. 61 e ss.; ARENA G., *La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in G ARENA

Le verifiche relative al carattere costituzionalmente garantito del diritto alla pubblicità degli atti amministrativi, sebbene diversamente argomentate e con oggetto parzialmente diverso, hanno avuto esito sostanzialmente positivo²⁹⁶. Si può osservare, comunque, che quand'anche residuassero perplessità nell'individuazione di un fondamento costituzionale diretto per gli istituti volti a tutelare e promuovere la trasparenza amministrativa, sarebbe comunque possibile ricavare indirettamente un'analoga base normativa dai principi recepiti dal diritto dell'Unione europea in forza di atti normativi *ad hoc*, o, come si è visto, in virtù del principio di inquadramento²⁹⁷. Nonostante il progressivo riconoscimento a livello dottrinale di un generale obbligo di trasparenza, o, quantomeno, di un ampio regime di accessibilità dei documenti amministrativi, l'ordinamento italiano è rimasto per lungo tempo legato a un approccio prudenziale e conservativo, mantenendo pressoché inalterato il tradizionale regime di segretezza amministrativa. Come accennato, infatti, per poter assistere a una prima regolamentazione esplicita e di portata generale del diritto di accesso ai documenti amministrativi è stato però necessario attendere l'emanazione della legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo.

Si può quindi individuare un lungo arco temporale durante il quale il regime di trattazione del patrimonio conoscitivo della p.a. era determinato essenzialmente dall'art. 15 del D.P.R.

(a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1991, pag. 25 e ss.; AZZARITI G., *Il ruolo dell'amministrazione pubblica nella società italiana attuale: le tendenze in atto e gli effetti della legge sul procedimento sul rapporto fra amministrazioni e società*, in *Studium Iuris*, 3, 1997, pag. 235 e ss.; BOMBARDELLI M., *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istituzioni e Federalismo*, 2103, pag. 657 e ss. Inoltre, la trasparenza degli atti della p.a. garantirebbe indirettamente lo stesso controllo democratico sull'operato del governo. Vedi in tal senso ARENA G., *Trasparenza amministrativa e democrazia*, in BERTI G., DE MARTIN G. (a cura di), *Gli istituti della democrazia amministrativa*, Milano, 1996, pag. 15 e, più recentemente, VACCARO S., *L'evoluzione del rapporto tra la Pubblica Amministrazione e le persone nel prisma dello sviluppo della «trasparenza amministrativa»*, in *Ius on line*, 2015, pag. 6, secondo cui, con la trasparenza amministrativa, “si promuove un modello di amministrazione paritaria e condivisa con il cittadino al quale, nell'esercizio della funzione amministrativa, viene conferito il ruolo di co-amministrante dotato di posizioni di libertà attiva nei confronti della P.A. detentrica del potere d'impero. Un cittadino, dunque, che si ritrova non più nella posizione di “suddito” nei confronti di una “amministrazione-autorità” ma che (con essa) dialoga all'interno di un rapporto con i pubblici poteri che si viene a caratterizzare, per effetto dei mutamenti de qua, in senso collaborativo più che conflittuale”.

²⁹⁶ Tra i vari autori che sostenevano la necessità della trasparenza amministrativa per ottemperare ai dettati costituzionali, vedi SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, pag. 687 e ss.; ALLEGRETTI U., *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, 1996; IDEM, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009. Cfr. anche MARSOCCI P., *op. cit.*, pag. 691 e ss. che rinvia alle argomentazioni e alla dottrina citata nel precedente lavoro *Poteri e pubblicità. Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Padova, Cedam, 2002, pag. 57 e ss. Anche la Corte costituzionale si è allineata a questa tesi, sebbene non con sentenze risalenti a prima della disciplina normativa della pubblicità degli atti della p.a., che fanno riferimento agli articoli 3, 24, 97 e 113 (vedi le sentenze n. 311 del 6 luglio 1994 e n. 372 del 29 novembre 2004 in www.cortecostituzionale.it.) Nella sentenza n. 145 dell'8 marzo 1989, invece, la Corte non aveva ritenuto il principio di trasparenza applicabile alla fattispecie in esame, pur non escludendone l'astratta possibilità di farlo valere in altre cause.

²⁹⁷ Cfr. MARSOCCI P., *Gli obblighi*, cit., pag. 695 e ss. Nello stesso senso, vedi RICCI S., *La “buona amministrazione”: ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, Torino, 2005; CASSESE S., *Il diritto alla buona amministrazione*, Relazione alla giornata sul diritto alla buona amministrazione per il 25° anniversario della legge “Sindic de Grenges” della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009, consultabile in www.irpa.eu; GALLETTA D. U., *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte essenziale di garanzie procedurali nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, pag. 816 e ss.

10 gennaio 1957, n. 3 (“Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato”) secondo cui «[l]’impiegato deve mantenere il segreto d’ufficio e non può dare a chi non ne abbia diritto, anche se non si tratti di atti segreti, informazioni o comunicazioni relative a provvedimenti od operazioni amministrative di qualsiasi natura ed a notizie delle quali sia venuto a conoscenza a causa del suo ufficio, quando possa derivarne danno per l’Amministrazione o per i terzi. Nell’ambito delle proprie attribuzioni, l’impiegato preposto ad un ufficio rilascia, a chi ne abbia interesse, copie ed estratti di atti e documenti di ufficio nei casi non vietati dalle leggi, dai regolamenti o dal capo del servizio»²⁹⁸. Le prassi amministrative ispirate a tale disposizione hanno comportato, per diverso tempo, la sostanziale negazione di un generale diritto alla pubblicità degli atti: l’eventuale ostensione dei dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni dipendeva essenzialmente da valutazioni ampiamente discrezionali riservate ai pubblici funzionari. Solo in taluni settori qualificati erano stati introdotti temperamenti al generale regime del segreto amministrativo: ad esempio, in materia di urbanistica (art. 10, comma 9, della legge 765/67), di enti locali (artt. 25 e 26 della legge 816/1985) e di dati ambientali (art. 14 della legge 349/1986)²⁹⁹.

Questa grave divergenza tra la normativa interna e gli impulsi provenienti dall’ordinamento sovranazionale è stata oggetto di critiche da parte della dottrina e ha portato, altresì, all’adozione di alcune sentenze dei giudici amministrativi, che, in linea con l’asserita deducibilità dall’art. 97 della Costituzione di un generale principio di trasparenza dell’azione amministrativa e di pubblicità degli atti, hanno affermato l’obbligo per pp.aa. di assicurare la chiarezza e trasparenza dei loro procedimenti³⁰⁰. Veniva dunque avvertita come una soluzione normativa ormai

²⁹⁸ Sul segreto amministrativo, vedi FIENGO G., *Il segreto d’ufficio nella carenza di una legge generale sul procedimento amministrativo*, in St. parl., 1971, I, pag. 55 e ss.; BARILE P., *Democrazia e segreto*, in Quad. cost., 1987, I, pag. 29 e ss.; ANZON A., *Voce Segreto d’ufficio* dir. amm. (in Enc. Giur., XXVIII, 1991; D’AURIA G., *Trasparenza e segreti nell’amministrazione italiana*, in Pol. Dir., 1990, I, pag. 93 e ss.; CARAMAZZA I.F., *Dal principio di segretezza al principio di trasparenza. Profili generali di una riforma*, in Riv. trim. dir. pubb., 1995, IV, pag. 941 e ss.

²⁹⁹ Per queste e altre norme che, specie a partire dagli anni ’80, hanno progressivamente consentito l’accesso agli atti, vedi ad esempio TOMEI R., *La nuova disciplina dell’azione amministrativa*, Padova, 2005 pag. 17 e ss.; TOLFA N., *La nuova disciplina dell’accesso ai documenti amministrativi*, <https://www.diritto.it/la-nuova-disciplina-dell-accesso-ai-documenti-amministrativi-2/>, 13 novembre 2008, pag. 2 e ss.

³⁰⁰ Vedi, ad esempio, Consiglio di Stato, IV Sezione, 12 aprile 1986 n. 325 (in Foro Amm. 1986, I, 797) e TAR Puglia, Bari, 13 dicembre 1985 n. 783 Foro Amm., 1987, I, 330, commentate da DANIF., *op. cit.*, pag. 82 e ss. La dottrina aveva del resto già configurato, nell’ordinamento vigente, la possibilità di individuare una tutela della trasparenza, ritendendo questo istituto ricostruibile da una serie di valori che l’azione della p.a. deve perseguire: “il concetto di trasparenza dell’azione più che rappresentare un istituto giuridicamente preciso, riassume un modo di essere dell’amministrazione, un obiettivo o un parametro cui commisurare lo svolgimento dell’azione delle figure soggettive pubbliche. Insomma, la trasparenza dell’azione amministrativa appare il risultato al cui raggiungimento cospirano e concorrono strumenti diversi, dalla possibilità del destinatario di assistere al compimento dell’atto e di partecipare al procedimento amministrativo, alle modalità di svolgimento della seduta dell’organo collegiale, della conoscibilità degli atti attraverso la configurazione di un diritto di accesso; né certo importanza secondaria assume la stessa motivazione del provvedimento come strumento per conoscere obiettivi e ragioni dell’agire dei soggetti pubblici ai fini vuoi della tutela degli interessati, vuoi del c.d. controllo democratico dei cittadini sull’amministrazione” (VILLATA R., *La trasparenza dell’azione amministrativa*, in Dir. Proc. amm., 1987, pag. 528).

necessitata l'evoluzione di grande rilievo³⁰¹ introdotta dalla legge n. 241 del 1990. Detto intervento normativo, infatti, oltre a disciplinare in maniera organica il procedimento amministrativo, ha regolamentato un regime di accesso agli atti volto a ribaltare il previgente rapporto tra regola ed eccezione in materia di segretezza degli atti amministrativi³⁰².

L'art. 1 prescrive, infatti, che l'azione della p.a. deve perseguire “[...] i fini determinati dalla legge” ed essere retta “[...] da criteri di economicità, di efficacia e di pubblicità”: indicando quindi parametri di carattere generale diretti a enucleare un modello di amministrazione trasparente. Da questo generale principio di pubblicità degli atti discendono, nella legge stessa, una serie di disposizioni³⁰³, quali quella che istituisce il responsabile del procedimento (art. 4)³⁰⁴, l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento (art. 9) e l'obbligo di segnalare la conclusione del procedimento stesso con un provvedimento espresso (art. 2), i diritti di intervento (art. 9) e di partecipazione procedimentale (art. 10), l'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo relativo all'esplicitazione dell'iter logico/argomentativo seguito

³⁰¹ Sui primi tentativi di introdurre norme relative alla pubblicità degli atti della p.a., si può richiamare l'art. 25 della l. 27 dicembre 1985, n. 816 (Aspettative, permessi e indennità degli amministratori locali), che prevedeva una forma di diritto di accesso affermando che “*tutti i cittadini hanno diritto di prendere visione di tutti i provvedimenti adottati dai comuni, dalle province, dai consigli circoscrizionali, dalle aziende speciali di enti territoriali, dalle unità sanitarie locali, dalle comunità montane*”, nonché l'art. 14, comma 3, della l. 8 luglio 1986, n. 349 (Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale), nella parte in cui dispone che “*qualsiasi cittadino ha diritto di accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente disponibili, in conformità delle leggi vigenti, presso gli uffici della pubblica amministrazione, e può ottenere copia previo rimborso delle spese di riproduzione e delle spese effettive di ufficio il cui importo è stabilito con atto dell'amministrazione interessata*”. Infine, a livello regionale, in molti statuti di regioni a statuto ordinario era contemplato, spesso come “mera enunciazione”, un diritto all'informazione nei confronti dell'ente regionale cui sono seguite (per alcune Regioni soltanto) leggi di dettaglio (vd., ad es., l. reg. Lazio 12 settembre 1986, n. 43; l. reg. Lombardia 10 febbraio 1986, n. 64). Per un approfondimento sul tema cfr. SELLERI B., *Il diritto all'informazione in Italia prima delle leggi n. 142/90 e n. 241/90*, in ARENA G. (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, op. cit., pag. 95 e ss.

³⁰² Per un ampio commento alla legge in questione e, specificamente, alle tematiche relative all'accesso, vedi *ex multis* CARINGELLA F., GAROFOLI R., SEMPREVIVA M. T., *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 1999.

³⁰³ Parla in proposito di una sorta di “gemmazione arborea” ARENA G., *Trasparenza amministrativa*, in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pag. 5950, il quale, nel descrivere una serie d'istituti giuridici contenuti nell'impianto della l. 241/1990 li paragona ai “[...] rami di un grande albero, rappresentato dalla trasparenza amministrativa: quanto più i rami sono fitti di foglie, tanto più sarà ricca e rigogliosa la chioma dell'albero» (citato da S. VACCARO, op. cit., nota 44).

³⁰⁴ La legge ha infatti regolamentato per la prima volta la figura del Responsabile del Procedimento o dell'Ufficio Responsabile “cui è affidata, in ragione delle specifiche competenze, la gestione del procedimento e, di conseguenza, espletata l'istruttoria, l'onere di definirlo nei termini di legge con provvedimento espresso e motivato ed assumendone così, ogni responsabilità connessa” (cfr. F. DANI, op. cit., pag. 88). L'individuazione del responsabile del procedimento costituisce un presupposto fondamentale della trasparenza amministrativa, così come la motivazione del provvedimento e la possibilità di accedere agli atti. Essa infatti responsabilizza l'ufficio amministrativo (il singolo Dirigente o i singoli Dirigenti dell'Ufficio, una volta avvenuta “l'assegnazione” del procedimento, non potrà più sottrarsi dal rigoroso rispetto delle norme procedimentali e dei termini in esse fissati. In precedenza era quasi impossibile, soprattutto nelle amministrazioni statali, conoscere quale soggetto all'interno dell'Ente fosse delegato a definire un determinato procedimento e a quale ufficio ne spettasse la gestione e la competenza, con conseguente impossibilità di controllare lo stato del procedimento e la sua correttezza (*ibidem*). Sulla rilevanza dell'individuazione del responsabile del procedimento ai fini di garantire la trasparenza e di far cessare il tradizionale anonimato dei pubblici funzionari, vedi ARENA G., *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1995.

dall'amministrazione (art. 3)³⁰⁵. Ai fini dell'accesso degli atti e, più in generale, della trasparenza dell'azione amministrativa, rimangono comunque dirimenti gli artt. 22 e ss., ai sensi dei quali:

“1. Al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo le modalità stabilite dalla presente legge.

2. E' considerato documento amministrativo ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni, formati dalle pubbliche amministrazioni o, comunque, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa.

3. Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge le amministrazioni interessate adottano le misure organizzative idonee a garantire l'applicazione della disposizione di cui al comma 1, dandone comunicazione alla Commissione di cui all'articolo 27”.

L'art. 28, che ha sostituito l'art. 15, D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, recita poi espressamente:

“1. L'impiegato deve mantenere il segreto d'ufficio. Non può trasmettere a chi non ne abbia diritto informazioni riguardanti provvedimenti od operazioni amministrative, in corso o concluse, ovvero notizie di cui sia venuto a conoscenza a causa delle sue funzioni, al di fuori delle ipotesi e delle modalità previste dalle norme sul diritto di accesso. Nell'ambito delle proprie attribuzioni, l'impiegato preposto ad un ufficio rilascia copie ed estratti di atti e documenti di ufficio nei casi non vietati dall'ordinamento”.

3.2 L'accesso ai documenti nella legge 241/90

Nella legge sul procedimento amministrativo ‘l'accesso ai documenti assolve, com'è stato scritto³⁰⁶, a varie funzioni: permette una più diffusa conoscenza dei processi decisionali, nell'ottica della partecipazione, favorisce il coinvolgimento diretto degli amministrati ed il loro controllo sul comportamento dei soggetti pubblici³⁰⁷, costituisce uno stimolo a operare nel modo

³⁰⁵ Si è così permesso al privato non solo di conoscere gli organi responsabili del procedimento e il diritto di ottenere una motivazione di fatto e di diritto delle determinazioni adottate dall'Amministrazione, ma anche la possibilità di prendere parte al procedimento stesso, instaurando una preliminare contraddittorio procedimentale con i pubblici uffici.

³⁰⁶ Cfr. MARRA A., *op. cit.*, pag. 2 e soprattutto BOMBARDELLI M., *Trasparenza amministrativa* cit., pag. 5 e ss. secondo cui: “La trasparenza assume così il carattere di presupposto necessario per l'esercizio di una partecipazione effettiva e consapevole dei cittadini alla vita dell'amministrazione”. In realtà, tale risultato può ritenersi conseguito solo con le modifiche successive e, in particolare, con l'emanazione del D.L. 2013, in quanto, sebbene l'accesso ai documenti sia certamente uno dei presupposti della partecipazione procedimentale, solo l'accesso generalizzato, non circoscritto a chi dimostri un interesse specifico all'ostensione dei dati, può consentire un efficace controllo diffuso sull'azione amministrativa. Su questo punto, vedi *ex multis* SAVINO M., *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, pag. 797 e, più di recente, SIMONATI A., *L'accesso civico come strumento di trasparenza amministrativa: luci, ombre e prospettive future (anche per gli Enti locali)*, in *Istituzioni del federalismo*, 2016, pag. 725 e ss.

³⁰⁷ Come seconda funzione, BOMBARDELLI M., *op. cit.*, cita quella “di rendere esattamente individuabili le sedi in cui effettivamente avviene l'esercizio del potere amministrativo. Ciò costituisce a sua volta il presupposto per raggiungere diversi obiettivi ulteriori. Il primo è quello di attuare il principio di responsabilità dell'amministrazione e quello di lealtà dei dipendenti pubblici, [...] Inoltre, la visibilità dei centri di decisione è una condizione necessaria per migliorare il coordinamento tra i diversi soggetti, e talora tra i diversi livelli di governo, che intervengono nei

migliore al servizio della comunità di riferimento, migliorando così, a un tempo, l'efficacia e l'imparzialità dell'azione amministrativa e limitando i casi di contenzioso, “perché la conoscenza dei documenti può persuadere della legittimità delle determinazioni assunte dalla p.a. o, comunque, dell'inopportunità dell'impugnazione, tenuto conto che l'interessato potrà far valere in sede amministrativa eventuali rimozioni”³⁰⁸.

Benché la legge in esame abbia costituito, come si è visto, un rilevante progresso rispetto alla normativa italiana sino ad allora vigente in materia, essa presentava comunque talune criticità, soprattutto nell'ottica prospettica di far ulteriormente progredire la disciplina della trasparenza amministrativa in Italia. A tali carenze è stato posto rimedio, in un primo momento, apportando modifiche al testo originario della l. 241/90 e, successivamente, tramite l'emanazione del D. Lgs. 33/2013.

Una delle principali criticità rilevate nell'originaria disciplina dell'accesso consisteva nell'aver circoscritto il diritto di ostensione ai soli “documenti amministrativi” negando, conseguentemente, un più ampio diritto d'accesso che avesse a oggetto i dati e le informazioni in generale detenute dai pubblici uffici. L'art. 22, par. 2, detta infatti una nozione di documento amministrativo che, per quanto ampia, esclude certamente una larga parte del patrimonio conoscitivo dell'amministrazione. Tale limite oggettivo dell'accesso, rimasto inalterato con l'intervento legislativo del 2005³⁰⁹, emerge chiaramente ove si confronti il dettato dell'art. 26 della l. 241/90 (s.m.i.) con il regime previsto in materia di accesso alle informazioni ambientali³¹⁰ da parte dei cittadini sancito dall'art. 5 D.Lgs. 19 agosto 2005, n.195³¹¹.

La scelta normativa compiuta dal legislatore del 1990 va tuttavia inserita in una specifica concezione storica dell'istituto dell'accesso ai documenti. La legge n. 241, infatti, non intendeva assicurare un diritto di accesso tendenzialmente illimitato sul piano oggettivo e soggettivo a chiunque formulasse un'istanza nella sua veste di cittadino. La tutela dell'interesse conoscitivo risultava, piuttosto, subordinata alla dimostrazione di un interesse qualificato (“diretto, concreto

processi decisionali. Ancora, essa è il presupposto indispensabile per rendere comprensibili le modalità con cui l'amministrazione si apre all'intervento dei privati e ad evidenziare, quindi, quali sono gli interessi che concretamente sono in grado di esercitare un condizionamento su di essa. Per questa via, la trasparenza diventa anche il presupposto per attuare i principi di imparzialità e di eguaglianza, perché la visibilità delle sedi di decisione e dei soggetti che in esse operano mette i cittadini nelle condizioni di confrontare il trattamento ricevuto dall'amministrazione con quello assicurato ad altri che si trovino nella stessa condizione e di verificare inoltre l'eventuale insorgenza di conflitti di interesse in capo a chi interviene attivamente nei processi decisionali”.

³⁰⁸ Vedi nota precedente.

³⁰⁹ Anche la legge del 2005, infatti, mantiene lo stesso limite oggettivo in materia di accesso, limitandone l'operatività ai documenti in senso proprio (cfr. art. 22, lett. b), l. 241/90 s.m.i.).

³¹⁰ Per quanto riguarda, più in generale, le peculiarità del diritto amministrativo processuale in materia ambientale, si veda GIGLIONI F., *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pag. 413 e ss.

³¹¹ Al riguardo, vedi BINDA M., *Accesso civico e accesso disciplinato dalla legge n. 241 del 1990*, in *Temi Romana*, 2014, pag. 477 e ss.

e attuale”) all’ostensione dei documenti richiesti. In tal senso, la normativa italiana è rimasta a lungo meno garantista rispetto alle soluzioni amministrative e legislative adottate negli Stati Uniti e in Francia³¹² e a quelle da tempo in corso di elaborazione nell’ambito della Comunità europea. Inoltre, la l. 241/90 ha sostanzialmente disatteso le indicazioni provenienti in materia dal Consiglio d’Europa che, sebbene tramite atti non vincolanti, ha tentato di stimolare l’adozione di forme di accesso a legittimazione diffusa da parte degli Stati membri³¹³.

Si può inoltre rilevare un’apparente incongruenza tra quanto affermato nell’art. 1, ai sensi del quale l’azione amministrativa deve essere improntata, tra l’altro, a criteri di pubblicità³¹⁴, e, invece, gli articoli 22 e ss. della medesima legge, che delimitano in modo significativo il diritto di accesso agli atti dei privati. Al riguardo, va precisato che le due nozioni, di accesso ai documenti amministrativi e di pubblicità degli atti, non sono facilmente sovrapponibili, in quanto la prima si riferisce ad una azione con cui il cittadino (diversamente legittimato a seconda degli ordinamenti) si fa appunto “parte attiva”, assumendo le iniziative necessarie per ottenere un’informazione³¹⁵; la seconda scaturisce, invece, da un’iniziativa dell’amministrazione stessa che procede alla volontaria ostensione dei dati attinenti al proprio operato diffondendoli presso il pubblico, così da agevolare un controllo di carattere diffuso sulla propria azione e da favorire, conseguentemente, una corretta espressione del principio di democraticità. Un’implementazione del regime di pubblicità consente dunque di supplire alle esigenze di accesso agli atti, sino a renderle, in prospettiva, sempre meno utili. Dall’art. 26 della l. 241/90 emerge, peraltro, una notevole limitazione degli atti oggetto di pubblicità “spontanea”³¹⁶ (non indotta da richieste di

³¹² Basta rammentare che il *Freedom of Information Act* Americano è del 1967, mentre la legge francese n. 753 è stata emanata nel 1978. Per un approfondimento della disciplina transalpina, si veda TRAVI A., *L’accesso ai documenti amministrativi in Francia*, in *Amministrare*, 1986, I, pag. 135 e ss.

³¹³ Vedi la *Dichiarazione sul diritto di accesso all’informazione*, allegata al Trattato sull’Unione Europea, in *G.U.C.E.* n. C191 del 29 luglio 1992. Anche il Consiglio d’Europa si era espresso nel senso di raccomandare l’accesso ai documenti a ogni persona nella *Raccomandazione* del Comitato dei Ministri n. 81/89 del 25 novembre 1981.

³¹⁴ L’articolo 1 della legge fa riferimento solo alla pubblicità degli atti, mentre il riferimento al concetto (più pregnante) di trasparenza è stato inserito solo con la legge del 2005.

³¹⁵ L’obbligo per le amministrazioni di pubblicare i dati in proprio possesso e le proprie attività garantisce, se generalizzato e correttamente rispettato, la conoscibilità diffusa dell’azione amministrativa. L’accesso individuale, invece, mantiene sempre una dimensione “privata”, anche in assenza di specifici limiti legislativi in termini di legittimazione attiva. Detto aspetto emerge ancor più chiaramente se si considera che, come è stato osservato, l’accesso non comporta di per sé la diffusione pubblica delle informazioni poiché il cittadino può decidere di tenere per sé le informazioni cui accede (vedi CIPOLLA C., *op. cit.*, pag. 18 e ss.).

³¹⁶ Ai sensi dell’art. 26 citato, infatti, “[...] sono pubblicati, secondo le modalità previste dai singoli ordinamenti, le direttive, i programmi, le istruzioni, le circolari e ogni atto che dispone in generale sulla organizzazione, sulle funzioni, sugli obiettivi, sui procedimenti di una pubblica amministrazione ovvero nel quale si determina l’interpretazione di norme giuridiche o si dettano disposizioni per l’applicazione di esse.

2. Sono altresì pubblicate, nelle forme predette, le relazioni annuali della Commissione di cui all’articolo 27 e, in generale, è data la massima pubblicità a tutte le disposizioni attuative della presente legge e a tutte le iniziative dirette a precisare ed a rendere effettivo il diritto di accesso.

3. Con la pubblicazione di cui al comma 1, ove essa sia integrale, la libertà di accesso ai documenti indicati nel predetto comma 1 s’intende realizzata”.

privati), che riguardano soprattutto l'organizzazione generale e l'impostazione dell'azione della p.a., ma non i suoi singoli documenti. Può apparire quindi opinabile la statuizione di fonte legislativa secondo cui l'azione amministrativa è improntata al criterio della pubblicità, posto che questa non è pienamente assicurata in forma spontanea dai pubblici uffici, né, tantomeno, può essere conseguita tramite istanze individuali se non nel rispetto degli stringenti limiti oggettivi e soggettivi imposti dalla legge stessa. Nel solco di quest'ambiguità di fondo del tessuto normativo, si colloca anche il dettato del comma 3, a termine del quale, con la pubblicazione integrale dei documenti la libertà di accesso deve intendersi sostanzialmente realizzata.

Lo scopo di garantire l'effettiva pubblicità dell'azione amministrativa risulta, quindi, fortemente condizionato dalla legge stessa, che, da una parte, limita il contenuto dell'obbligo di pubblicazione ai soli documenti organizzativi, e, dall'altra, circoscrive in misura rilevante il diritto d'accesso esercitato singolarmente dai privati per ottenere l'ostensione di documenti più specifici.

Come accennato, infatti, il diritto di accesso c.d. "documentale" è riconosciuto solo a chi vi abbia interesse e si connette alla "tutela di situazioni giuridicamente rilevanti". Vi è quindi una significativa restrizione dell'ambito di applicazione dell'istituto (in termini di legittimazione soggettiva) rispetto alla versione originariamente propostane dalla commissione Nigro³¹⁷: in particolare, la legge prevede solo il diritto di "accesso conoscitivo o extraprocedimentale"³¹⁸. Qui si fa evidentemente questione dell'accesso in senso proprio, disciplinato nella legge al Titolo V: infatti l'accesso è definito all'art. 22, lett. a) come "il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi"³¹⁹. Diverso, evidentemente, è quel diritto alla "conoscenza" del complesso dei dati relativi al procedimento, che risulta strettamente funzionale

³¹⁷ Nel 1985 fu nominata la Commissione presieduta da M. Nigro, che presentò uno schema di disegno di legge, poi ridimensionato sulla base del parere del Consiglio di Stato (vedi parere dell'Adunanza generale del 19 febbraio 1987) e soprattutto dall'intervento degli uffici della Presidenza del Consiglio dei Ministri. In realtà, neanche lo schema di disegno di legge presentato dalla Commissione Nigro prevedeva un accesso "incondizionato"; l'art. 24 prescriveva, nel 2° comma, che la richiesta di accesso ai documenti, pur essendo proponibile da "chiunque", dovesse comunque essere «motivata» (e, perciò, accompagnata da indicazioni valide ed apprezzabili ragioni). Come specificato dal Consiglio di Stato, "Il detto onere, gravante sul privato, è rivolto, infatti, ad ottenere che delle facoltà di accesso non si faccia un uso distorto (ad esempio acquisendosi elementi da utilizzare al fine di nuocere a terzi, ecc.). Sulla scelta operata dal legislatore italiano di abbandonare i criteri originariamente proposti dalla Commissione Nigro, si veda, ex multis, VACCARI S., *op. cit.*, che conclude sul punto osservando che "Nei fatti, tuttavia, tale innesto normativo comportò uno sviamento del nuovo diritto di accesso, dal senso più conforme ad un'autentica visione di trasparenza dei rapporti amministrazione/amministrati funzionale ai citati obiettivi di controllo democratico diffuso sull'esercizio del potere, a strumento di tutela individuale di posizioni giuridiche soggettive proprie del singolo".

³¹⁸ In questo senso, vedi TOLFA N., *op. cit.*, pag. 14, nonché GIURDANELLA C. e PUZZO C., *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2010, pag. 11 e ss., secondo cui tale definizione discende dal fatto che questo diritto viene in essere a procedimento concluso e mira a soddisfare un'esigenza conoscitiva di atti già determinati.

³¹⁹ Sarebbero configurabili, ai sensi della legge 241/90, due diversi tipi di accesso: distinti a seconda che i documenti di cui si richiede la visione o la copia siano già pubblicati in modo integrale (art. 26), oppure siano semplicemente depositati presso le singole amministrazioni che li hanno formati o li detengono in forma stabile (art. 22 ss.). Quest'ultima modalità è più complessa, non costituisce mai un fenomeno puntuale, ma si presenta nelle forme di un vero e proprio procedimento amministrativo." (cfr. BOMBARDELLI M., *op. cit.*, par. 4).

a una costante interazione tra amministrazione e amministrati e all'instaurazione tra di essi di un rapporto fiduciario e collaborativo. Senonché, quest'ultimo risultato non rientrava tra gli effetti direttamente prodotti dall'introduzione del diritto di accesso documentale nel nostro ordinamento. Benché l'intervento legislativo del 1990 abbia costituito un indubbio progresso rispetto alla situazione precedente, infatti, esso non militava a favore di quella generale trasparenza nell'azione della Pubblica Amministrazione, talvolta menzionata in dottrina e giurisprudenza, attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 97 della Costituzione.

I titolari del diritto di accesso "documentale" vengono definiti dalla legge come quanti "vi abbiano interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti". Pertanto, i privati non possono avanzare indiscriminatamente pretese di accesso ad atti amministrativi: sono legittimati a farlo solo i portatori di un interesse "serio", che superi i margini della mera curiosità, e che si differenzi dall'interesse generale di ciascun cittadino al buon andamento della pubblica amministrazione. L'interesse sotteso alla richiesta d'accesso deve inoltre risultare "giuridicamente tutelato". Tuttavia, detto presupposto non si traduce nella necessità che l'atto oggetto dell'istanza di ostensione leda direttamente un diritto soggettivo o un interesse legittimo dell'istante, né, tantomeno, nella necessaria fondatezza di tale pretesa del privato³²⁰.

Un ulteriore profilo che merita di essere analiticamente esaminato è quello della legittimazione passiva delle istanze di accesso documentale. L'art. 22 della l. 241/90 prevede infatti che il diritto di accesso può essere esercitato nei confronti delle amministrazioni dello Stato, ivi comprese le aziende autonome, gli enti pubblici ed i concessionari di pubblici servizi. A quest'ultime può essere richiesto, con atto motivato ai sensi dell'art. 25 della legge sul procedimento amministrativo, di consentire l'accesso "mediante esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi"³²¹. Al riguardo, si può configurare l'apertura di un vero e proprio procedimento, nell'ambito del quale le pubbliche amministrazioni sono tenute a motivare

³²⁰ Vedi, al riguardo, la sentenza del Consiglio di Stato sezione V, del 10 Gennaio 2007, n. 55: "La giurisprudenza amministrativa ha costantemente affermato che ai fini della sussistenza del presupposto legittimante per l'esercizio del diritto di accesso deve esistere un interesse giuridicamente rilevante del soggetto che richiede l'accesso, non necessariamente consistente in un interesse legittimo o in un diritto soggettivo, ma comunque giuridicamente tutelato, non potendo identificarsi con il generico ed indistinto interesse di ogni cittadino al buon andamento della attività amministrativa, ed un rapporto di strumentalità tra tale interesse e la documentazione di cui si chiede l'ostensione. Tale nesso di strumentalità deve, peraltro, essere inteso in senso ampio, posto che la documentazione richiesta deve essere, genericamente, mezzo utile per la difesa dell'interesse giuridicamente rilevante, e non strumento di prova diretta della lesione di tale interesse (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7 settembre 2004, n. 5873; Sez. VI, 22 ottobre 2002, n. 5814). In sostanza, l'interesse all'accesso ai documenti va valutato in astratto, senza che possa essere operata, con riferimento al caso specifico, alcun apprezzamento in ordine alla fondatezza o ammissibilità della domanda giudiziale che gli interessati potrebbero eventualmente proporre sulla base dei documenti acquisiti mediante l'accesso (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 26 aprile 2005, n. 1896; Sez. IV, 19 marzo 2001, n. 1621) e quindi la legittimazione all'accesso non può essere valutata alla stessa stregua di una legittimazione alla pretesa sostanziale sottostante".

³²¹ Art. 25, par. 2: "La richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata. Essa deve essere rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente".

adeguatamente l'eventuale rifiuto o il differimento dell'accesso. Tali determinazioni devono essere assunte entro il termine di trenta giorni e sono suscettibili di impugnazione mediante ricorso giurisdizionale entro il termine decadenziale di trenta giorni³²². La facoltà di proporre ricorso agli organi di giustizia amministrativa non è peraltro dirimente al fine di qualificare il diritto d'accesso come interesse legittimo pretensivo invece che come diritto soggettivo in senso proprio, poiché le relative controversie sono devolute dal legislatore alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In un primo momento, la giurisprudenza amministrativa ha sostenuto la qualificazione di tale situazione giuridica soggettiva di vantaggio come interesse legittimo pretensivo, benché il dato normativo facesse espressamente riferimento a un "diritto" ad accedere agli atti³²³. Come già chiarito, peraltro, le conseguenze di tale qualificazione non si manifestavano tanto in punto di radicamento della giurisdizione, quanto, piuttosto, sul diverso piano della portata preclusiva del giudicato sfavorevole al ricorrente³²⁴.

Peraltro, alcune sentenze dei giudici amministrativi hanno successivamente sostenuto l'opposta tesi della qualificazione del diritto di accesso come diritto soggettivo in senso proprio³²⁵ e detta tesi è stata infine condivisa anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³²⁶.

³²² Cfr. l'attuale art. 116 c.p.a. che definisce le peculiari caratteristiche del rito speciale dell'accesso rispetto all'ordinario giudizio amministrativo.

³²³ Vedi Consiglio di Stato - Adunanza Plenaria, 24 giugno 1999, n. 16 e Sez. V, 2 dicembre 1998 n. 1725.

³²⁴ Sul punto, si veda RENDA F., Il diritto di accesso ex artt. 22 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241: legittimazione all'ostensione, natura giuridica dell'accesso e poteri del giudice amministrativo, in *Foro Amministrativo* (II), fasc.6, 2017, pag. 1386. Secondo l'Autore, infatti, *"deve ritenersi riproponibile un'istanza ostensiva da parte del soggetto che non ha impugnato, nel termine decadenziale sancito dall'art. 25 della l. n. 241/1990, il diniego opposto dall'amministrazione a fronte di una precedente identica richiesta"*. Con riferimento alle conseguenze derivanti dall'eventuale ulteriore diniego opposto dall'amministrazione alla nuova istanza di accesso, *ibidem*, *"l'ulteriore diniego può infatti fondarsi su una nuova valutazione espressa o tacita (in tal caso si parla di « atto confermativo di diniego ») degli elementi di fatto e di diritto già sottesi alla prima istanza; ma lo stesso può altresì costituire un atto esplicitamente confermativo del primo, senza che vengano effettuate nuove e ulteriori valutazioni da parte della P.A. (in tale ipotesi si è in presenza di un « atto meramente confermativo di diniego »). Orbene, nel primo caso, l'atto confermativo di diniego si sostituisce integralmente al primo ed è autonomamente impugnabile. Nel secondo caso, adottando l'amministrazione un atto meramente confermativo del primo, il privato si trova impossibilitato a poter esercitare il proprio diritto in ragione del fatto che l'originario rifiuto si trova a essere consolidato, risultando conseguentemente il ricorso avverso l'ulteriore diniego inammissibile (perché proposto avverso un atto privo di reale e autonoma capacità lesiva)"*.

Ebbene, in una siffatta ipotesi, l'unica possibilità che rimane al soggetto istante è quella di esperire un'azione volta a conseguire la condanna all'esibizione della documentazione richiesta, richiedendo al giudice di disapplicare il provvedimento originario di rifiuto non impugnato".

³²⁵ Vedi, ad esempio, le sentenze del Consiglio di Stato, sez. VI, 27 maggio 2003, n. 2938, e del 3 gennaio 2004, n. 14. Nella prima, il giudice amministrativo ha affermato che la giurisprudenza più recente (Sez. VI, 19 settembre 2000 n. 4880; Sez. IV, 27 agosto 1998 n. 1137 e 11 giugno 1997 n. 643; TAR Marche, 20 novembre 1997 n. 1181), *"ritiene [...]"* che il diritto d'accesso abbia natura sostanziale di un vero e proprio diritto soggettivo. Al secondo orientamento implicitamente aderisce la giurisprudenza, oggi pacifica (Sez. IV, 2 luglio 2002 n. 3620 e 16 aprile 1998 n. 641), secondo cui la sopravvenuta inoppugnabilità del diniego d'accesso o del silenzio sulla domanda d'accesso non preclude la facoltà di presentare di nuovo la domanda stessa; e in tal modo riconosce che la posizione soggettiva dell'interessato all'accesso può essere fatta valere senza il limite del termine di decadenza proprio dell'interesse legittimo".

³²⁶ Vedi Consiglio di Stato, Adunanza generale del 18/04/2006, decisione n. 6:

"La tesi del diritto soggettivo risulta corroborata - come sottolineato anche in dottrina - dall'inclusione del diritto di accesso nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici ai sensi dell'articolo 117 della

Con specifico riferimento alla perimetrazione della legittimazione attiva e passiva del diritto di accesso, la successiva legge n. 15 del 2005 ha costituito l'occasione di un importante intervento chiarificatore. Si è trattato, per lo più, del recepimento a livello legislativo di orientamenti giurisprudenziali consolidati, che avevano già prospettato, ad esempio, la legittimazione all'accesso dei portatori di interessi diffusi³²⁷. Detta innovativa soluzione, introdotta a livello pretorio mediante un'interpretazione estensiva delle disposizioni allora vigenti, era stata sin dalle origini oggetto di un prudente temperamento tramite il richiamo alla regola generale, secondo cui il diritto di accesso non può essere diretto a realizzare un controllo generalizzato sull'attività amministrativa, bensì presuppone comunque la dimostrazione di un interesse diretto, concreto e attuale³²⁸.

La legge 241/90 configura, inoltre, degli elementi ostativi all'accesso, connessi agli interessi qualificati tutelati dal legislatore: l'art. 24 elenca a) la sicurezza, la difesa nazionale e le relazioni internazionali; b) la politica monetaria e valutaria; c) l'ordine pubblico e la prevenzione e repressione della criminalità, nonché, in via più generale, la tutela della riservatezza (di terzi, persone, gruppi ed imprese)³²⁹. Mentre il limite all'accesso appare di carattere assoluto per i primi

Costituzione (articolo 22, comma 2, legge 241, come modificato dalla legge 15/2005) e dalla riconduzione del giudizio in tema di accesso alla giurisdizione esclusiva di questo giudice (articolo 25, comma 5, della legge 241, come modificato dalla legge 80/2005).

Non sembra peraltro, che nella specie, rivesta utilità ai fini dell'identificazione della disciplina applicabile al giudizio avverso le determinazioni concernenti l'accesso, prendere posizione in ordine alla natura della posizione soggettiva coinvolta.

L'accesso è collegato a una riforma di fondo dell'amministrazione, informata ai principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, che si inserisce a livello comunitario nel più generale diritto all'informazione dei cittadini rispetto all'organizzazione e alla attività amministrativa. Ed è evidente in tale contesto, che si creino ambiti soggettivi normativamente riconosciuti di interessi giuridicamente rilevanti, anche in contrapposizione tra di loro: interesse all'accesso; interesse alla riservatezza di terzi; tutela del segreto. Trattasi, a ben vedere, di situazioni soggettive che, più che fornire utilità finali (caratteristica da riconoscere, oramai, non solo ai diritti soggettivi ma anche agli interessi legittimi), risultano caratterizzate per il fatto di offrire al titolare dell'interesse poteri di natura procedimentale volti in senso strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante (diritti o interessi). Il carattere essenzialmente strumentale di tali posizioni si riflette inevitabilmente sulla relativa azione, con la quale la tutela della posizione soggettiva è assicurata. In altre parole, la natura strumentale della posizione soggettiva riconosciuta e tutelata dall'ordinamento caratterizza marcatamente la strumentalità dell'azione correlata e concentra l'attenzione del legislatore, e quindi dell'interprete, sul regime giuridico concretamente riferibile all'azione, al fine di assicurare, al tempo stesso, la tutela dell'interesse ma anche la certezza dei rapporti amministrativi e delle posizioni giuridiche di terzi controinteressati".

³²⁷ Consiglio di Stato – Sezione VI, 16 dicembre 1998, n. 1683 e *id.*, Sezione IV, 14 gennaio 1999.

³²⁸ Vedi ad esempio *Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 1.3.2000, n. 1122*, in cui si afferma che “il diritto di accesso ai documenti della p.a. non può essere trasformato in uno strumento di «ispezione popolare» sull'efficienza di un servizio pubblico”.

³²⁹ La tutela della *privacy* coinvolge non solo i dati personali, ma anche la c.d. “*privacy* economica”, quali segreti industriali etc. Appare invero preferibile la sistematica adottata dal regolamento CE 1049/2001, che distingue, all'art. 4, tra i documenti per i quali l'istanza d'accesso deve essere sempre rigettata ogniqualvolta possa pregiudicare interessi pubblici o la *privacy* personale e i documenti ai quali l'accesso deve essere negato ove possa pregiudicare “gli interessi commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresa la proprietà intellettuale, - le procedure giurisdizionali e la consulenza legale, - gli obiettivi delle attività ispettive, di indagine e di revisione contabile, a meno che non vi sia un interesse pubblico prevalente alla loro divulgazione”. In questo modo, la *privacy* personale

valori indicati dal legislatore, la tutela della *privacy* sembra invece dipendere da una prudente ponderazione comparativa tra interessi contrapposti, giacché essa va temperata con l'interesse dei richiedenti alla "visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici"³³⁰. Il contenzioso presente "*in nuce*" in tale delicata materia si è successivamente acuito con l'entrata in vigore, a partire dal 1996, della disciplina della *privacy*³³¹.

Infine, l'art. 27 ha previsto l'istituzione presso la Presidenza del Consiglio dei ministri di una Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, incaricata di vigilare "*affinché venga attuato il principio di piena conoscibilità dell'attività della pubblica amministrazione con il rispetto dei limiti fissati dalla presente legge*", nonché, di redigere una relazione annuale sulla trasparenza nell'attività amministrativa e di proporre al Governo eventuali modifiche dei testi legislativi e regolamentari, che siano utili a realizzare la più ampia garanzia del diritto di accesso di cui all'articolo 22. Tutte le amministrazioni sono tenute a comunicare alla Commissione, nel termine assegnato dalla medesima, le informazioni ed i documenti da essa richiesti, ad eccezione di quelli coperti da segreto di Stato.

In conclusione, si deve evidenziare come la dialettica tensione tra i rigidi limiti imposti dal legislatore all'operatività di tale istituto e l'affermarsi di una graduale apertura verso forme più progredite di trasparenza amministrativa abbia favorito il succedersi di vari interventi normativi³³² e giurisprudenziali non sempre coerenti tra di loro³³³. Come si vedrà, il carattere trasversale del diritto d'accesso ha poi esteso le relative problematiche all'attività privatistica, oltre che provvedimentale, delle pubbliche amministrazioni e ha fatto emergere in modo evidente le difficoltà di trovare uno stabile punto d'equilibrio tra garanzie di controllo dei pubblici poteri e rispetto della riservatezza individuale.

acquista una maggiore valenza, marcatamente autonoma rispetto alla salvaguardia di interessi economici, che risponde a una *ratio* diversa".

³³⁰ L'art. 24 della l. 241/90 prevede l'emanazione di atti normativi secondari per la concreta regolamentazione del regime delle esclusioni. Si rileva, al riguardo, che il legislatore del 2016 ha fatto ricorso alla diversa tecnica normativa rappresentata dal rinvio alle *Guide Lines* e, più in generale, al c.d. "*soft law*" per assicurare la concretizzazione del regime di eccezioni relative all'accesso civico generalizzato poiché ha maturato una tendenziale sfiducia nei confronti degli atti regolamentari demandati a ciascuna amministrazione, considerandoli come una pericolosa fonte di frammentazione e difformità del neo-introdotta regime di trasparenza diffuso a livello sia normativo che di prassi amministrativa.

³³¹ Il riferimento è alla legge 31 dicembre 1996 n. 675, successivamente modificata e integrata dal Dec. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196. Detto intervento normativo ha consentito il recepimento in Italia della Convenzione Europea di Strasburgo n. 108/1981 e della Direttiva Comunitaria 95/46/CE sulla *privacy*, introducendo nel nostro ordinamento un'articolata regolamentazione della gestione dei dati personali e sensibili e della loro utilizzazione non abusiva.

³³² Vedi SANDULLI A., *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2007, pag. 669 e ss.

³³³ Per una disamina delle delicate questioni interpretative connesse ai poteri procedurali legati al diritto d'accesso, vedi GIOVAGNOLI R. e FRATINI M., *Il diritto di accesso, Percorsi Giurisprudenziali*, Giuffrè Editore, Milano, 2008.

3.3 Il diritto vivente in materia di accesso documentale e gli insoddisfacenti tentativi di riforma dell'istituto.

Come si è visto, la legge n. 241/1990 non aveva garantito un accesso generalizzato, né, tantomeno, un generale obbligo di trasparenza in capo alle pubbliche amministrazioni, bensì soltanto un diritto all'ostensione della documentazione richiesta in favore dei titolari di una pretesa giuridica autonoma che risultasse connessa, in modo più o meno intenso, al dato informativo³³⁴. Sembrava quindi ragionevole prevedere che il primo intervento legislativo di riforma della disciplina dell'accesso avrebbe avuto ampia portata recependo, da una parte, le critiche formulate della dottrina e gli impulsi provenienti da varie organizzazioni internazionali (che, come si è visto, per ipotesi circoscritte avevano anche imposto soluzioni normative *ad hoc*), e sfruttando, dall'altra, i progressi tecnologici³³⁵ sviluppatisi *medio tempore*, capaci di ridurre i costi connessi all'accesso ai documenti amministrativi e di semplificare l'eventuale diffusione preventiva delle informazioni rilevanti.

Tuttavia, il legislatore del 2005³³⁶ non sembra aver soddisfatto pienamente le alte aspettative riposte nel suo intervento e risulta aver anzi ulteriormente aggravato le condizioni di accesso agli atti rispetto alla disciplina previgente.

Tuttavia, si è registrato negli stessi anni un progresso significativo in relazione al diverso profilo della pubblicità degli atti amministrativi. Si è infatti accennato al fatto che un peculiare obbligo di pubblicazione fosse previsto già dall'art. 26 della legge 241/1990, ma che il suo contenuto risultasse, invero, molto circoscritto. La materia della pubblicazione delle informazioni detenute dai pubblici uffici è stata interessata da una svolta "epocale" con l'emanazione, nel 2005, del c.d. "Codice dell'amministrazione digitale"³³⁷. L'articolo 2 di tale atto normativo prevede che: "Lo Stato, le Regioni e le autonomie locali assicurano la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione e la fruibilità dell'informazione in modalità digitale e si organizzano ed agiscono a tale fine utilizzando con le modalità più appropriate le tecnologie

³³⁴ "Di conseguenza il principio generale di trasparenza dell'azione amministrativa, sebbene riconosciuto espressamente dalla legge sul procedimento¹¹, viene di fatto circoscritto in maniera tale da non rendere possibile quel controllo generalizzato sull'azione dei pubblici poteri, che pure il principio di trasparenza dovrebbe consentire" (cfr. F. DONATI *L'accesso ai documenti nel diritto dell'Unione europea*, in www.astrid-online.it/static/.../Donati---Accesso-nell-Unione-_finale_10_12_10, pag. 3).

³³⁵ Per un'analisi dei possibili sviluppi futuri, si rinvia a FALCONE M., *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.3, 1 settembre 2017, pag. 601 e ss.

³³⁶ Vedi la legge 11 febbraio 2005, n. 11 ("Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241/1990, concernenti norme generali sull'azione amministrativa"), in G.U. numero 42 del 21 febbraio 2005.

³³⁷ Decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, *Codice dell'amministrazione digitale* (G.U.16 maggio 2005, n. 112 - S. O. n. 93).

dell'informazione e della comunicazione". A tale intervento normativo hanno fatto poi seguito la legge n. 15/2009³³⁸, che ha sostanzialmente imposto la pubblicazione di specifici atti delle pp.aa., e, in seguito il Dec. Lgs. N. 33/2013 (art. 13 ss.)³³⁹. L'incremento della c.d. "trasparenza interna" perseguito dal legislatore del 2009 mirava essenzialmente ad assicurare un maggior controllo sull'operato dei dipendenti pubblici da parte, in primo luogo, dei dirigenti loro preposti. Gli interventi normativi successivi hanno invece posto maggiormente l'accento sulla trasparenza esterna, coinvolgendo indirettamente i consociati nella diffusione delle informazioni e nel controllo delle attività amministrative per prevenire utilizzi inefficienti delle risorse ed eventuali fenomeni corruttivi. Lo sviluppo degli obblighi di pubblicazione reca dunque effetti positivi per i consociati, benché, come è stato fatto notare³⁴⁰, la pubblicazione dei dati non sia di per sé

³³⁸ Vedi la Legge n. 15 del 4 marzo 2009, contenente *Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei conti*. La legge 15/2009 è attuata per la parte che qui interessa, dal decreto legislativo n. 150/2009 (in G.U. n°254 del 31 ottobre 2009) il cui all'art. 11, che fa riferimento all'obbligo di trasparenza della PA, recita:

"1. La trasparenza è intesa come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, 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.

2. Ogni amministrazione, sentite le associazioni rappresentate nel Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, adotta un Programma triennale per la trasparenza e l'integrità, da aggiornare annualmente, che indica le iniziative previste per garantire:

a) un adeguato livello di trasparenza, anche sulla base delle linee guida elaborate dalla Commissione di cui all'articolo 13;

b) la legalità e lo sviluppo della cultura dell'integrità.

3. Le amministrazioni pubbliche garantiscono la massima trasparenza in ogni fase del ciclo di gestione della performance".

³³⁹ Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, in G.U. n. 80 del 05-04-2013. Per BOMBARDELLI M., *op. cit.*: "Le disposizioni di tale decreto sembrano addirittura far coincidere la trasparenza amministrativa con l'accessibilità totale, mediante pubblicazione sui siti istituzionali delle p.a., dei dati, delle informazioni e dei documenti soggetti ad obbligo di pubblicazione. [...] In particolare, il dec. lgs. n. 33/2013 opera una catalogazione delle informazioni che devono essere pubblicate, che possono essere ordinate in relazione alle diverse finalità proprie del principio di trasparenza. Nello specifico, è possibile tracciare una precisa distinzione tra, da un lato, le informazioni accessibili a fini di controllo, di valutazione del personale e di prevenzione della corruzione nell'amministrazione e, dall'altro, quelle accessibili a fini di partecipazione e di miglioramento dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa (per una rassegna più dettagliata v. BOMBARDELLI M., *La trasparenza e gli obblighi di pubblicazione*, in GAROFOLI R.-TREU T., a cura di, *Il libro dell'anno del diritto* 2014, Roma, 2014, pag. 206 e ss.)".

³⁴⁰ Vedi le considerazioni di CIPOLLA C., *op. cit.*, pag. 19 e ss. e la dottrina ivi citata alla nota 17 di pag. 37 (Sul punto, MARRAMA R., *La pubblica amministrazione*, *op. cit.*, pag. 416 e ss.; ABBAMONTE G., *La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza*. Introduzione al tema, Atti del XXXV Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 21-23 settembre 1989, Milano, 1991, pag. 13 e ss.; ARENA G., *Trasparenza amministrativa*, in Diz. Dir. Pubbl., (a cura di) CASSESE S., 2006, pag. 5945 e ss.; MERLONI F., *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in *La trasparenza amministrativa*, (a cura di) MERLONI F.-ARENA G.- CORSO G.- GARDINI G.- MARZUOLI C., Milano, 2008, pag. 9 e ss.; SPASIANO M. R., *Qualità e strumentalità del diritto di informazione*, in *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto di informazione*, (a cura di) MANGANARO F. - ROMANO TASSONE A., Torino, 2005, pag. 129 e ss.), in cui si afferma che "la trasparenza, che richiede la conoscenza e la comprensione dell'agire amministrativo, non si risolve affatto nella pubblicità, benché

garanzia di trasparenza, dal momento che essa risulta comunque compromessa ove manchi una sufficiente chiarezza e comprensibilità degli atti pubblicati.

Tornando alle modifiche apportate dalla legge n. 15/2005 alla legge n. 241/90, va anzitutto ribadita la rilevanza, quantomeno a livello programmatico, del nuovo testo dell'art. 1, par. 1, nel quale è stato aggiunto un espresso riferimento, nell'ambito dei criteri ispiratori dell'azione amministrativa, ai principi della trasparenza e ai "principi dell'ordinamento comunitario".

Da un lato, il richiamo espresso al criterio della trasparenza sembrava recepire finalmente le istanze, non più differibili, di un ancoraggio normativo interno rispetto a un principio cui sia la dottrina che, progressivamente, la giurisprudenza facevano oramai frequente riferimento, esaltandone la centralità nell'ambito di un sistema democratico. Dall'altro, il richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario che, come si è visto, individuano nella trasparenza il presupposto della legittimità dell'operato dell'Unione, sia sotto il profilo normativo che amministrativo, ha costituito un utile canone ermeneutico, oltre che un'implicita autorizzazione, sulla base del "principio di inquadramento", a eventuali integrazioni qualora il giudice nazionale rilevasse eventuali vuoti di disciplina nel tessuto normativo interno. Benché, storicamente, queste potenzialità non siano state pienamente sfruttate a livello di contenzioso giurisdizionale, l'astratta possibilità di accoglimento di richieste di accesso in assenza dei requisiti di legittimazione attiva definiti dalla legge italiana (nelle materie disciplinate, almeno in parte, dal diritto dell'Unione³⁴¹) è rimasta un costante monito rivolto sia al legislatore che agli operatori del diritto.

Il legislatore ha quindi modificato in modo significativo il Capo V della l. 241/90, relativo all'accesso documentale, pur mantenendone fondamentalmente le originarie linee generali. Gli interventi di modifica della legge fondamentale sul procedimento amministrativo hanno innanzitutto sottolineato come il diritto di accesso ai documenti amministrativi, "attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse", costituisca un principio generale "dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza, ed attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione"³⁴². Dall'ampia portata di queste enunciazioni non sono state peraltro

questa possa risultare funzionale alla prima. In particolare, secondo ARENA G., *Trasparenza*, cit., pag. 594, "La suddetta visibilità, inoltre, deve potersi associare non solo alla conoscibilità, ma anche alla comprensibilità delle informazioni relative alla p.a. da parte di chi ne entra in possesso. Solo quest'ultima assicura infatti la possibilità di comprendere la realtà da parte dei cittadini e li mette quindi nella condizione di poter contribuire in modo consapevole al funzionamento democratico delle istituzioni".

³⁴¹ Si prescinde qui dalle norme che danno attuazione diretta a obblighi comunitari, per le quali vedi, *supra*, il par. 1 del presente capitolo.

³⁴² Il secondo comma dell'art. 22 mantiene "*ferma la potestà delle regioni e degli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di garantire livelli ulteriori di tutela*".

ricavate indicazioni favorevoli per procedere a un serio ampliamento della legittimazione attiva degli istanti. L'art. 22, nel par. 1 (contenente le definizioni rilevanti), ribadisce, infatti, che la legittimazione attiva è limitata a "tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso"³⁴³. Viene quindi espressamente enunciata³⁴⁴ la necessità di un collegamento tra richiesta di accesso al documento e situazione giuridicamente tutelata³⁴⁵, implicando quindi un aggravio dell'onere della prova gravante su chi richiede l'accesso, imponendo a quest'ultimo, quantomeno, una congrua motivazione in ordine al fatto che la documentazione cui si vuole accedere sia effettivamente "collegata a quella posizione sostanziale, impedendone o ostacolandone il soddisfacimento"³⁴⁶.

Un miglioramento significativo, che però registra una situazione già ampiamente accolta nella prassi, come si è visto sopra, è invece consistito nel riconoscimento della legittimazione attiva in favore dei portatori di interessi diffusi, quali, ad esempio, Legambiente, WWF, CODACONS e, in genere, le organizzazioni sindacali. Tuttavia, anche la giurisprudenza più recente limita comunque il relativo diritto di accesso alla ricorrenza di un interesse diretto, concreto e attuale all'accesso³⁴⁷.

³⁴³ "Il limite di valutazione della p.a. sulla sussistenza di un interesse concreto, attuale e differenziato all'accesso (che è pure requisito di ammissibilità della relativa azione) si sostanzia nel solo giudizio estrinseco sull'esistenza di un legittimo e differenziato bisogno di conoscenza in capo a chi richiede i documenti, purché non preordinato ad un controllo generalizzato e indiscriminato sull'azione amministrativa, espressamente vietato dall'art. 24 comma 3, l. n. 241 del 1990." (vedi TAR. Sicilia, Catania, Sez. II, 27 novembre 2013, n. 2889).

³⁴⁴ Si ricordi che il testo del precedente art. 22 era più generico e recitava: "Al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo le modalità stabilite dalla presente legge". A seguito della modifica della disposizione, la richiesta dell'istante deve provare la connessione tra il documento per il quale viene chiesto l'accesso e la situazione giuridica tutelata. Su questo aspetto vedi ALÙ A., *Cittadinanza digitale, Diritto di Accesso Civico: un concetto che cambierà la trasparenza della PA*, in www.forumpa.it/.../diritto-di-accesso-civico ..., 5 gennaio 2016, secondo cui "la già criticabile limitazione alla legittimazione attiva prevista dalla legge 241/90 è stata ulteriormente accentuata dalla Legge 11 febbraio 2005, n. 15, che ha subordinato l'esercizio del diritto di accesso alla sussistenza di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento di cui è chiesto l'accesso".

³⁴⁵ "1. La legge subordina l'accessibilità del documento amministrativo ad un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso. L'interesse (diretto, concreto ed attuale) è dunque riferito al documento del quale si chiede l'ostensione; la "corrispondenza" è da intendersi invece quale nesso di strumentalità o anche semplicemente connessione con una situazione giuridica che l'ordinamento protegge attraverso la concessione di strumenti di tutela (non importa se essi siano giurisdizionali od amministrativi)" (Cons. St., Sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 461, massima).

³⁴⁶ Vedi l'Adunanza plenaria, decisione n.7 del 24.04.2012. In senso conforme, *ex multis*, TAR Lombardia, sez. IV, sentenza n. 3027 del 11.12.2014.

³⁴⁷ Vedi Consiglio di Stato, Sez. IV – sentenza del 6 ottobre 2015 (la causa verteva sulla richiesta del Codacons di acquisire copia dei contratti di sponsorizzazione per Expo 2015). Il Collegio ha richiamato la propria giurisprudenza (sentenza, VI sez., n. 555/2006) "secondo cui nemmeno la legge a tutela dei consumatori attribuisce alle associazioni degli stessi un potere di vigilanza a tutto campo da esercitare a mezzo del diritto all'acquisizione conoscitiva di atti e documenti che consentano le necessarie verifiche al fine di stabilire se l'esercizio del servizio pubblico possa ritenersi svolto secondo le prescritte regole di efficienza.

Il presupposto fondamentale della sussistenza di un collegamento diretto tra il documento di cui si chiede l'esibizione e l'interesse concreto e attuale del richiedente corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata appare invero in contrasto con l'enfasi posta dal legislatore nell'affermare l'importanza riconosciuta all'accesso, quale strumento volto anche a garantire la trasparenza amministrativa in favore dell'intera collettività. Ancora più contraddittoria appare, invero, l'inserzione, nell'art. 24, relativo agli atti esclusi dall'accesso, di un terzo comma contenente una lapidaria precisazione: *“Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni”*. Si tratta, invero, di una disposizione di portata generale, che forse avrebbe avuto una più corretta collocazione, a livello sistematico, nell'art. 22. In tal caso, infatti, sarebbe risultata ancor più evidente la contraddittorietà intrinseca ravvisabile in tale intervento normativo: detta disposizione rappresenta infatti pacificamente un ostacolo insormontabile alla configurazione dell'accesso documentale come generale strumento di trasparenza suscettibile di promuovere il corretto funzionamento della democrazia partecipativa.

L'inserimento del terzo comma dell'art. 24 e il sostanziale restringimento della legittimazione attiva in materia di diritto di accesso sono state in parte compensate dall'ampliamento della corrispondente legittimazione passiva, tramite l'incremento dei soggetti tenuti all'esibizione dei documenti, e dalle precisazioni apportate al concetto di documento ostensibile.

Sotto il primo profilo, invero, tra i soggetti obbligati a consentire l'accesso ai documenti ai sensi del nuovo art. 22, lett. e)³⁴⁸ sono compresi non solo le pubbliche amministrazioni in senso proprio, ma anche tutti “i soggetti di diritto pubblico e di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto pubblico o comunitario”. In tal modo, il legislatore ha tendenzialmente aderito a una nozione “funzionale” di pubblica amministrazione

Siffatto potere di controllo, generale e preliminare, è del tutto ultroneo alla norma sull'accesso, che non conferisce ai singoli funzioni di vigilanza, ma solo la pretesa individuale a conoscere dei documenti collegati a situazioni giuridiche soggettive. L'associazione non è titolare di una situazione soggettiva che valga a conferirle un potere di vigilanza sull'ente che offre il pubblico servizio, ma solo della legittimazione ad agire perché vengano inibiti comportamenti od atti che siano effettivamente lesivi”.

I giudici di Palazzo Spada hanno dunque concluso nel senso che “Il diritto di accesso, dunque, non si configura mai come un'azione popolare (fatta eccezione per il peculiare settore dell'accesso ambientale), ma postula sempre un accertamento concreto dell'esistenza di un interesse differenziato della parte che richiede i documenti. La titolarità (o la rappresentatività) degli interessi diffusi non giustifica un generalizzato e pluricomprendivo diritto alla conoscenza di tutti i documenti riferiti all'attività del gestore del servizio e non collegati alla prestazione dei servizi all'utenza, ma solo un più limitato diritto alla conoscenza di atti, relativi a servizi rivolti ai consumatori, che incidono in via diretta e immediata, e non in via meramente ipotetica e riflessa, sugli interessi dei consumatori”.

³⁴⁸ L'art. 23, invece, riprende sostanzialmente il testo precedente, stabilendo che “1. Il diritto di accesso di cui all'articolo 22 si esercita nei confronti delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi”.

chiarendo l'equiparazione ai fini dell'accessibilità agli atti di tutti quegli enti che, pur avendo natura di soggetti privati, svolgono in tutto o in parte pubblici servizi.

Anche la nozione di documento risulta peraltro ampliata per assecondare tale espansione della legittimazione passiva. Ai sensi della vigente formulazione dell'art.22, lett. d), infatti, per documento amministrativo, si intende "ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale"³⁴⁹.

Come già avvenuto per il riconoscimento della legittimazione attiva in materia di accesso ai soggetti portatori di interessi diffusi, anche l'intervento legislativo in tema di legittimazione passiva si è limitato sostanzialmente a recepire un'evoluzione già promossa in via pretoria interpretando estensivamente le previgenti disposizioni³⁵⁰.

Senza procedere oltre nell'analisi delle modifiche apportate al diritto di accesso dalla legge n. 15/2005, si può ritenere che tale intervento avesse significative potenzialità rimaste per lo più inesprese, tanto più se confrontato con altre disposizioni introdotte nel medesimo periodo al fine di disciplinare la trasparenza ambientale. L'art. 3, comma 1, del Decreto Legislativo 19 agosto

³⁴⁹ Cfr. per esempio DANI F., *op. cit.*, pag. 96, secondo cui risultano così subordinati alle norme sull'accesso della legge 15/2005 non solo i provvedimenti e gli atti amministrativi in senso stretto (come ad esempio le autorizzazioni o le concessioni), in cui l'amministrazione esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche gli ulteriori documenti connessi alle attività negoziali svolte dalle pp.aa. per il perseguimento delle loro finalità istituzionali.

³⁵⁰ Con riferimento all'accessibilità dei documenti detenuti dalla Ferrovie dello Stato S.p.A., infatti, il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, aveva affrontato la questione già il 22 aprile 1999, giungendo alla conclusione che "l'istituto dell'accesso trovi applicazione nei confronti di ogni tipologia di attività della pubblica amministrazione". Secondo il Collegio, infatti, "4.1. L'art. 22, l. n. 241/1990 ha disciplinato il "diritto di accesso ai documenti amministrativi", al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale", e ha dato attuazione all'art. 97 della Costituzione, per il quale la legge assicura "il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione".

Tali principi costituiscono i valori essenziali di riferimento di ogni comportamento dell'amministrazione. Le esigenze del buon andamento e della imparzialità "dell'amministrazione" (come disciplinate dall'art. 97 della Costituzione) riguardano allo stesso modo l'attività volta all'emanazione dei provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato.

Ogni attività dell'amministrazione, anche quando le leggi amministrative consentono l'utilizzazione di istituti del diritto privato, è vincolata all'interesse collettivo, in quanto deve tendere alla sua cura concreta, mediante atti e comportamenti comunque finalizzati al perseguimento dell'interesse generale.

[...] "L'accesso, quindi, va escluso nei soli casi espressamente previsti dalla legge (cfr. l'art. 24, l. n. 241/1990 e l'art. 8, d.P.R. n. 352/1992, l'art. 4, d.lgs. n. 39/1997), ma non per il solo fatto che sia rivolto verso gli atti che, tenuto conto delle leggi amministrative di settore, sono disciplinati dal diritto privato". Per il Collegio, "L'accesso agli atti del gestore del servizio pubblico, pur quando essi sono disciplinati dal diritto privato e comportano la giurisdizione ordinaria, consente il perseguimento delle medesime finalità connesse all'accesso agli atti dell'amministrazione (e cioè una più diffusa conoscenza dei processi decisionali, lo stimolo a comportamenti ispirati ai canoni di diligenza, buona fede e correttezza, ad una deflazione delle controversie): vi è l'interesse pubblico all'effettuazione di scelte corrette da parte del gestore, quando esse siano finalizzate all'organizzazione efficiente ed alla qualità del servizio". Pertanto, "quando il gestore di un servizio pubblico pone in essere un procedimento disciplinato dal diritto privato, prevale l'interesse pubblico alla trasparenza e può chiedere l'accesso chi abbia interesse ad accertare se vi sia stata una scorrettezza".

2005, n. 195³⁵¹ prescrive, infatti, che “L'autorità pubblica rende disponibile, secondo le disposizioni del presente decreto, l'informazione ambientale detenuta a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dichiarare il proprio interesse.”; a questo pieno diritto all'accesso (che investe direttamente il dato informativo ricercato e che non si limita all'ostensione della sola documentazione) si aggiunge l'obbligo, per le Amministrazioni, di garantire, ai fini della più ampia trasparenza, che l'informazione ambientale sia sistematicamente e progressivamente messa a “disposizione del pubblico e diffusa, anche attraverso i mezzi di telecomunicazione e gli strumenti informatici, in forme o formati facilmente consultabili, promuovendo a tale fine, in particolare, l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione” (art. 1, comma 1, lett. A). Si trattava di un modo profondamente diverso di rispondere all'esigenza di garantire il diritto d'accesso all'informazione (ambientale) detenuta dalle autorità pubbliche³⁵² e di stabilire i termini, le condizioni fondamentali e le modalità per il suo esercizio. Detto istituto, introdotto in adempimento degli obblighi di risultato imposti dalla normativa comunitaria, ha costituito un costante termine di paragone rispetto alla (meno avanzata) disciplina dell'accesso contenuta nella l. 241/90³⁵³.

Come si è accennato, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta più volte per definire la natura giuridica del diritto di accesso³⁵⁴ e per chiarirne la reale portata³⁵⁵, ma si registrano ancora recenti arresti giurisprudenziali che, richiamando il dato letterale delle disposizioni rilevanti, limitano in modo significativo l'operatività dell'accesso documentale³⁵⁶.

In particolare, la giurisprudenza ha recentemente evidenziato la necessità che l'istante faccia valere una propria posizione differenziata e qualificata, dal momento che “pur essendo finalizzato

³⁵¹ Decreto Legislativo 19 agosto 2005, n. 195 "Attuazione della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale", in a *G.U.* n. 222 del 23 settembre 2005. Questo decreto era stato preceduto dal Decreto legislativo 24 febbraio 1997, n. 39, *Attuazione direttiva 90/313/CEE concernente la libertà di accesso alle informazioni in materia di ambiente*, in *G.U.* n. 54 del 06-03-1997 - Suppl. Ordinario n. 48).

³⁵² Il decreto in questione, oltre a garantire un diritto di accesso a legittimazione diffusa, assicura, altresì, più evolute forme di pubblicità, indicate come “*sistematica e progressiva messa a disposizione del pubblico e come diffusione, anche attraverso strumenti di telecomunicazione ed informatici, dell'informazione ambientale*” (art. 1 c. 1 lett. b).

³⁵³ Fa riferimento, ad esempio, alla normativa in oggetto come antesignana della più recente riforma della trasparenza amministrativa in Italia, MILAZZO S., *Trasparenza nella Pubblica Amministrazione e accesso civico: analisi degli elementi di innovazione e di criticità della disciplina del FOIA italiano, di cui al D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97*, in www.ildirittoamministrativo.it/.../FOIA%. L'Autore precisa, al riguardo, che: “*Da un punto di vista oggettivo, peraltro, in tale ambito si è assistito al superamento del parametro che imponeva che l'informazione fosse contenuta in un documento, già formato e nella disponibilità dell'Amministrazione, come invece necessario per l'esercizio delle garanzie previste dall'art. 22 della legge 241/1990. Più che il diritto d'accesso ex lege 241/1990, sarà questo unicum nella legislazione italiana a costituire un valido modello di ispirazione per il nuovo accesso civico, delineato compiutamente dalla normativa più recente*”.

³⁵⁴ Cons. di Stato, Ad. Pl., decisione del 24 giugno 1999, n. 16.

³⁵⁵ Cons. di Stato, Ad. Pl., decisione del 28 giugno 2016, n. 16.

³⁵⁶ Con particolare riferimento ai limiti cui risulta soggetto l'intervento giurisdizionale in tale materia, Cfr. RENDA F., *Il diritto di accesso ex artt. 22 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241: legittimazione all'ostensione, op. cit.* Sotto un diverso profilo, vedi TEDESCHI E., *Il diritto di accesso: il nuovo dovere di collaborazione dell'amministrazione* (commento a TAR Lazio Roma, Sez. II Ter, 15 marzo 2016, n. 3287), in *Giornale di diritto amministrativo* n. 6/2016, pag. 805.

ad assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa ed a favorirne lo svolgimento imparziale” esso non può comunque assumere, neppure parzialmente, le caratteristiche di un'azione popolare³⁵⁷. Allo stesso modo, l'interesse sotteso all'istanza motivata di accesso non può avere carattere meramente emulativo poiché *“pur essendo questo Consiglio di Stato giunto, negli anni, all'enucleazione di una nozione sempre più ampia del concetto della "strumentalità" del diritto di accesso, comunque non può essere obliterato il richiamo, positivamente stabilito, alla finalizzazione della domanda ostensiva alla cura di un interesse diretto, concreto, attuale e non meramente emulativo o potenziale, connesso alla disponibilità dell'atto o del documento del quale si richiede l'accesso”*³⁵⁸.

L'esigenza, avvertita da più parti, di “aprire” progressivamente l'accesso ai documenti a “chiunque”, riconoscendo in tale delicata materia una legittimazione attiva diffusa non ha quindi trovato adeguate risposte nella l. 241/90 e nel diritto vivente, né, tantomeno, nei successivi interventi legislativi volti a modificare o integrare l'istituto dell'accesso documentale.

3.4 Gli obblighi di pubblicazione e la prima forma di accesso “civico”

Come si è accennato, gli impulsi allo sviluppo della trasparenza amministrativa in Italia, provenienti, parimenti, dagli obblighi internazionali e dal vivo dibattito dottrinale sorto in tale materia, non si sono tradotti nell'auspicata trasformazione dell'accesso documentale in una nuova forma di accesso generalizzato. Pertanto, essi hanno trovato sfogo nell'introduzione e nello sviluppo di nuovi istituti giuridici, che si sono progressivamente affiancati al tradizionale diritto di accesso ai documenti³⁵⁹.

Una prima importante innovazione si è infatti manifestata con l'emanazione del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, successivamente emendato nel 2016³⁶⁰. Tale atto normativo mirava a promuovere lo sviluppo della trasparenza tramite l'introduzione di specifici obblighi di pubblicazione aventi a oggetto gli atti amministrativi adottati in materie di particolare rilevanza

³⁵⁷ Vedi Consiglio di Stato, sez. V, 14 settembre 2017, n. 4346.

³⁵⁸ Così, Consiglio di Stato sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 4838.

³⁵⁹ Tuttavia, come si approfondirà nel Cap. IV, quest'ultimo istituto conserva comunque una rilevante utilità nel nostro ordinamento, giacché consente un'indagine molto approfondita nel patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni. Detta peculiarità gli conferisce tuttora un ruolo molto importante nel nostro ordinamento, anche a seguito dell'introduzione di più flessibili strumenti di trasparenza amministrativa, a vantaggio di chi possa vantare una posizione differenziata e qualificata all'ostensione di alcuni documenti.

³⁶⁰ Vedi il Decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, in G.U. 8 giugno 2016, n. 132.

al fine di vigilare sull'operato delle pubbliche amministrazioni³⁶¹. L'art. 1 del c.d. "Testo Unico della Trasparenza" parla espressamente di *"accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche"*. Già a livello di enunciazioni di principio traspare un evidente ribaltamento dei rapporti tra privati e pubbliche amministrazioni in ordine alla trattazione dei dati informativi. Rispetto all'originaria legge del 1990, infatti, la titolarità originaria di talune informazioni di pubblico interesse non risulta più allocata in capo agli uffici che la detengano, bensì direttamente in capo ai consociati. Pertanto, la loro ostensione non è più oggetto di un diritto condizionato alla previa prova di un interesse specifico da parte dell'istante, bensì costituisce oggetto di uno specifico obbligo gravante sulle pubbliche amministrazioni. Tale dovere, riconducibile agli oneri amministrativi di prevenzione e contrasto della corruzione, non ha invero portata generale e la sua disciplina risente del necessario temperamento tra l'interesse alla diffusione dei dati e le contrapposte esigenze di tutela della privacy o di salvaguardia di altri interessi pubblici qualificati. A garanzia di questa peculiare forma di "pubblicità", l'art. 5 del T.U. della Trasparenza ha introdotto un nuovo istituto, l'accesso civico, che differisce profondamente per portata e funzioni dal tradizionale accesso documentale. L'accesso civico presenta, infatti, una funzione fondamentalmente "rimediale", poiché la sua attivazione presuppone l'inadempimento da parte di una o più amministrazioni degli obblighi di pubblicazione imposti dalla legge. Si legge invero nella disposizione citata che *"L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione"*. Pertanto, la relativa istanza di accesso civico non è sottoposta ad alcuna limitazione in termini di legittimazione soggettiva del richiedente, e, più specificamente, non dev'essere corredata da una specifica motivazione. Inoltre, la relativa richiesta è gratuita e va presentata al responsabile della trasparenza dell'amministrazione obbligata alla pubblicazione dei dati³⁶². L'accesso documentale e l'accesso civico "rimediale" costituiscono, evidentemente, due

³⁶¹ Oltre agli autori già citati, vedi specificamente su tale decreto GALETTA D.U., *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D.Lgs. n. 33/2013*, in www.federalismi.it.

³⁶² Art. 5, comma 1 e 2. Secondo BOMBARDELLI M., *op. cit.*, l'accesso civico costituisce "un altro strumento di attuazione del principio di trasparenza che assume tratti simili al diritto di accesso, ma si discosta da quest'ultimo per diversi elementi significativi. In particolare, l'accesso civico può essere esercitato da chiunque verso i documenti, le informazioni e i dati che sono soggetti a un obbligo di pubblicazione, a cui però l'amministrazione non ha adempiuto. Si tratta di uno strumento che pone meno problemi del diritto di accesso per quanto riguarda l'individuazione dei soggetti legittimati, dei documenti accessibili e dei limiti all'accesso e che non si traduce solo nel riconoscimento dell'accesso al richiedente, ma conduce anche alla pubblicazione del documento. Esso, però, non è un istituto a valenza generale, ma riguarda i soli documenti, informazioni e dati soggetti agli obblighi di pubblicazione previsti dal d.lgs. n. 33/2013 (su questo istituto v. BONOMO, A., *Il Codice della trasparenza e il nuovo*

istituti distinti, di cui va sottolineata, soprattutto, la differenza in termini di legittimazione attiva³⁶³: solo nell'accesso civico questa ha portata "diffusa", in quanto l'istanza è volta a ottenere l'adempimento di un obbligo gravante *ex lege* sulle pubbliche amministrazioni al fine di realizzare il corrispondente diritto dei cittadini alla diffusione dei relativi dati³⁶⁴. Le peculiari caratteristiche di tale forma originaria di accesso civico hanno portato parte della dottrina a parlare di una "azione pubblica correttiva" oppure di una peculiare "azione popolare"³⁶⁵.

In ogni caso, la necessità di un previo obbligo legale di pubblicazione in relazione ai dati richiesti se costituisce, da un lato, il fondamento della peculiare legittimazione attiva "diffusa" prevista per l'accesso civico rimediale, rappresenta, dall'altro, un presupposto che limita significativamente l'operatività dell'istituto sul piano oggettivo. Il fatto che il regime di accessibilità diffusa di alcune informazioni dipenda, essenzialmente, da una scelta compiuta *ex ante* dal legislatore attribuisce invero a tali obblighi di pubblicazione le caratteristiche di una trasparenza sostanzialmente "ottriata". L'assenza di un obbligo di pubblicazione in un settore nevralgico dell'attività amministrativa non può essere infatti formalmente contestata dal singolo amministrato se non censurando una scelta insindacabile riservata in via esclusiva al legislatore. Per lungo tempo, quindi, le istanze conoscitive legate a settori non coperti da obblighi di pubblicazione sono state veicolate solo da richieste di accesso documentale, rimanendo immancabilmente soggette ai limiti oggettivi e soggettivi imposti dalla l. 241/90.

L'introduzione degli obblighi di pubblicazione, per quanto meritoria, non ha infatti soddisfatto integralmente le esigenze di sviluppo del nostro ordinamento sul delicato versante della trasparenza amministrativa. Pertanto, il legislatore ha tentato di rispondere agli impulsi più progressisti in materia di trasparenza con l'adozione del Decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97³⁶⁶ tentando di affermare, finalmente, il diritto di qualunque consociato di accedere ai dati

regime di conoscibilità dei dati pubblici, in Ist. fed., 2013, 737 ss.; MAGRI M., *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in Ist. fed., 2013, 425 ss.). Sulla differenza tra i due istituti, vedi anche BINDA M., Accesso civico e accesso disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, in Temi romani, 2014, pag. 47 e ss.

³⁶³ Va infatti ribadita "la differenza tra l'istituto dell'accesso civico ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi: infatti, mentre l'*accesso civico* introduce una *legittimazione* generalizzata, gratuita e senza necessità di motivazione, a *richiedere la pubblicazione di documenti, informazioni o dati per i quali sussiste l'obbligo di pubblicazione* da parte delle pubbliche amministrazioni ai sensi della normativa vigente, invece il diritto di accesso agli atti di cui all'art. 22 legge n. 241/1990, definito come "il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi", è finalizzato alla protezione di un interesse giuridico particolare, può essere esercitato solo da soggetti portatori di tali interessi ed ha per oggetto atti e documenti individuati" (vedi MURATORE G., Che cos'è l'accesso civico? L'ANAC fa chiarezza, in Giuridanella.it, 1 novembre 2014).

³⁶⁴ Vedi SIMONATO A., L'accesso civico come strumento di trasparenza amministrativa: luci, ombre e prospettive future (anche per gli enti locali), in Trento Student Law Review, 2018, pag. 76 e ss.

³⁶⁵ Vedi COLAPIETRO C., SANTARELLI C., Accesso civico- Libro dell'anno del Diritto 2014, in www.treccani.it/.../accesso-civico_%28Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/. SIMONATO A., *op. cit.*, *parla di munus publicum*. Vedi anche TORANO, Il diritto di accesso civico come azione popolare, in Dir. amm., 2013, pag. 789 e ss.

³⁶⁶ Decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, *Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto*

detenuti dalle pubbliche amministrazioni, prescindendo sia dalla dimostrazione della titolarità di una posizione differenziata e qualificata, sia dall'esistenza di un obbligo legale relativo alla loro pubblicazione³⁶⁷.

legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche. (G.U. n. 132 del 08-06-2016)

³⁶⁷ È importante sottolineare come, nonostante la diversità di funzioni e presupposti delle due forme di accesso civico, il Dec. Lgs. n. 97/2016 contenga, in realtà, alcune previsioni applicabili uniformemente a entrambi gli istituti. Sul punto, si riportano le osservazioni critiche di GARDINI G., *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi.it*, Gennaio 2017: “Il problema di regolare congiuntamente due istituti che hanno lo stesso nome si coglie nel leggere che «Il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso devono essere motivati con riferimento ai casi e ai limiti stabiliti dall'art. 5 bis» (comma 6): data la matrice comune, questa regola deve essere necessariamente riferita ad entrambi gli accessi civici. Ci si imbatte così nella prima manifestazione di quella tecnica redazionale che, con un'elegante espressione, viene indicata come “rinvio normativo circolare”. Non si sa se per svista o per eccesso di uniformazione, con questa tecnica si finiscono per estendere tutte le limitazioni espressamente previste per il solo diritto di accesso civico improprio (comma 2) anche al diritto di chiunque di esigere l'obbligatoria pubblicazione di dati, documenti e informazioni sui siti internet istituzionali (accesso civico proprio: comma 1), con il risultato di rimescolare nuovamente i concetti e sconvolgere il fragile ordine mentale che fin qui il lettore era riuscito a farsi. Così, quando egli giunge all'art. 5 bis, che, come ricordato, disciplina i limiti all'accesso civico esercitato per finalità di controllo generalizzato (cd. improprio), articolati tra limiti pubblici e limiti privati, una domanda gli si affaccia naturalmente alla mente: ma perché, se il legislatore voleva collegare questi limiti solamente all'accesso civico improprio (comma 2), gli stessi sono richiamati nell'articolo precedente (comma 6) come esclusioni e limiti validi per entrambi i tipi di accesso? Non sarebbe stato più logico limitare la portata dell'art. 5, comma 6, al solo accesso civico improprio? E se così non è, o meglio se questa non era l'intenzione del legislatore, non sarebbe stato più semplice riportare anche nel testo dell'art. 5 bis che le esclusioni ivi previste valgono per entrambe le tipologie di accesso civico? Effetti perversi del rinvio circolare, che viene subdolamente ad estendere le regole previste per un specifico istituto ad altri istituti a cui, in prima battuta, esse non si applicherebbero. Una modalità per rendere indecifrabili le leggi, specie quelle scomode come il “codice della trasparenza”, si potrebbe dire con un pizzico di malizia”.

(...) “La verità è che la scelta legislativa di utilizzare il nomen iuris di “accesso civico” per entrambi questi istituti può generare molta confusione, e la soluzione di disciplinarli congiuntamente, all'interno del medesimo articolo di legge, rischia di creare un pasticcio nel pasticcio. La causa originaria di questa nebulosa normativa risiede nell'idea stessa di realizzare il diritto all'informazione amministrativa (right to know) mediante l'imposizione alle amministrazioni di una serie di obblighi di pubblicazione, assistiti da uno strumento “coercitivo” messo a disposizione dei cittadini, che viene (impropriamente) definito accesso civico”.

Capitolo IV: Il F.O.I.A. italiano

Introduzione

Come si è accennato, la moltiplicazione degli obblighi di pubblicazione gravanti *ex lege* sulle pubbliche amministrazioni non ha soddisfatto pienamente le esigenze di sviluppo del regime di trasparenza amministrativa italiano.

Alcuni commentatori hanno infatti rilevato come detta trasparenza amministrativa “ottriata” non fosse idonea a rispondere ai più elevati standard di trasparenza indicati dal Consiglio d’Europa, generalmente recepiti dagli Stati Europei³⁶⁸.

Il riordino degli obblighi di pubblicazione, originariamente dispersi in diversi testi normativi, e la previsione della loro attuazione tramite l’ostensione di specifici dati sui siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni non appariva infatti sufficiente per promuovere efficacemente la trasparenza in attuazione del principio di democraticità. La selezione “a monte” da parte del legislatore dei dati liberamente accessibili da chiunque tradiva infatti un’impostazione, per certi aspetti, “dirigistica” della trasparenza amministrativa. Il regime di tipicità cui risultavano assoggettati gli obblighi di pubblicazione risultava invero concettualmente incompatibile con il regime di accessibilità diffusa posto alla base dei c.d. “modelli FOIA”. Inoltre, il tasso medio di *compliance* degli uffici pubblici nell’attuazione degli obblighi di pubblicazione rimaneva insoddisfacente³⁶⁹ e ciò contribuiva a mantenere inalterato il tradizionale rapporto tra pubblicità e conoscibilità dei dati³⁷⁰.

³⁶⁸ In tale senso vedi, SAVINO M., *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, n. 5. L’Autore parla, al riguardo, di un vero e proprio “fallimento della via italiana alla trasparenza, cioè l’illusorietà dell’assunto che centinaia di obblighi di pubblicazione imposti per legge bastino a trasformare le amministrazioni in case di vetro”. Secondo l’Autore, infatti, il “fine non dichiarato” dell’istituto era quello di “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.”

Con specifico riferimento all’accesso civico rimediabile, poi, l’Autore rileva che “il nuovo istituto dell’accesso civico restava lettera morta. Costruito sulla premessa che l’interesse conoscitivo del singolo debba essere soddisfatto soltanto in via strumentale, laddove serva a pungolare le amministrazioni inadempienti, quel diritto è nato “zoppo”: tutti ne sono titolari, ma pochi sono così zelanti da preoccuparsi di capire se le informazioni di loro interesse rientrano nel suo frammentario oggetto, fatto di 270 fasci di luce che lasciano nell’ombra altrettanti gruppi di informazioni.

In definitiva, l’astuzia che aveva partorito, nel 2013, l’accesso civico ne ha condizionato anche la sorte. Ridotto a strumento di enforcement di obblighi di legge e limitato nella sua estensione da una logica dirigista che affida al legislatore la scelta su cosa debba essere d’interesse pubblico, quel diritto è stato ignorato dai suoi legittimi titolari”.

³⁶⁹ Il tasso medio rilevato risultava pari al 59 per cento nei ministeri (Civit, *Rapporto sulla trasparenza nei ministeri*, Roma, agosto 2012, 4) e al 53 per cento negli enti pubblici nazionali (Civit, *Rapporto sulla trasparenza negli enti pubblici nazionali*, Roma, dicembre 2012, 6).

³⁷⁰ Sul punto, si veda GARDINI G., *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell’arte di rendere oscure...*, op. cit., secondo cui “Con il decreto 33/13, infatti, si è cercato di superare il problema della mancanza di un diritto individuale ad esercitare un controllo generalizzato sull’agire della PA, rendendo disponibili preventivamente e

Rispondendo agli impulsi provenienti dalla dottrina e dalle fonti sovranazionali, il Parlamento italiano, con l'approvazione della legge 7 agosto 2015, n. 124, ha conferito un'ampia delega legislativa al governo affinché provvedesse a correggere il c.d. "Testo Unico della Trasparenza" del 2013 e introducesse un autentico modello di trasparenza amministrativa diffusa ispirato al modello "FOIA". Si legge nella delega, infatti, l'incarico di adottare una disciplina che, «fermi restando gli obblighi di pubblicazione», si fondi sul «riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto d'accesso (...) di chiunque (...) ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, (...) nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati»³⁷¹.

Il nuovo regime di accessibilità totale non ha dunque sostituito integralmente le soluzioni normative e gli istituti previgenti, bensì si è affiancato ad esse nel tentativo di promuovere la definitiva affermazione del c.d. "*right to know*" nell'ordinamento italiano. Come si approfondirà in seguito³⁷², la persistente convivenza tra varie forme di accesso e la loro costante interazione tendono a influenzare in modo significativo la gestione dei contatti informativi tra amministrazione e amministrati. La qualificazione dell'eventuale inerzia dei pubblici uffici aditi, i rimedi giustiziali e giurisdizionali attivabili e la normativa specificamente applicabile sono infatti solo alcuni dei molti profili che tendono a sovrapporsi allorché il singolo voglia esercitare il proprio "diritto a conoscere" nei confronti delle pubbliche amministrazioni. Le regolamentazioni dei vari istituti presentano, infatti, delle significative aree di interferenza, che fanno apparire opportuni, *de jure condendo*, ulteriori interventi normativi chiarificatori.

L'esame delle molteplici questioni problematiche emerse in sede di attuazione della riforma mira anche a definire quali saranno le principali tematiche coinvolte nel suo futuro sviluppo. L'esame prospettico, talvolta critico, della riforma mira a garantire che essa possa effettivamente perseguire gli alti ideali che l'hanno ispirata e a evitare che la nuova disciplina si traduca, all'atto pratico, in una sostanziale "apparenza di trasparenza" reiterando quegli errori attuativi che

online una serie di informazioni e dati che indirettamente avrebbero dovuto soddisfare questo diritto. Questa strategia però si è rivelata, al contempo, dirigista e insoddisfacente. Dirigista nelle due direzioni, sia nei confronti delle PA che sono state costrette a divenire trasparenti in modo proattivo, pubblicando una serie di documenti e dati sui propri siti anche in assenza di richieste specifiche; sia nei confronti dei cittadini, che il legislatore presume iuris et de iure appagati nel loro desiderio di conoscere dalla semplice disponibilità online di informazioni a cui magari non sono interessati. Insoddisfacente perché ha generato un grande malcontento nelle PA, che si sono viste aggiungere un pesante carico di adempimenti burocratici, sanzionati in modo formale e molto pesante, senza d'altra parte ottenere un tangibile miglioramento nei rapporti con gli amministrati, in termini di partecipazione, coinvolgimento e sostegno democratico; ma insoddisfacente anche per i cittadini, che molto spesso non riescono a trovare online le informazioni a cui sono realmente interessati o le trovano immerse in una tale complessità di dati da farli rapidamente desistere da ogni tentativo di ricerca".

³⁷¹ Art. 7, rubricato "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza" m. c. 1, lett. h), l. n. 124 del 2015 (c.d. legge Madia) definisce i principi e criteri direttivi per il recepimento del *Freedoom of Information Act* nel sistema amministrativo italiano.

³⁷² Vedi, *infra*, par. 4.5.

all'indomani della riforma del 2013 avevano ingenerato un controverso fenomeno di "opacità per confusione"³⁷³. A tal fine, l'analisi dei singoli punti avverrà alla luce delle soluzioni legislative e amministrative adottate in altri ordinamenti europei, valorizzando le peculiarità di ciascun sistema rispetto alla complessa realtà normativa italiana.

4.1 Dall'accesso civico "rimediale" all'accesso civico "generalizzato":

Come si è accennato, allo sviluppo degli obblighi di pubblicazione e della connessa forma primigenia di "accesso civico" non sembra seguita l'auspicata evoluzione del regime di trasparenza amministrativo italiano, bensì, principalmente, una sua significativa "burocratizzazione"³⁷⁴. L'intervento del legislatore del 2013 si è infatti tradotto in un sostanziale irrigidimento delle procedure organizzative adottate dalle pubbliche amministrazioni³⁷⁵. A discapito dell'ampia portata dei principi enunciati nel T.U. della Trasparenza, infatti, l'implementazione degli oneri amministrativi di pubblicazione sembra aver paradossalmente ostacolato lo sviluppo di un controllo democratico sull'operato delle pubbliche amministrazioni³⁷⁶.

Pertanto, allo scopo di assicurare una reale apertura al pubblico degli apparati amministrativi, il legislatore ha da un lato "alleggerito" gli oneri di pubblicazione³⁷⁷ e, dall'altro, ha proposto un'innovativa declinazione del principio di trasparenza in termini di "accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni". In particolare, il legislatore delegato ha modificato le disposizioni del Dec. Lgs. n. 33/2013 operando un espresso riferimento

³⁷³ La felice espressione è usata in CARLONI E. 2009. *La casa di vetro e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, Diritto Pubblico, 15(3), pagg. 779-812. Recentemente, è stata ripresa, tra gli altri, da PATRONI GRIFFI F., *La trasparenza della Pubblica amministrazione*, op. cit.

³⁷⁴ Cfr. NATALINI A., VESPERINI G., *Le troppe trasparenze*, in *Il big bang della trasparenza*, a cura di NATALINI A., VESPERINI G., Napoli, 2015, 28. Sul punto, si veda anche MATTARELLA B. G., *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2015, 624.

³⁷⁵ In tal senso vedi COLAPIETRO C., *L'"importazione" del diritto di accesso civico generalizzato nel nostro ordinamento, in bilico tra legittime pretese e impossibili (o quasi) imprese*, in *Trasparenza nella p.a. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, a cura di MASSARO A., SINISI M., Roma Tre Press, 2017.

³⁷⁶ PATRONI GRIFFI F., *La trasparenza della Pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it*, n. 8/2013, 3.

³⁷⁷ L'art. 3, comma 1 bis, del T.U. della Trasparenza, come modificato dal legislatore delegato nel 2016, prevede che l'ANAC possa identificare i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria per i quali la pubblicazione in forma integrale è sostituita con quella di informazioni riassuntive. Permane in ogni caso la possibilità di accedere ai relativi dati nella loro interezza mediante l'istituto dell'accesso civico generalizzato.

Il comma 1 *ter* del medesimo articolo attribuisce inoltre all'ANAC stessa il potere di "precisare gli obblighi di pubblicazione e le relative modalità di attuazione, in relazione alla natura dei soggetti, alla loro dimensione organizzativa e alle attività svolte, prevedendo in particolare modalità semplificate per i comuni con popolazione inferiore a 15.000 abitanti, per gli ordini e collegi professionali".

alla tutela dei diritti dei cittadini e alla promozione della loro partecipazione procedimentale³⁷⁸. Detto rinvio esplicita, invero, la stretta connessione intercorrente tra trasparenza, informazione e partecipazione procedimentale, e opera all'insegna dell'instaurazione di un efficiente rapporto collaborativo tra amministrazione e amministrati³⁷⁹. Un regime di trasparenza diffuso, infatti, non contribuisce solo alla prevenzione e al contrasto dei fenomeni corruttivi³⁸⁰, ma svolge anche un importante ruolo di responsabilizzazione e di legittimazione degli uffici pubblici. La sua introduzione garantisce, infatti, la conoscibilità delle informazioni concernenti la conformazione dell'interesse pubblico, le modalità del suo perseguimento e le risorse pubbliche a tal fine disponibili. Inoltre, l'incremento delle informazioni disponibili per i consociati può tradursi in una migliore valorizzazione degli interessi privati e degli interessi pubblici secondari eventualmente confliggenti con l'interesse pubblico primario perseguito da una singola amministrazione. Sotto questo aspetto, gli uffici pubblici possono beneficiare del contributo informativo fornito dai consociati arricchendo le istruttorie dei loro procedimenti tramite le osservazioni eventualmente provenienti dall'esterno. Pertanto, il contatto informativo tra amministrazione e amministrati viene ad avere natura "osmotica", giacché genera un reciproco scambio di informazioni che dovrebbe, auspicabilmente, agevolare un'equilibrata ponderazione comparativa tra i molteplici interessi coinvolti in ciascun episodio di esercizio del potere.

In questi termini, appare evidente la stretta connessione esistente tra il principio di trasparenza e il diritto a una buona amministrazione³⁸¹: l'obbligo di riscontrare in forma espressa le richieste di accesso dei cittadini contribuisce, infatti, a conformare il ruolo della p.a. come apparato servente i cittadini e "l'apertura" del suo patrimonio conoscitivo agevola il loro coinvolgimento nell'azione amministrativa. L'apporto dei consociati nell'ambito del potere amministrativo risulta, infatti, indubbiamente più utile ed efficace ove possa esprimersi nelle

³⁷⁸ Quest'ultimo rinvio, che ha impreziosito il testo finale del Dec. Lgs. n. 97/2016, deriva dal recepimento delle indicazioni fornite dal Consiglio di Stato in sede consultiva. Si veda, sul punto, Cons. St., Sez. Cons. per gli Atti Normativi, parere 24 febbraio 2016, n. 515, ai sensi del quale *"la trasparenza può diventare, così, un punto di confluenza dei principi giuridici, costituzionalmente posti, dell'azione amministrativa"* e soddisfa l'esigenza di informare i consociati circa *"il modo di formazione dell'interesse (pubblico) medesimo, i soggetti che vi concorrono, le fasi del procedimento di formazione dell'atto, nonché "rendere conoscibili" i dati di base, i presupposti da cui si muove, i modi di esercizio del potere, ivi comprese le risorse utilizzate"*.

³⁷⁹ In questo senso, si veda COLAPIETRO C., *L'"importazione" del diritto di accesso civico generalizzato nel nostro ordinamento, in bilico tra legittime...*, op. cit.

³⁸⁰ In ordine allo specifico ruolo attribuito dal Dec. Lgs. n. 97/2016 alla figura del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, si veda DURANTE N., *Pubblicità, trasparenza e FOIA: indicazioni operative*, in *Sito Giustizia amministrativa - Studi e contributi*, 2018, 3: *"Per quanto riguarda il responsabile della prevenzione della corruzione, preposto anche alla cura degli obblighi sulla trasparenza, individuato tra i dirigenti in servizio dall'organo di indirizzo (o, negli enti locali, nel segretario o nel dirigente apicale), si prevede che questi debba segnalare all'organo di indirizzo ed all'organismo indipendente di valutazione le disfunzioni inerenti all'attuazione delle misure in materia di prevenzione della corruzione ed in materia di trasparenza, indicando, altresì, agli uffici competenti all'esercizio dell'azione disciplinare, i nominativi dei dipendenti che non hanno attuato correttamente le misure in materia di prevenzione della corruzione ed in materia di trasparenza"*.

³⁸¹ Vedi, *supra*, Cap. II.

forme di un contributo informato e consapevole.

Al fine di realizzare gli ambiziosi obiettivi suesposti, il legislatore delegato del 2016 ha in primo luogo ampliato l'ambito di applicazione oggettivo dell'accesso civico generalizzato (circa l'attività procedimentale della p.a.) rispetto alle previgenti disposizioni relative agli obblighi di pubblicazione. Dall'esame della nuova disciplina emerge immediatamente come l'accesso civico generalizzato riguardi tutti i dati e i documenti detenuti dalla pubblica amministrazione, mentre l'art. 1 del d.lgs. n. 33 del 2013 faceva espresso riferimento alle sole informazioni concernenti "l'attività e l'organizzazione" della p.a., apponendo un serio limite (tuttora operante) in relazione agli obblighi di pubblicazione.

L'art. 2, comma 1, del Dec. Lgs. n. 33 del 2013, così come modificato dall'art. 3 del Dec. Lgs. n. 97 del 2016, nel definire il rapporto di complementarietà³⁸² esistente tra il nuovo regime di accessibilità e i previgenti obblighi di pubblicazione sancisce, infatti, *"la libertà di accesso di chiunque ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni e dagli altri soggetti di cui all'articolo 2 bis, garantita, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti, tramite l'accesso civico e tramite la pubblicazione di documenti, informazioni e dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni e le modalità per la loro realizzazione"*.

Come è noto, l'istanza di accesso civico generalizzato, al pari di quella di accesso civico "rimediale", può essere proposta da chiunque e non deve essere motivata. La differenza fondamentale risiede nel fatto che la prima non presuppone l'inadempimento di un obbligo di pubblicazione e può astrattamente riguardare qualunque dato compreso nel patrimonio informativo della p.a. Se il regime di pubblicazione dei dati (concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni) valorizzava principalmente il bisogno di conoscere individuale per assicurare l'osservanza degli obblighi di legge, al contrario l'accesso civico generalizzato promuove un effettivo "diritto di conoscere", che individua nei cittadini gli effetti proprietari delle informazioni richieste.

Da tale assunto deriva non solo l'indipendenza di questa nuova forma di diritto d'accesso da eventuali obblighi di pubblicazione, ma anche la sua autonomia dalla titolarità (in capo all'istante) di situazioni giuridiche soggettive rilevanti e connesse all'ostensione delle informazioni richieste.

Sul piano oggettivo, il terzo comma del vigente articolo 5 del T.U. della Trasparenza prevede che l'istanza di accesso civico generalizzato non debba indicare con precisione i dati e i

³⁸² Al riguardo, si veda COLAPIETRO C., *L'"importazione" del diritto di accesso civico generalizzato nel nostro ordinamento, in bilico tra legittime...*, op. cit. L'Autore parla di un "doppio binario di conoscibilità dell'azione amministrativa".

documenti richiesti. Diversamente dall'originaria formulazione della disposizione, infatti, il testo finale non reca il riferimento a una "chiara" identificazione del relativo dato informativo. Tale modifica, suggerita nel parere consultivo reso dal Consiglio di Stato³⁸³, è stata infatti introdotta per evitare che le amministrazioni adite potessero agevolmente negare l'accesso richiesto motivando sulla base dell'insufficiente specificità dell'istanza presentata. L'organo di consulenza giuridico amministrativa aveva inoltre formulato importanti osservazioni in ordine alle modalità di trasmissione della relativa istanza.

Il citato comma terzo prevede, infatti, che essa possa essere proposta:

- “- all'Ufficio che detiene i dati, le informazioni o i documenti;*
- all'Ufficio relazioni con il pubblico (URP);*
- ad altro Ufficio indicato dall'amministrazione nella sezione “Amministrazione trasparente” del sito istituzionale;*
- al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, ove l'istanza abbia a oggetto dati, informazioni o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria (accesso civico ex art. 5, comma 1)”.*

Condividendo il timore (già espresso dalle competenti Commissioni Parlamentari) che un simile regime potesse ingenerare confusione nell'utenza, risultando eccessivamente complesso e inefficiente, il parere consultivo suggerì l'istituzione un “*desk telematico unico per la trasparenza*” quale principale interfaccia rivolta al cittadino. Tuttavia, il legislatore delegato non ha recepito detta soluzione per non gravare le pubbliche amministrazioni di ulteriori oneri organizzativi ed economici, apparentemente stridenti con le auspiccate logiche di semplificazione professate nel decreto legislativo. Pertanto, detto delicato profilo è stato riservato all'autonomia organizzativa dei pubblici uffici.

Una volta proposta l'istanza a uno degli uffici sopra indicati, inizia invero a decorrere il termine di trenta giorni entro il quale l'amministrazione adita deve concludere il relativo procedimento tramite l'adozione di un provvedimento espresso e motivato.

Originariamente, lo schema di decreto licenziato dal Governo prevedeva che l'inerzia dell'amministrazione a fronte di (entrambe le tipologie di) accesso civico dovesse integrare un'ipotesi di silenzio diniego. Senonché, il legislatore delegato ha successivamente modificato il tenore delle relative disposizioni in materia di accesso civico generalizzato gravando

³⁸³ Si veda, sul punto, Cons. St., Sez. Cons. per gli Atti Normativi, parere 24 febbraio 2016, n. 515, cit.

l'amministrazione dell'onere di motivare adeguatamente il mancato accoglimento della richiesta formulata dal privato. Sarebbe infatti risultato in contraddizione con il modello di *disclosure* perseguito consentire un diniego di accesso che costringesse l'istante a presentare ricorso "al buio". L'instaurazione di un efficace contraddittorio procedimentale è peraltro garantita dall'obbligo per l'amministrazione adita di notificare i controinteressati circa la ricezione dell'istanza di accesso civico generalizzato. In base alle indicazioni fornite dalla circolare n. 2/2017 adottata dal Dipartimento per la Funzione Pubblica, l'individuazione degli eventuali controinteressati deve avvenire valutando attentamente la natura dei dati e dei documenti richiesti. Entro dieci giorni da tale comunicazione, essi possono presentare opposizione, con conseguente sospensione dei termini di conclusione del procedimento.

Ove non vi siano controinteressati da coinvolgere nella relativa procedura e non ricorrano motivi ostativi all'accesso, l'amministrazione deve provvedere a trasmettere tempestivamente all'istante i dati informativi richiesti o il collegamento ipertestuale per accedervi in caso di loro pubblicazione sul proprio sito istituzionale. Fatta eccezione per il rimborso degli eventuali costi di riproduzione, l'accesso civico generalizzato ha carattere gratuito. Coerentemente con la sua naturale gratuità, peraltro, esso opera con riferimento a documenti e dati già disponibili presso gli uffici pubblici e non può invece riguardare dati "grezzi" o altre informazioni che richiederebbero elaborati e costosi processi di rielaborazione.

Qualora, poi, l'amministrazione propenda per l'accoglimento dell'istanza nonostante l'opposizione del controinteressato informa preliminarmente quest'ultimo lasciandogli, salvi i casi di indifferibilità, un margine temporale di 15 giorni entro il quale presentare ricorso prima di procedere all'ostensione dei dati. L'istante e il controinteressato possono infatti attivare vari rimedi amministrativi o giurisdizionali a fronte del rigetto della domanda o dell'opposizione presentata. In particolare, la tutela di carattere giustiziale si attiva con l'eventuale presentazione di una richiesta di riesame al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza³⁸⁴, che decide con provvedimento motivato, entro il termine di 20 giorni³⁸⁵. Peraltro, qualora l'organo di controllo richieda il parere dell'A.N.A.C., detto termine è prorogato *ex lege*

³⁸⁴ Come già osservato, quest'ultimo organo ha l'ulteriore compito, ai sensi del comma 10 dell'art. 5 del T.U. della Trasparenza, di segnalare le ipotesi di inadempimento totale o parziale degli obblighi di pubblicazione all'organo di vertice politico dell'amministrazione, all'Organismo indipendente di valutazione e all'A.N.A.C. ai fini dell'attivazione della responsabilità dirigenziale e, nei casi più gravi, della responsabilità disciplinare.

³⁸⁵ La citata circolare n. 2/2017 adottata dal Dipartimento della funzione pubblica evidenzia come la procedura di riesame "*si discosta sia dalla norma che disciplina l'accesso ai documenti, che non prevede una procedura di tutela amministrativa interna, con la possibilità di chiedere il riesame a un altro soggetto appartenente alla stessa amministrazione, sia dalla disciplina in tema di obblighi di pubblicazione, per i quali è espressamente previsto dall'art. 5, comma 3, lett. d), che l'istanza vada inoltrata, già in prima battuta, direttamente al RPCT e non, come per l'accesso generalizzato, all'ufficio che detiene i dati, o all'URP o ad altro ufficio indicato discrezionalmente dall'amministrazione sul sito istituzionale (art. 5, comma 3, lett. a), b) e c)*".

di 15 giorni. Inoltre, in caso di diniego o di differimento dell'accesso per esigenze di tutela dei dati personali, la normativa prevede il parere obbligatorio del Garante della Privacy, che deve essere reso entro il termine di 10 giorni, con conseguente sospensione dei termini di conclusione del procedimento.

Appare evidente come la gestione "diffusa", anziché "accentrata", delle istanze di riesame ostacoli la formazione di orientamenti costanti e di una casistica consolidata capace di produrre un effetto deflattivo sul contenzioso in materia. Tuttavia, il legislatore delegato non ha ritenuto opportuno affidare l'esame di tali istanze a un'unica Autorità appositamente costituita, né ha attribuito la relativa competenza alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi³⁸⁶ sulla falsariga del procedimento disciplinato dall'art. 25 della legge n. 241/90. Detto aspetto della riforma rende evidente come gli oneri economici fisiologicamente connessi con l'introduzione di un regime FOIA siano del tutto incompatibili con l'ottimistica clausola di invarianza finanziaria con cui si conclude il Dec. Lgs. n. 97/2016³⁸⁷.

Diversamente da altri interventi di riforma della trasparenza amministrativa, quale quello realizzato dal legislatore britannico³⁸⁸, infatti, la disciplina introdotta in Italia non garantisce un adeguato coordinamento tra la concreta operatività dei rimedi amministrativi e le indicazioni fornite alle pp.aa. per la gestione delle future istanze d'accesso.

L'inevitabile frammentarietà delle decisioni giurisdizionali rende dunque probabile un frequente ricorso agli organi giurisdizionali al fine di ottenere una tutela effettiva del "diritto di conoscere". I provvedimenti adottati dall'amministrazione cui sia stata rivolta l'istanza di accesso e le eventuali decisioni di riesame possono infatti essere impugnati dinnanzi al TAR secondo il rito speciale³⁸⁹ disciplinato dall'art. 116 c.p.a.³⁹⁰

Al di là del contenzioso giurisdizionale legato alla gestione delle istanze di accesso civico generalizzato, si è tuttavia rilevato come l'esame di tale richieste in sede procedimentale si

³⁸⁶ Sul punto, si veda COLAPIETRO C., *L'“importazione” del diritto di accesso civico generalizzato nel nostro ordinamento, in bilico tra legittime... op. cit.*, pag. 22. L'Autore rileva come l'attuale struttura della Commissione non sarebbe stata idonea ad affrontare l'aumento esponenziale del contenzioso che sarebbe derivato dalle nuove competenze. In particolare, oltre all'attribuzione di risorse idonee, il legislatore avrebbe dovuto *“riconoscere alla medesima i poteri ordinatori, sostitutivi e sanzionatori, indispensabili a garantire l'effettività delle sue statuizioni”*.

³⁸⁷ Vedi, *infra*, Cap. V.

³⁸⁸ Il riferimento è all'*Information Commissioner's Office* Britannico, il cui ruolo è approfondito *infra*.

³⁸⁹ Come noto, il rito dell'accesso si caratterizza per la sua maggior semplicità rispetto al rito ordinario: il giudizio non prevede l'obbligo di assistenza tecnica, si svolge in camera di consiglio, e si conclude mediante l'adozione di una decisione in forma semplificata.

³⁹⁰ Sull'ammissibilità di una legittimazione a ricorrere al T.A.R. del controinteressato, oltre che del richiedente, si vedano CHIEPPA R., GIOVAGNOLI R. (a cura di), *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, pag. 730. Gli Autori ritengono infatti che il terzo controinteressato nel relativo giudizio, in quanto litisconsorte necessario, possa vantare una speculare legittimazione a impugnare ex art. 116 c.p.a. la determinazione di accoglimento adottata dall'amministrazione in sede procedimentale lamentandone la lesività del suo diritto alla riservatezza.

traduca in un'attività particolarmente dispendiosa per le pubbliche amministrazioni in termini di impiego di risorse e infrastrutture. Nelle prime fasi della sua attuazione, infatti, l'istituto dell'accesso civico generalizzato è venuto a incidere sul delicato tema della trasparenza orizzontale essenzialmente come uno strumento di *enforcement*, che ricorda, per certi aspetti, la funzione propria delle *astreintes* nell'ambito dei rapporti pubblicistici e privatistici. Al pari di tali strumenti di coazione indiretta, volti a "indurre" l'adempimento delle obbligazioni da parte del debitore, infatti, l'accesso civico svolge in parte un'analogia funzione allo scopo di favorire la "spontanea" pubblicazione di talune informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni³⁹¹. Non diversamente dai debitori cui siano applicate le *astreintes*, infatti, gli uffici pubblici sono incentivati ad adottare un comportamento virtuoso dalla prospettazione dei gravi oneri di tipo economico e organizzativo inevitabilmente connessi a un loro approccio poco collaborativo. In particolare, i costi connessi alla gestione caso per caso di innumerevoli istanze di accesso civico generalizzato potrebbero indurre i dirigenti pubblici ad adottare approccio proattivo (anziché "reattivo") nella gestione del proprio patrimonio informativo e a procedere, dunque, alla spontanea pubblicazione dei dati di evidente interesse per l'utenza che non siano stati interessati da un obbligo legale di pubblicazione.

E' infatti evidente come le pubbliche amministrazioni tendano a percepire, quantomeno nel breve periodo, i gravosi oneri di trattazione e comunicazione derivanti dall'obbligo di rispondere puntualmente a innumerevoli istanze di accesso civico diffuso quasi alla stregua di vere e proprie "sanzioni". L'introduzione degli obblighi connessi al nuovo regime di accessibilità totale costituisce, infatti, un serio incentivo per favorire un nuovo approccio nella gestione dei dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni, creando una naturale tendenza verso la trasparenza proattiva. Nelle intenzioni del legislatore, il "piano inclinato" che porterà sempre più rapidamente a quest'ambito risultato è rappresentato proprio da quelle logiche di efficienza e di economicità in cui si declina il principio di buon andamento. I dirigenti pubblici potrebbero essere infatti indotti a individuare, di volta in volta, i dati maggiormente richiesti dagli istanti e a procedere

³⁹¹ Si veda, GARDINI G., *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure...*, op. cit.: "l'accesso civico generalizzato (art. 5, comma 2, o modello F.O.I.A) è stato introdotto per realizzare il diritto all'informazione amministrativa del singolo, rendendolo parte attiva nella ricerca e ottenimento di informazioni pubbliche a cui è interessato, l'accesso civico strumentale (art. 5, comma 1) è concepito come rimedio, tecnica di esecuzione forzata degli obblighi di pubblicazione spettanti alla PA, che viene consegnata nelle mani del cittadino non (solo) per soddisfare un interesse proprio, bensì per costringere l'amministrazione ad ottemperare ad un dovere. Nei paesi che seguono il modello F.O.I.A. la pubblicazione online nasce come metodo di razionalizzazione degli obblighi di accesso civico: dinanzi a richieste seriali di accesso civico, le amministrazioni decidono di pubblicare spontaneamente (e, in alcuni casi, su indicazione del legislatore) le informazioni e i documenti più frequentemente richiesti, in modo da assolvere gli obblighi di ostensione preventivamente, senza dover rispondere alle singole richieste di accesso. In Italia, invece, la dinamica è rovesciata: prima nascono gli obblighi di pubblicazione, cui si accompagna una sorta di accesso civico (che tale non è) intestato ai cittadini e volto a costringere le amministrazioni ad ottemperare agli obblighi inadempiti; successivamente, e cumulativamente, viene introdotto l'accesso civico vero e proprio, quale mezzo di realizzazione del diritto all'informazione dell'individuo".

alla loro pubblicazione al precipuo scopo di fronteggiare “massivamente” le eventuali richieste d’accesso.

Simili comportamenti proattivi e virtuosi, spesso estranei alle logiche tradizionali dei pubblici uffici (se non, addirittura, in aperto contrasto con le loro prassi consolidate), potrebbero essere sostanzialmente percepiti dai destinatari delle nuove direttive come un “male minore” rispetto alla gestione di numerosissime pratiche di identico contenuto³⁹² o, persino, come un “male necessario” dettato dall’esigenza di prevenire la formazione di un grave arretrato nella gestione di puntuali obblighi di pubblicazione.

Al riguardo, si deve peraltro evidenziare come l’accesso generalizzato svolga una funzione parzialmente simile anche nell’ordinamento Statunitense³⁹³, dove le istanze private contribuiscono a conformare il regime degli obblighi di pubblicazione. L’articolo 552 del *Freedom of Information Act* americano prevede infatti la pubblicazione sul *Federal Register* della documentazione già rilasciata in accoglimento di un’istanza di accesso qualora, alternativamente, essa risulti richiesta alla medesima agenzia per almeno tre volte oppure vada comunque considerata oggetto di eventuali domande seriali³⁹⁴.

³⁹² Al riguardo, si deve ricordare come il sistema di protocollazione automatica delle PEC adottato da alcune pubbliche amministrazioni determini la qualificazione di ciascuna istanza come un’autonoma pratica. L’art. 5, co. 3, del D. Lgs. n. 33/2013 (s.m.i.) prevede infatti che la trasmissione per via telematica costituisca la modalità ordinaria di presentazione delle istanze e l’art. 65, co. 1, del D. Lgs. 82/2005 (s.m.i.) indica i presupposti al ricorrere dei quali tali domande risultano “valide ed equivalenti” rispetto alle istanze che rechino firma autografa apposta in presenza del dipendente addetto al procedimento. Senonché, il fatto che le prassi di gestione delle singole pratiche siano spesso rigidamente formali e scarsamente improntate alla celerità può determinare facilmente la formazione di un considerevole arretrato, in particolare a fronte di istanze “seriali” che presentino un analogo contenuto. Chiaramente, la presenza di un elevato numero di pratiche protocollate rimaste inevase costituisce un dato oggettivo che incide negativamente sulla valutazione delle performance manageriali dei dirigenti pubblici. Dette implicazioni in punto di responsabilità dirigenziale appaiono invero giustificate dal fatto che una costante analisi dei flussi delle domande dal contenuto simile e l’adozione di previdenti interventi di pubblicazione “generalizzata” dei dati maggiormente richiesti potrebbero (quantomeno, astrattamente) prevenire la formazione di un serio arretrato nella gestione delle pratiche seriali.

³⁹³ Per un’aggiornata analisi comparatistica della disciplina Statunitense sulla trasparenza amministrativa, si veda VAUGHN R. & MESSITTE P., *Access to Information Under the Federal Freedom of Information Act in the United States*, in BLANKE H., PERLINGEIRO R. (a cura di), *The Right of Access to Public Information...*, op. cit., pagg. 191 – 234, nonché, CARBONARA L., in SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L’accesso dei cittadini: esperienze di informazione amministrativa a confronto*, op. cit., pag. 93 e ss. Il sistema FOIA americano ha costituito un importante modello di riferimento per la riforma della disciplina italiana della trasparenza poiché si fonda su una generale presunzione di accessibilità delle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni. Il diniego di accesso deve essere infatti adeguatamente motivato dall’amministrazione valutando se l’ostensione dei dati richiesti risulti, in concreto, pregiudizievole (c.d. “*harm test*”) per gli interessi specificamente protetti dalla legge e se l’interesse perseguito dall’istante prevalga o meno su quello tutelato da una delle nove eccezioni tassativamente previste dalla normativa di settore. Una radicale differenza tra il modello italiano e quello statunitense si ravvisa, però, nei meccanismi di supervisione nell’attuazione del FOIA, poiché nell’ordinamento americano le relative funzioni risultano affidate a un unico organismo: l’*Office of Government Information Services* (OGIS), istituito con la riforma del 2007 presso la *National Archives and Records Administration* (NARA, adibita alla conservazione della documentazione governativa).

³⁹⁴ Per approfondimenti sul tema, si veda DI MASCIO F., *La trasparenza presa sul serio: gli obblighi di pubblicazione nell’esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 2016, pag. 1095 e ss.

Al precipuo fine di prevenire la presentazione di un elevato numero di domande d’accesso di natura seriale (“*frequently requested records*”), la normativa FOIA assoggetta a un regime di pubblicazione obbligatoria la

Al fine di prevenire il pregiudizio economico (e organizzativo) che deriverebbe dalla loro inerzia, dunque, i pubblici uffici potrebbero essere naturalmente indotti ad abbracciare iniziative e modalità operative contrarie alle loro prassi consolidate e maggiormente coerenti con la nuova era della trasparenza che si sta progressivamente affermando.

4.2 Le eccezioni “assolute” e “relative” all’accesso civico generalizzato

Per comprendere appieno le suesposte asserzioni è necessario analizzare come si conformino esattamente i citati “costi” gravanti sui pubblici uffici nell’ambito della nuova gestione del patrimonio informativo delle pp. aa.

Com’è noto, nell’ambito degli obblighi di pubblicazione la ponderazione comparativa tra l’interesse conoscitivo ed eventuali altri interessi antagonisti (quali, in primo luogo, la tutela della riservatezza) veniva compiuta in astratto ed *ex ante* dal legislatore stesso. Pertanto, gli uffici pubblici coinvolti venivano ad avere un ruolo prevalentemente passivo nell’attuazione di una scelta già compiuta nel senso della prevalenza della promozione della trasparenza.

Il nuovo regime introdotto con l’art. 5-*bis* del Dec. Lgs. n. 33 del 2013 ne incrementa invece le responsabilità risultando, a un tempo, più flessibile e più complesso. Detta disposizione, che costituisce la pietra angolare del sistema F.O.I.A. italiano, prevede infatti che la suddetta ponderazione comparativa debba essere compiuta in concreto ed *ex post* dai pubblici funzionari preposti all’esame delle istanze d’accesso civico generalizzato. L’art. 5 bis indica invero un articolato insieme di interessi pubblici e privati qualificati la cui tutela può giustificare il rigetto della richiesta proposta in materie estranee agli obblighi di pubblicazione. L’amministrazione destinataria della richiesta deve dunque esaminare caso per caso le istanze proposte e può legittimamente negare l’ostensione dei dati ove essa possa arrecare un pregiudizio concreto a uno di tali interessi. Il terzo comma dell’art. 5 bis rende comunque superflua l’analisi di tali eccezioni “relative”, laddove precisa che la trasmissione dei dati è comunque esclusa al ricorrere di talune eccezioni “assolute” al regime di accessibilità totale, ovvero “*nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l’accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all’articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990*”.

Con specifico riferimento alle eccezioni relative connesse alla salvaguardia di interessi

documentazione già rilasciata all’istante che sia stata richiesta almeno tre volte, nonché le informazioni che appaiano, comunque, di particolare interesse per la collettività. A tal fine, dev’essere predisposto un apposito indice generale che agevoli la consultazione la fruizione dei dati pubblicati da parte dell’utenza.

pubblici, l'elenco all'uopo stilato dal legislatore riflette sostanzialmente quello dei principali sistemi F.O.I.A. europei e quello definito dal regolamento UE in materia di accesso agli atti³⁹⁵. Pertanto, l'ostensione dei dati può essere legittimamente negata ogniqualvolta essa possa arrecare pregiudizio a uno dei seguenti interessi: *“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”*.

I corrispondenti interessi di natura privatistica sono invece indicati nel secondo comma, che elenca *“a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali”*.

La complessità dell'esame affidato ai pubblici funzionari in ciascun episodio di contatto informativo tra amministrazione e amministrati appare, a prima vista, difficilmente conciliabile con i termini brevi stabiliti dal legislatore per la conclusione del procedimento. Inoltre, la formulazione delle eccezioni relative, necessariamente di natura generale e astratta, rende necessaria una successiva operazione di concretizzazione tecnica per definirne le concrete modalità di applicazione. Appare evidente come il passaggio dal dato normativo puro all'esame della singola istanza di accesso civico risulti un momento critico nell'attuazione del sistema F.O.I.A. Esso si traduce, infatti, in un impegno molto oneroso per le pubbliche amministrazioni e l'ampia discrezionalità lasciata ai pubblici uffici nell'interpretazione delle eccezioni relative reca, peraltro, il rischio di possibili abusi volti a depotenziare significativamente il diritto a conoscere degli istanti³⁹⁶. Nel momento in cui, diversamente da quanto avvenuto con gli obblighi di pubblicazione, non è più il legislatore stesso a svolgere *ex ante* una ponderazione comparativa tra l'interesse conoscitivo che investa un determinato settore dell'azione amministrativa e gli interessi pubblici e privati eventualmente contrastanti con l'ostensione dei dati, il complesso e gravoso onere di individuare l'interesse prevalente nell'ambito dell'attività di gestione dei dati ricade inevitabilmente sui singoli funzionari in sede di successivo esame di ciascuna pratica.

³⁹⁵ Vedi SAVINO M., *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit.

³⁹⁶ Sul punto si veda CARLONI E., *Se questo è un Foia. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Astrid Rassegna*, n. 4/2016, 7. Secondo l'Autore, infatti, l'assenza di interventi chiarificatori in ordine alla valutazione del pregiudizio che la pubblicazione potrebbe arrecare agli interessi tutelati potrebbero indurre le pubbliche amministrazioni a *“utilizzare la propria discrezionalità nella maniera più ampia, al fine di estendere gli ambiti non aperti alla trasparenza”*.

Nello stesso senso, si veda anche PONTI B., *La trasparenza ed i suoi strumenti: dalla pubblicità all'accesso generalizzato*, in *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, a cura di PONTI B., op. cit., pag. 58.

Evidenti esigenze di semplificazione e coordinamento rendono dunque necessario un intervento chiarificatore della reale portata delle suddette eccezioni, onde prevenirne un'incontrollata interpretazione estensiva da parte dei pubblici uffici e la conseguente neutralizzazione dell'accessibilità totale promossa dalla riforma. A tal fine, il legislatore delegato ha previsto l'innesto, tra il dato normativo e l'applicazione delle nuove disposizioni normative da parte dei funzionari pubblici, di un intervento di *soft law*³⁹⁷ finalizzato alla concretizzazione tecnica del regime di eccezioni relative definito in termini generali dal Dec. Lgs. n. 97/2016.

Il legislatore delegato ha infatti attribuito all'Autorità Nazionale Anticorruzione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza Unificata, il compito di adottare specifiche Linee guida per la definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico³⁹⁸.

Il primo intervento di concretizzazione tecnica delle suddette eccezioni relative si è avuto con l'adozione della Delibera A.N.A.C. n. 1309 del 28 dicembre 2016, recante le "*Linee guida per la definizione delle esclusioni e dei limiti al nuovo accesso civico generalizzato*"³⁹⁹.

Senonché, detto intervento di *soft law* non sembra aver finora realizzato correttamente le sue funzioni. Il contenuto prettamente definitorio di alcune indicazioni contenute nelle linee guida e la mancata definizione di una casistica esemplificativa che contribuisse a chiarire come le eccezioni debbano "vivere" nella loro concreta applicazione ha frustrato le grandi aspettative in esso riposte. Il tessuto normativo a fondamento della riforma non può infatti ritenersi completo fintantoché detto intervento chiarificatore non sia correttamente realizzato. Senonché, la delibera dell'A.N.A.C. non sembra solo aver omesso le necessarie indicazioni univoche da fornire ai pubblici uffici, ma ha anche introdotto un'ulteriore potenziale fonte di confusione nel raccomandare alle amministrazioni destinatarie l'adozione di un regolamento interno per chiarire all'utenza la disciplina delle diverse forme di accesso. Detta previsione non sembra solo traslare "a valle" sugli uffici pubblici un intervento chiarificatore che era stato espressamente affidato a tale Autorità, ma rischia anche di pregiudicare evidenti esigenze di uniformità e coerenza frammentando in un successivo mosaico di regolamenti le scelte unitarie compiute a livello

³⁹⁷ La scelta governativa di ricorrere al peculiare strumento normativo rappresentato dalle c.d. "*Guide Lines*" è stata adottata disattendendo il parere contrario reso sul punto dal Garante della Privacy. Detta Autorità aveva infatti suggerito l'adozione di un regolamento attuativo che individuasse dettagliatamente le categorie di dati e documenti suscettibili di accesso per perimetrare con maggior precisione l'area di legittimo rigetto delle istanze.

³⁹⁸ Si veda il testo dell'art. 5-bis, comma 6, del Dec. Lgs. n. 33 del 2013 e, per un primo commento sul suo tenore nella definizione del compito delle linee guida, PONTI B., *La trasparenza ed i suoi strumenti: dalla pubblicità all'accesso generalizzato*, op. cit.

³⁹⁹ Il testo delle *guide lines* è reperibile sul sito istituzionale dell'A.N.A.C. Si veda, inoltre, il testo del Provvedimento n. 521 del 15 dicembre 2016 adottato dal Garante per la protezione dei dati personali per il perfezionamento dell'Intesa con l'Autorità Nazionale Anti Corruzione in materia di guide lines relative alla concreta operatività dell'accesso civico generalizzato.

accentrato⁴⁰⁰. Pertanto, tale rinvio contenuto nelle Linee guida dev'essere interpretato restrittivamente, limitando l'esercizio della potestà regolamentare ai soli profili prettamente organizzativi e gestionali. Peraltro, l'ulteriore suggerimento di attribuire a un unico ufficio la competenza a gestire le istanze di accesso, garantendo così il coordinamento tra le varie strutture di ciascuna amministrazione detentrici dei dati richiesti, presupporrebbe l'adibizione a tale delicato compito di numerose risorse professionalmente adeguate, apparentemente incompatibile con la "cronica insufficienza di dotazione organica e finanziaria delle pp.aa."⁴⁰¹

A ulteriore conferma della scarsa utilità pratica delle prime *guide lines* adottate dall'A.N.A.C., si può inoltre rilevare come esse si limitino a ribadire l'ambito di applicazione oggettiva e soggettiva dei nuovi obblighi di trasparenza amministrativa già definiti dal legislatore delegato. In particolare, dopo aver ribadito la differenza tra "dati" e "documenti amministrativi", esse escludono l'inammissibilità delle istanze che non indichino specificamente l'esatta ubicazione di quest'ultimi. Detta precisazione appare invero superflua nell'ambito di una normativa volta a esaltare il diritto a conoscere dei consociati e a evitare che le legittime richieste d'accesso possano essere cassate valorizzando profili di forma e l'assenza di competenze tecniche di cui un operatore non professionale potrebbe anche essere privo. Pur tenendo conto dell'asimmetria informativa che fisiologicamente caratterizza il rapporto tra amministrazione e amministrati, le Linee guida chiariscono l'inammissibilità delle istanze puramente "esplorative", nonché di quelle eccessivamente generiche o pacificamente sproporzionate e/o irragionevoli. Naturalmente, detta valutazione deve essere preceduta dalla previa instaurazione di un contraddittorio collaborativo con l'istante, volto a precisare i termini della domanda in modo tale da renderla compatibile con le contingenti esigenze di buon andamento.

Tuttavia, come accennato, il citato intervento di *soft law* è apparso maggiormente carente proprio in relazione a quello che sarebbe dovuto essere il suo nodo centrale: l'esatta determinazione dei limiti di operatività delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico generalizzato indicati dal secondo comma dell'art. 5 bis del T.U. della Trasparenza. Sembra infatti che il compito, invero non semplice, di agevolare l'instaurazione di prassi virtuose nella gestione amministrativa delle istanze, al fine di armonizzare il nuovo regime di accessibilità totale con le susesposte esigenze di tutela di interessi pubblici e privati qualificati, non sia stato pienamente raggiunto dall'Autorità emanante le Linee guida. In particolare, il punto 5.2 delle

⁴⁰⁰ Al riguardo, si veda il Punto 2.2, lett. *iii*, della Circolare n. 2/2017 emanata dal D.P.M. Al fine di prevenire un'incontrollata disciplina di dettaglio del regime delle eccezioni, la Circolare ha chiarito come i regolamenti interni eventualmente adottati dalle amministrazioni possano avere a oggetto soltanto i profili procedurali e operativi di carattere interno e non la concreta accessibilità dei dati richiesti dagli istanti.

⁴⁰¹ In questo senso, COLAPIETRO C., *L'"importazione" del diritto di accesso civico generalizzato nel nostro ordinamento, in bilico tra legittime...*, op. cit., pag. 26.

guide lines, nel definire le modalità di svolgimento dell'attività discrezionale di bilanciamento, reca indicazioni molto difficili da osservare per le amministrazioni adite e non sembra considerare appieno l'effettiva natura delle pratiche che esse sono chiamate a gestire. Tra i vari aspetti rilevanti sotto questo aspetto, si può focalizzare l'attenzione sull'onere per gli uffici pubblici di verificare il preciso rapporto eziologico intercorrente in concreto tra l'eventuale accoglimento della domanda di accesso e un potenziale pregiudizio per gli interessi pubblici o privati tutelati dal legislatore. Dal momento che le istanze di accesso civico generalizzato possono essere proposte anche in assenza di una specifica motivazione inerente alla posizione vantata dal richiedente e all'uso che questi intenda fare dei dati richiesti, appare arduo per gli uffici pubblici (legittimati passivi del suo "*right to know*") ricostruire in un giudizio ipotetico tutte le potenziali conseguenze dell'ostensione delle informazioni detenute. Non si comprende, infatti, come le pubbliche amministrazioni possano, in assenza di qualsivoglia corredo motivazionale delle istanze di accesso, intuire il pregiudizio diretto, concreto e altamente probabile per (almeno uno degli) interessi tutelati. Pertanto, se l'assenza di oneri motivazionali in capo al richiedente favorisce l'esplicazione del diritto alla conoscenza, prevenendo il rigetto delle istanze sulla base di questioni di rito o di legittimazione attiva (come avvenuto a lungo in materia di accesso documentale), essa sembra altresì aggravare la posizione dei uffici pubblici, privandoli proprio di quei dati che sarebbero loro necessari per compiere in concreto il giudizio prognostico di eventuale pregiudizio secondo le indicazioni contenute nelle Linee guida. In assenza di motivazione e di eventuali ulteriori fonti di informazione, infatti, le valutazioni circa la potenziale lesione degli interessi protetti possono evidentemente essere compiute solo in astratto e non in concreto⁴⁰². Le linee guida, destinate a costituire un pratico strumento di lavoro per i pubblici funzionari, non sembrano invero aver tenuto conto di tale intuitiva problematica connessa alla gestione delle istanze. Invero, l'inadeguatezza di alcune indicazioni procedurali ivi contenute rappresenta verosimilmente la conseguenza dei brevi termini di emanazione delle *guide lines* e dell'assenza di risorse adeguate per legiferare in un settore così complesso e così innovativo rispetto alla nostra tradizione amministrativa. La riforma della trasparenza rischia dunque di rimanere a lungo inespressa fintantoché non sarà dedicato il tempo, le competenze e le risorse necessarie per fornire linee guida realmente utili ai pubblici uffici. In attesa che ciò avvenga, le attuali *guide lines* possono essere razionalizzate valorizzando il contributo della dottrina e della giurisprudenza, nonché recependo le migliori prassi sviluppate dagli stessi uffici

⁴⁰² Si veda ADDANTE F., *Ottimi i miglioramenti dell'ANAC, ma occorre fare ancora tanto per un vero FOIA*, in www.forumpa.it, 11 gennaio 2017.

amministrativi in sede di esame delle istanze⁴⁰³. Si tratta, invero, di un'operazione molto complessa che potrebbe però consentire di estrapolare (da taluni provvedimenti amministrativi e giurisdizionali) importanti indicazioni di portata generale, destinate a costituire l'architettura delle future linee guida.

Sembra infatti possibile supplire all'inefficienza dell'intervento di *soft law* operato dall'A.N.A.C. grazie al prezioso contributo fornito da quegli stessi uffici che detta Autorità avrebbe dovuto guidare e agevolare. Rimangono tuttavia le già citate perplessità sull'opportunità dell'originaria scelta legislativa di affidare un compito così delicato nell'ambito dell'attuazione della riforma a un'Autorità priva di una pregressa competenza in materia di corretta gestione dei dati. Sebbene l'attribuzione di detta competenza possa apparire riconducibile, quantomeno in parte, alla stretta connessione esistente tra lo sviluppo della trasparenza amministrativa e il potenziamento degli strumenti di prevenzione e contrasto dei fenomeni corruttivi, non si può negare che tale Autorità fosse verosimilmente priva delle risorse professionali necessarie per provvedere in tempi rapidi alla regolamentazione di un settore estraneo alle sue originarie competenze. Si può pertanto affermare che l'eventuale attribuzione di tale competenza para-normativa ad altri organi o ad altre *Authorities*, dotate di maggior esperienza in materia e di maggiori risorse in termini di personale e infrastrutture, avrebbe forse facilitato le prime fasi di attuazione della riforma.

L'improvviso aggravio degli oneri amministrativi e burocratici in materia di trasparenza e l'assenza di un adeguato supporto per assicurare un'efficace gestione delle istanze hanno invero indotto parte dei pubblici uffici (e della stessa giurisprudenza amministrativa) a reagire, nell'immediato, in modo sostanzialmente ostruzionistico alla riforma, interpretando estensivamente⁴⁰⁴ le eccezioni relative all'accesso civico generalizzato. In particolare, alcune pronunce⁴⁰⁵ hanno ricondotto nell'ambito di tali eccezioni anche le limitazioni contenute in fonti

⁴⁰³ Si veda MARCHETTI A., *Le nuove disposizioni in tema di pubblicità e trasparenza amministrativa dopo la riforma 'Madia'*, op. cit., pag. 33, per la valorizzazione del ruolo delle *best practices* nella futura attuazione della riforma.

⁴⁰⁴ Vedi SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L'accesso dei cittadini: esperienze di informazione amministrativa a confronto, Rapporto IRPA 1/2018*, op. cit. Secondo gli Autori, infatti, la disciplina in esame "richiede adempimenti complessi come la realizzazione di registri elettronici dei documenti, coordinamento tra amministrazioni, educazione dei cittadini, buon senso nell'applicazione delle eccezioni. Queste attività richiedono amministrazioni efficienti, consapevoli dei problemi, prudenti nella definizione delle regole quanto decise nell'affermazione dei principi". Gli Autori valorizzano, altresì, il ruolo che avrà la giurisprudenza nella corretta attuazione della riforma, precisando come essa richieda "giudici disposti a sganciarsi dai tradizionali modelli di tutela e ad abbandonare principi che il legislatore ha voluto superare".

⁴⁰⁵ Il riferimento è alla recente sentenza n. 7592 del TAR Lazio, Sez. I, del 3 luglio 2017 e alla sentenza n. 2157 del TAR Lombardia, Sez. IV, del 14 novembre 2017. Dette pronunce hanno infatti interpretato estensivamente il rinvio alle eccezioni di cui all'art. 24, comma primo, della legge 241/90 contenuto nel terzo comma dell'art. 5 bis del D. Lgs. 33/2013. In contrasto con le intenzioni del legislatore del 2016, i giudici amministrativi hanno infatti ravvisato una tecnica di rinvio mobile alle molteplici limitazioni contenute nei regolamenti ministeriali. Per una lettura critica di tale interpretazione estensiva si veda SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L'accesso dei cittadini: esperienze di informazione amministrativa*, op. cit., pag. 19. Secondo gli Autori, infatti, detta interpretazione estensiva risulterebbe

normative di livello secondario, destinate a operare per il diverso istituto dell'accesso documentale. Al riguardo, si può ipotizzare che tali reazioni ermeneutiche "conservatrici" siano state parzialmente favorite dall'inefficiente "specificazione tecnica" delle suddette eccezioni relative. Come si è accennato, infatti, gli strumenti di *soft law* impiegati a tale scopo non hanno finora fornito ai pubblici funzionari l'auspicato strumento di lavoro necessario per favorire il compimento delle necessarie scelte provvedimentali (spesso complesse) entro un termine procedimentale molto breve⁴⁰⁶. La (forse inevitabile) superficialità a livello contenutistico di alcune indicazioni contenute nelle *Guide Lines* emanate dall'A.N.A.C. e la tecnica redazionale all'uopo impiegata si sono infatti tradotte in un'eccessiva responsabilizzazione degli uffici pubblici, ai quali non sono stati forniti parametri chiari e univoci suscettibili di limitarne opportunamente la discrezionalità amministrativa nell'ambito del delicato bilanciamento tra

in contrasto non solo con la chiara intenzione manifestata dal legislatore di richiamare le sole eccezioni di carattere generale all'accessibilità dei documenti amministrativi, ma anche con la riserva di legge primaria in materia di limitazioni al *right to know* desumibile dall'art. 10 CEDU. Aderendo alla tesi che ravvisa nella disciplina dell'accesso civico generalizzato l'attuazione di un principio di generale accessibilità del patrimonio conoscitivo della p.a. tutelato (sia pur indirettamente) a livello costituzionale, infatti, la normativa nazionale mutua ex art. 117 Cost. una riserva di legge che preclude l'operatività delle eccezioni (all'accesso documentale) previste in regolamenti ministeriali nel diverso ambito delle istanze di accesso civico generalizzato.

Invero, detta ricostruzione sembra rendere ancora più problematici i rapporti tra le diverse forme di accesso attualmente vigenti nel nostro ordinamento. Essa implica, infatti, che il tradizionale accesso documentale, pur avendo una portata molto più ristretta in termini di legittimazione ad agire, debba tollerare eccezioni all'ostensione dei documenti amministrativi introdotte da regolamenti amministrativi, mentre un istituto dall'ambito di applicazione molto più ampio, quale l'accesso civico generalizzato, ammetterebbe solo limitazioni introdotte da fonti normative di livello primario. Una possibile spiegazione razionale di tale differenziazione è forse ravvisabile nel diverso grado di approfondimento dell'indagine conoscitiva riconducibile ai due istituti: sotto tale profilo, il fatto che l'accesso civico generalizzato favorisca un controllo diffuso, ma, tendenzialmente, superficiale sull'azione amministrativa, appare invero astrattamente compatibile con l'inapplicabilità delle eccezioni regolamentari operanti per l'accesso documentale sui medesimi documenti. Tuttavia, nel caso in cui l'indagine condotta dall'istante non sia suscettibile di gradazione in termini di intensità dell'approfondimento, è possibile che l'interferenza tra i due istituti porti, in concreto, a situazioni apparentemente paradossali. Potrebbe infatti avvenire che il diniego d'accesso al medesimo documento, motivato dall'amministrazione adita richiamando le eccezioni contenute in regolamenti ministeriali, risulti legittimo nel caso di un'istanza di accesso documentale adeguatamente motivata e circoscritta e illegittimo nel caso di una più superficiale istanza di accesso civico generalizzato.

⁴⁰⁶ Per un'analisi critica sul punto, si veda GALETTA D. U., *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de "le vite degli altri"*, in *Federalismi.it* (9 maggio 2018). L'Autrice contesta espressamente l'opportunità della scelta legislativa di affidare alle Guide Lines dell'ANAC il compito di sciogliere i difficili nodi insiti nella ponderazione comparativa tra interesse alla conoscenza e interessi pubblici e privati qualificati che potrebbero essere pregiudicati dall'ostensione dei dati richiesti. Secondo l'Autrice, infatti, la concreta operatività delle eccezioni relative all'accesso civico generalizzato presuppone il compimento di delicate scelte politiche più che di mere considerazioni di natura squisitamente tecnica. Peraltro, l'affidamento di tale compito all'Autorità Nazionale Anti-Corruzione non avrebbe consentito di valorizzare adeguatamente il ruolo del Garante della Privacy, quale Authority operante da tempo nel settore. Quest'ultimo ente sarebbe stato infatti maggiormente propenso a trascendere il profilo eminentemente tecnico del confronto statico tra valori contrapposti e ad affrontare consapevolmente in via preventiva le sfide insite nel bilanciamento rimesso ai funzionari pubblici.

Lo stesso concetto è stato recentemente ribadito dall'Autrice in GALETTA D.U., *Access to Administrative Documents and to Public Sector Information in Italy*, in BLANKE H., PERLINGEIRO R. (a cura di), *The Right of Access to Public Information...*, op. cit., pag. 361: "Doubts arise about the appropriateness of entrusting also this competence to an Independent Agency such as ANAC, whose aim and nature is that of working as an 'anticorruption watchdog'. In fact, the choice made by the Italian legislator to this regard is based on the questionable assumption, that it is possible to identify a clear and unambiguous link between public access, transparency and combating corruption".

interesse conoscitivo e interessi pubblici e privati con esso contrastanti. A distanza di più di un anno dall'entrata in vigore delle Linee guida, il processo di attuazione della riforma della trasparenza amministrativa ha dunque richiesto numerosi interventi chiarificatori, che hanno valorizzato il ruolo attribuito dal legislatore delegato al Dipartimento della Funzione Pubblica e al Garante della privacy⁴⁰⁷ e rilevato l'inadeguatezza⁴⁰⁸ dell'attività di "specificazione tecnica" realizzata dall'Autorità Nazionale Anti Corruzione.

4.3 Le prime reazioni degli apparati amministrativi e della giurisprudenza all'emanazione del d. lgs. n. 97/2016

Come si è evidenziato, i perduranti margini di incertezza circa la concreta operatività delle eccezioni relative all'accesso civico generalizzato hanno alimentato prassi amministrative che rischiano di frustrare significativamente gli scopi della riforma. In sede di prima attuazione dell'istituto, infatti, si sono registrati frequenti rigetti delle istanze fondati su motivazioni non sempre riconducibili ai commi da 1 a 3 dell'art. 5-bis del T.U. della Trasparenza⁴⁰⁹.

Al pari di quanto avvenuto storicamente in materia di accesso documentale, tuttavia, la disciplina concretamente applicabile all'accesso civico generalizzato sembra destinata a formarsi progressivamente in via pretoria, tramite il prezioso contributo rappresentato dalle pronunce dei TAR e del Consiglio di Stato.

Le reazioni della giurisprudenza sono state varie e hanno riguardato sia il nuovo istituto, sia le previgenti forme di accesso. A fronte del mutato assetto normativo, infatti, è sorta l'esigenza di perimetrare con maggior precisione l'area di liceità dei dinieghi di ostensione, distinguendo opportunamente tra le diverse ipotesi dell'accesso documentale, dell'accesso civico rimediale o dell'accesso civico generalizzato. Naturalmente, il tema della legittimità del rifiuto (espresso o tacito) di ostensione degli atti si lega strettamente quello dei rimedi amministrativi e giurisdizionali attivabili dall'istante.

Sotto quest'ultimo aspetto, il TAR Campania⁴¹⁰ ha avuto modo di chiarire come il diritto soggettivo all'accesso conservi una sua autonomia nell'ambito dell'accertamento giurisdizionale

⁴⁰⁷ MOLITERNI A., *L'accesso dei cittadini, esperienze di informazione amministrativa a confronto*, (a cura di) MATTARELLA B.G. e SAVINO M., Rapporto I.R.P.A. n. 1/2018, Napoli 2018, pagg. 38-39.

⁴⁰⁸ SAVINO M., *Commento allo schema di Linee guida per l'attuazione dell'accesso "generalizzato" alle informazioni in possesso delle amministrazioni (c.d. modello FOIA)*, in *Astrid Rassegna*, 2016.

⁴⁰⁹ Il dato emerge, tra le varie fonti, dal monitoraggio F.O.I.A. condotto sulle amministrazioni centrali e locali dal Dipartimento della Funzione Pubblica.

⁴¹⁰ Vedi ordinanza TAR Campania, Napoli, V, 25 gennaio 2017, n. 542. Sulla natura autonoma dell'accertamento del diritto d'accesso ex l. 241/90 rispetto alle ulteriori pretese dedotte dal ricorrente, si veda anche la sentenza del TAR Campania, Napoli, IV, 23 agosto 2017, n. 4115. In termini, si veda anche, *ex multis*, TAR Lombardia, Brescia, I, 6 ottobre 2017, n. 1200.

anche ove esercitato mediante istanza di accesso endo-procedimentale ex art. 116, comma 2, c.p.a. L'ordinanza n. 542 del 25 gennaio 2017, adottata dalla quinta sezione del TAR Napoli ha infatti disatteso l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dall'amministrazione resistente, secondo cui l'attrazione della domanda di ostensione nell'ambito della pretesa principale dedotta dal ricorrente avrebbe determinato il radicamento sulla stessa della giurisdizione contabile. Il TAR campano ha infatti rilevato come il giudizio incidentale sull'accesso costituisca "un differente giudizio, caratterizzato da autonomia, celerità e specialità (cfr. TAR Lazio, sez. III, 14 ottobre 2012, n. 356)". Pertanto, la relativa domanda non muta la sua natura giuridica per il fatto di non essere esercitata in via autonoma, bensì risulta comunque "formalmente e concettualmente distinta" dall'oggetto del giudizio principale. Ne deriva che essa rimane in ogni caso devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 c.p.a., giacché "non è revocabile in dubbio che qualsiasi controversia che abbia ad oggetto la domanda con la quale un soggetto richieda ad una Amministrazione di accedere ad un documento da essa detenuto deve essere proposta innanzi al Giudice Amministrativo, indipendentemente dalla qualificazione della posizione soggettiva che il richiedente il documento può vantare o intende tutelare mediante l'ostensione del documento medesimo e dal fatto che la domanda sull'accesso sia connessa ad una controversia eventualmente devoluta ad altro plesso giurisdizionale". Inoltre, la medesima ordinanza affronta il delicato problema dell'interferenza tra le varie discipline dei diversi istituti di trasparenza operanti nel nostro ordinamento. Nel valorizzare la diversità di *ratio* e presupposti dell'accesso documentale ex art. 22 e ss. l. 241/90 e dell'accesso civico "rimediale", infatti, il TAR Campano ha escluso che la mancata ostensione dei documenti richiesti tramite l'accesso "tradizionale" potesse essere giustificata dall'amministrazione rimasta silente richiamando i limiti imposti all'accesso civico. Dal momento che i due istituti operano "su piani distinti", infatti, qualora la parte ricorrente decidesse di avvalersi dell'accesso "tradizionale", la p.a. non potrebbe "invocare (in giudizio) le disposizioni in materia di pubblicazione dei propri atti"⁴¹¹.

La giurisprudenza del TAR Campano ha altresì contribuito a sottolineare il differente ambito di applicazione oggettiva dei due istituti, enfatizzando in più di un'occasione la nozione di "documento amministrativo" richiamata dagli artt. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990. In particolare, la Sesta Sezione del TAR. Campania⁴¹² ha dichiarato l'inammissibilità di un'istanza conoscitiva volta ad accertare l'eventuale presenza di atti inibitori al trasferimento di un immobile a titolo di donazione. I giudici amministrativi hanno infatti ritenuto che al Comune intimato non potesse essere ordinata sulla base della legge sul procedimento amministrativo

⁴¹¹ Per un approfondimento dei problemi di interferenza tra le varie forme di accesso attualmente vigenti nel nostro ordinamento e dei problemi connessi all'interazione della loro regolamentazione, si rinvia al successivo paragrafo.

⁴¹² Vedi sentenza TAR Campania, Napoli, VI, 3 maggio 2017, n. 2373.

l'esibizione di dati, notizie e informazioni "anche alla luce del principio *ad impossibilia nemo tenetur*". La sintetica motivazione adottata dal Collegio richiama "per differentiam" l'art. 1 del T.U. della Trasparenza e la disciplina del diverso istituto dell'accesso civico rimediale, connesso all'osservanza degli obblighi legali di pubblicazione, ribadendo come il diritto d'accesso esercitato dall'istante potesse avere a oggetto esclusivamente "i documenti esistenti e non anche quelli non esistenti o mai formati (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, sent. n. 5483 del 2013; TAR Umbria, sent. n. 473 del 2015)".

Dalle pronunce sopra richiamate emerge in modo evidente una dialettica tensione tra la tendenza a promuovere in modo sempre più efficace la trasparenza amministrativa e l'esigenza di evitare che il mutato assetto normativo giustifichi un abuso del diritto di accesso tradizionale e la disapplicazione dei limiti all'uso imposti dal legislatore nel 1990 e nel 2005. Peraltro, l'enfasi posta nella sentenza n. 2372/2017 sull'oggettiva difficoltà per un piccolo comune di reperire e fornire alla cittadinanza dati e informazioni non ancora confluiti in un documento amministrativo immediatamente ostensibile riflette, invero, le medesime preoccupazioni di cui si è fatto carico il legislatore della riforma del 2016 circa l'imposizione dei nuovi obblighi di trasparenza diffusa in capo a enti locali di piccole dimensioni.

Al contrario, con riferimento a strutture amministrative più complesse e dotate di maggiori risorse a livello sia di personale che di infrastrutture, la giurisprudenza amministrativa ha mostrato minor indulgenza. Applicando rigorosamente la disciplina sull'accesso civico generalizzato, infatti, il TAR Sardegna⁴¹³ ha dichiarato l'illegittimità del diniego all'ostensione opposto dalla regione, che aveva risposto all'istanza rinviando genericamente ai dati pubblicati sul sito istituzionale dell'ente pubblico territoriale.

In particolare, detta importante pronuncia, recentemente confermata in appello dal Consiglio di Stato, ha accertato l'illegittimità del rigetto di un'istanza d'accesso riguardante tutti gli atti amministrativi di erogazione di fondi pubblici da parte della regione nel corso del 2016 a vantaggio di società private operanti nel settore del trasporto aereo. L'ampia portata della relativa domanda d'accesso si legava alla denuncia promossa da una testata giornalistica circa alcuni "accordi segreti" raggiunti tra l'ente territoriale e la compagnia aerea di bandiera per l'incremento, dietro corrispettivo economico, dei servizi di trasporto aereo verso l'isola nel periodo estivo. Una società privata operante nel settore del trasporto aereo aveva presentato domanda di accesso deducendo un proprio interesse diretto, concreto e attuale all'ostensione dei documenti comprovanti un "aiuto di Stato", fonte di effetti distorsivi della concorrenza sul

⁴¹³ Vedi sentenza TAR Sardegna, Cagliari, I, 15 giugno 2017, n. 406, confermata in appello dal Consiglio di Stato, Sesta Sezione, con sentenza del 19 luglio 2018, n. 4382.

mercato. La regione intimata aveva riscontrato l'istanza con una nota in cui riferiva di aver pubblicato nella sezione Amministrazione trasparente del proprio sito istituzionale la convenzione originaria conclusa a seguito dell'affidamento delle rotte ad Alitalia S.p.A. e tutti i successivi atti aggiuntivi. Senonché, l'istante aveva contestato l'utilità e la legittimità di questa risposta dell'amministrazione chiedendo al giudice amministrativo di condannare la regione all'ostensione dei documenti richiesti in applicazione degli artt. 22 e ss. della legge 241/90. In particolare, la ricorrente aveva rilevato come il sito istituzionale dell'ente contenesse solo un mero "riepilogo di atti, contratti, aggiudicazioni di ogni genere, sommariamente elencati nelle relative tabelle formanti un elaborato di oltre 50 pagine; non si reperisce ivi né il testo delle delibere né il testo degli atti; non è neppure semplice - al contrario di quanto imposto dalla normativa vigente - individuare ed accedere ai singoli atti e provvedimenti per i quali si è richiesto in modo specifico l'accesso". La censura circa il carattere meramente apparente della trasparenza garantita dall'amministrazione è stata condivisa dal Collegio, secondo cui la Regione avrebbe reso una "risposta sostanzialmente elusiva, anche considerato che nel link web indicato non sarebbe stato possibile consultare in modo ordinato e intellegibile la documentazione". Il TAR Sardegna ha ritenuto che l'istanza d'accesso dedotta nel caso di specie fosse "supportata da un interesse giuridicamente rilevante, sufficientemente qualificato e differenziato, riconducibile all'attività economica svolta dalla stessa richiedente" e non avesse, dunque, funzione "esplorativa" e/o di "controllo generalizzato" sulla legalità dell'azione amministrativa. Dopo aver qualificato l'istanza come domanda d'accesso documentale, i giudici amministrativi hanno rilevato l'illegittimità della risposta fornita dall'amministrazione ravvisando in essa una sostanziale commistione tra le ipotesi di legittimo diniego previste in materia di accesso civico e quelle disciplinate dalla legge n. 241/90: "laddove sussistano i presupposti per l'accesso "tradizionale" (quello richiesto nel caso in esame) l'amministrazione deve applicare la disciplina di cui agli artt. 22 e segg. della legge n. 241/1990, che certamente non può eludere ricorrendo alle diverse forme di partecipazione proprie del c.d. accesso civico (ora ammesso anche "in forma generalizzata") di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013; difatti i due rimedi si muovono su presupposti del tutto diversi e attribuiscono al richiedente prerogative simmetricamente differenti, per cui se la richiesta è azionata nelle forme previste dalla legge n. 241/1990 - e di essa sussistono i presupposti- l'amministrazione deve concedere visione e copia degli atti amministrativi di interesse, non potendo limitarsi a un semplice rinvio al proprio sito istituzionale ove gli stessi siano stati pubblicati (si vedano, al riguardo, le Linee Guida ANAC approvate con determinazione 28 dicembre 2016, n. 1309, ove le differenze tra le varie forme di accesso, in termini di presupposti e facoltà del richiedente, sono analiticamente descritte)".

Come accennato, la sentenza di primo grado è stata confermata in appello dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato, che ha riconosciuto la legittimazione attiva all'accesso della società istante, in quanto titolare di un interesse diretto, concreto e attuale corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata. I giudici amministrativi hanno infatti valorizzato l'esigenza dell'istante di verificare l'eventuale adozione di atti amministrativi suscettibili di cagionare o consolidare una posizione dominante lesiva della concorrenza.

In altre ipotesi, invece, il Consiglio di Stato ha sottolineato l'autonomia sul piano sostanziale e processuale dell'accesso documentale rispetto all'accesso civico generalizzato per confermare la legittimità del diniego d'accesso opposto da alcune istituzioni pubbliche a fronte di un'istanza di ostensione riguardante alcuni dati non riconducibili alla nozione di "documenti amministrativi" di cui agli artt. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990. In particolare, nel confermare una sentenza del TAR Lazio intervenuta su una delicata controversia fonte sia di un giudizio di responsabilità erariale sia di un giudizio civile, l'organo di appello della giustizia amministrativa ha ribadito l'autonomia delle relative istanze conoscitive e, soprattutto, l'inammissibilità di un loro mutamento nell'ambito del secondo grado di giudizio⁴¹⁴. Si legge infatti nella motivazione della sentenza d'appello che *"deve riconoscersi e affermarsi l'insussistenza del diritto di accesso in relazione alla natura e al contenuto di tali atti, che non sono documenti amministrativi, ossia rappresentazione del contenuto di atti e provvedimenti amministrativi, sebbene per una parte atti defensionali e processuali in senso ampio (i e ii), per altra ipotizzati atti solutori e atti negoziali (iii e iv), per i quali secondo pacifica giurisprudenza deve escludersi l'accesso (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 12 giugno 2012, n. 3408, 19 gennaio 2011, n. 388, 12 dicembre 2008, n. 6187).*

3.4) *Né può giovare il richiamo, nella memoria di replica, all'istituto dell'accesso civico, come introdotto dall'art. 5 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, e tantomeno nella forma disciplinata dalla novella di cui all'art. 6, comma 1, del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97.*

Sotto un primo e già assorbente profilo, l'istanza di accesso è stata formulata ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge 7 agosto 1990 n. 241, e quindi non potrebbe ammettersi un mutamento del titolo giuridico dell'accesso, e in definitiva della causa petendi introdotto con memoria di replica in grado d'appello, in evidente violazione dell'art. 104 c.p.a. e del divieto di jus novorum (sui tratti distintivi tra accesso "ordinario" e accesso civico vedi Cons. Stato, Sez. IV, 12 agosto 2016, n. 3631 e Sez. V, 12 maggio 2016, n. 1891).

Sotto altro ordine di considerazioni, escluso, con ogni evidenza, che gli atti cui si riferisce

⁴¹⁴ TAR Lombardia, sez. III – Milano, sentenza 12 settembre – 11 ottobre 2017, n. 1951. Per un primo commento di tale pronuncia, si veda ALESIO M., *L'accesso civico generalizzato non consente richieste massive ed abusivamente indiscriminate*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.164, 2017, pag. 4.

l'istanza di accesso presentata dall'interessato rientrano tra i "documenti, informazioni o dati" di cui sia prevista la pubblicazione, non può nemmeno sostenersi che essi rientrano tra gli altri "dati o documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni ulteriori" di cui al secondo comma dell'art. 5, perché essi si riferiscono pur sempre al contenuto di atti e provvedimenti e comunque ad attività istituzionali proprie dell'amministrazione interessata, e non anche ad atti di altra natura, afferenti a contenziosi in corso".

La giurisprudenza amministrativa con le pronunce richiamate ha dunque contribuito a chiarire la portata innovativa dell'istituto dell'accesso civico generalizzato, dedicando particolare attenzione ai profili di legittimazione soggettiva, considerati principalmente dalla prospettiva degli istanti. Alcune recenti decisioni hanno invero analizzato l'ambito di applicazione soggettiva del nuovo istituto anche sul piano passivo, al fine di sciogliere alcuni dubbi interpretativi circa l'individuazione dei soggetti destinatari degli obblighi di ostensione previsti dal Testo Unico della Trasparenza. In particolare, una recente sentenza del TAR Lazio⁴¹⁵ (passata in giudicato) ha evidenziato come la vigente normativa non possa estendersi alle società quotate⁴¹⁶ in mercati regolamentati e alle loro partecipate, dichiarando conseguentemente l'infondatezza delle istanze di accesso civico generalizzato rivolte nei confronti di tali enti. La terza sezione del TAR capitolino ha infatti svolto il seguente ragionamento logico – giuridico in ordine all'ambito di applicazione soggettivo delineato dall'art. 2 bis del d. lgs. 33/2013⁴¹⁷: *"si può notare come il comma 3 operi un rinvio al d.lgs. n. 175/16 cit. (il menzionato testo unico in materia di società*

⁴¹⁵ Si veda TAR Lazio, sez. III – Ter, Roma, sentenza 30 marzo 2018, n. 3567.

⁴¹⁶ In ordine alla rilevanza della trasparenza in materia di società partecipate come strumento di contrasto della corruzione, si veda CANTONE R., *La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla "riforma Madia" della pubblica amministrazione*, in *Rivista delle Società*, fasc. 1, 1 Febbraio 2018, pag. 233. Secondo l'Autore, *"Nell'impianto complessivo della riforma una misura di prevenzione particolarmente importante è poi la trasparenza amministrativa, intesa come possibilità di conoscere le attività dell'amministrazione per stimolare il controllo civico e la c.d. accountability. In particolare, come si dirà anche più avanti, è progressivamente maturato un sistema di trasparenza strutturato su due modelli: quello degli obblighi di pubblicazione sul sito istituzionale (« amministrazione trasparente ») in open data, oggetto di una disciplina ampia e organica con il d.lgs. n. 33 del 2013, e ora quello dell'accesso civico generalizzato, ispirato al modello delle legislazioni note nella pratica con l'acronimo anglosassone FOIA (Freedom of Information Act), introdotto con il d.lgs. n. 97 del 2016". [...]*

Nel commentare il testo dell'art. 11 del T.U. della trasparenza, l'Autore precisa, inoltre, che *"La norma non è chiarissima circa il regime di trasparenza amministrativo da riservare alle società quotate; esse sono certamente escluse dal regime di maggiore trasparenza previsto dal comma 2 anche se in controllo pubblico, ma potrebbero, però, essere ritenute sottoposte a quello meno gravoso di cui al comma 3, se si dovessero considerare rientranti, comunque, nel novero delle società partecipate"*.

Sul punto, si veda anche NICOTRA A., *La trasparenza e la tensione verso i nuovi diritti di democrazia partecipativa*, in *L'autorità nazionale anticorruzione* (nt. 9), pag. 143 ss. e VESPERINI G., *Il diritto di accesso dei consiglieri regionali agli atti delle società partecipate* (nota a Cons. St., sez. V, 9 novembre 2017, n. 5176), in *Giornale Dir. Amm.*, 2018, 1, 79.

⁴¹⁷ Per un'approfondita disamina dell'ambito di applicazione soggettiva dei nuovi obblighi di trasparenza, si veda GIGLIONI F., *I soggetti obbligati alla disciplina sulla trasparenza (art. 2-bis; art. 22; art. 48)*, in Ponti B. (a cura di), *La libertà di accesso...*, op. cit., pagg. 69-91.

a partecipazione pubblica), nel quale le “società a partecipazione pubblica”, vale a dire le “società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico”, risultano chiaramente distinte dalla species (tra le categorie in esame intercorre un rapporto di genere a specie) costituita dalle “società quotate”, ossia le “società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati” (v. art. 2, co. 1, lettere n e p, t.u. cit.); [...] traspare in modo chiaro la specialità delle “società quotate” (e delle relative “partecipate”), destinatarie di autonoma considerazione in ragione delle specifiche regole cui esse sono assoggettate per effetto e in virtù della quotazione nei mercati regolamentati; [...] in tale contesto, connotato (giova ribadire) da spiccati elementi di differenziazione delle “società quotate” rispetto a quelle “a partecipazione pubblica”, esigenze di coerenza sistematica inducono a preferire l’interpretazione per la quale il rinvio dell’art. 2-bis, co. 3, alle seconde (“come definite” oggi dal menzionato testo unico) non consente di ritenere incluse nella categoria ivi richiamata le figure societarie di cui all’art. 1, co 5, d.lgs. n. 175/16 cit.,”

I giudici amministrativi hanno inoltre esaminato i profili di interferenza tra la nuova disciplina dell’accesso e alcune normative di settore (tradizionalmente) molto complesse, come quella relativa all’affidamento degli appalti pubblici⁴¹⁸.

Una recente pronuncia del TAR dell’Emilia Romagna⁴¹⁹ ha infatti ritenuto che l’art. 53 del Codice dei Contratti Pubblici possa essere interpretato come eccezione “assoluta” di fonte legislativa all’accesso civico generalizzato (ai sensi del terzo comma dell’art. 5 bis del T.U. della Trasparenza). Il TAR emiliano ha infatti valorizzato le peculiari caratteristiche delle procedure a evidenza pubblica e il richiamo contenuto nel Dec. Lgs. n. 50 del 2016 alla disciplina dell’accesso documentale per escludere l’operatività dell’accesso civico generalizzato in relazione agli atti di gara. Sebbene il Dec. Lgs. n. 97 del 2016 sia stato adottato dopo l’entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici, infatti, il Tribunale Amministrativo con la sentenza n. 197 del 18 luglio 2018 ha ritenuto che l’accesso documentale abbia carattere esclusivo in materia di appalti

⁴¹⁸ Al riguardo, si veda CORRADO A., *La trasparenza negli appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale*, Federalismi.it, 1/2018. L’Autrice evidenzia l’importanza della trasparenza in tale delicato settore valorizzando il dato normativo per giungere a conclusioni apparentemente opposte rispetto a quelle fatte proprie dal TAR emiliano: “L’art. 37, comma 1, dispone, con riguardo agli obblighi di pubblicità in materia di appalti, che “Fermo restando quanto previsto dall’articolo 9-bis e fermi restando gli obblighi di pubblicità legale, le pubbliche amministrazioni e le stazioni appaltanti pubblicano: a) i dati previsti dall’articolo 1, comma 32, della legge 6 novembre 2012, n. 190; b) gli atti e le informazioni oggetto di pubblicazione ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”.

Il primo dato da rilevare, che emerge da una lettura piana della norma, è la finalità che assolve la pubblicità come disciplinata dall’articolo 37, una pubblicità che potrebbe essere definita di tipo “informativo/conoscitivo”, rivolta a tutti i cittadini e intesa ad assicurare la trasparenza nel settore degli affidamenti pubblici in ragione della rilevanza che gli stessi assumono nell’ambito delle attività amministrative, considerato, tra l’altro, che i contratti pubblici si attestano tra le attività amministrative a maggiore rischio di corruzione”.

⁴¹⁹ TAR Emilia Romagna, sez. I – Parma, sentenza 18 luglio 2018, n. 197.

pubblici, in ragione di una chiara scelta legislativa: *“Da un punto di vista letterale, [...] è altresì pacifico che l’accesso agli atti delle procedure ad evidenza pubblica sia soggetto al rispetto di particolari condizioni e limiti. Invero, l’art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, richiamando in toto la normativa contenuta nel codice dei contratti pubblici previgente, detta espressamente una disciplina sull’accesso in parte derogatoria rispetto alle ordinarie regole.*

In tale disciplina speciale deve essere ricompresa anche la premessa, secondo cui il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241.

[...] D’altra parte, sotto un profilo più squisitamente interpretativo e giustificativo della ratio di esclusione degli atti delle procedure di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici alle più ampie modalità di accesso previste dal d.lgs. n. 33 del 2013, occorre considerare che tali atti sono formati e depositati all’interno di una disciplina del tutto speciale e a sé stante.

[...] Invero, si tratta pur sempre di documentazione che, da un lato, subisce un forte e penetrante controllo pubblicistico da parte di soggetti istituzionalmente preposti alla specifica vigilanza di settore (ANAC), e, dall’altro, coinvolge interessi privati di natura economica e imprenditoriale di per sé sensibili (e quindi astrattamente riconducibili alla causa di esclusione di cui al comma 2, lett. c), dell’art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013), specie quando tali interessi, dopo l’aggiudicazione, vanno a porsi su di un piano pari ordinato – assumendo la connotazione di veri e propri diritti soggettivi - rispetto a quelli della stazione committente.

D’altra parte, il Collegio non può certo escludere che nell’attuale contesto sociale e ordinamentale – in cui la trasparenza dell’operato delle amministrazioni ha assunto il ruolo di stella polare – il legislatore possa compiere una scelta diversa (volta cioè ad estendere la possibilità di controllo generalizzato anche su documenti che possono costituire la “spia” di una deviazione dai fini istituzionali) ma tale scelta, proprio per la forte conflittualità degli interessi coinvolti e per la specialità del campo in cui andrebbe ad operare, deve essere necessariamente espressa ed inequivocabile.

Al contrario, come detto, residua nell’attuale sistema dei contratti pubblici una norma – l’art. 53, comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016 – che restringe il campo di applicazione del diritto di accesso agli atti richiesti dal ricorrente alle norme sul diritto di accesso ordinario di cui alla L. n. 241/1990.”.

Al di là delle implicazioni di carattere sia pratico che concettuale insite in quest’ultima sentenza, sulle quali si tornerà in seguito, merita di essere altresì menzionato un recente intervento chiarificatore del Consiglio di Stato: la Terza Sezione dell’organo di appello della giustizia amministrativa ha infatti recentemente contribuito, con la sentenza n. 1546 del 6 marzo

2019, a ricostruire il fondamento ideologico e giuridico dell'accesso civico generalizzato. In particolare, il ricorso proposto dalla Confederazione Nazionale Coldiretti (ai fini dell'estrazione dei dati detenuti dal Ministero della Salute in materia di importazione dall'estero di latte e altri prodotti caseari) ha costituito l'occasione per analizzare le peculiarità del nuovo istituto. In sede di riforma della sentenza di rigetto emessa in primo grado dal Tar Lazio, infatti, il Consiglio di Stato ha sottolineato come gli istituti di trasparenza diffusa costituiscano declinazioni del *right to know* e perseguano, a un tempo, finalità di *accountability*, di *participation* e di *legitimacy* nelle moderne democrazie. I giudici amministrativi hanno invero evidenziato la stretta connessione intercorrente tra l'accesso civico generalizzato e i principi di democraticità e di sussidiarietà orizzontale, rinvenendo, altresì, nella trasparenza diffusa uno dei principali fattori di sviluppo della c.d. "cittadinanza attiva". Nel merito, poi, la Terza Sezione ha censurato l'illegittimità del comportamento dell'amministrazione resistente per non aver adeguatamente motivato il diniego d'accesso: in particolare, essa non avrebbe dimostrato che l'ostensione dei dati richiesti avrebbe determinato una lesione (non meramente ipotetica) di uno degli interessi qualificati elencati dall'art. 5 bis del T.U. della trasparenza.

4.4 La gestione delle istanze d'accesso "massive"

Come si è visto, l'esigenza di perimetrare con esattezza l'area di legittimità del diniego d'accesso investe molteplici profili che vanno dall'ambito di applicazione oggettiva/soggettiva degli istituti attivati ai problemi di interferenza tra di essi sul piano sostanziale e processuale. Un ulteriore profilo che merita di essere analizzato riguarda, inoltre, il delicato problema della corretta gestione delle istanze massive e strumentali.

Il TAR Lombardia, con la nota sentenza n. 1951/2017, ha invero affrontato detto tema valorizzando concetti civilistici quale quello di buona fede oggettiva⁴²⁰.

⁴²⁰ Si veda la sentenza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, 28 marzo 2017, n. 1406. Sia consentito rilevare, al riguardo, che la giurisprudenza di legittimità ha recentemente ribadito come il concetto di abuso del diritto e il parametro della buona fede esecutiva costituiscano essenzialmente un limite di carattere "modale" e come non sia dunque possibile configurare il diritto stesso esercitato dal suo titolare in termini di "contrarietà a buona fede". Con specifico riferimento al diritto di credito, detto concetto è stato esplicitato dalle SS.UU. della Corte di Cassazione con la sentenza n. 24675 del 19 ottobre 2017, per negare che la c.d. "usura sopravvenuta" costituisca una forma di illecito civile. Nella giurisprudenza amministrativa il medesimo concetto è stato incidentalmente affermato nella nota decisione del 23 marzo 2011, n. 3 adottata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato per negare la configurabilità di una "pregiudiziale di annullamento" in materia di tutela risarcitoria degli interessi legittimi pretenitivi: "*Viene così in rilievo una condotta che, pur formalmente conforme al paradigma normativo, disattende il limite modale che impone al titolare di ogni situazione soggettiva di non azionarla con strumenti, sostanziali e processuali, che infliggano all'interlocutore un sacrificio non comparativamente giustificato dal perseguimento di un lecito e ragionevole interesse.*"

In particolare, detta pronuncia (non appellata) ha accertato la legittimità del diniego opposto da un comune lombardo a una richiesta di accesso generalizzato avente a oggetto *“tutte le determinazioni complete degli allegati emanate nel corso dell’anno 2016 da tutti i Responsabili dei servizi nell’anno 2016”*. L’amministrazione adita ha infatti ritenuto che l’istanza volta a ottenere copia di dati e documenti ulteriori rispetto a quelli coperti dagli obblighi legali di pubblicazione risultasse nel caso di specie *“massiva e manifestamente irragionevole secondo le Linee Guida approvate dall’ANAC”*. La Terza Sezione del TAR Lombardia ha condiviso detta ricostruzione evidenziando come un istituto volto a *“favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico”* non potesse essere utilizzato *“in modo disfunzionale rispetto alla predetta finalità ed essere trasformato in una causa di intralcio al buon funzionamento dell’amministrazione”*⁴²¹.

Secondo il TAR, dunque, il principio di buon andamento imporrebbe alle pp.aa. di valutare le peculiari caratteristiche del caso concreto nell’ambito della gestione delle istanze di accesso “massive”. In particolare, si legge nella motivazione che *“La valutazione dell’utilizzo secondo buona fede va operata caso per caso, al fine di garantire – in un delicato bilanciamento – che, da un lato, non venga obliterata l’applicazione dell’istituto, dall’altro lo stesso non determini una sorta di effetto “boomerang” sull’efficienza dell’Amministrazione”*.

Pertanto, qualora l’esercizio del *right to know* avvenga secondo modalità tali da tradursi in un pregiudizio sproporzionato (piuttosto che in un “indiretto” ausilio) per il buon funzionamento della p.a., si potrebbe configurare una *“manifestazione sovrabbondante, pervasiva e, in ultima analisi, contraria a buona fede dell’istituto dell’accesso generalizzato”*. Il TAR Lombardia ha infatti ravvisato nel comportamento non conforme a buona fede dell’istante un’ipotesi di “abuso del diritto”. Secondo quest’impostazione, la disciplina vigente assoggetterebbe l’accesso civico generalizzato a uno stringente requisito modale, poiché le concrete modalità di esercizio del diritto a conoscere potrebbero rivelare un utilizzo dell’istituto per scopi estranei rispetto alle finalità per cui il legislatore riconosce e tutela il *right to know*. Per questo motivo, il Collegio giudicante ha rilevato che *“ciò che le Linee Guida dell’ANAC qualifica come “richieste massive”, e che giustifica, con adeguata motivazione, il rigetto dell’istanza, altro non è che la declinazione del principio di divieto di abuso del diritto e di violazione del principio di buona fede”*.

La sentenza richiamata ha dunque affrontato un aspetto particolarmente delicato della riforma della trasparenza amministrativa, valorizzando importanti concetti civilistici che

⁴²¹ Cfr. sul punto le *guide lines* adottate dall’*Information Commissioner’s Office* britannico.

vengono spesso invocati per prevenire un utilizzo formalmente legittimo, ma sostanzialmente scorretto di istituti negoziali e processuali. Detta decisione si colloca, dunque, in un contesto particolare nell'ambito delle ipotesi di legittimo diniego dell'accesso agli atti. Essa non contribuisce, infatti, a esplicitare quale sia la reale portata delle eccezioni assolute o relative puntualmente indicate dal legislatore come limite all'accesso civico generalizzato, bensì verifica "a monte" se l'istante eserciti correttamente il suo diritto a conoscere⁴²². Detta questione sembra assumere carattere di priorità logica rispetto all'osservanza degli ulteriori limiti fissati dal legislatore poiché il *right to know* declinato dal secondo comma dell'art. 5 del T.U. della trasparenza sembra inscindibilmente legato alla finalità di "*favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico*". Valorizzando detto profilo funzionale, sembrerebbe invero che la presentazione di innumerevoli istanze di accesso civico generalizzato possa ben estrinsecare un illegittimo esercizio del *right to know*, in quanto le sue modalità d'esercizio risulterebbero concretamente in contrasto con le predette finalità. A parere di chi scrive, le conseguenze di una simile verifica potrebbero in realtà divergere sotto un duplice profilo da quelle indicate nella sentenza del TAR Lombardia. In primo luogo, l'istanza di accesso civico contrastante in concreto con il dovere di buona fede potrebbe invero ritenersi, più che infondata, astrattamente inammissibile per inosservanza dei vincoli di legge. Il diniego di ostensione opposto dall'amministrazione si fonderebbe, infatti, su di un esercizio del *right to know* apparentemente non coerente con le finalità indicate dal secondo comma dell'art. 5 del medesimo decreto e non (come imposto dal legislatore) sulla prevalenza in concreto di uno degli interessi qualificati di cui all'art. 5 bis del T.U. della Trasparenza rispetto all'interesse a conoscere dell'istante. Riconoscere in tali ipotesi un legittimo diniego di accesso significherebbe sostanzialmente introdurre in via ermeneutica un'ulteriore fattispecie di eccezione relativa (connessa a esigenze di buon andamento). Senonché tale operazione risulta preclusa dal carattere tassativo dell'elenco di eccezioni contenute nell'art. 5 bis. I concetti di inammissibilità e di infondatezza dell'istanza sembrano invero confondersi nella stringata motivazione della pronuncia in esame, senza sottolineare che la richiesta di accesso, ove adeguatamente riformulata e scevra di intenti ostruzionistici, potrebbe (*rectius*, dovrebbe) essere esaminata e verosimilmente accolta dall'amministrazione comunale.

Sotto quest'aspetto, emerge, inoltre, un problema di individuazione dell'interesse tutelato dall'accesso civico generalizzato. Detto istituto sembra infatti preposto principalmente alla

⁴²² Il TAR Lombardia ha peraltro successivamente confermato il proprio orientamento in materia adottando la sentenza 9 marzo 2018, n. 669, resa tra le medesime parti e di identico contenuto.

realizzazione dell'interesse individuale alla conoscenza delle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni e (solo) incidentalmente alla realizzazione del buon andamento. Ne deriva che la realizzazione del right to know individuale può invero prescindere dalla specifica strumentalità dell'istanza rispetto a un controllo diffuso sull'operato delle pp.aa. Pertanto, come evidenziato da alcuni autori⁴²³, l'onere delle amministrazioni di rispondere alle istanze di accesso non dovrebbe risultare così marcatamente funzionalizzato a tale scopo, ma dovrebbe rispondere, piuttosto, all'ulteriore esigenza di conformare il ruolo degli uffici pubblici come complessi apparati serventi la cittadinanza. In tale diversa prospettiva, risulterebbe invero più arduo legittimare un diniego di accesso motivato solo sulla base di esigenze di buon andamento. Ad esempio, la disciplina vigente nell'ordinamento svedese, tradizionalmente molto avanzato in materia di tutela e promozione della trasparenza amministrativa, non presenta un approccio funzionale così rigido e ciò ha consentito la definizione di una controversia in materia di istanze di accesso massive in modo diametralmente opposto rispetto a quanto statuito dal TAR Lombardia⁴²⁴. Il riferimento è al caso riguardante il comune svedese di *Kalmar*, che, per fronteggiare le numerose istanze di un cittadino particolarmente insistente, ha stabilito, in un primo momento, di rispondere alle sue domande solo in via telefonica e, a partire dal 2014, di non esaminare, né riscontrare più alcuna sua richiesta. Detta decisione di adottare un comportamento ostruzionistico al fine di assicurare il regolare svolgimento dell'attività amministrativa è stata severamente censurata dall'ufficio del Riksdagens Ombudsman (JO), che l'ha definita “*manifestly contrary to the law*” rilevando come “*the Municipality has overridden clear legal regulation in ordinary law and in fundamental law*”. Detto organo di controllo indipendente, che costituisce insieme al *Justitiekanslern* uno dei sistemi di *complaint*

⁴²³ In tal senso, vedi BIRKINSHAW P., *Transparency as a human right*, in *Transparency, The Key to Better Governance?*, Oxford University Press, 2006. L'autore evidenzia infatti l'intrinseca rilevanza della trasparenza per favorire l'instaurazione di un rapporto fiduciario tra amministrazione ed individuo: “*Like freedom of speech, I would argue that freedom of information is also both intrinsically and instrumentally good. It is good in itself because it fulfils that relationship of trust that government must have in the people*”.

Contra, vedi GALETTA D. U., *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali*, op. cit., pag. 20, che ritiene tali funzioni estranee al FOIA italiano e inidonee a giustificare i suoi elevati costi. Secondo l'Autrice, infatti, l'obbligo di motivazione gravante sull'amministrazione riguarderebbe anche le ipotesi accoglimento delle domande di accesso civico generalizzato, poiché detto istituto “*ha dunque un senso (e gode di protezione normativa ai sensi del Decreto FOIA) solo ove sia correttamente utilizzato: e, cioè, nella sua prospettiva di strumento di controllo di/collaborazione con l'attività dei pubblici poteri; e non certo quale strumento mirante a soddisfare la mera curiosità di taluni consociati, a spese (in senso metaforico, ma anche reale) dell'intera collettività*”.

⁴²⁴ In relazione al caso in esame, nell'ambito di un'interessante analisi comparatistica dell'ordinamento svedese, si veda SCIASCIA G., in SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L'accesso dei cittadini: esperienze di informazione amministrativa a confronto*, op. cit., pag. 240. Nel contributo citato si rileva come una trasparenza “presa troppo sul serio” possa condurre a risultati che possono apparire paradossali in un contesto culturale diverso da quello svedese, quali potrebbero essere le critiche rivolte a “*funzionari che abbiano deliberatamente deciso di non occuparsi delle (ossessive) richieste di un cittadino, per anni interessatosi fin troppo all'espletamento di funzioni amministrative da parte di un piccolo comune sino al punto da paralizzarne l'attività*”.

Per un più ampio approfondimento della disciplina svedese, in un'ottica comparatistica, si veda JONASON P., *The Swedish Legal Framework on the Right of Access*, op. cit.

ufficiali dell'ordinamento svedese, ha infatti rilevato nella delibera adottata dal comune di *Kalmar* una violazione dei principi di obiettività e imparzialità imposti alle amministrazioni svedesi dall'*Instrument of Government*, precisando come la condotta omissiva dell'amministrazione compromettesse il diritto del cittadino interessato di impugnare dinnanzi alle corti amministrative i singoli e specifici provvedimenti di diniego corrispondenti alle sue istanze.

4.5 La legittimità costituzionale della compressione della Privacy

Un ultimo aspetto che merita di essere analizzato nell'ambito della più recente giurisprudenza amministrativa sulle innovazioni introdotte dal Dec. Lgs. n. 97 del 2016 riguarda il rapporto intercorrente tra trasparenza e tutela della riservatezza.

Detto punto nevralgico della riforma, che sarà oggetto di specifica trattazione nei seguenti paragrafi del lavoro, ha infatti portato precocemente il TAR Lazio a sollevare una delicata questione di legittimità costituzionale in ordine all'integrazione di alcuni obblighi legali di pubblicazione.

La sezione prima *quater* del TAR capitolino ha infatti rimesso al Giudice delle leggi la questione di legittimità costituzionale relativa al bilanciamento tra trasparenza amministrativa e tutela della riservatezza⁴²⁵ tramite l'ormai nota ordinanza del 19 settembre 2017, n. 9828. Il giudizio *a quo* scaturiva, invero, dal ricorso proposto da alcuni dirigenti del Garante della *Privacy* avverso le note del Segretario Generale di tale *Authority*, che disponevano la pubblicazione dei loro dati reddituali in quanto titolari di incarichi dirigenziali. La domanda di annullamento di detti provvedimenti, adottati in attuazione dell'art. 14, comma 1-bis, del Dec. Lgs. 14 marzo 2013, n. 33 veicolava, infatti, anche l'eventuale richiesta di “*rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea o alla Corte Costituzionale della questione in ordine alla compatibilità delle disposizioni sopra citate con la normativa europea e costituzionale*”.

Nel merito, il TAR Lazio ha avuto modo di esaminare l'opposizione dei dirigenti del Garante a che i propri dati venissero pubblicati sul sito istituzionale dell'ente ai sensi dell'art. 14 comma 1, lett. c) e f) del Testo Unico della Trasparenza. I ricorrenti hanno preliminarmente chiarito come l'art. 21, comma 1, della l. 18 giugno 2009, n. 69, abbia introdotto l'obbligo a carico delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del Dec. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, di

⁴²⁵ BARBARESCHI S., *La corte costituzionale è chiamata a giudicare la disciplina dell'accesso civico generalizzato (nota a ordinanza n. 9828/2017 del Tar Lazio)*, in www.federalismi.it, n. 21/17.

pubblicare sui propri siti internet i curricula vitae dei dirigenti, i dati relativi agli emolumenti da questi percepiti e i relativi recapiti d'ufficio, oltre che le informazioni inerenti i tassi di assenza e di presenza del personale di ciascun ufficio dirigenziale. Parte ricorrente ha altresì precisato come tale obbligo sia poi rifluito nella formulazione dell'art. 15 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, "Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni", il cui ambito di applicazione è stato esteso, con l'art. 24-bis del D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, anche alle autorità amministrative indipendenti, tra cui il Garante per la protezione dei dati personali, rilevando come l'ambito di applicazione soggettiva della disciplina sulla trasparenza sia invece definito dall'art. 2-bis del Dec. Lgs. n. 33/2013.

Nell'ambito di tale tessuto normativo formatosi in modo alluvionale, si sono innestati i nuovi obblighi di trasparenza introdotti dal Dec. Lgs. 25 maggio 2016, n. 97, che, in attuazione della delega legislativa contenuta nell'art. 7 della l. 7 agosto 2015, n. 124, ha modellato gli obblighi di pubblicazione applicabili ai dirigenti pubblici uniformandoli, sostanzialmente, a quelli già previsti per i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo.

I ricorrenti lamentavano, essenzialmente, che il livello di trasparenza richiesto dalla novella normativa appena descritta implicasse una sproporzionata limitazione della riservatezza individuale traducendosi, di fatto, nella pubblicazione online dei dati di oltre 140.000 soggetti e si fondasse sull'erronea equiparazione tra i titolari di incarichi dirigenziali nelle amministrazioni pubbliche e i titolari di incarichi politici. Le censure sollevate nel ricorso al TAR Lazio riguardavano, inoltre, il fatto che l'imposizione degli obblighi di pubblicazione prescindesse dalla rilevanza in concreto dell'eventuale rischio corruttivo insito nelle funzioni svolte, *"come del resto evidenziato dallo stesso Garante per la protezione dei dati personali anche nell'ambito del parere reso alla Presidenza del Consiglio dei Ministri sullo schema del d.lgs. 97/2016"*.

Nell'ambito della rubricazione dei motivi del ricorso al TAR, il dirigente del Garante della Privacy censuravano, in primo luogo, la violazione di legge *"per violazione del diritto alla vita privata, del diritto alla protezione dei dati personali, del principio di proporzionalità e del principio di finalità sanciti dagli artt. 7, 8 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dall'art. 6 del Trattato UE, dall'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dall'art. 6, par. 1, lett. c), direttiva 95/46/CE e dall'art. 5, par. 1, lett. c), del regolamento 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016"*.

A tal fine, i ricorrenti hanno richiamato un precedente nella giurisprudenza della Corte di

Giustizia UE che aveva rilevato l'illegittimità della disciplina nazionale austriaca⁴²⁶ con la normativa comunitaria in materia di tutela della privacy.

I ricorrenti soggiungono come la gravata disposizione sia suscettibile di recare pregiudizio ai diritti fondamentali oggetto dell'art. 6 del Trattato UE (Diritto alla sicurezza), e si ponga in diretto contrasto con l'art. 6, par. 1, lett c), e l'art. 8, par. 1 e 4, della direttiva 95/46/CE, che, rispettivamente, individuano rigorose modalità di trattamento dei dati personali e vietano il trattamento di quelli rivelanti dati sensibili. I medesimi principi sarebbero poi confermati dalla nuova normativa in materia di protezione dei dati di cui al regolamento n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, applicabile in Italia dal 25 maggio 2018. L'art. 8 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, richiamata all'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che disciplina il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza della persona, vieterebbero ogni ingerenza dell'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto che non sia previsto dalla legge e costituisca una misura necessaria per la protezione dei beni ivi indicati, con la Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa, firmata a Strasburgo il 28 gennaio 1981, che persegue la specifica finalità di proteggere le persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, alla luce del'art. 117, primo comma, della Costituzione, che prevede che *“la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.”*

I ricorrenti hanno dunque sostenuto che la nuova disciplina introdotta dal Dec. Lgs. 97/2016 con riferimento agli obblighi di pubblicazione dei dati reddituali contrastasse con le suindicate disposizioni e con i principi da esse enunciati⁴²⁷. In particolare, il ricorso evidenziava *“le criticità costituite dal carattere indifferenziato degli obblighi di pubblicità, con conseguente pregiudizio della ragionevolezza complessiva della disciplina in materia di trasparenza, essenziale per il*

⁴²⁶ Si trattava, in particolare, della sentenza della Corte di giustizia 20 maggio 2003 (C-465/00, C-138/01 e C-139/01, Österreichischer Rundfunk), che in relazione alla raccolta e divulgazione di dati concernenti il reddito di dipendenti di un ente pubblico, ha invocato l'art. 6, par. 1, lett. c), della direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995, Direttiva del Parlamento europeo del Consiglio relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, ai sensi del quale *“i dati personali devono essere(...) adeguati, pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali vengono rilevati e/o per le quali vengono successivamente trattati”*, nonché dell'art. 7, lett. c) o e) della stessa direttiva, secondo cui il trattamento dei dati personali può essere effettuato solo laddove esso sia necessario per adempiere a un obbligo legale al quale è soggetto il responsabile del trattamento ovvero per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il responsabile del trattamento a cui vengono comunicati i dati.

⁴²⁷ L'ordinanza del TAR Lazio di remissione alla Corte Costituzionale richiamava anche un precedente giudizio, parzialmente analogo, svoltosi nell'ordinamento francese: il *Conseil constitutionnel*, con decisione n. 2013-675 DC del 9 ottobre 2013, relativa alla *“Loi organique relative à la transparence de la vie publique” (Projet de loi adopté le 17 septembre 2013 - T.A. n. 209)*, aveva infatti giudicato sproporzionata la pubblicazione dello stato reddituale e patrimoniale di soggetti che non ricoprivano cariche elettive, ma esercitassero incarichi implicanti soltanto responsabilità di natura amministrativa. L'organo di giustizia costituzionale transalpino ha infatti ritenuto proporzionato il mero deposito delle relative dichiarazioni presso l'Autorità di controllo competente (punto 22).

buon andamento e la democraticità dell'azione amministrativa, dalle significative limitazioni della riservatezza comportate dall'obbligo di pubblicità, suscettibile di irragionevolezza, stante la divulgazione online di una quantità spesso ingestibile di dati, riferiti per giunta non solo ai diretti interessati, ma anche al coniuge e ai parenti entro il secondo grado, ove questi acconsentano, con rischi di alterazione, manipolazione, riproduzione per fini diversi, che potrebbero frustrare le esigenze di informazione veritiera e, quindi, di controllo, poste a base della disposizione, dalla sproporzione delle misure di pubblicità, introdotte mediante la totale equiparazione, ovvero senza alcuna graduazione, di tutti i dirigenti delle pubbliche amministrazioni ai titolari di incarichi politici di amministrazione, di direzione e di governo". L'ordinanza recepiva le ulteriori censure relative *"all'erronea equiparazione fra titolari di incarichi dirigenziali e di incarichi politici"* rilevando come la misura di indiscriminata ostensione costituisse *"un sacrificio temporalmente limitato alla durata dell'incarico politico, laddove per i dirigenti si trasforma in una vera e propria condizione di vita, destinata ad accompagnarli per l'intera durata del rapporto di lavoro (art. 14, comma 2, d.lgs. n. 33/2013), tenuto anche conto del fatto che, una volta diffusi, anche se materialmente rimossi dai siti istituzionali, i dati pubblicati possono continuare a circolare senza che vi sia un effettivo modo di impedirlo"*.

La previsione legislativa violerebbe dunque il principio di proporzionalità⁴²⁸, introducendo un ampio sacrificio della riservatezza individuale in misura superiore a quella strettamente necessaria in un'ottica di promozione della trasparenza amministrativa. Inoltre, l'indiscriminata pubblicazione dei dati reddituali potrebbe tradursi nell'indiretta ostensione di dati personalissimi quali quelli attinenti allo stato di salute del dirigente pubblico, giacché *"la possibilità di mascherare gli importi delle spese sanitarie del nucleo familiare contenuti nella dichiarazione dei redditi e posti in detrazione sarebbe rimedio vanificato dal confronto tra l'importo del reddito complessivo con il reddito imponibile (dati non mascherabili), per cui la presenza di spese per cure mediche, rivelatrice dello stato di salute degli interessati e dei familiari, verrebbe immediatamente rilevata anche da un osservatore non specificamente interessato o, circostanza*

⁴²⁸ Sul punto, si rinvia alla *Opinion 2/2016 on the publication of Personal Data for Transparency purposes in the Public Sector*, WP 239, resa dal Gruppo delle Autorità Europee di Protezione dei dati personali ai sensi dell'art. 29 della direttiva 95/46/CE. Detto organismo consultivo indipendente, composto dai rappresentanti delle Autorità di protezione dei dati di ciascuno Stato membro, dal Garante europeo della protezione dei dati e da un rappresentante della Commissione europea, rende importanti pareri relativi in materia di pubblicazione dei dati personali, incluse le ipotesi di ostensione legate a esigenza di trasparenza amministrativa. Tra di essi, si richiama il parere n. 3/2013, che ha sottolineato il *"nesso che deve sussistere tra gli scopi per cui i dati sono stati originariamente raccolti e le finalità dell'ulteriore trattamento previsto, il contesto in cui questi sono stati raccolti e le ragionevoli aspettative degli interessati per quanto riguarda il loro ulteriore utilizzo, la natura dei dati trattati, le possibili conseguenze dell'ulteriore trattamento sulle persone interessate, le eventuali garanzie previste per evitare un impatto eccessivo sulle persone interessate"*.

ben più preoccupante, da chi avesse interesse e sufficienti mezzi per procedere al rilevamento automatizzato e massivo di tali situazioni tramite la consultazione dei dati diffusi in rete anche mediante l'azione dei motori di ricerca”.

In ordine alla contestata violazione del principio di proporzionalità, la difesa erariale ha invero evidenziato come essa vada valutata in termini di “relatività intrinseca”, evidenziando come la necessità e l'adeguatezza della misura vada considerata alla luce delle peculiari caratteristiche dell'ordinamento italiano, nel quale *“l'accesso è sempre stato qualificato e ristretto o magari non garantisce adeguati standard di tempestività ed efficienza, i casi di conflitti di interessi e di corruzione sono al di sopra della media europea e internazionale ovvero esistono discipline deboli sulla trasparenza e sul conflitto di interessi”.*

Nell'esaminare, in via pregiudiziale, l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dall'amministrazione resistente, nonché il peculiare regime di giurisdizione esclusiva previsto in favore del giudice ordinario dal Dec. Lgs. n. 196/2003 in materia di tutela della Privacy, il TAR Lazio ha avuto modo di sottolineare come *“le due giurisdizioni esclusive, ordinaria in materia di protezione dei dati personali, amministrativa in materia di trasparenza, rispecchino perfettamente, completandosi, il profilo privatistico e quello pubblicistico del più ampio tema complessivamente evidenziato dai due considerati ordinamenti di settore”.*

Per quanto riguarda, poi, la contestata mancata impugnazione preliminare delle Linee Guida in materia adottate dall'ANAC, il TAR ha evidenziato come esse costituiscano *“un atto di natura non regolamentare, che, nella misura in cui è volto a chiarire la portata applicativa e le ricadute organizzative degli adempimenti stabiliti dalla normativa di cui trattasi (legge 190/2012 e d.lgs. 33/2013, come novellati dal d.lgs. 97/2016), è riconducibile al novero degli atti non vincolanti, ovvero che possono essere disattesi mediante atti che contengano una adeguata e puntuale motivazione, idonea a dar conto delle ragioni della diversa scelta amministrativa”.* Al riguardo, il giudice *a quo* ha inoltre precisato come l'eventuale violazione di tali linee guida possa assumere rilievo, in sede giurisdizionale, solo come elemento sintomatico del vizio di eccesso di potere. Così come chiarito in materia di violazione di circolari⁴²⁹, infatti, i destinatari dei provvedimenti che ne fanno applicazione non hanno alcun onere di preventiva impugnazione, ma devono solo limitarsi a contestare la legittimità degli atti lesivi.

Nel merito, il Collegio ha ritenuto che la q.l.c. dedotta nel ricorso volto all'annullamento degli atti impugnati fosse rilevante per la decisione del caso concreto e non manifestamente infondata. Pur riconoscendo l'opportunità di un intervento legislativo di promozione e potenziamento della trasparenza amministrativa in un'ottica di più efficace contrasto della

⁴²⁹ Si veda la sentenza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, 16 ottobre 2000, n. 5506.

corruzione, infatti, il TAR Lazio ha evidenziato come esso non debba comunque *“trasmodare dagli ambiti che nella Costituzione e nella normativa europea delineano i diritti della persona”* giacché *“i principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza costituiscono il canone complessivo che governa l’equilibrio del rapporto tra esigenza, privata, di protezione dei dati personali, ed esigenza, pubblica, di trasparenza”*. Peraltro, il giudice *a quo* ha parimenti sollevato dubbi sulla legittimità costituzionale dell’introduzione di obblighi di pubblicazione indifferenziati in capo ai dirigenti pubblici (sostanzialmente neutri rispetto alle funzioni da loro svolte e alla loro concreta esposizione al rischio corruttivo): *“Nel regolare così, in modo identico, situazioni diverse, tali norme rischiano di pregiudicare la ragionevolezza complessiva della disciplina in materia di trasparenza (essenziale invece per il buon andamento e la democraticità dell’azione amministrativa). E questo, con effetti in larga parte disfunzionali rispetto alla stessa esigenza di consentire ‘forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche’, perseguita dallo stesso decreto n. 33”*.

Il TAR Lazio ha inoltre ritenuto che analoghe disfunzioni possano derivare dal fatto che il legislatore non ha mitigato la divulgazione dei dati *“mediante l’elaborazione di una piattaforma di elementi effettivamente significativi”*⁴³⁰. Secondo la ricostruzione del giudice *a quo*, infatti, detta soluzione sarebbe invero risultata *“non solo conforme ai principi comunitari e costituzionali nella coniugazione equilibrata degli interessi pubblici e privati in gioco, ma anche più efficace ai fini dell’introduzione di un effettivo regime di trasparenza a carico dei dirigenti pubblici, atteso che, in forza delle stesse considerazioni poste a base del principio di “utilità marginale” operante in economia, non consta che la pubblicazione di massicce quantità di dati si traduca automaticamente nell’agevolazione della ricerca di quelli più significativi a determinati fini*.

La questione va infatti posta al livello dei singoli cittadini o delle loro aggregazioni semplici, rispetto ai quali è lecito supporre, come dato notorio, in caso di accesso finalizzato alla trasparenza, la mancata disponibilità di efficaci strumenti di lettura e di elaborazione di dati sovrabbondanti o eccessivamente diffusi.

Ed è a tale livello che va necessariamente ricondotta la problematica della trasparenza amministrativa e regolato il relativo interesse pubblico, pena la sostanziale inutilità del regime “anti-corruttivo” disegnato per i dirigenti pubblici, che deve essere finalizzato, per sua natura,

⁴³⁰ Al riguardo, si rileva che, ai sensi dell’art. 7 bis del T.U. della Trasparenza, *“Gli obblighi di pubblicazione dei dati personali diversi dai dati sensibili e dai dati giudiziari, di cui all’articolo 4, comma 1, lettere d) ed e), del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, comportano la possibilità di una diffusione dei dati medesimi attraverso siti istituzionali, nonché il loro trattamento secondo modalità che ne consentono la indicizzazione e la rintracciabilità tramite i motori di ricerca web ed il loro riutilizzo ai sensi dell’articolo 7 nel rispetto dei principi sul trattamento dei dati personali”*.

a tutelare l'intera collettività e non solo i soggetti complessi a vario titolo operanti nell'ordinamento vigente, che, essendo in possesso di strumenti idonei a decrittare importanti masse di informazioni, risultano, a legislazione vigente, ossia al cospetto dell'attuale formulazione del combinato disposto dell'art. 14, comma 1, lett. c) e f), e dell'art. 1-bis, allo stato i soli in grado di trarre dalle stesse conclusioni coerenti con quanto complessivamente reso disponibile e con gli obiettivi propri della legislazione di cui trattasi".

In altre parole, il Collegio ha parzialmente condiviso la tesi dei ricorrenti, secondo cui la pubblicazione di un'enorme mole di dati può indirettamente contribuire a celare quelli più significativi alle indagini condotte dal *quisque de populo*.

Dopo aver rilevato quest'ulteriore aspetto di ambiguità nell'ambito dell'operazione di ampliamento degli obblighi di pubblicazione dei dati reddituali, il Collegio ha ribadito come gli atti impugnati risultassero direttamente esecutivi delle nuove disposizioni in materia di trasparenza sospettate d'incostituzionalità e ha dunque ritenuto rilevante ai fini della decisione della controversia la previa pronuncia del Giudice delle Leggi ribadendo la non manifesta infondatezza della q.l.c.

A seguito della pubblicazione dell'ordinanza di rimessione deliberata dal TAR, il Presidente dell'ANAC, con comunicato dell'8 marzo 2018⁴³¹, ha reso noto che *"al fine di evitare alle amministrazioni pubbliche situazioni di incertezza sulla corretta applicazione dell'art. 14 co. 1 ter, con possibile contenzioso e disparità di trattamento fra dirigenti appartenenti a amministrazioni diverse, il Consiglio dell'Autorità in data 1° marzo 2018 ha valutato opportuno sospendere l'efficacia della Determinazione dell'8 marzo 2017 n. 241 limitatamente alle indicazioni relative alla pubblicazione dei dati di cui all'art. 14 co. 1-ter ultimo periodo, in attesa della definizione della questione di legittimità costituzionale"*. A distanza di più di un anno dalla rimessione della q.l.c., la Corte Costituzionale si è infine pronunciata con la sentenza di accoglimento n. 20 del 21 febbraio 2019⁴³², sancendo l'illegittimità dell'obbligo generalizzato di pubblicazione *on line* dei dati patrimoniali ascrivibili

⁴³¹ Reperibile sul sito istituzionale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

⁴³² Per un primo commento sulla posizione adottata dalla Corte in merito agli obblighi di trasparenza e sulla loro declinazione alla luce del principio di proporzionalità, si veda CORRADO A., *Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti alla luce delle indicazioni della Corte Costituzionale*, in www.federalismi.it, 27 febbraio 2019. L'Autrice evidenzia come la sentenza del Giudice delle leggi non segni una chiara prevalenza della *privacy* sulla trasparenza nel nuovo "scenario digitale", bensì si limiti ad auspicare un più ragionevole "bilanciamento tra le esigenze di trasparenza amministrativa quale esplicazione del diritto di conoscere e di cittadinanza "attiva" e l'aspettativa di tutela della sfera di riservatezza, come diritto a controllare la circolazione delle informazioni riferite alla propria persona". La declaratoria d'incostituzionalità si fonda sul fatto che un indiscriminato obbligo di pubblicazione dei dati patrimoniali di qualsivoglia dirigente pubblico risulta non solo non indispensabile al fine di favorire il controllo diffuso sul perseguimento delle finalità pubbliche e sul corretto utilizzo delle risorse, ma persino in contrasto con tale scopo, poiché attenua l'utilità marginale dei dati oggetto di ostensione e ostacola, al contempo, la ricerca dei dati più rilevanti.

a tutti quei dirigenti pubblici che non ricoprono ruoli apicali.

Appare opportuno evidenziare come il sacrificio della privacy imposto dai nuovi obblighi legali di pubblicazione costituisca il risultato di una scelta legislativa censurabile solo in termini di illegittimità costituzionale delle relative disposizioni. La tutela della *privacy* connessa all'eventuale diniego di accesso civico generalizzato investe, invece, il diverso aspetto della legittimità dei provvedimenti amministrativi, nonché il rapporto tra discrezionalità amministrativa, principio di proporzionalità e obbligo di motivazione in ordine alla ponderazione comparativa di interessi contrapposti.

4.6 Alcune osservazioni sul diritto vivente in via di formazione in materia di accesso civico generalizzato

Le prime pronunce rese dalla giurisprudenza amministrativa sulle nuove disposizioni del Testo Unico della Trasparenza introdotte con il Dec. Lgs. 97 del 2016 impongono alcune brevi riflessioni.

In particolare, se si presta attenzione alla sentenza del Tar Emilia Romagna, che ha escluso l'operatività dell'accesso civico generalizzato in materia di procedure di affidamento di appalto e concessioni, si può rilevare una preoccupante tendenza dei giudici amministrativi a valorizzare l'approccio funzionale al nuovo istituto per ridurne significativamente l'ambito di applicazione⁴³³. Nella motivazione della decisione sopra riportata si tende infatti a giustificare l'inoperatività dell'accesso civico generalizzato nei confronti di enti soggetti a procedure a evidenza pubblica, evidenziando come la peculiare disciplina normativa a essi applicabile e il ruolo di vigilanza svolto dall'Authority di settore appaia, invero, sufficiente ad assicurare adeguati livelli di trasparenza. In altre parole, quel controllo diffuso sull'operato delle pubbliche amministrazioni auspicato dal legislatore è parso, per certi aspetti, superfluo ai giudici amministrativi, laddove risultassero già operanti altre forme efficaci di controllo. Questo è infatti l'argomento principale speso nella sentenza citata, oltre ad argomentazioni connesse all'interpretazione letterale delle pertinenti disposizioni normative, per escludere detta materia dall'ambito di applicazione dell'art. 5, comma secondo, del Dec. Lgs. 33/2013.

⁴³³ Per analoghe considerazioni relative ai pareri resi dal Garante della Privacy nelle procedure di riesame del diniego d'accesso "*sulla questione della sindacabilità delle "finalità" dell'istanza di accesso civico generalizzato e delle "effettive motivazioni" dell'istante*", si veda BERTI A., *Note critiche sulla "funzionalizzazione" dell'accesso civico generalizzato*, in *Sito Giustizia amministrativa - Studi e contributi*, 2018. L'Autore nota, infatti, che "*se il Legislatore avesse inteso "relativizzare" l'interesse conoscitivo dando rilievo alla specifica "finalità" della richiesta, avrebbe indicato anche (o solo) un diverso (ed ulteriore) criterio, come prevede, ad esempio, l'art. 4 del Regolamento CE n. 1049/2001 per l'accesso agli atti delle Istituzioni europee (che adotta in parte il criterio del c.d. overriding public interest test)*".

Senonché, detto approccio può apparire censurabile sotto un duplice profilo.

In primo luogo, le disposizioni normative in esame presentano sì un incipit che lega la nuova trasparenza diffusa a un controllo generalizzato sull'operato delle pp.aa. al fine di promuovere il rispetto del principio di buon andamento e di prevenire lo spreco di risorse pubbliche, ma detto riferimento è stato introdotto per marcare l'innovatività del nuovo istituto rispetto al previgente accesso documentale e, comunque, in un'ottica ampliativa e non restrittiva del suo ambito di applicazione. Un'interpretazione come quella proposta in alcune decisioni adottate dai TAR sembra invece tradire le intenzioni del legislatore, giacché sfrutta l'approccio funzionale⁴³⁴ per ridurre invece che estendere la sfera di operatività dell'accesso civico generalizzato. Se può apparire astrattamente ragionevole invocare entro certi limiti il principio di buon andamento al fine di qualificare istanze conoscitive massive e pretestuose come una forma di abuso del diritto, al contrario analoghe argomentazioni prestano il fianco a critiche ove siano volte a escludere l'applicabilità del nuovo istituto in materie molto significative, con il risultato pratico di depotenziare detto strumento di controllo diffuso. Inoltre, a modesto parere di chi scrive, un ulteriore profilo di critica si può ravvisare, *a fortiori*, nella medesima prospettiva funzionale valorizzata dalla giurisprudenza citata⁴³⁵. La previsione di una dettagliata normativa di livello primario in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici, unitamente all'istituzione di particolari *Authorities* di settore, sembra invero sintomatica della notevole rilevanza della materia considerata più che di un'implicita intenzione del legislatore di riservare le funzioni di controllo in via esclusiva agli istituti e agli organi già operanti. La particolare attenzione rivolta dal Parlamento a tale delicato settore sembra infatti smentire l'opportunità di un regime di monopolio in materia di controllo sull'attività dei numerosi enti che vi operano. Nulla esclude, infatti, che il controllo diffuso assicurato dalle nuove forme di trasparenza si affianchi alla vigilanza già assicurata da particolari istituzioni, e intensifichi, così, il relativo regime di trasparenza tramite una dialettica complementarietà tra gli istituti tradizionali e quelli di nuova

⁴³⁴ Si veda TESSARO T. -BERTIN M.; *Accesso civico e finalità "esorbitanti" della richiesta di ostensione: una prima indagine casistica per la necessaria distinzione con l'accesso documentale*, www.lexitalia.it 20.03.2018

⁴³⁵ Contra, vedi DE CARLINI P., *Note sull'inapplicabilità dell'Istituto dell'accesso civico generalizzato alla materia degli Appalti Pubblici*, in http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoAmministrativo/2018-08-01/note-inapplicabilita-istituto-accesso-civico-generalizzato-materia-appalti-pubblici-105045.php?refresh_ce=1, il quale, nel commentare la sentenza del TAR emiliano considera, invece, "del tutto giustificata una scelta del Legislatore volta a sottrarre, anche solo implicitamente (omissis) una possibilità indiscriminata di accesso alla documentazione di gara e post gara da parte di soggetti non qualificati", giacché "la documentazione di gara viene sottoposta ad un pervasivo controllo pubblicistico (ANAC) e riguarda interessi economici privati che costituiscono, in sé e per sé, dati sensibili rientranti nelle esclusioni dell'art. 5-bis, comma 2, lettera c), d. lgs. n° 33/2013 e, soprattutto dopo l'aggiudicazione, incardinano dei diritti soggettivi di livello paritario, in linea tecnica di principio, con quelli della P. A. o l'art. 5 c. 1 del D.Lgs. 195/2005 per l'accesso alle informazioni ambientali (che prevede che "L'accesso all'informazione ambientale è negato nel caso in cui: ... b) la richiesta è manifestamente irragionevole avuto riguardo alle finalità di cui all'articolo 1".

introduzione. Se è vero il brocardo “*the more strictly we are watched, the better we behave*”⁴³⁶, non emerge alcun motivo valido per cui l’operatività dell’accesso civico generalizzato vada esclusa proprio in settori vitali per lo sviluppo economico del nostro paese. Sembrerebbe infatti più coerente con le intenzioni del legislatore che gli enti di interesse pubblico in essi operanti siano soggetti sia alle rispettive discipline speciali, sia alla nuova normativa generale in materia di trasparenza.

Pertanto, l’esclusione dei settori in esame dall’ambito di applicazione del nuovo istituto appare censurabile in una prospettiva teleologica, tanto più che l’accesso civico generalizzato appare compatibile con gli istituti già attivi al momento della sua introduzione. Inoltre, si deve considerare come un’eventuale valutazione della previgente disciplina in termini di specialità rispetto a quella introdotta con il Dec. Lgs. n. 97 del 2016 sembra stridere inevitabilmente con i caratteri di particolare innovatività della nuova normativa (di portata generale) in materia di trasparenza diffusa.

Pur aderendo alla regola secondo cui “*Lex posterior generalis non derogat priori speciali*”, infatti, appare arduo sostenere che il legislatore, prevedendo con piena consapevolezza l’imminente riforma radicale della trasparenza amministrativa, abbia voluto implicitamente escludere dal suo ambito di applicazione alcune materie dettando previdentemente una disciplina molto dettagliata destinata a operare in via esclusiva. Date le caratteristiche e la portata onnicomprensiva dell’accesso civico generalizzato, infatti, l’eccezione di carattere assoluto prevista dal quarto comma dell’art. 5 bis del T.U. della trasparenza avrebbe probabilmente richiesto un’esplicita esclusione da parte del legislatore⁴³⁷. Naturalmente, pur prescindendo da tale interpretazione estensiva del regime di eccezioni assolute all’accesso civico generalizzato, implicante una preclusione *ex ante* per l’istante, residua comunque la possibilità che la richiesta d’accesso venga rigettata *ex post* dall’amministrazione, motivando correttamente il diniego sulla base delle eccezioni relative tassativamente previste dal legislatore⁴³⁸. Forse, proprio il timore che per le amministrazioni adite risultasse eccessivamente oneroso provvedere, caso per caso⁴³⁹,

⁴³⁶ BENTHAM J., *Manuscripts of Jeremy Bentham, Library of University College, London*.

⁴³⁷ *De jure condendo*, si rileva che una simile previsione esplicita risulterebbe invero necessaria anche a fronte dell’introduzione di un (probabile) nuovo Codice dei Contratti Pubblici. Nel caso in cui il legislatore rimanga nuovamente silente sul punto, però, il ribaltamento del rapporto diacronico tra la disciplina speciale e la normativa generale consentirebbe, stavolta, di poter più facilmente sostenere la sua intenzione di escludere in tale delicata materia l’operatività di un istituto già vigente.

⁴³⁸ Il riferimento è, in particolare, alla lett. e) del primo comma dell’art. 5 bis del T.U. della Trasparenza. Detta disposizione legittima infatti il diniego di accesso civico ove esso risulti (strettamente) necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela dell’interesse pubblico inerente alla politica e alla stabilità finanziaria ed economica dello Stato.

⁴³⁹ Va sottolineato che l’onerosità dell’approfondita analisi imposta alle pubbliche amministrazioni e agli organi giurisdizionali ha invero favorito lo sviluppo di prassi di semplificazione (che finiscono con il sacrificare, di fatto, la tutela della trasparenza) persino nella giurisprudenza della CGUE. Sul punto si veda l’acuta analisi di PIAZZA I., in SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L’accesso dei cittadini: esperienze di informazione amministrativa a*

(e con adeguata motivazione) a rigettare *ex post* le proponende istanze di accesso civico, ha indotto la giurisprudenza a sostenere l'inoperatività "*ratione materiae*" del nuovo istituto. Tuttavia, non si può negare, come, alla luce delle considerazioni svolte, la soluzione interpretativa prescelta appaia, invero, stridente con il dato normativo, oltreché in contrasto con gli scopi perseguiti dalla riforma del 2016.

Il secondo profilo di critica attiene alla mancata valorizzazione dell'autonomo "diritto a conoscere" espressamente attribuito ai cittadini dal Dec. Lgs. 97 del 2016, in attuazione delle pertinenti disposizioni costituzionali. Il *right to know* ha potenzialmente a oggetto l'intero patrimonio conoscitivo detenuto dalle pp.aa. e costituisce, come si è visto, un diritto fondamentale di quarta generazione, che spetta a ciascun consociato a prescindere dalla sua concreta utilità per la promozione del buon andamento nell'attività amministrativa. Ne deriva che l'istanza conoscitiva del privato deve essere soddisfatta a prescindere dal fatto che essa sia volta a realizzare (direttamente o indirettamente) un interesse della collettività e, proprio per questo, essa non può essere legittimamente frustrata sulla base del fatto che, in alcuni settori, l'ordinamento assicuri già sistemi di controllo qualificati. L'obbligo di ostensione dei dati richiesti da parte dei pubblici uffici non deve infatti essere adempiuto solo nella misura in cui sia necessario ad assicurare un surplus di controllo in una determinata materia. Esso corrisponde, invero, a un diritto soggettivo dell'istante che viene direttamente tutelato dal legislatore, a prescindere da una sua eventuale utilità sovra-individuale.

Lo scopo della riforma non era infatti quello di colmare dei vuoti di trasparenza attribuendo ai cittadini un ruolo di "supplenza" ogniquale volta i pubblici uffici non riuscissero a vigilare autonomamente sul corretto svolgimento dell'attività amministrativa. Sembra dunque difficile sostenere che l'accesso civico generalizzato possa essere precluso in alcuni settori particolarmente delicati sulla base del mero fatto che in tali ambiti preesistevano organi di controllo adeguati a presidiare il perseguimento dell'interesse pubblico. La trasparenza diffusa non nasce, invero, come reazione a esigenze di un controllo supplementare, bensì come strumento (sicuramente costoso) di potenziamento e promozione della partecipazione democratica all'attività amministrativa e politica. Considerare gli istituti ad essa connessi solo

confronto, op. cit., pag. 264. L'Autore critica, in particolare, lo sviluppo in via pretoria di "presunzioni generali" che hanno l'effetto pratico di legittimare il diniego d'accesso opposto dalle amministrazioni europee a prescindere dalla valorizzazione delle peculiari caratteristiche del caso concreto: "*Le presunzioni generali servono essenzialmente a non vanificare il funzionamento di procedimenti che hanno una loro propria disciplina: si comprende, quindi, quale sia lo scopo per cui sono ammesse nella giurisprudenza della Corte. È innegabile, però, che esse introducano in sede applicativa un regime rafforzato di eccezioni, non previsto dal regolamento, con un'inversione dell'onere della prova a carico del richiedente. Il problema delle presunzioni è tanto più grave, quanto più le istituzioni tentano di estenderne l'applicazione: in particolare, la Commissione vi è ricorsa per negare l'accesso a documenti rientranti nel procedimento legislativo, per i quali, in virtù della funzione di legittimazione democratica della trasparenza, dovrebbe valere il più ampio accesso possibile*".

come una possibile risposta a esigenze di *spending review* della p.a. e ritenere, in particolare, che il coinvolgimento del privato nel controllo sull'attività amministrativa vada limitato alle sole materie in cui manchino altre forme di controllo costituisce un ragionamento logico - giuridico fondamentalmente errato. Si rischierebbe, infatti, di ribaltare il modello costituzionale, secondo cui dovrebbe essere l'amministrazione ad assumere un ruolo servente nei confronti del cittadino e non viceversa. Pertanto, si può ritenere che, proprio in materie così delicate da rendere necessaria l'istituzione di un'apposita Authority, risulterebbe indispensabile assicurare la piena esplicazione del *right to know* dei consociati. Non si deve infatti dimenticare come quest'ultimi abbiano ormai assunto il ruolo di autentici "proprietari" dei dati detenuti (per loro conto) dalle pubbliche amministrazioni e come il riconoscimento di tale ruolo appaia evidentemente incompatibile con una loro "degradazione" a meri collaboratori/ricercatori occasionali, di cui l'amministrazione possa eventualmente servirsi.

Un ulteriore aspetto della riforma, che non sembra essere stato sempre adeguatamente valorizzato a livello giurisprudenziale, consiste nel fatto che il tema della trasparenza è inscindibilmente legato alla tutela e alla promozione della libertà d'espressione⁴⁴⁰. Non è un caso che le norme fondamentali sulla trasparenza nell'ordinamento svedese siano contenute proprio nella legge costituzionale sulla libertà di stampa⁴⁴¹.

La piena esplicazione della libertà d'espressione presuppone, infatti, un'adeguata promozione e tutela dell'attività di ricerca delle informazioni necessarie per sostenere le proprie tesi. Qualora detti dati siano detenuti dalle pubbliche amministrazioni, quindi, essi devono risultare naturalmente ostensibili a ciascun consociato, salve le ipotesi in cui la loro segretezza risulti indispensabile per tutelare specifici interessi. Precludere ingiustificatamente l'accesso alle informazioni detenute dalle pp.aa. costituirebbe, invero, una modalità di indiretta limitazione della libertà d'espressione da parte degli enti pubblici. A tali conclusioni è infatti giunta la Corte di Strasburgo nella nota pronuncia del novembre 2016, interpretando estensivamente l'art. 10 della C.E.D.U.⁴⁴² Ne deriva che una normativa italiana eccessivamente restrittiva del *right to know* risulterebbe incompatibile con gli artt. 21 e 117 della Costituzione, soprattutto alla luce del

⁴⁴⁰ Si veda GARDINI G., *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal "FOIA Italia"*, in *Federalismi.it*, Ottobre 2018. Secondo l'Autore, l'ambiguità del dato normativo permette di assumere due diverse prospettive in ordine alla concreta operatività dell'accesso civico generalizzato: detto istituto può essere inteso sia come strumento di realizzazione del *right to know* di ciascun consociato, sia come strumento di contrasto alla corruzione e di promozione del buon andamento nelle pubbliche amministrazioni. A seconda che si ritenga prevalente il primo o il secondo aspetto nell'accesso civico generalizzato, si possono ottenere risultati applicativi radicalmente diversi per quanto riguarda, ad esempio, la gestione delle istanze massive e seriali o l'oggetto delle domande d'accesso stesse.

⁴⁴¹ Si veda, al riguardo, il *Tryckfrihetsordningen (Freedom of the Press Act)*, emanato il 2 dicembre 1766 dal re svedese Adolfo Federico e ispirato dal politico e filosofo Anders Chydenius.

⁴⁴² Vedi, *supra*, Cap. I.

fatto che il rinvio alla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo sembra introdurre indirettamente una riserva di legge in materia di limitazione della prodromica attività di ricerca delle informazioni⁴⁴³. L’interpretazione costituzionalmente orientata della normativa vigente contribuisce, invero, a risolvere i dubbi interpretativi potenzialmente derivanti dal tenore letterale di alcune disposizioni, che costituiscono, di fatto, una soluzione di compromesso tra diverse visioni del diritto d’accesso.

Chiarito in questi termini il fondamentale nucleo ideologico e normativo della riforma, appaiono ancor più criticabili quegli orientamenti giurisprudenziali che, come si è visto, tendono a valorizzare l’approccio funzionale in una prospettiva di depotenziamento del diritto d’accesso, proponendo, di fatto, una distinzione tra informazioni necessarie per alimentare la libertà d’espressione individuale e dati che risultino invece privi di rilevanza nell’argomentazione delle tesi sostenute dall’istante. L’errore logico insito in tale ragionamento consiste nel fatto che dette valutazioni di utilità e opportunità dovrebbero essere riservate in via esclusiva all’istante nell’ambito della sua attività prodromica di ricerca delle informazioni. Solo quest’ultimo, infatti, può compiutamente valutare la concreta utilità del dato informativo ricercato e ciò deve avvenire senza subire ingerenze di stampo paternalistico da parte degli uffici pubblici. Pertanto, le pp.aa. non dovrebbero poter operare la distinzione citata e, nel rispetto dei limiti imposti dal legislatore per la tutela degli interessi pubblici e privati qualificati potenzialmente pregiudicati, dovrebbero invece limitarsi a concedere al cittadino i dati da lui richiesti. Per l’istante risulterebbe infatti tendenzialmente sufficiente il mero vanto del diritto (o, ancor meglio, il vanto dell’utilità dell’informazione al fine di argomentare le proprie tesi) per ottenere le informazioni richieste.

Naturalmente, sarebbe diverso il caso in cui il richiedente ricercasse alcuni dati allo scopo dichiarato di ottenere le informazioni attinenti a uno specifico individuo per fini esclusivamente emulativi. L’ampia “apertura” del patrimonio conoscitivo della p.a. reca infatti il rischio di potenziali abusi dell’istituto insiti nella ricerca dei dati altrui. In tal senso, un’efficace tutela della *privacy* contribuisce in modo significativo alla sana evoluzione del sistema di trasparenza diffusa e si traduce, quindi, nella corretta promozione del *right to know* piuttosto che, come si potrebbe semplicisticamente ritenere, nella sua negazione o compressione.

La questione risulta quanto mai attuale dopo l’entrata in vigore del Regolamento Europeo n. 679 del 2016, che ha intensificato la tutela della riservatezza disponendo espressamente, nei suoi artt. 5 e 6, l’inderogabilità degli obblighi di tutela dei dati personali da parte di disposizioni

⁴⁴³ In questo senso, vedi SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L’accesso dei cittadini: esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Rapporto IRPA 1/2018, op. cit, pag. 19. Secondo gli Autori, infatti, l’applicabilità delle eccezioni previste dai regolamenti in attuazione dell’art. 24 della legge n. 241 del 1990 costituirebbe un’opzione interpretativa “che è palesemente in contrasto con la riserva di legge desumibile, in materia di eccezioni all’accesso, dal richiamato art. 10 CEDU”.

normative interne, incluse quelle che disciplinino la trasparenza e il diritto di accesso⁴⁴⁴.

4.7 Il delicato rapporto tra promozione della trasparenza e tutela della riservatezza

Un aspetto nodale dello sviluppo della riforma si rinviene, dunque, nel confronto dinamico tra un diritto fondamentale “di prima generazione”, quale il *right to be let alone*⁴⁴⁵, e un diritto fondamentale di più recente affermazione, quale il *right to know*, che assume un rilievo sovra-individuale nel favorire il corretto funzionamento del sistema democratico.

Il diritto alla conoscenza individuale non deve essere infatti esercitato in modo tale da ostacolare il diritto alla conoscenza degli altri consociati (come avviene di fatto tramite la presentazione di istanze seriali, pretestuose e ostruzionistiche), né tantomeno in modo tale da pregiudicare l'altrui diritto alla riservatezza dei propri dati. Il diritto alla privacy può infatti essere fatto valere dal suo titolare sia nei confronti della p.a., sia nei confronti dell'istante stesso.

Si deve sottolineare come il rapporto tra diritto alla riservatezza e diritto d'accesso sia stato però a lungo percepito, a livello ordinamentale, in termini antitetici e risolto fondamentalmente affermando la prevalenza del primo sul secondo. La disciplina dell'accesso documentale prevede tuttora, infatti, che il confronto tra i due diritti individuali confliggenti si articoli diversamente a seconda dell'interesse vantato dall'istante. Il Dec. Lgs. n. 196/2003 prevede invero una sorta di graduazione della tutela della riservatezza distinguendo tra dati personali comuni, dati sensibili e dati “sensibilissimi” (afferenti fondamentalmente alla salute e alla vita sessuale dell'individuo⁴⁴⁶). L'art. 59 del Codice della Privacy e l'art. 24 comma 7 della l. 241/90 prevedono infatti la prevalenza della pretesa conoscitiva attinente a dati personali comuni qualora la conoscenza degli atti sia “necessaria” per curare o difendere i propri interessi giuridici. Nel caso in cui l'accesso riguardi documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, invece, l'istanza può essere accolta nei limiti in cui risulti strettamente “indispensabile” a tal fine, mentre il

⁴⁴⁴ A conferma della rilevanza assunta da tale atto normativo sul contenzioso in materia di accesso, si veda la sentenza adottata dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato, 25 giugno 2018, n. 3907. Nella motivazione della decisione, che ha confermato in appello la sentenza di rigetto adottata in primo grado dal TAR Lazio, i Giudici di Palazzo Spada hanno infatti rilevato che “11.2 Nel caso in esame non è dato individuare a monte l'interesse pubblico costituente il presupposto ai sensi dell'art. 11 del d.lgs.196/2003 per il trattamento dei dati sensibili riguardanti manifestazioni di pensiero fra persone che (in quel particolare momento) non rivestono né esercitano funzioni pubbliche. 11.3 Come correttamente sottolineato dal TAR, gli obblighi di tutela dei dati personali sono oggi ancor più pregnanti dopo l'entrata in vigore degli artt. 5, 6 e ss. Regolamento UE 2016/679, laddove ribadiscono l'inderogabilità – neppure in nome della trasparenza e del diritto di accesso – di essi per effetto di disposizioni normative interne di eventuale segno opposto”.

⁴⁴⁵ Si veda WARREN S. D. – BRANDEIS L. D., *The Right to Privacy*, Boston, 1890.

⁴⁴⁶ In sede di attuazione del Reg. UE 2016/679, il Dec. Lgs. 10 agosto 2018 n. 101 ha modificato l'art. 60 del codice della privacy annoverando tra i dati c.d. “sensibilissimi” anche i dati genetici.

coinvolgimento di dati c.d. “supersensibili” subordina la prevalenza dell’accesso alla sua strumentalità rispetto a un diritto della personalità o ad altra libertà fondamentale. In quest’ultimo caso, infatti, è prevista una ponderazione comparativa tra la situazione soggettiva che sta alla base del diritto di accesso e diritto alla riservatezza. Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha ben presto riconosciuto la necessità di una valutazione in concreto, che valorizzi le specifiche peculiarità della vicenda sottoposta all’esame dell’amministrazione.

Gli artt. 22 e ss. della legge n. 241/90 (s.m.i.) sembrano dunque manifestare una naturale inclinazione per la salvaguardia della riservatezza anche a discapito della promozione della trasparenza amministrativa.

Ciò si deve alla “*complicità di due fattori: da una parte il livello impari di tutela giuridica riconosciuta ai due diritti, dall’altra il dogma della “strumentalità” del diritto di accesso*”⁴⁴⁷.

Come noto, infatti, l’art. 8 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo dispone che “*ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza*” e la giurisprudenza di legittimità⁴⁴⁸ ha da tempo ricondotto il diritto alla riservatezza nell’alveo dell’art. 2 della Costituzione. Va ricordato come la tutela della *privacy* si sia progressivamente evoluta da un sistema che salvaguardava indirettamente la corretta gestione dei dati personali, nella misura in cui ciò fosse necessario per proteggere altri diritti e interessi individuali, fino all’affermazione di un autonomo diritto alla protezione dei dati personali. Il Garante della Privacy ha avuto peraltro modo di chiarire detto concetto precisando che “*la privacy cammina ormai su due gambe: la riservatezza ed il controllo: alla prima si addice il silenzio, alla seconda la trasparenza*”⁴⁴⁹.

Al contrario, il fondamento costituzionale dei valori della trasparenza, come si è visto⁴⁵⁰, è stato a lungo oggetto di controversia e il diritto d’accesso è stato storicamente percepito come una situazione giuridica strumentale alla tutela di altri interessi (c.d. “need to know”).

Il primo riconoscimento di una possibile equiparazione tra riservatezza e trasparenza nel nostro ordinamento si è avuto, non a caso, in sede di recepimento di direttive comunitarie. In particolare, l’art. 4 del Dec. Lgs. 24 febbraio 1997 n. 39 di “Attuazione della direttiva

⁴⁴⁷ Così BERTI A., *Note critiche sulla “funzionalizzazione” dell’accesso civico op. cit.* L’Autore offre, inoltre, un’interessante analisi delle diverse origini dei due valori, evidenziando che “*i due attori hanno differente origine e provenienza anche sul piano ordinamentale, visto che l’accesso nasce come prerogativa del “cittadino” (rectius: del “contribuente”) nei confronti della Pubblica Amministrazione nell’ambito dell’ordinamento pubblicistico, mentre la riservatezza è patrimonio del singolo individuo, riconosciuto nel contesto dell’elaborazione privatistica dei diritti della personalità*”. Al riguardo, l’Autore richiama l’art. 62 del Testo Unico della legge comunale e provinciale (R.D. 3 marzo 1934 n. 83), che prevedeva che ciascun “contribuente” potesse richiedere copia delle deliberazioni comunali.

⁴⁴⁸ Si rinvia, *ex multis*, alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2129 del 1975, relativa al noto caso “Soraya”.

⁴⁴⁹ RODOTÀ S., Discorso del Presidente del Garante della Privacy, 1997.

⁴⁵⁰ Vedi Cap. III.

90/313/CEE, concernente la libertà di accesso alle informazioni in materia di ambiente”, prevede la prevalenza del diritto alla riservatezza soltanto ove l’ostensione dell’informazione richiesta possa produrre “un pregiudizio concreto e attuale” a tale diritto⁴⁵¹.

La progressiva affermazione dell’autonoma rilevanza del diritto all’informazione ha portato a ritenere che le (sia pur meritevoli) esigenze di tutela della privacy andassero soddisfatte non tramite l’integrale sacrificio del diritto d’accesso, bensì favorendo soluzioni provvedimentali che consentissero di conciliare gli interessi tra loro antitetici. Emerse infatti in materia di informazioni ambientali la consapevolezza che le pubbliche amministrazioni dovessero, nei limiti del possibile, garantire l’attuazione di entrambi i diritti, assicurando l’ostensione dei dati richiesti secondo modalità che non ledessero la riservatezza individuale. Pertanto, assunse gradualmente rilievo la prassi dell’oscuramento parziale dei dati, in quanto soluzione conforme a logiche di stretta proporzionalità capace di assicurare l’esplicazione del *right to know* senza pregiudicare l’altrui diritto alla riservatezza⁴⁵².

Per quanto riguarda, poi, il raccordo tra la disciplina contenuta nel Dec. Lgs. n. 196/2003 e il tradizionale accesso documentale ex l. 241/90, la legge n. 15/2005 aveva introdotto un peculiare raccordo tra i due procedimenti, prevedendo nell’art. 25 della legge sul procedimento amministrativo la necessità di un parere non vincolante reso dal Garante della Privacy o dalla Commissione per l’accesso. Detta disposizione prevede infatti che, qualora l’accesso sia negato o differito per motivi inerenti alla gestione dei dati personali di soggetti terzi, la Commissione per l’accesso (o il difensore civico) adita per il riesame provveda dopo aver sentito il Garante per la protezione dei dati personali, che si pronuncia entro il termine di 10 giorni dalla richiesta. Inoltre, *“qualora un procedimento di cui alla sezione III del capo I del titolo I della parte III del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, o di cui agli articoli 154, 157, 158, 159 e 160 del medesimo decreto legislativo n. 196 del 2003, relativo al trattamento pubblico di dati personali da parte di una pubblica amministrazione, interessi l’accesso ai documenti amministrativi, il Garante per la protezione dei dati personali chiede il parere, obbligatorio e non vincolante, della Commissione per l’accesso ai documenti amministrativi. La richiesta di parere sospende il termine per la pronuncia del Garante sino all’acquisizione del parere, e comunque per non oltre*

⁴⁵¹ Nello stesso senso, il successivo Dec. Lgs. 19 agosto 2005 n. 195, di attuazione della direttiva 2003/4/CE, ha introdotto un criterio interpretativo preferenziale per il diritto di accesso in materia ambientale, prevedendo che anche le sue limitazioni ed esclusioni vadano intese restrittivamente.

⁴⁵² Si veda, *ex multis*, la sentenza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, 28 settembre 2007, n. 4999, ai sensi della quale *“il diritto alla c.d. privacy non può essere sacrificato se non a titolo di estrema ratio, restando altrimenti possibile assicurare un ampio esercizio del diritto di accesso, pur salvaguardando l’interesse alla riservatezza mediante modalità alternative alla limitazione o al diniego dell’accesso, che utilizzino, ad esempio, la schermatura dei nomi dei soggetti menzionati nei documenti, che si dichiarino fermamente intenzionati a mantenere l’anonimato, o che invece si avvalgano dell’assenso delle persone di volta in volta indicate nei documenti in questione”*.

quindici giorni. Decorso inutilmente detto termine, il Garante adotta la propria decisione”.

In ordine al nuovo accesso civico generalizzato, invece, il coordinamento tra gli istituti associati alla tutela della privacy e quelli preposti alla realizzazione del *right to know* risulta, invero, più complesso⁴⁵³. In primo luogo, rileva il coinvolgimento del Garante della Privacy nel processo di redazione delle Linee Guida dell'ANAC⁴⁵⁴ oltre che negli eventuali procedimenti di riesame attivati dall'istante. La maggior flessibilità di un istituto nato per valorizzare in massima misura l'interesse conoscitivo dell'utenza presuppone, infatti, un più elevato grado di interazione tra i vari soggetti coinvolti nel procedimento. La circolare ministeriale n. 2 del 2017 adottata dal Dipartimento per la Funzione Pubblica ha contribuito a fare chiarezza in materia precisando che *“nei sistemi FOIA, il diritto di accesso va applicato tenendo conto della tutela preferenziale dell'interesse a conoscere. Pertanto, nei casi di dubbio circa l'applicabilità di una eccezione, le amministrazioni dovrebbero dare prevalenza all'interesse conoscitivo che la richiesta mira a soddisfare”*. Va evidenziato che parte della dottrina⁴⁵⁵ ha criticato la scelta di affidare il suddetto

⁴⁵³ Sulla concreta operatività dell'eccezione relativa in materia di privacy nel sistema FOIA statunitense, si veda CARBONARA L., in SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L'accesso dei cittadini: esperienze di informazione amministrativa a confronto*, op. cit., pag. 112: *“Con riferimento alla sesta eccezione, legata alla tutela della privacy, la giurisprudenza impone all'amministrazione di effettuare un'attenta valutazione, articolata in quattro fasi consequenziali. In primo luogo si deve accertare se le informazioni in questione abbiano carattere personale, sanitario o ad essi “assimilabile”. È evidente che, nel caso in cui tale verifica dia esito negativo, l'eccezione non è applicabile (threshold requirement). L'ampiezza della clausola ha tuttavia consentito alla Corte suprema di estendere la portata applicativa dell'eccezione, che di fatto ricomprende qualsiasi informazione riferita a un determinato soggetto. In secondo luogo è necessario considerare se vi sia un significativo e concreto interesse alla riservatezza delle informazioni richieste, dovendo in caso contrario direttamente procedersi alla divulgazione. In questo senso, l'interesse è solitamente ritenuto “significativo” se riferito a informazioni come il nome, l'immagine, i recapiti, i precedenti sanitari e giudiziari. In terzo luogo il richiedente ha lo specifico onere di dimostrare l'esistenza di un interesse pubblico alla disclosure: la sua assenza rende infatti automaticamente prevalente l'interesse alla privacy, anche laddove quest'ultimo sia di modesta entità. Solo in ultimo, nel caso in cui tutte le precedenti condizioni siano verificate, l'amministrazione deve, nel caso concreto, compiere un attento bilanciamento tra diversi valori, potendo in alcuni casi un interesse pubblico “sostanziale” alla divulgazione superare un interesse “non significativo” alla riservatezza personale. La giurisprudenza, infatti, impone che la generale presunzione in favore della divulgazione debba operare senza particolari preclusioni anche nei confronti dell'eccezione in esame. Ciononostante, specialmente nel caso di dati particolarmente sensibili (status familiari, condizioni sanitarie, precedenti penali, ecc.), si assiste a una sopravvalutazione dell'interesse alla privacy rispetto agli altri interessi-limite”*.

⁴⁵⁴ Si veda BERTI A., *Note critiche sulla “funzionalizzazione” dell'accesso civico generalizzato*, op. cit. L'Autore rileva che *“In estrema sintesi, con le citate “Linee guida” Anac ha individuato i seguenti criteri utili per il giudizio di ponderazione degli interessi: a) opposizione del controinteressato, da considerarsi “un indice della sussistenza di un pregiudizio concreto”, non vincolante per la P.A., ma da valutare ai fini della decisione; b) tipologia di soggetto (es. minore, la cui riservatezza va tutelata in via tendenzialmente assoluta) e ruolo ricoperto dal controinteressato (es. soggetti che esercitano una funzione pubblica, la cui riservatezza è tutelata in modo inversamente proporzionale all'interesse pubblico del ruolo ricoperto; c) conseguenze pratiche della eventuale ostensione (es. effetti negativi sul piano giuridico, economico, morale e sociale, comprese le possibili azioni di terzi); d) le “ragionevoli aspettative” del controinteressato titolare del diritto alla riservatezza”*.

Sul problema dell'approccio funzionale si veda anche GARDINI G., *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure...*, op. cit. Secondo l'Autore, infatti, *“Anche qualora si voglia definire l'accesso civico come “diritto individuale all'informazione amministrativa”, esso andrà tutelato come diritto fondamentale solo entro i limiti delle finalità ad esso proprie, ossia la conoscenza di dati che riguardano le PA, dal momento che è stato riconosciuto ai cittadini per consentire ad essi di esercitare un controllo sulle PA e partecipare consapevolmente alle decisioni pubbliche, e non per conoscere informazioni riguardanti i privati”*.

⁴⁵⁵ Si veda GALETTA D. U., *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali*, op. cit., pag. 10.

intervento chiarificatore a un atto normativo non vincolante, dal momento che la chiave di lettura con esso proposta (la tendenziale prevalenza dell'interesse conoscitivo) risulterebbe priva di un adeguato fondamento normativo. Tanto più che, nel complesso quadro normativo multilivello che disciplina la materia della trasparenza amministrativa e il suo rapporto con la salvaguardia della riservatezza, si è recentemente innestato anche il Regolamento UE 2016/679. Come noto, quest'ultimo atto normativo, entrato in vigore il 25 maggio 2018, precisa (nel suo quarto considerando) che *“Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale (...) va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità”*. Il considerando n. 154 del Regolamento fa poi espresso riferimento alle normative FOIA eventualmente vigenti negli Stati Membri e rileva che *“Tali disposizioni legislative dovrebbero conciliare l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali e il riutilizzo delle informazioni del settore pubblico con il diritto alla protezione dei dati personali”*.

A livello di disciplina nazionale, invero, l'art. 5 del Dec. Lgs. n. 33 del 2013 prevede un articolato subprocedimento volto a tutelare i titolari di interessi privati qualificati (elencati dall'art. 5 bis) eventualmente contrastanti con l'interesse conoscitivo dell'istante.

Il quinto comma dell'art. 5 del T.U. della Trasparenza garantisce infatti l'instaurazione di un contraddittorio procedimentale tra tali soggetti e l'istante, prevedendo che gli uffici competenti rendano loro nota la proposizione dell'istanza conoscitiva. Dalla ricezione della comunicazione ufficiale inizia a decorrere il termine di 10 giorni per l'eventuale presentazione di opposizione motivata all'accesso, durante il quale risulta sospeso il termine (di 30 giorni) di conclusione del procedimento.

Peraltro, il sesto comma dell'art. 5 prevede anche che, *“salvi i casi di comprovata indifferibilità”* la presentazione dell'opposizione da parte dei controinteressati determini l'attivazione di un termine dilatorio di 15 giorni nell'ipotesi in cui si pervenga (comunque) all'accoglimento dell'istanza di accesso civico generalizzato. L'amministrazione è infatti tenuta a dare comunicazione al controinteressato dell'imminente ostensione dei dati in favore dell'istante e *“provvede a trasmettere al richiedente i dati o i documenti richiesti non prima di quindici giorni dalla ricezione della stessa comunicazione”*, così da consentire l'eventuale utile attivazione dei rimedi avverso il provvedimento di accoglimento⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ Al riguardo, GARDINI G., *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure...*, op. cit., parla di una vera e propria clausola di *“stand - still”*, richiamando in tal senso la tecnica normativa adottata, ad esempio, nel rito appalti nell'art. 120 c.p.a. per assicurare una tutela piena ed effettiva ai potenziali ricorrenti (scongiurando il fenomeno della c.d. *“run to signature”*).

Per quanto riguarda, invece, l'instaurazione del contraddittorio con i controinteressati nell'ambito del procedimento dinanzi ai difensori civici regionali (dovendosi rilevare che *“I difensori civici comunali sono stati cancellati dalla finanziaria 2010, quelli provinciali si sono naturalmente estinti a causa della revisione dell'ente provinciale, mentre quello nazionale non è mai stato istituito nel nostro paese”*), il medesimo Autore precisa che *“La legge non prevede*

L'individuazione e il coinvolgimento dei controinteressati nel suddetto contraddittorio procedimentale costituiscono attività invero molto onerose per le pubbliche amministrazioni e, purtuttavia, indispensabili per assicurare il corretto funzionamento del nuovo regime di trasparenza amministrativa.

Va al riguardo evidenziato che la pretermissione dal procedimento anche di uno solo dei controinteressati (all'ostensione dei dati) inficia inevitabilmente la validità del provvedimento finale di accoglimento. La mancata comunicazione preliminare nei confronti dei controinteressati non sembra qualificabile come un mero vizio formale inidoneo ex art. 21 *octies* della legge 241 del 1990⁴⁵⁷ a determinare l'annullamento del provvedimento. Peraltro, quand'anche si ritenesse che detto istituto di partecipazione procedimentale rientri nel generale fenomeno di "dequotazione dei vizi formali", che ha accompagnato la trasformazione del giudizio amministrativo da un giudizio impugnatorio "sull'atto" a giudizio "sul rapporto", non sarebbe comunque chiaro come l'amministrazione resistente potrebbe provare il contenuto sostanzialmente necessitato del provvedimento discrezionale adottato e, quindi, la sostanziale inutilità della partecipazione procedimentale dei controinteressati. Pur ammettendo un'inversione dell'onere della prova sul punto, presumendo che siano i controinteressati pretermessi a dover provare l'utilità ai fini del rigetto dell'istanza della loro eventuale partecipazione procedimentale, la fattispecie sembrerebbe comunque differire significativamente da quella descritta dal secondo comma dell'art. 21 *octies*.

Ne deriva l'astratta possibilità per i controinteressati di agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dall'adozione del provvedimento di accoglimento illegittimo, anche in via autonoma, entro il termine decadenziale di 120 giorni previsto dall'art. 30 c.p.a.

Alla suesposta disciplina generale della tutela dei controinteressati se ne aggiunge una più specifica, attivabile qualora l'interesse privato preso in considerazione dall'amministrazione per giustificare il diniego d'accesso sia proprio quello attinente alla protezione dei dati personali. Il settimo comma dell'art. 5 del Dec. Lgs. 33/2013 prevede infatti che, a fronte della richiesta di riesame proposta dall'istante al responsabile per la prevenzione della corruzione e della trasparenza, quest'ultimo deve decidere (entro il termine di 20 giorni) con provvedimento motivato solo dopo aver sentito il Garante della Privacy. Il coinvolgimento dell'Autorità di settore, che deve rendere il relativo parere nel termine di 10 giorni, testimonia la particolare

l'obbligo per il richiedente di dare notizia dell'istanza di riesame ai controinteressati, ma non per questo le esigenze di tutela di questi ultimi appaiono diverse o minori. Ne nasce il dubbio se, nel silenzio della legge, tale comunicazioni spetti o meno al difensore civico regionale: a parere di chi scrive questa soluzione appare consigliabile ed opportuna".

⁴⁵⁷ In tal senso, GALETTA D. U., *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali*, op. cit., pag. 13.

rilevanza attribuita alla tutela della riservatezza dal legislatore delegato. I pareri resi dal Garante ai fini della decisione sull'istanza di riesame contribuiscono a definire il diritto vivente in materia di accessi civico generalizzato e a conformare le prassi amministrative di gestione delle istanze.

In tale ambito, ad esempio, il Garante ha avuto modo di avvalorare la concretizzazione tecnica contenuta nelle *Guide Lines* dell'ANAC del “pregiudizio concreto” alla privacy rilevante ai sensi dell'art. 5 bis del T.U. della Trasparenza descrivendolo come “*le conseguenze - anche legate alla sfera morale, relazionale e sociale - che potrebbero derivare all'interessato (o ad altre persone alle quali esso è legato da un vincolo affettivo) dalla conoscibilità, da parte di chiunque, del dato o del documento richiesto*”⁴⁵⁸.

Il relativo rischio risulta naturalmente aggravato dal fatto che, ai sensi dell'art. 3 del medesimo decreto, “*Tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di accesso civico (...) sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli*”. Detta disposizione, che asseconda logiche di condivisione dei dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni al fine di ampliare la platea dei possibili fruitori delle informazioni, reca (inevitabilmente) un grave pericolo per la salvaguardia della riservatezza.

Al di là di tali precisazioni di natura essenzialmente tecnica, va rilevato come i pareri obbligatori non vincolanti finora resi dal Garante nell'ambito dei procedimenti di riesame propendano, per lo più, per la reiezione delle istanze d'accesso. L'orientamento prevalente sostenuto dall'Autorità sembra invero riflettere quell'approccio tradizionale di assoluta intangibilità del diritto alla riservatezza e quella tendenziale soccombenza del diritto all'informazione, che la riforma del 2016 aveva invece voluto negare.

Ad esempio, il Garante ha avuto modo di affermare la non accessibilità (neanche in forma parziale) del curriculum vitae di un potenziale contraente privato della p.a., ritenendo che tale documento contenesse dati personali non suscettibili di efficace anonimizzazione⁴⁵⁹.

Parimenti, in materia di pubblico impiego, non è possibile accedere alla documentazione di laurea e all'attestazione di anzianità di servizio per contestare il conseguimento di una qualifica dirigenziale⁴⁶⁰.

Un settore di particolare interesse, sul quale si è più volte pronunciato il Garante della Privacy⁴⁶¹, è poi quello dell'accesso (anche parziale) agli atti dei concorsi pubblici, che verrà analizzato più approfonditamente nel successivo paragrafo.

Per quanto riguarda, più in generale, il rapporto tra istanze di accesso civico generalizzato e

⁴⁵⁸ Si veda il par. 8.1 delle *Guide Lines* adottate dall'ANAC, cit.

⁴⁵⁹ Si veda il parere del Garante della Privacy n. 162 del 30 marzo 2017.

⁴⁶⁰ Si veda il parere del Garante della Privacy n. 18 del 18 gennaio 2018.

⁴⁶¹ Si vedano, *ex multis*, il parere del Garante della Privacy n. 246 del 24 maggio 2017 e n. 433 del 26 ottobre 2017.

tutela della privacy dei controinteressati, va evidenziato che i pareri resi dal Garante, al pari, come si è già accennato, di parte della giurisprudenza amministrativa, tendono spesso a valorizzare i motivi individuali alla base della pretesa conoscitiva dell'istante per sostenerne l'infondatezza. In tale branca dell'ordinamento sembra dunque negarsi la tendenziale irrilevanza giuridica dei fini non "oggettivizzati" che rimangano confinati nel c.d. "foro interno" della persona fisica. Detto approccio sembra peraltro stridere con l'elisione dell'obbligo di motivazione dell'istanza d'accesso, prevista dal legislatore al precipuo scopo di favorire una più ampia apertura del patrimonio conoscitivo della p.a.⁴⁶² Peraltro, esso rischia anche, nel silenzio del richiedente accesso, di indurre i pubblici uffici a operare distinzioni aprioristiche a seconda delle categorie cui appartiene l'istante: la domanda di accesso civico generalizzato potrebbe infatti ricevere risposte diametralmente opposte (a parità di meritevolezza della pretesa conoscitiva), a seconda che venga esercitato da organizzazioni non governative, ricercatori o *mass media*⁴⁶³, oppure da società private operanti nel settore del *marketing*⁴⁶⁴. Per quanto riguarda le istanze presentate dal *quisque de populo*, poi, l'indagine rimessa all'amministrazione adita rischia di sfociare in un "surplus valutativo (di evidente complessità)" per quanto riguarda

⁴⁶² Detta apparente contraddizione non sorprende troppo se si considera che il Garante della Privacy, nel parere n. 92/2016 reso sullo schema di decreto legislativo di riforma della trasparenza amministrativa, aveva criticato la proposta di introdurre una forma di accesso scevra da qualsivoglia obbligo di motivazione in capo all'istante. In particolare, l'Authority formulava le seguenti osservazioni sul punto: *"E' in primo luogo lecito domandarsi, come i soggetti pubblici, che detengono grandi banche di dati, anche sensibili, dei cittadini decideranno se accogliere o meno le istanze di accesso al documento contenente dati personali, in assenza di un parametro per effettuare il bilanciamento fra la protezione dei dati personali e l'interesse del richiedente, dal momento che l'istanza non è motivata ed è dunque carente dell'indicazione della finalità perseguita, che costituisce elemento determinante ai fini della valutazione della legittimità del trattamento. Interpretazioni difformi potrebbero infatti determinare, oltretutto, un diverso grado di tutela del diritto alla protezione dei dati personali dei controinteressati, con conseguenze anche paradossali."*. *"L'assenza di una motivazione da parte del richiedente, nel privare l'amministrazione destinataria delle istanze di ostensione dei necessari elementi di ponderazione in ordine al fine così perseguito, può determinare, alternativamente, una eccessiva rigidità interpretativa, per cui l'amministrazione medesima tenderà a rigettare le richieste depauperando di ogni utilità lo strumento dell'accesso civico, oppure, al contrario, una dilatazione ingiustificata della nozione di trasparenza, per cui verranno trasmessi al richiedente dati e documenti senza alcun ragionevole criterio selettivo. Ciò che appare fuor di dubbio è che la mancata previsione, per le richieste di accesso civico, dell'obbligo di motivazione - che, pur non arrivando ad assumere i contorni ben definiti di una "situazione giuridicamente rilevante", fornisca elementi di valutazione idonei a legittimare l'istanza - rischia di comportare un'applicazione della disposizione diseguale da ufficio a ufficio. Infatti, la decisione in ordine all'ostensibilità dell'atto o del documento, essendo affidata unicamente alla valutazione del funzionario pubblico senza aver fornito a quest'ultimo alcun parametro di valutazione, rischia altresì di essere talmente discrezionale da sfociare nell'arbitrarietà, conseguenza del tutto paradossale ove si consideri che il legislatore delegato ha voluto rafforzare l'istituto "al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche". La disciplina in esame andrebbe pertanto significativamente rimodulata, prevedendo che laddove l'accoglimento dell'istanza di accesso possa determinare la comunicazione al richiedente di dati personali di terzi, l'ostensione del documento può essere effettuata soltanto ove risulti accertata, in atti, la prevalenza dell'interesse perseguito dall'accesso ovvero, previo oscuramento dei dati personali presenti"*.

⁴⁶³ Al riguardo, la citata Sentenza della Grande Camera dell'8 novembre 2016 relativa al caso *Magyar Helsinki Bizottság v Hungary* parlava espressamente di enti qualificabili come "public watchdogs", evidenziando come essi risultassero investiti di un'importante funzione sociale di controllo sull'operato dell'esecutivo.

⁴⁶⁴ Sull'evoluzione subita dal FOIA americano in termini di eccessivo irrigidimento del formalismo burocratico opposto dalle *Agencies* e sulla progressiva affermazione di società private specializzate nella raccolta dei dati per fini imprenditoriali, si veda, *ex multis*, KWOKA M., *Foia Inc., Legal Research*, 2016 *Duke Law Journal*.

la ricostruzione delle finalità effettivamente perseguite dal cliente⁴⁶⁵. Inoltre, nell'arduo tentativo di teorizzare gli scopi perseguiti dal singolo consociato tramite la presentazione dell'istanza si può facilmente sviluppare un diritto d'accesso "del nemico", vale a dire l'omnicomprensivo svilimento delle istanze d'accesso proveniente da cittadini che, talvolta in modo insistente o sgarbato, tentino di fare le veci dei tradizionali "public watchdogs". Senonché, tacciare sistematicamente d'irrilevanza le numerose istanze provenienti da un medesimo soggetto costituisce, a livello teorico, la più evidente negazione dei valori e degli scopi perseguiti dalla riforma della trasparenza amministrativa.

Nel mutato assetto normativo e ideologico favorito da tale intervento legislativo, infatti, appare auspicabile l'abbandono del tradizionale paradigma di incompatibilità tra trasparenza e riservatezza e il bilanciamento tra tali valori in un'ottica più "matura", secondo logiche di stretta proporzionalità⁴⁶⁶. Pertanto, l'amministrazione adita dovrebbe comparare il beneficio che deriverebbe dall'integrale accoglimento della richiesta d'accesso, integrante l'interesse pubblico primariamente tutelato dall'art. 5 del T.U. della Trasparenza, e il pregiudizio che detto provvedimento arreherebbe agli interessi pubblici secondari e agli interessi privati che assumano rilievo nel caso concreto. Ne deriva che, qualora per tutelare il diritto alla riservatezza non sia indispensabile un rigetto integrale dell'istanza d'accesso, la soluzione provvedimentale da prediligere sarebbe quella (anch'essa tipica⁴⁶⁷) dell'accoglimento parziale della domanda con oscuramento dei dati personali⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ L'argomento è esposto da BERTI A., *Note critiche sulla "funzionalizzazione" dell'accesso civico generalizzato*, op. cit. pag. 17, che richiama CUDIA C., in PONTI B. (a cura di), *Nuova trasparenza... op. cit.*, (pag. 105-106). Secondo l'Autrice citata, infatti, l'imposizione di un vincolo di scopo al diritto all'informazione "rischia di essere inutile o dannosa. Inutile, laddove si assuma come finalità dell'informazione un principio tanto generico da essere inidoneo a fungere da criterio di selezione degli interessi rilevanti: il riferimento, in particolare, al controllo e alla partecipazione democratica non può essere risolutivo, perché rispetto a quelle istanze qualsiasi aspirazione alla conoscenza è lecita e quindi non riesce a chiudere il sistema. Dannosa, nell'ipotesi opposta nella quale la finalità dell'informazione sia definita in modo preciso: perché sarebbe allora possibile verificare in ciascuno dei casi concreti se l'informazione agognata serva o meno a quel fine, con la conseguenza che la pretesa cognitiva risulterebbe compromessa ogni qual volta il suo oggetto sia ritenuto ininfluenza rispetto al perseguimento dello scopo."

⁴⁶⁶ Con riferimento ai contenuti essenziali e alle più recenti applicazioni del principio di proporzionalità si rinvia a GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017 (2^a ed.), pag. 149 e ss.

⁴⁶⁷ In quanto espressamente prevista dal quarto comma dell'art. 5 del T.U. della Trasparenza.

⁴⁶⁸ Nell'esperienza giuridica comunitaria, detta prassi è stata presto positivizzata nelle seguenti disposizioni in materia, rispettivamente, di accesso ambientale e di accesso agli atti delle Istituzioni Europee: l'art. 4, comma 4, della Direttiva CE 28 gennaio 2003, n. 4 in tema di accesso alle informazioni ambientali ("L'informazione ambientale detenuta dalle autorità pubbliche o per loro conto e oggetto di richiesta è messa a disposizione in maniera parziale quando è possibile estrarre dal resto dell'informazione richiesta le informazioni indicate al paragrafo 1, lettere d) ed e), o al paragrafo 2."), recepito con l'art. 5, comma 5, del D.Lgs. 195/2005 ("Nei casi di cui al comma 1, lettere d) ed e), ed al comma 2, l'autorità pubblica dispone un accesso parziale, a favore del richiedente, qualora sia possibile espungere dall'informazione richiesta le informazioni escluse dal diritto di accesso ai sensi dei citati commi 1 e 2."); e l'art. 4, comma 6, del Regolamento CE 30 maggio 2001 n. 1049/2001 (Regolamento relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della

Da questa prospettiva, l'obbligo di motivazione imposto ai pubblici uffici in materia di accesso civico generalizzato assume rilievo primario non solo nel caso di rigetto della domanda, ma anche nell'opposta ipotesi di un suo accoglimento totale o parziale⁴⁶⁹, e ha l'ulteriore effetto di contribuire alla graduale formazione di una casistica coerente e alla produzione di un virtuoso effetto conformativo.

Si deve inoltre sottolineare che detto *modus operandi* ha il merito di semplificare la fase decisionale del procedimento per le pp.aa. anche nelle ipotesi in cui l'ostensione dei dati non mostri un evidente rischio per l'altrui riservatezza⁴⁷⁰.

4.8 L'accesso agli atti dei concorsi pubblici.

I procedimenti relativi alla selezione dei pubblici dipendenti presentano particolare rilevanza al fine di analizzare il rapporto tra promozione della trasparenza e tutela della riservatezza. E' infatti palese come l'intera collettività abbia un interesse diretto alla selezione dei migliori candidati ai fini del corretto funzionamento delle pubbliche amministrazioni.

Commissione), ai sensi del quale “*Se solo alcune delle parti del documento richiesto sono interessate da una delle eccezioni, le parti restanti del documento sono divulgate.*”.

Analogamente, le citate Linee Guida dell'ANAC (al punto 8.1) prevedono che “*il soggetto destinatario dell'istanza, nel dare riscontro alla richiesta di accesso generalizzato, dovrebbe in linea generale scegliere le modalità meno pregiudizievoli per i diritti dell'interessato, privilegiando l'ostensione di documenti con l'omissione dei «dati personali» in esso presenti, laddove l'esigenza informativa, alla base dell'accesso generalizzato, possa essere raggiunta senza implicare il trattamento dei dati personali. In tal modo, tra l'altro, si soddisfa anche la finalità di rendere più celere il procedimento relativo alla richiesta di accesso generalizzato, potendo accogliere l'istanza senza dover attivare l'onerosa procedura di coinvolgimento del soggetto «controinteressato» (art. 5, comma 5, del d. lgs. n. 33/2013). Al riguardo, deve essere ancora evidenziato che l'accesso generalizzato è servente rispetto alla conoscenza di dati e documenti detenuti dalla p.a. «Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico» (art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 33/2013). Di conseguenza, quando l'oggetto della richiesta di accesso riguarda documenti contenenti informazioni relative a persone fisiche (e in quanto tali «dati personali») non necessarie al raggiungimento del predetto scopo, oppure informazioni personali di dettaglio che risultino comunque sproporzionate, eccedenti e non pertinenti, l'ente destinatario della richiesta dovrebbe accordare l'accesso parziale ai documenti, oscurando i dati personali ivi presenti. (Si pensi, ad esempio, ai dati di persone fisiche, quali, fra l'altro, la data di nascita, il codice fiscale, il domicilio o l'indirizzo di residenza, i recapiti telefonici o di posta elettronica personali, l'Isee o la relativa fascia, i dati bancari, ecc.)”*

⁴⁶⁹ In tal senso, vedi GALETTA D. U., *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali*, op. cit., pag. 20, secondo cui la motivazione dei provvedimenti di accoglimento parziale consente, da una lato, di vigilare sull'osservanza del principio di proporzionalità e, dall'altro, di prevenire un utilizzo dell'istituto non coerente con i suoi elevati costi (ove sia attivato per soddisfare mere curiosità dei consociati): “*Di questo elemento la motivazione del provvedimento adottato a seguito di un'istanza di accesso (civico) generalizzato dovrà necessariamente farsi carico: dovendo dare conto dunque - e per quanto qui specificamente ci riguarda - del bilanciamento operato fra le esigenze di trasparenza e le esigenze di protezione dei dati personali, entrambi intesi nella loro dimensione sociale e non meramente individuale. Tanto più che, come ricorda a più riprese il Garante nei suoi pareri, “La motivazione serve all'amministrazione per definire progressivamente proprie linee di condotta ragionevoli e legittime, al cittadino per comprendere ampiezza e limiti dell'accesso generalizzato, al giudice per sindacare adeguatamente le decisioni dell'amministrazione”.*”

⁴⁷⁰ In tal senso, si veda SIMONATI A., *L'accesso civico come strumento di trasparenza amministrativa: luci, ombre e prospettive future (anche per gli Enti locali)*, Istituzioni del federalismo n. 37 del 2016, pag. 748.

Le indagini conoscitive in detta delicata materia sono state storicamente ostacolate dai limiti normativi previsti in materia di legittimazione all'accesso documentale⁴⁷¹. Tuttavia, vi è il rischio che neanche l'introduzione di un nuovo strumento di controllo generalizzato sull'attività amministrativa possa costituire un rimedio efficace per rivelare alcune opacità dei relativi giudizi di valutazione. Si deve considerare, al riguardo, che i dipendenti della p.a., chiamati a svolgere le loro funzioni pubbliche "con disciplina e onore", vengono spesso scelti a seguito della valutazione di prove scritte volte a saggiarne la preparazione tecnica e le capacità di ragionamento speculativo. E' stato però osservato che proprio l'esame di questi elaborati può invero rivelare molteplici dati personali sul suo autore, incluse caratteristiche individuali e caratteriali o eventuali opinioni politiche e filosofiche. Inoltre, il contenuto della prova scritta può contenere eventuali opinioni originali del candidato e tradursi, quindi, in un'opera intellettuale meritevole di tutela anche sotto profili diversi da quello strettamente connesso alla riservatezza. Il Garante della Privacy ha dunque rilevato, al riguardo, come la tecnica dell'oscuramento dei dati personali possa risultare inidonea ad assicurare il reale anonimato *ex post* dei candidati, poiché essi potrebbero essere identificati a posteriori sulla base di perizie calligrafiche (non eseguibili dalle commissioni di concorso).

Le caratteristiche di tali peculiari documenti di cui si chiedi l'accesso chiariscono dunque come mai l'accesso, anche in forma parziale, possa risultare oltremodo complesso e coinvolgere numerosi interessi meritevoli di tutela. Tuttavia, esso assume anche primaria rilevanza per favorire il corretto funzionamento (presente e futuro) delle pubbliche amministrazioni e incide su un settore tradizionalmente molto delicato per il corretto funzionamento dell'attività amministrativa e dell'economia del nostro paese⁴⁷².

Le osservazioni già svolte in ordine alla soluzione provvedimentale rappresentata dall'accesso parziale con oscuramento dei dati personali assumono, invero, una dimensione peculiare in tale contesto.

Tra le varie decisioni rese in materia dal Garante della Privacy, assume rilievo primario il già citato parere n. 246 del 24 maggio 2017, corredato dalle osservazioni critiche formulate da attenta dottrina⁴⁷³. In particolare, l'argomentazione che colpisce maggiormente nel suddetto

⁴⁷¹ Si veda, *ex multis*, Consiglio di Stato sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 4838. Nel ricordare l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa in materia di accesso documentale, il collegio giudicante ha invero statuito che i precedenti citati fossero stati "*pronunciati in relazione a casi pratici in cui è stata ravvisata come esistente una relazione di strumentalità, sia pure attenuata, tra l'interesse all'accesso (che deve pur sempre configurarsi come diretto, concreto, attuale e corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata) e il documento collegato rispetto al quale è chiesto l'accesso medesimo. Nel caso de quo tale relazione non può dirsi sussistente*".

⁴⁷² Sia consentito il richiamo all'editoriale di CASSESE S. "*Miglioriamo i concorsi, non abbandoniamoli*", pubblicato sul Corriere della Sera il 5 luglio 2017.

⁴⁷³ TESSARO T. – BERTIN M., *Acceso agli atti di un concorso e "mascheramento" degli elaborati. Nota a Garante della Privacy, registro dei provvedimenti n. 246 del 24 maggio 2017*, in www.lexitalia.it 07.07.2017

parere è la seguente: “*Per completezza, si rappresenta che, quanto all’eventuale possibilità di accordare un accesso civico parziale (art. 5-bis, comma 4, del d. lgs. n. 33/2013), fornendo la copia degli elaborati priva dell’associazione ai dati personali identificativi dei candidati, poiché gli elaborati scritti delle procedure concorsuali sono redatti di proprio pugno dai candidati, non si può escludere completamente la possibilità di re-identificare a posteriori il soggetto interessato tramite la conoscenza o la comparazione della relativa grafia (cfr. anche art. 4, par. 1, n. 1, del Regolamento n. 2016/679/UE, cit.)*”.

Si richiama, infine, l’attenzione dell’amministrazione sulla necessità, in ogni caso, di valutare – considerando il richiamato regime di pubblicità dei documenti forniti in sede di accesso civico e la circostanza che l’elaborato è il risultato di un’opera creativa intellettuale del candidato – l’esistenza di ulteriori interessi privati per potrebbero portare a escludere l’accesso civico, previsti dall’art. 5-bis, comma 2, lett. c), legati, ad esempio, all’esistenza di interessi legati alla «proprietà intellettuale» o al «diritto d’autore».

Rimane, in ogni caso, salva la possibilità di accedere alla copia degli elaborati relativi a procedure concorsuali, laddove l’istante dimostri l’esistenza di «un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l’accesso», ai sensi degli artt. 22 ss. della l. n. 241 del 7/8/1990”.

Appare evidente la contraddizione insita nell’affermazione, da un lato, dell’anonimato degli elaborati concorsuali⁴⁷⁴, e, dall’altro, della possibilità di “riconoscere” l’autore della prova concorsuale. La riconoscibilità del candidato dovrebbe infatti tradursi nella sua esclusione dal concorso e appare quindi logicamente incompatibile con il rischio di un pregiudizio della sua privacy. L’estromissione dell’accesso civico generalizzato da tale materia sulla base di una motivazione così debole appare ancora più sorprendente se si assume un’ottica comparatistica.

Se si esaminano le decisioni adottate dall’*Information Commissioner’s Office* britannico e scozzese⁴⁷⁵ in materia di selezione del personale dipendente delle pubbliche amministrazioni,

⁴⁷⁴ Di cui all’art. 14, comma 6, D.P.R. 487/1994.

⁴⁷⁵ Per un’interessante analisi del regime FOIA operante nel Regno Unito e in Scozia a partire dal gennaio 2005, si veda FILICE M., in SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L’accesso dei cittadini: esperienze di informazione amministrativa a confronto*, op. cit., pagg. 61-92. La disciplina del FOIA britannico si articola in otto parti: *Access to information held by Public authorities* (Sec. 1-20); *Exempt Information* (Sec. 21-44); *General functions of Minister for the Cabinet Office, Secretary of State and Information Commissioner* (Sec. 45-49); *Enforcement* (Sec. 50-56); *Appeals* (Sec. 57- 61); *Historical records and Records in Public Record Office or Public Record Office of Northern Ireland* (Sec. 62-67); *Amendments of Data Protection Act 1998* (Sec. 68-73); *Miscellaneous* (Sec. 74-88). E’ interessante notare come una delle chiavi di apertura del patrimonio conoscitivo delle pubbliche amministrazioni britanniche risieda nel c.d. “*duty to provide advice and assistance*” (Sez. 16 del FOIA), che le obbliga a instaurare un dialogo con il richiedente per chiarire la portata della sua istanza, ove essa risulti poco circoscritta e suscettibile di plurime interpretazioni.

Con riferimento al previgente regime di accesso documentale fondato sul *Code of Practice on Access to Government Information* del 1994, si veda, *ex multis*, LEYLAND P. – DONATI D. – GARDINI G., *Freedom of Information in the United Kingdom and in Italy*, Bologna, 2003, pag. 25 e ss.

infatti, si rileva un approccio maggiormente favorevole all'accessibilità dei relativi atti da parte della collettività e la compressione del *right to know* in detta delicata materia non è ammessa se non sulla base di analitiche e dettagliate argomentazioni.

Pur valorizzando la Sez. n. 40 del FOIA (relativa alla tutela della *privacy*)⁴⁷⁶, infatti, le *decision notices* dell'ICO relative alle richieste di accesso agli atti delle procedure di selezione e promozione del personale non presentano, invero, un'aprioristica chiusura all'ostensione dei relativi dati personali. In particolare, le decisioni all'uopo adottate tendono a sottoporre i singoli episodi di contatto conoscitivo tra richiedente e amministrazione a un preliminare *prejudice test*, al fine di vagliare le potenziali conseguenze negative dell'ostensione dei dati richiesti per i soggetti controinteressati⁴⁷⁷.

Sotto tale profilo, si è rilevato, ad esempio, come l'eventuale pubblicazione dell'insuccesso del candidato possa produrre effetti negativi sulla sua sfera morale e professionale, rischiando, ad esempio, di incrinare il rapporto fiduciario con il suo attuale datore di lavoro (FS50651712⁴⁷⁸).

⁴⁷⁶ Appare comune alle varie decisioni adottate dall'ICO britannico in materia la considerazione di massima secondo cui "*The first data protection principle has two components: personal data shall be processed fairly and lawfully; and personal data shall not be processed unless at least one of the conditions in DPA schedule 2 is met*".

⁴⁷⁷ *Ex multis*, la motivazione della decisione n. FS50665772 chiarisce, al paragrafo n. 19, che "*In considering whether confirming or denying the requested information is held would comply with the first data protection principle, the Commissioner has first considered whether disclosure would be fair. In assessing fairness, the Commissioner has considered the reasonable expectations of the individual concerned, the nature of those expectations and the consequences of disclosure to the individual. She has then balanced against these the general principles of accountability, transparency as well as any legitimate interests which arise from the specific circumstances of the case*".

⁴⁷⁸ Nella relativa *decision notice* datata 22 giugno 2017 si legge, infatti, che (...) "On 3 August 2016 the complainant wrote to the council and requested information in the following terms: "*I would like you to provide copies of all the application forms that were submitted for the vacancy and also all of the interview notes along with any pertinent information that related to the application and selection process.*" (...)

"Section 40(2) of the FOIA states that information is exempt from disclosure if it constitutes the personal data of a third party and, by virtue of section 40(3)(a)(i), its disclosure under the FOIA would breach any of the data protection principles of the Data Protection Act 1998 ("DPA")". (...)

"With regards to the consequences of disclosure to the applicants, the council has explained that the disclosure of the withheld information could potentially have unjustified adverse effects, such as embarrassment and distress. The council also makes reference to the possibility of the current managers of applicants becoming aware they were pursuing an alternative position of employment and that this could cause difficulty for the applicants. The Commissioner accepts that there is a real possibility that the disclosure of the personal information of applicants could cause embarrassment, or have the potential to affect their current position of employment. For example, it could become clear to current employers who the candidates were and that they were seeking alternative employment, a fact which may not necessarily be within the current employer's knowledge. This could have a detrimental impact on the applicant's position with their current employer".

Pertanto, le conclusioni del parere sono nel senso che "*the legitimate interest condition set out in Schedule 2(6)(1) of the DPA as being relevant in this case. It states it recognises that there is a strong public interest in the disclosure of information to show that the recruitment process is fair to all applicants. However, it states that it has balanced this against the legitimate interests of the third parties to have the information held about them kept private. The council states that, on balance, the legitimate interests in the public knowing that the recruitment process was carried out fairly does not outweigh the legitimate interests of the individuals in keeping the information collected through their applications private in this instance.*

The Commissioner agrees that there is a legitimate public interest in the disclosure of information which would provide greater understanding and transparency behind the recruitment process. The Commissioner recognises that as the complainant was concerned that the recruitment process followed in this instance may have been unfair, the motivation behind the request for the information would meet this legitimate interest. However, such legitimate

Parimenti, l'accoglimento di una richiesta d'accesso concernente i dati relativi alla promozione di agenti di polizia reca il potenziale rischio di esporre quest'ultimi e le loro famiglie a minacce e intimidazioni provenienti da malfattori venuti in contatto con gli ufficiali nello svolgimento delle loro funzioni (FS50665772)⁴⁷⁹.

In una successiva fase, l'eventuale pregiudizio per l'interesse privato alla riservatezza viene raffrontato con l'interesse pubblico alla divulgazione dei dati, nell'ambito dell'analisi integrante il c.d. "*public interest test*". Solo all'esito di tale articolato *iter*, che tiene debitamente conto, oltre che di valutazioni connotate da maggior astrattezza, anche delle peculiari caratteristiche del caso concreto, si può procedere a valutare la legittimità del comportamento dell'amministrazione che abbia negato l'accesso. L'intensità del suddetto interesse pubblico varia, naturalmente, a seconda della posizione e delle qualifiche rivestite dal controinteressato, così come tendono a variare (a seconda delle funzioni svolte) le aspettative di quest'ultimo circa l'esigenza di sacrificare la sua riservatezza nell'interesse della collettività.

Al riguardo, l'ICO ha reso una *decision* sfavorevole nei confronti dell'istante che richiedeva l'ostensione degli atti del procedimento di nomina di un manager pubblico, proprio argomentando sulla base dell'imprevedibilità da parte del controinteressato della richiesta di

interests must be weighed up against the intrusion into the private lives of the applicants and the distress disclosure would cause to them. It is the Commissioner's view that the strong expectations that the applicants would have about how their information would be processed, and the need to protect their privacy rights, outweighs the legitimate public interest arguments for disclosure in this particular case."

Ne deriva che "*to disclose the online registration forms and supporting documents, even in a redacted form, would be unfair and in breach of the first principle of the DPA. She is also satisfied that in order to provide a summary of the information the council would have to create new information and it would not be required to do so under the FOIA. The Commissioner therefore finds that the council has correctly applied section 40(2) of the FOIA to the withheld information by virtue of section 40(3)(a)(i) and accordingly requires the council to take no steps*".

⁴⁷⁹ Nella massima della decisione, pubblicata il 28 settembre del 2017, si legge infatti che "*The complainant requested the date that a named police officer was promoted. Dyfed Powys Police refused to confirm or deny whether it held the information requested by virtue of section 40(5) of the FOIA. The Commissioner's decision is that Dyfed Powys Police correctly applied section 40(5) to the request. The Commissioner does not require any steps to be taken*".

E l'aspetto maggiormente valorizzato nella motivazione è proprio la considerazione espressa dall'amministrazione secondo cui "*Dyfed Powys Police stated that due to the nature of undertaking the profession of a police officer, as well as through the normal and lawful course of duties, police officers may not be held in favourable light by some members of the public. This would apply particularly to any individuals with criminal intent who may have had unfavourable first hand encounters with an officer during their serving career. Dyfed Powys Police pointed out that in certain realms of society there are feelings of dislike towards police officers and their families, who as a consequence could be subject to harm or distress whilst the officer is still a serving officer.*

In this case, if the information were held, it would relate to an officer who had not worked for Dyfed Powys Police for several years. Dyfed Powys Police considers that further re-identification of any involvement the individual had with the police could possibly rekindle any previous threats of harm, distress or revenge towards the officer or any member of his family".

Ulteriori fattispecie esaminate dal ICO riguardano, poi, il rischio che l'accoglimento della richiesta di accesso agli atti di nomina di un manager pubblico potessero influire negativamente sulla sua carriera, disincentivando la partecipazione di altri soggetti alle future procedure selettive per timore di pubblicazione delle domande di partecipazione (FS50685039). Analogamente, la divulgazione di informazioni legate alla qualifica e alle competenze di alcuni dipendenti di una struttura sanitaria recava con sé il rischio che i dati fossero utilizzati per esercitare su di essi indebite pressioni (FS50670919).

divulgazione di alcuni suoi dati. Nella fattispecie esaminata, infatti, l'amministrazione aveva pubblicato le informazioni relative ai precedenti incarichi del candidato per confermare la sua idoneità a svolgere le nuove funzioni e reso nota la retribuzione a lui erogata, ma non aveva provveduto a divulgare atti specifici quali il suo *curriculum vitae* o le risultanze degli incontri preliminari, in ordine ai quali difettava il consenso alla diffusione da parte dell'interessato⁴⁸⁰. In una diversa ipotesi, poi, l'ICO ha riconosciuto in capo ai candidati concorrenti per una specifica posizione lavorativa una legittima aspettativa alla riservatezza dei dati personali utilizzati nella procedura selettiva, valorizzando le indicazioni fornite in tal senso dai relativi avvisi di partecipazione.

Al riguardo, si rileva come le decisioni rese dall'ICO in favore dell'amministrazione risultassero incentrate principalmente su valutazioni che assumevano la potenziale pregiudizialità della diffusione dei dati richiesti dall'istante.

Al riguardo, si deve poi considerare che neanche dette motivazioni sarebbero risultate di per sé sufficienti nell'ambito del diverso regime di operatività delle eccezioni all'accesso operante nell'ordinamento scozzese. Lo *Scottish Information Commissioner*, pur non avendo specifiche competenze in materia di tutela della *privacy*, svolge infatti anch'esso un'importante funzione nel garantire la corretta attuazione del FOIA tramite le proprie *decisions* di primo grado e di *appeal*⁴⁸¹. La peculiarità di tale sistema risiede nel fatto che l'esame preliminare condotto dall'Authority scozzese (il c.d. "*harm test of substantial prejudice*") presuppone la dimostrazione di un pregiudizio attuale e concreto derivante dall'ostensione dei dati, risultando invece insufficiente per legittimare il diniego d'accesso l'asserzione di sua dannosità meramente potenziale.

Il FOIA scozzese, entrato in vigore il primo gennaio 2005 insieme a quello britannico, presenta sotto tale profilo una più evidente inclinazione in ordine alla promozione del diritto all'informazione. In particolare, la normativa scozzese grava le pubbliche amministrazioni dell'onere di dimostrare la concreta lesività per l'interesse protetto dell'eventuale divulgazione

⁴⁸⁰ Come evidenziato dall'Autorità in varie *decisions* (FS50685039; FS50699455), la previa diffusione di alcuni dati curricolari del candidato (su piattaforme telematiche comunemente usate per favorire l'incontro di domanda e offerta sul mercato del lavoro) non è sufficiente per desumere il suo consenso alla divulgazione anche delle specifiche esperienze indicate domanda di partecipazione. In particolare, la già citata decision n. FS50651712 chiarisce, al paragrafo 31, che "*The Commissioner also acknowledges that it may be possible that some applicants have already placed details of their work experience in the public domain in order to attract potential employers. However, she agrees with the council that a 'tailored' application submitted to the council for a specific position is distinctly different to a generic application published on a website such as LinkedIn. The Commissioner's view therefore is that all the individuals who submitted applications for the vacant position at the council would, in this instance, have had a reasonable expectation that their information would be treated in confidence and would not be shared with third parties*".

⁴⁸¹ Reperibili sul sito <http://www.itspublicknowledge.info/Law/Legislation.aspx>. Si richiama, *ex multis*, la Decision 072/2011 sul caso *Ms Margaret Ponsonby and the Chief Constable of Grampian Police Job evaluation*.

dell'informazione richiesta. Lo *Scottish Information Commissioner* svolge dunque una più stringente verifica preliminare che, per le sue intrinseche caratteristiche, circoscrive in misura più significativa il legittimo diniego di ostensione da parte dei pubblici uffici.

Risulta dunque auspicabile una rapida e radicale evoluzione delle pubbliche amministrazioni e della giurisprudenza in materia di trasparenza dei pubblici concorsi, così da favorire un controllo esterno su un'area dell'attività amministrativa che risulta tipicamente oggetto di aspre critiche da parte della collettività, al punto da minare irrimediabilmente (dal punto di vista non solo ideologico) il rapporto fiduciario tra amministrazione e amministrati.

4.9 Le molte forme di accesso vigenti e i rimedi contro l'inerzia della p.a.

Uno degli aspetti più controversi connessi all'introduzione del regime F.O.I.A. consiste nel fatto che l'entrata in vigore del Dec. Lgs. n. 97 del 2016 ha ben presto determinato un serio problema di interazione tra l'accesso civico generalizzato e le altre forme di accesso preesistenti nel nostro ordinamento. Il legislatore delegato non ha infatti adottato la scelta radicale di eliminare le altre forme di accesso previgenti, e la nuova normativa non ha introdotto una chiara regolamentazione dei rapporti tra i vari istituti. Le carenze dell'intervento legislativo sotto tale profilo, dovute in parte alla limitatezza della delega legislativa contenuta nella legge n. 124 del 2015, hanno dunque determinato un'ulteriore peculiarità della travagliata esperienza giuridica italiana in materia di trasparenza amministrativa⁴⁸². In particolare, la conservazione di centinaia di obblighi di pubblicazione costituisce un'anomalia nel panorama europeo e implica, tuttora, un costo significativo per le pubbliche amministrazioni.

Esaminando ordinamenti strutturalmente vicini a quello italiano, come quello transalpino, emerge, infatti, come un'evoluzione normativa più lineare e meno stratificata avrebbe

⁴⁸² Vedi SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L'accesso dei cittadini: esperienze di informazione amministrativa a confronto*, op. cit., pag. 20.

Sul punto, si veda anche GARDINI G., *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure...*, op. cit., il quale osserva che "il decreto lascia in vita le altre tipologie di accesso già presenti nel nostro ordinamento – documentale (1990) e civico (2013) – e viene ad aggiungere ad esse un nuovo strumento di trasparenza, che consente al cittadino di ottenere le informazioni pubbliche a cui è realmente interessato. Un'operazione di stratificazione, che non semplifica né razionalizza l'esistente. Affinché il livello generale di trasparenza pubblica possa aumentare, infatti, la convivenza tra strumenti diversi dovrebbe arricchire le opportunità di conoscenza, non generare promiscuità o confusione". Ne deriva che "Da questo punto di vista, la scelta di operare sull'impianto normativo già esistente, innestando su di esso il "nuovo accesso civico", è fallimentare in partenza: al netto di un innegabile miglioramento in termini di conoscibilità dei dati pubblici, ciò che si ottiene emendando il vecchio d.lgs. 33/13 è soprattutto sovrapposizione tra gli istituti, incertezza sugli obblighi, indeterminatezza dei limiti".

Con specifico riferimento ai limiti della delega legislativa, poi, l'Autore rileva criticamente che "In parte, tuttavia, il legislatore delegato avrebbe potuto adottare soluzioni più lineari per il «riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto di accesso», evitando di creare una commistione di concetti così profonda da pregiudicare la stessa fruibilità delle nuove opportunità di conoscenza e controllo".

verosimilmente consentito di prevenire problemi di sovrapposizione dei vari rimedi attivabili dall'istante⁴⁸³. L'accesso nel sistema francese si è infatti affermato, sin dalle sue origini, come istituto attivabile da “chiunque”, sebbene con alcune limitazioni legate all'oggetto dei dati richiesti⁴⁸⁴. Inoltre, il diritto d'accesso transalpino, che si configura sia come strumento per esercitare il generale diritto all'informazione, sia come declinazione del diritto di difesa, non presenta limiti di carattere temporale⁴⁸⁵. Con specifico riferimento alla gestione degli obblighi legali di pubblicazione gravanti sulle pubbliche amministrazioni⁴⁸⁶, poi, la normativa francese ha precocemente previsto che l'ostensione dei dati sui siti istituzionali potesse costituire una forma di risposta efficace alle richieste d'accesso. Il *Codes des relations entre le public et l'administration* (2015) ha razionalizzato detti oneri di pubblicazione e precisato come l'ostensione debba avvenire oscurando gli eventuali dati personali protetti secondo le indicazioni fornite dalla *Commission nationale de l'informatique et des libertés*. Va tuttavia precisato che l'art. L312-1-1 del Codice del 2015 fa riferimento a macro-categorie di documenti piuttosto che a specifici dati o informazioni e da ciò si potrebbe inferire “ricavare come nel sistema francese non esista un preciso e unitario elenco di obblighi di pubblicazione online”⁴⁸⁷. Detta differenza rispetto all'ordinamento italiano deriva probabilmente dal fatto che l'accesso transalpino non ha mai conosciuto gli stringenti limiti in termini di legittimazione attiva propri dell'accesso documentale italiano. L'elevato numero degli obblighi di pubblicazione contenuti nel T.U. della Trasparenza e il loro grado di dettaglio deriva, infatti, dall'esigenza di supplire ai limiti connessi a detto strumento di esercizio del *need to know*. L'ordinamento francese ha invece promosso una gestione centralizzata di dati aggregati che risulta meno onerosa per le pubbliche

⁴⁸³ Per una recente analisi comparatistica della disciplina francese in materia di trasparenza amministrativa, si veda D'ALTERIO E., in SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L'accesso dei cittadini: esperienze di informazione amministrativa a confronto*, op. cit., pag. 145 e ss. L'Autrice evidenzia come la disciplina della trasparenza amministrativa nel sistema francese sia stata, fino a tempi recenti, significativamente più evoluta di quella italiana, traendo direttamente il proprio vigore dall'art. 15 della “Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino” del 1789. Tuttavia, le recenti innovazioni dell'ordinamento italiano potrebbero ribaltare detto rapporto di prevalenza giacché “Nonostante l'accesso generalizzato esista in questo ordinamento da quasi 40 anni, la disciplina francese prevede un livello di trasparenza, nel complesso, più basso rispetto a quello, per esempio, raggiunto dal sistema italiano, nonostante in quest'ultimo l'accesso generalizzato sia entrato in vigore soltanto da poco tempo. Questo dimostra sia una forte solidità del sistema francese (soprattutto rispetto a quello italiano, caratterizzato invece da una natura altamente cangiante), sia, però al contempo, una sua forte ossificazione e incapacità di evolvere”.

Per un più ampio approfondimento, si veda CHEVALLIER-GOVERS C., *Right of Access to Public Documents in France*, in BLANKE H., PERLINGEIRO R. (a cura di), *The Right of Access to Public Information...*, op. cit., pagg. 265 – 310.

⁴⁸⁴ Si veda l'articolo L311-5 del *Codes des relations entre le public et l'administration* (entrato in vigore il primo gennaio 2016), che esclude alcune categorie di atti dall'ambito di applicazione della disciplina generale sull'accesso.

⁴⁸⁵ Diversamente dall'accesso civico italiano, di cui la giurisprudenza ha espressamente escluso l'applicabilità in via retroattiva ad atti adottati prima della sua entrata in vigore. Con specifico riferimento all'accesso civico rimediabile, cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 17 giugno 2014, n. 3079.

⁴⁸⁶ Si veda l'art. 7 della legge del 17 luglio 1978 “*sur la liberté d'accès aux documents administratifs*”.

⁴⁸⁷ Così D'ALTERIO E., in SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L'accesso dei cittadini: esperienze di informazione amministrativa a confronto*, op. cit., pag. 161.

amministrazioni, riservando l'ostensione di informazioni più specifiche ai portatori di interessi qualificati e differenziati. Pertanto, proprio la lunga assenza nella disciplina italiana di uno strumento conoscitivo di carattere diffuso analogo all'accesso civico generalizzato sembra aver causato lo sviluppo anomalo degli obblighi di pubblicazione. *De jure condendo*, si può dunque ipotizzare una graduale riduzione del loro numero e del loro oggetto, una volta che il nostro sistema giuridico risulti in grado di garantire una più matura gestione delle pretese conoscitive dedotte con diverse forme d'accesso.

Rispetto al tradizionale accesso documentale, riservato, com'è noto, all'istante che dimostri di avere un interesse diretto, concreto e attuale all'ostensione dei documenti richiesti, l'accesso civico generalizzato si caratterizza, infatti, non solo per una più ampia legittimazione ad agire, ma anche per una tipologia di indagine che risulta, per certi aspetti, più superficiale sui dati e sulle informazioni che ne siano oggetto. Questo secondo aspetto dell'accesso civico generalizzato contribuisce invero a spiegare alcune peculiarità della disciplina del nuovo istituto.

Va sottolineato, al riguardo, come le stesse linee-guida adottate dall'ANAC sottolineino la necessità di tenere ben distinte le due forme d'accesso *“per calibrare i diversi interessi in gioco allorché si renda necessario un bilanciamento caso per caso tra tali interessi. Tale bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso ex lege n. 241/1990, dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti) ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni”*⁴⁸⁸.

Inoltre, come già accennato, l'assenza di motivazione nell'istanza di accesso civico generalizzato rende fatalmente più complessa l'operazione di ponderazione comparativa dei vari interessi coinvolti in ciascun episodio di accesso, con il paradosso di potersi tradurre in un sostanziale svantaggio per l'istante⁴⁸⁹. Come evidenziato nel precedente paragrafo, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito l'impossibilità di mutare la *causa petendi* delle istanze conoscitive del ricorrente nel corso di un procedimento⁴⁹⁰ o di un giudizio⁴⁹¹ già avviati,

⁴⁸⁸ Al riguardo, si veda GARDINI G., *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure...*, op. cit., secondo cui *“Le linee guida Anac, recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti del “nuovo” accesso civico, hanno cercato per quanto possibile di evitare sovrapposizioni tra istituti e colmare qualche lacuna, ma non è pensabile che strumenti soft law possano fornire la soluzione ultima ad un problema che è essenzialmente legato all'impianto normativo”*.

⁴⁸⁹ PERNA R., *Accesso e trasparenza: due linee destinate ad incontrarsi ?*, www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

⁴⁹⁰ Sull'incomunicabilità dei relativi rimedi, si richiama la già citata sentenza del TAR Sardegna, Cagliari, I, 15 giugno 2017, n. 406

⁴⁹¹ Nel senso dell'inammissibilità di un mutamento della *causa petendi* in grado d'appello, si veda la già citata sentenza del Cons. St., IV, 28 marzo 2017, n. 1406.

chiarendo l'irreversibilità *in itinere* della scelta connessa all'attivazione di uno dei due istituti. Ne deriva che la pretesa informativa veicolata con l'accesso documentale deve rimanere soggetta alla regolamentazione e ai limiti all'uso dettati dalla legge n. 241/90, senza che si possa invocare la diversa regolamentazione prevista dagli artt. 5 e ss. del T.U. della trasparenza e viceversa.

Alle principali sentenze pronunciate in materia dai TAR, si aggiunge il contributo consultivo reso dal Garante della Privacy, che ha richiamato l'attenzione delle pubbliche amministrazioni sui rischi derivanti per la tutela della riservatezza da una contaminazione dei rimedi previsti per l'accesso documentale e per l'accesso civico generalizzato. In particolare, l'Autorità ha sottolineato come le strategie difensive adottate dai controinteressati dipendano essenzialmente dall'originaria qualificazione dell'istanza operata dall'amministrazione e come esse possano, quindi, risultare in concreto inadeguate a fronte di un mutamento della qualificazione della pretesa conoscitiva nel corso del procedimento⁴⁹². Ciò non preclude, naturalmente, la riproposizione della domanda d'accesso sotto diversa forma in un successivo procedimento, ricorrendo i presupposti in termini di legittimazione soggettiva di cui agli artt. 22 e ss. della legge n. 241/90, specialmente, come si è osservato, qualora l'istante sia interessato a svolgere un'indagine più penetrante⁴⁹³ nel patrimonio conoscitivo della p.a. rispetto a quella garantita

⁴⁹² Si veda il Parere del Garante Privacy n. 295 del 28 giugno 2017: *“Con particolare riferimento al caso sottoposto all'attenzione del Garante, risulta che la richiesta di accesso agli atti aveva a oggetto documenti attinenti a un procedimento amministrativo e che, considerando il contenuto della nota inviata al controinteressato, il Comune ha istruito la richiesta di accesso agli atti come istanza formulata ai sensi della l. n. 241/1990 – cosa che ha portato il controinteressato a invocare l'inesistenza dell'interesse qualificato dell'istante –, salvo poi aver riscontrato l'istanza di accesso richiamando la disciplina e i limiti sia in materia di accesso ai documenti amministrativi ai sensi della l. 241/1990, che in materia di accesso civico ai sensi dell'art. 5 del d. lgs. n. 33/2013. Nel caso sottoposto all'attenzione del Garante, pertanto, contrariamente a quanto affermato nelle citate Linee guida dell'ANAC, l'amministrazione destinataria dell'istanza non ha tenuto distinta la disciplina dell'accesso civico (d. lgs. n. 33/2013) da quella dell'accesso ai documenti amministrativi (l. 241/1990), confondendo i relativi piani.*

Pertanto, richiamando in ogni caso l'attenzione del Comune sulla necessità di rispettare i diversi procedimenti previsti dalle singole normative di settore che regolano gli istituti richiamati (accesso documentale e accesso civico) – ai quali, peraltro, si applicano diversi termini, limiti e strumenti di ricorso e revisione – si ritiene opportuno fornire le seguenti indicazioni, atteso il carattere rilevante della questione, e considerando, fra l'altro, che il controinteressato ha presentato richiesta di riesame del provvedimento di accoglimento parziale ai sensi dell'art. 5, comma 9, del d. lgs. n. 33/2013”.

⁴⁹³ In tal senso, il Parere del Garante Privacy n. 188 del 10 aprile 2017: *“Pertanto, in tale quadro, allo stato degli atti e ai sensi della normativa vigente, si ritiene che l'amministrazione, anche se con una motivazione sintetica, abbia correttamente respinto l'istanza di accesso civico, in conformità alla disciplina in materia di protezione dei dati personali.*

In ogni caso, considerando che nella richiesta di riesame, l'istante richiama la normativa in materia di accesso ai documenti amministrativi contenuta nella legge n. 241/1990 e reputa di vantare un interesse qualificato all'accesso, si rappresenta che resta ferma – come altresì evidenziato nelle Linee guida dell'ANAC – la possibilità «che i dati personali per i quali sia stato negato l'accesso generalizzato possano essere resi ostensibili al soggetto che abbia comunque motivato nell'istanza l'esistenza di “un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso”, trasformando di fatto, con riferimento alla conoscenza dei dati personali, l'istanza di accesso generalizzato in un'istanza di accesso ai sensi della l. 241/1990» (par. 6.2.).

In proposito, si ricorda comunque che la citata legge n. 241/1990 prevede che «Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e

dall'accesso civico generalizzato⁴⁹⁴.

Per quanto riguarda lo sviluppo del diritto pretorio in materia, poi, alcuni autori hanno ipotizzato che l'introduzione dell'accesso civico generalizzato potrebbe influenzare negativamente la giurisprudenza amministrativa in materia di accesso documentale, favorendo, ad esempio, un irrigidimento del sindacato giurisdizionale sui requisiti previsti dalla legge sul procedimento amministrativo⁴⁹⁵. Non è tuttavia mancata un'opinione di segno contrario, secondo cui l'introduzione del nuovo istituto potrebbe invece produrre l'effetto opposto, rendendo di fatto più liberale la giurisprudenza in materia di accesso documentale⁴⁹⁶.

Si deve poi evidenziare come l'individuazione della tipologia di accesso azionata dall'istante assuma rilievo non solo per stabilire la disciplina applicabile alla sua richiesta, ma anche al fine di qualificare correttamente l'eventuale inerzia dell'amministrazione adita. Diversamente dalla disciplina francese, che prevede una specifica ipotesi di silenzio diniego sia in materia di accesso qualificato che nelle ipotesi di "comune" accesso generalizzato, la normativa italiana attribuisce rilievo provvedimentale all'inerzia dell'amministrazione in ordine al solo accesso

la vita sessuale» (art. 24, comma 7) e che il predetto art. 60 del Codice stabilisce che, con riferimento alle richieste di accesso a «dati idonei a rivelare lo stato di salute», «il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile».

Spetta, pertanto, all'amministrazione destinataria della richiesta, verificare, nel caso concreto, l'effettiva esistenza dell'interesse qualificato dell'istante e la configurabilità di una situazione giuridica a esso riferibile di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consistente in un diritto della personalità o in altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile, seguendo a tal fine le indicazioni fornite dal Garante nel «Provvedimento generale sui diritti di "pari rango"» del 9/7/2003».

Nello stesso senso, si veda il precedente Parere del Garante Privacy n. 58 del 16 febbraio 2017: «Resta, in ogni caso, ferma la possibilità che i dati personali per i quali sia stato eventualmente negato l'accesso civico possano essere resi ostensibili laddove l'istante dimostri l'esistenza di «un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso», ai sensi degli artt. 22 ss. della l. n. 241 del 7/8/1990».

⁴⁹⁴ Per la preferibilità (per l'istante) dell'accesso documentale rispetto all'accesso civico generalizzato sotto il profilo di un eventuale bilanciamento con esigenze di tutela dell'altrui riservatezza, si veda il parere del Garante Privacy n. 246 del 24 maggio 2017.

⁴⁹⁵ Sul punto, si veda GALETTA D. U., *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali*, op. cit. pag. 23.

⁴⁹⁶ In tal senso, GARDINI G., *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere..., op. cit.* «l'accesso civico ex d.lgs. 97/16 con ogni probabilità verrà accolto con molta resistenza da parte delle pubbliche amministrazioni, del tutto impreparate a dare attuazione forma di trasparenza così avanzata, le quali sfrutteranno appieno la propria discrezionalità nell'operare il bilanciamento quando la richiesta di accesso civico verrà ad incrociare uno degli interesse-limite previsti dall'art. 5bis. Con altrettanta probabilità la giurisprudenza amministrativa si mostrerà (quantomeno inizialmente) favorevole a interpretazioni restrittive dell'accesso civico generalizzato, evitando ogni sindacato diretto sulla discrezionalità tecnica e avallando prassi autodifensive delle pubbliche amministrazioni. Per questo è ragionevole immaginare che una parte delle richieste di accesso civico rigettate dall'amministrazione verrà a scaricarsi sull'accesso documentale, e conseguentemente le istanze di accesso documentale (o difensivo) saranno probabilmente considerate dai giudici amministrativi con maggiore indulgenza rispetto al passato, quando un diritto all'informazione amministrativa non era ancora entrato a far parte del patrimonio giuridico dei cittadini italiani».

documentale⁴⁹⁷.

Se infatti il legislatore del 1990 ha previsto in materia di accesso documentale una peculiare forma di silenzio diniego, al contrario l'art. 5 del T.U. della Trasparenza associa all'accesso civico generalizzato l'obbligo per la p.a. di adottare un provvedimento espresso. Ne deriva che l'eventuale inerzia dell'amministrazione nel secondo caso integra un'ipotesi di silenzio inadempimento, il cui accertamento è soggetto al rito speciale di cui all'art. 117 c.p.a.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ Detta soluzione differenziata è stata invero suggerita dal parere del Consiglio di Stato n. 343/2016 dopo l'approvazione del Dec. Lgs. n. 97/2016 per scongiurare il rischio di una nuova regressione della disciplina della trasparenza dopo la "rivoluzionaria" introduzione dell'accesso civico generalizzato nel nostro ordinamento.

⁴⁹⁸ Contra, vedi CORRADO A., *Il silenzio dell'amministrazione sull'istanza di accesso civico generalizzato: quale possibile tutela processuale*, Federalismi.it, 1 marzo 2017, secondo cui "in ogni caso, a fronte del rifiuto espresso, del differimento o dell'inerzia dell'amministrazione, il richiedente può attivare la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 116 c.p.a.". [...] "A sostegno di tale interpretazione deve considerarsi, ancora, che la previgente disciplina dell'accesso civico, di cui alla originaria formulazione dell'art. 5 del d. lg. 33/2013 (che ancora non contemplava l'accesso civico generalizzato), pur non avendo previsto, a fronte dell'inerzia dell'amministrazione (registrata anche in sede di riesame) sull'istanza del cittadino, una ipotesi di silenzio significativo, aveva tuttavia ritenuto tutelabili le ragioni del richiedente con il ricorso al rito dell'accesso (art. 52, d. lg. 33/2013)".

Tuttavia, la medesima autrice rileva che l'applicazione del rito speciale dell'accesso in tale peculiare ipotesi di silenzio inadempimento non sarebbe priva di risvolti problematici in ordine alla decorrenza dei termini decadenziali per proporre ricorso, nonché al contenuto del provvedimento richiesto al giudice amministrativo:

"Non risultando prevista, come detto sopra, l'ipotesi di silenzio diniego, c'è da chiedersi da quando decorre il termine per la notifica del ricorso.

Come si evince dall'art. 116 citato il rito prevede che il termine dei 30 giorni vada calcolato a partire dalla formazione del silenzio. Questo termine, pur in mancanza dell'ipotesi di silenzio significativo nell'ambito della norma in tema di accesso generalizzato, dovrebbe farsi decorrere, comunque, dalla scadenza del termine per provvedere assegnato dall'amministrazione, in linea con la regola processuale applicabile al rito in tema di accesso.

L'altra questione che viene in evidenza assume maggior rilievo perché riguarda la decisione del giudice. Si tratta, infatti, di capire fino a che punto potrà spingersi il giudice quando, in accoglimento delle ragioni del ricorrente, dovrà ordinare un "facere" all'amministrazione e così garantire il "diritto a conoscere" dei cittadini. Il giudice potrà o "dovrà" procedere a quella attività valutativa che l'amministrazione rimasta inerte avrebbe dovuto porre in essere "con la tecnica del bilanciamento caso per caso" sottesa alla istanza di accesso generalizzato?

Potrebbe soccorrere l'esperienza maturata dalla giurisprudenza amministrativa nel campo dell'accesso documentale, anche se, comunque, quello generalizzato appare per certi versi un accesso più ampio ma anche più "superficiale", risultando, peraltro, più ampio anche il potere attribuito all'amministrazione di intervenire nel senso di limitarlo, muovendosi sul piano della tutela degli interessi pubblici e privati individuati dalla norma".

[...] "Stante queste argomentazioni, va osservato che, in caso di silenzio dell'amministrazione serbato sull'istanza di accesso documentale, la decisione del giudice non pone particolari problematiche in quanto la stessa risulta delimitata dalla posizione legittimante del richiedente, dalle ragioni esposte nell'istanza e dall'interesse da tutelare. L'operato del giudice si muove, quindi tra i presupposti dell'accesso e la considerazione dei limiti previsti all'art. 24 della legge 241/1990.

Nel caso di accesso civico generalizzato, invece, a fronte dell'inerzia dell'amministrazione, il giudice chiamato a decidere non riceve indicazione alcuna dalla titolarità in capo al richiedente di una specifica posizione giuridica tutelata dall'ordinamento (come per l'accesso documentale), se non l'indicazione generica che viene dal suo diritto alla trasparenza dell'attività amministrativa, garantito in via generale dall'ordinamento, nei limiti degli interessi pubblici e privati che devono essere tutelati in primis dall'amministrazione. Né può il giudice facilmente sostituirsi all'amministrazione nell'assicurare una tutela agli interessi previsti quali potenziali limiti del diritto a conoscere (si pensi, tra gli interessi pubblici da tutelare, alle ipotesi di conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento ovvero del regolare svolgimento di attività ispettive). L'attività decisoria del giudice, quindi, sembra porsi in termini diversi rispetto alla tutela dell'accesso documentale negato e in particolare rispetto ai diversi presupposti e limiti che caratterizzano l'accesso generalizzato.

In esito al ricorso proposto a tutela di quest'ultimo potrebbero, quindi, venire in evidenza due differenti ipotesi. In una prima ipotesi il giudice può trovarsi a decidere un ricorso riferito a una istanza rispetto alla quale, in ragione della natura dei documenti richiesti e di come la loro eventuale conoscenza impatta sull'esercizio dell'azione

Diversamente da quanto avviene nel caso di violazione di obblighi di pubblicazione, infatti, l'inerzia delle pp.aa. a fronte di un'istanza di accesso civico generalizzato può dar luogo solo a un accertamento da parte del giudice amministrativo circa l'illegittimità del comportamento omissivo dei pubblici funzionari e alla conseguente emissione di un ordine di provvedere, che ha un contenuto sostanzialmente "neutro" rispetto alla decisione finale dell'amministrazione. Non sembra infatti configurabile in tale ambito un'eventuale ipotesi di attività vincolata o di superfluità di una successiva decisione discrezionale dell'amministrazione che consenta al giudice adito di pronunciarsi direttamente sulla fondatezza dell'istanza (ex art. 31 c.p.a.) senza che detta statuizione finisca col violare il principio di separazione dei poteri.

Pertanto, per effetto dell'accoglimento del ricorso ex art. 117 c.p.a., l'istante dovrebbe attendere una nuova decisione da parte dell'amministrazione e, a fronte di un eventuale diniego espresso di accesso, agire nuovamente ai sensi dell'art. 116 c.p.a. per contestare la mancata ostensione dei dati richiesti. Il quadro si complica ulteriormente se si considera la piena alternatività tra detto rimedio giurisdizionale e il peculiare rimedio giustiziale consistente nell'eventuale ricorso al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza. Quest'ultimo funzionario è infatti tenuto a pronunciarsi in forma espressa entro il termine di 20 giorni dalla richiesta e il legislatore ha parimenti ritenuto che la sua eventuale inerzia non dovesse integrare una forma di silenzio diniego. Anche il silenzio opposto da quest'ultimo integra, dunque, un'ipotesi di silenzio rifiuto, mentre risulterebbe necessario attendere un rigetto espresso della richiesta di riesame per poter agire dinnanzi al TAR ex art. 116 c.p.a. D'altronde, la stessa procedura di riesame introdotta dal Dec. Lgs. 97/2016 appare per certi aspetti il riflesso di una disciplina che non consente la diretta impugnativa di un provvedimento amministrativo tacito di diniego⁴⁹⁹.

amministrativa, alla P.A. non è attribuita alcuna discrezionalità nel concedere o meno l'accesso, venendo, quindi, in gioco una attività vincolata. La seconda ipotesi concerne, invece, una richiesta di accesso rispetto alla quale l'attività dell'amministrazione non presenta i connotati della vincolatività ma piuttosto della discrezionalità, per cui in questo caso (rito permettendo...) più che ordinare l'ostensione, andrebbe ordinato all'amministrazione di provvedere rispetto all'istanza in ragione anche del limite generale previsto dall'art. 34 cpa, comma 2, secondo cui "2. In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati".

⁴⁹⁹ In tal senso, vedi DURANTE N., *Pubblicità, trasparenza e FOIA*, op. cit. pag. 13, secondo cui "Tale scelta viene spiegata perché, contrariamente a quanto previsto nella disciplina sull'accesso ai documenti, a fronte del silenzio dell'amministrazione sull'istanza di accesso civico 'generalizzato', non si realizza una fattispecie di silenzio significativo di segno negativo (silenzio-rigetto): l'art. 5 impone, infatti, l'obbligo all'amministrazione di pronunciarsi con provvedimento espresso e motivato, per cui l'eventuale 'silenzio' rappresenta una 'mera inerzia', un'ipotesi, cioè, di silenzio-inadempimento, che obbliga il cittadino a rivolgersi al giudice amministrativo, attivando il rito di cui all'art. 117 c.p.a. (e successivamente, in caso di diniego espresso ai dati o documenti richiesti, il rito sull'accesso ex art. 116 c.p.a.).

L'anzidetta soluzione, invero non argomentata circa le sue ragioni fondanti, sembra muovere dal testo dell'art. 116, comma 1, c.p.a. che, applicando il rito sull'accesso anche alle ipotesi di "tutela del diritto di accesso civico connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza", parrebbe escludere dal proprio alveo le fattispecie di silenzio su richieste di accesso civico 'generalizzato'".

E' stato tuttavia osservato, al riguardo, che *“una simile soluzione, seppur corretta sul piano teorico, appare poco ragionevole sul piano sistematico e, soprattutto, poco coerente con il favor espresso dell'ordinamento per la trasparenza: il cittadino, infatti, potrebbe di fatto essere costretto ad adire due volte il giudice amministrativo per vedere riconosciuto il proprio right to know”*⁵⁰⁰.

Sebbene residuino non poche perplessità sul punto, la giurisprudenza amministrativa non ha finora riconosciuto la possibilità per l'istante di avvalersi direttamente dello speciale rito sull'accesso nelle ipotesi di inerzia dei pubblici uffici e ha invece valorizzato il dato positivo, che sembra imporre all'interessato di agire preliminarmente per l'accertamento del silenzio inadempimento mediante ricorso ex art. 117 c.p.a. Rimane peraltro da chiarire quale potrebbe essere l'esatto ruolo e il margine di apprezzamento di un commissario *ad acta*⁵⁰¹ che venga eventualmente nominato dal giudice affinché adempia al peculiare obbligo di provvedere previsto in materia di accesso civico generalizzato.

Allo stato dell'arte, si può soltanto ipotizzare che le prime pronunce dei TAR in materia tenderanno a riconoscere differenti forme di silenzio a seconda della diversa tipologia di accesso attivata dall'istante e propenderanno, dunque, per l'operatività di diversi rimedi giurisdizionali.

⁵⁰⁰ Così MOLITERNI A., *L'accesso dei cittadini, esperienze di informazione...*, op. cit., pag. 33.

⁵⁰¹ E' appena il caso di ricordare che il commissario *ad acta* nominato dal giudice nell'ambito del rito silenzio non ricopre il ruolo di ausiliario del giudice (come il commissario eventualmente nominato nell'ambito di un giudizio di ottemperanza), bensì costituisce un organo straordinario dell'amministrazione. Ne deriva che le eventuali contestazioni in ordine ai provvedimenti da lui adottati non sono proponibili tramite reclamo al giudice amministrativo, bensì devono essere oggetto di un autonomo giudizio impugnatorio.

Capitolo V: I risultati della riforma e i suoi futuri sviluppi

Introduzione

Si è più volte accennato al fatto che importanti innovazioni in materia di trasparenza amministrativa sono state spesso introdotte nell'ambito di più ampi interventi legislativi finalizzati, di volta in volta, a contrastare fenomeni corruttivi oppure a favorire una maggior efficienza delle pubbliche amministrazioni riducendone gli sprechi. La stagione storico – politica caratterizzata da un intenso contrasto alla “casta”⁵⁰² ha costituito l'occasione per un'ulteriore implementazione degli interventi legislativi in materia.

Se la trasparenza dev'essere intesa principalmente come “chiarezza e comprensibilità dell'azione amministrativa”⁵⁰³, la sua implementazione risulta quantomai necessaria laddove si ravvisi un clima di grande sfiducia dei cittadini nei confronti delle pp.aa. e si intensifichi l'esigenza di rafforzare gli strumenti di controllo diffuso sull'operato dei pubblici uffici. Il continuo sviluppo tecnologico si è affiancato a detta tendenza riformatrice e ha apportato a numerose innovazioni del *modus operandi*⁵⁰⁴ della p.a.

Non sempre, però, il modello di pubblica amministrazione con cui si interfacciano i cittadini riflette fedelmente quello definito dai testi normativi. La scarsità di fondi, che caratterizza l'attuale periodo di grave crisi economica, e la resistenza di carattere “culturale” opposta da molti pubblici uffici ai processi di riforma creano inevitabilmente uno iato tra l'essere e il dover essere dell'attività amministrativa. La stessa rivoluzione copernicana indotta dall'emanazione del Dec.

⁵⁰² Si veda sul punto NATALINI A e VESPERINI G. (a cura di), *Il Big Bang della trasparenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

⁵⁰³ MANGANARO F., *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, Astridonline.it, 2009.

⁵⁰⁴ Sulla distinzione tra il concetto di trasparenza e quello (più ampio) di “amministrazione aperta” veda CARLONI E., *I principi dell'amministrazione aperta*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2016 (2), pag. 179 e ss. Secondo l'Autore, “Spesso nel dibattito sulla trasparenza, specie negli anni in cui il concetto si afferma, si tendeva a prestare attenzione al significato lessicale del termine: questo esercizio può risultare utile per riflettere sulla distanza tra i termini, e i concetti, di trasparenza e amministrazione aperta. Questo perché nel concetto di amministrazione aperta, di open government, c'è qualcosa di più complesso, profondo ed impegnativo, che non nello stesso concetto di trasparenza, sia pure nella sua accezione più matura ed evoluta.

È trasparente ciò che lascia vedere: la trasparenza continua a segnare una separazione, il vetro, il velo, è trasparente ma continua ad esistere. Trasparenza significa poi negli altri significati schietto sincero, palese, aperto. Il concetto di aperto è un concetto molto più ricco, o comunque connotato da implicazioni diverse: non è soltanto ciò che lascia vedere, ma ciò che non è chiuso, che lascia entrare. E sempre palese, franco, come la trasparenza: c'è un nucleo comune. Ma è aperto ciò che è pronto ad accogliere nuove idee, ciò che è esteso, ampio (un campo aperto): il concetto di amministrazione aperta è pronto ad includere, dentro di sé, un ruolo diverso del cittadino rispetto quello di un cittadino che “va a vedere”, sia che lo faccia per controllare che i suoi diritti siano rispettati, e quindi in funzione di garanzia, sia che lo faccia per un controllo diffuso.

Si può dire, in termini diversi, che l'amministrazione aperta suggerisce un modello di amministrazione ancora diverso rispetto a quello che suggerisce la trasparenza, a tendere maggiormente verso l'idea di amministrazione condivisa, seguendo il percorso suggerito da Gregorio Arena, o verso una più forte valorizzazione dei principi costituzionali di democraticità e partecipazione”.

Lgs. n. 97/2016 non sembra essere stata pienamente recepita dagli apparati amministrativi, lasciando spesso frustrate le aspettative dei richiedenti che hanno presentato le prime istanze di accesso civico generalizzato.

Ciò che ha caratterizzato l'esperienza italiana nell'introduzione del regime di *Freedom of Information* è stata la rapidità con cui la suddetta rivoluzione è stata realizzata. Nonostante gli apprezzabili sforzi sostenuti dai promotori della riforma, residuano numerosi problemi di coordinamento e di vigilanza sulla concreta attuazione della nuova disciplina.

Non è un caso, infatti, che le forme di più grave disapplicazione dei nuovi oneri amministrativi si registrino soprattutto a livello di amministrazioni locali, mentre le strutture centrali dei ministeri hanno finora manifestato un approccio più collaborativo.

Come traspare da alcune indicazioni contenute nella circolare n. 2/2017, adottata dal Dipartimento della funzione pubblica, sembra quasi che manchi nei pubblici uffici un virtuoso approccio proattivo nell'attuazione pratica della riforma.

Il capitolo conclusivo del presente lavoro mira dunque ad analizzare, anche in chiave comparatistica, le iniziative che potrebbero favorire la realizzazione degli ambiziosi obiettivi indicati dal legislatore delegato, con la consapevolezza che attualmente la risposta delle pp.aa. all'introduzione del FOIA si è dimostrata, per lo più, insufficiente.

5.1 Le complesse ragioni che minano l'attuazione della riforma

A distanza di ventiquattro mesi dall'entrata in vigore del regime FOIA italiano, gli istituti giuridici cardine della riforma hanno iniziato a manifestare alcuni limiti attuativi.

Le cause (concomitanti) di tali malfunzionamenti sembrano avere nature profondamente differenti tra di loro e, peraltro, la loro stretta interazione rende arduo isolare la rilevanza eziologica di ciascuna di esse e la sua incidenza complessiva sul sistema. Appare dunque molto complesso valutare gli eventuali rimedi da adottare (a livello normativo o amministrativo) per rivitalizzare la riforma e realizzare i suoi scopi ispiratori. Le alternative (radicalmente opposte) di insistere nell'originaria impostazione immaginata dal legislatore del 2016, oppure, di rivedere radicalmente gli istituti giuridici di attuazione della riforma della trasparenza amministrativa, possono essere vagliate consapevolmente solo esaminando in modo analitico gli ostacoli frappostisi alla realizzazione del FOIA. La valutazione dei costi e dei benefici della loro rimozione in una prospettiva di medio – lungo periodo potrebbe infatti indurre a riconsiderare il ruolo di istituti di introduzione relativamente recente. Ad esempio, alla luce della nuova normativa UE in materia di tutela della *privacy*, si è prospettata la riviviscenza degli obblighi

legali di pubblicazione⁵⁰⁵, che hanno già beneficiato di un importante intervento di razionalizzazione con l’emanazione del Testo Unico della Trasparenza nel 2013⁵⁰⁶. Tuttavia, il destino dell’accesso civico generalizzato dipenderà, verosimilmente, non solo dal confronto con gli eventuali strumenti di trasparenza alternativi, ma, soprattutto, dalla sua capacità di adeguarsi a un contesto economico, sociale e culturale che lo ha, finora, principalmente ostacolato.

Per analizzare compiutamente la resistenza da più parti opposta alla “rivoluzione copernicana” della trasparenza amministrativa appare utile suddividere i relativi ostacoli in tre macrocategorie: si può al riguardo parlare di limiti intrinseci di natura **strutturale, ideologica e normativa**.

5.2 Le ragioni di natura strutturale

Risalendo alle origini del progetto di riforma della trasparenza amministrativa si può evidenziare come il legislatore abbia forse sottovalutato l’impatto che gli obblighi di (rapida) risposta a innumerevoli istanze di accesso civico generalizzato avrebbero potuto avere sul regolare funzionamento dei pubblici uffici. L’introduzione di detto peculiare istituto giuridico in un’epoca caratterizzata, contestualmente, da una gravissima crisi economica e da rigide politiche di *spending review* ha costituito, per certi aspetti, una scelta imprudente in un’ottica di valorizzazione della trasparenza amministrativa.

I primi commentatori della riforma hanno precocemente evidenziato l’irrazionalità insita nel tentativo introdurre con eccessiva rapidità significativi oneri per gli apparati amministrativi in termini di “innovativo” contatto con il pubblico, senza programmare preventivamente gli ingenti investimenti in personale, infrastrutture e relativa formazione che sarebbero stati necessari per farvi fronte in modo adeguato. In particolare, il fattore temporale ha inciso in modo significativo sulle difficoltà delle pp.aa. di rispondere a un numero crescente di istanze di accesso civico rispettando le tempistiche stabilite dal legislatore. Gli uffici pubblici (spesso sottorganico) hanno infatti subito un improvviso e significativo aggravio dei propri oneri di trasparenza creando un

⁵⁰⁵ Si veda CARLONI E., *L’amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell’open government*, Rimini, 2014, pag. 231 e ss.

⁵⁰⁶ L’originaria introduzione dell’istituto si deve al D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, che ha imposto ad alcune pubbliche amministrazioni la pubblicazione sui loro siti istituzionali dei dati concernenti l’organizzazione e l’utilizzo delle risorse pubbliche, così da favorire il controllo della spesa e la valutazione della *performance*. Successivamente, il D. Lgs. n. 33/2013 – emanato in attuazione della delega contenuta nella legge anticorruzione (l. 6 novembre 2012 n. 190) – ha individuato specificamente (artt. 13-42) i dati in materia di organizzazione degli uffici, di gestione del personale, di attribuzione di vantaggi economici ai privati, nonché quelli connessi al governo del territorio, alla tutela dell’ambiente, al servizio sanitario, e alla gestione delle emergenze.

problema di coordinamento con le loro attività tradizionali. Un'analisi d'impatto preliminare avrebbe verosimilmente sconsigliato di introdurre numerosi e complessi oneri aggiuntivi per gli enti pubblici con un margine temporale di attuazione così ristretto e, peraltro, in un regime di invarianza finanziaria⁵⁰⁷, quale quello previsto dall'art. 44 del decreto legislativo. Invero, l'oggettiva complessità della ponderazione comparativa che i funzionari pubblici sono chiamati a eseguire caso per caso e la breve durata del relativo procedimento⁵⁰⁸ avrebbero richiesto una specifica e graduale preparazione per assicurare il corretto svolgimento delle relative attività. La quantificazione degli elevati costi fisiologicamente connessi all'attuazione di un regime di trasparenza diffusa è stata per certi aspetti "rinviata" in sede di promozione della riforma. Al contrario, nel Regno Unito, il legislatore inglese ha previsto espressamente un differimento di 5 anni dell'entrata in vigore della nuova normativa e ha programmato lo stanziamento, negli anni, di oltre 35 milioni di sterline⁵⁰⁹.

Si deve altresì considerare che il costo di lavorazione della singola istanza di accesso civico generalizzato può in alcune ipotesi risultare molto elevato. Nell'ordinamento inglese, detta variabile può persino legittimare il diniego d'accesso da parte delle amministrazioni, purché essa non risulti in concreto sovrastimata dagli uffici competenti⁵¹⁰. Sebbene le amministrazioni inglesi non possano addebitare al cliente una tariffa fissa per l'esercizio del diritto d'accesso, infatti, possono comunque far gravare sull'istante i costi associati all'ostensione dei documenti, comprensivi non solo delle spese di copia e di spedizione, ma anche delle ore lavorative⁵¹¹ del personale adibito a tale incarico. Analoghe previsioni sono contenute nello Scottish Act, ma con un significativo contenimento dei costi derivante dal fatto che l'accesso è interamente gratuito nei limiti delle prime 100£ e che la restante somma, con un massimale di 600£, viene addebitata all'istante solo nella misura del 10%⁵¹².

Per quanto riguarda il FOIA Statunitense, invece, le amministrazioni possono subordinare la

⁵⁰⁷ Per una lucida critica dei deficit temporali ed economici, si veda MARCHETTI A., *Le nuove disposizioni in tema di pubblicità e trasparenza amministrativa dopo la riforma "Madia": anche l'Italia ha adottato il proprio Foia? Una comparazione con il modello statunitense*, in *Federalismi.it* (17 maggio 2017).

⁵⁰⁸ Detto aspetto è stato enfatizzato da GALETTA D. U., *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de "le vite degli altri"*, in *Federalismi.it* (9 maggio 2018).

⁵⁰⁹ Si veda per i rilevanti dati statistici, *Frontier Economics, Independent Review of the impact of the Freedom of Information Act, a report prepared for the Department for Constitutional Affairs, October 2006*, reperibile all'indirizzo web: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/foi/reference/foi-independent-review.pdf>.

⁵¹⁰ Al riguardo, si veda il caso *D. Makinson v. Information Commissioner*, EA/2006/0010.

⁵¹¹ Per un valore massimo di 600£ per il personale dipendente delle strutture centrali e di 450£ per il personale addetto agli altri pubblici uffici. Qualora detti limiti vengano in concreto superati, l'amministrazione può subordinare l'accesso a un pagamento aggiuntivo da parte dell'istante a integrale copertura delle spese, secondo quanto stabilito dalla *Freedom of Information and Data Protection. Appropriate Limit and Fees Regulation* (2004).

⁵¹² Cfr. DUNION K., *Freedom of Information in Scotland in Practice*, Dundee University Press, 2011.

ricerca e la riproduzione del materiale informativo richiesto al pagamento di una tariffa (“*fee*”), che tende a variare a seconda delle finalità perseguite con l’istanza (scopi lucrativi, scientifici, ect). Peraltro, la discrezionalità dei pubblici uffici in tale ambito è significativamente limitata dal loro onere di conformarsi alle *Fee Schedule and Guidelines*⁵¹³ adottate in materia dal Direttore dell’*Office of Management and Budget*, così come dalla sottoposizione delle relative proposte di regolamento al parere dell’utenza (c.d. “procedura di *notice and comment*”). E’ importante notare come la regolamentazione dei costi di ricerca e di riproduzione non preveda esenzioni sulla base del reddito personale dell’istante, bensì in ragione del “pubblico interesse” all’ostensione dei dati richiesti, ogniqualevolta, l’accoglimento della richiesta venga a tradursi in un’utilità diretta per tutti i consociati. Un’ulteriore ipotesi di gratuità dell’accesso espressamente prevista dalla normativa FOIA si ravvisa, peraltro, nel caso in cui l’amministrazione non motivi adeguatamente la tardiva definizione del relativo procedimento amministrativo. Peraltro, la spettanza dell’esenzione tariffaria (c.d. “*waiver*”) può essere oggetto di autonomo accertamento dinnanzi agli organi giurisdizionali e ciò, presupponendo un’approfondita valutazione delle relative istanze, produce un virtuoso effetto conformativo sulle *agencies*. Si deve tuttavia precisare che le entrate tariffarie derivanti dall’applicazione dei *fee* non costituiscono un serio ristoro delle spese sostenute dalle pubbliche amministrazioni (essendo pari a meno dell’1% del relativo valore), ma possono comunque costituire un deterrente alla presentazione delle domande.

Proprio dal confronto con il regime di trasparenza diffusa americano è invero possibile trarre alcune conclusioni circa i costi connessi alla gestione di un sistema FOIA: nell’ambito dell’imponente apparato amministrativo statunitense, i funzionari preposti esclusivamente alla gestione delle istanze di accesso sono oltre quattromila e il costo delle loro attività aggira intorno a cinquecento milioni di dollari annui. Il dato colpisce ancora di più se lo si esamina alla luce della crisi che sta recentemente attraversando il regime FOIA americano e che si è tradotta in un utilizzo spesso distorto dell’istituto dell’accesso⁵¹⁴.

La realtà italiana rischia peraltro di sommare ai fisiologici costi di un sistema FOIA anche le rilevanti spese connesse all’attuazione dei numerosi e dettagliati obblighi di pubblicazione tuttora gravanti sulle pp.aa. Diversamente da quanto avviene in Francia e in Germania, infatti, detti oneri scontano nella normativa italiana una maggior specificità e onerosità, privando delle

⁵¹³ Consultabili in https://www.justice.gov/sites/default/files/oip/legacy/2014/07/23/foia_fee_schedule_1987.pdf.

⁵¹⁴ Sull’evoluzione subita dal FOIA americano in termini di eccessivo irrigidimento del formalismo burocratico opposto dalle *Agencies* e sulla progressiva affermazione di società private specializzate nella raccolta dei dati per fini imprenditoriali, si veda, *ex multis*, KWOKA M., *Foia Inc., Legal Research*, 2016 *Duke Law Journal*. In ordine al diverso aspetto della naturale “comprimibilità” del diritto d’accesso nell’ordinamento statunitense a fronte di esigenze di sicurezza nazionale si veda TARCHI R., *Il diritto di accesso nella prospettiva comparata*, in COLAPIETRO C. (a cura di), *Il diritto di accesso e la Commissione per l’accesso ai documenti amministrativi a vent’anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

risorse necessarie la gestione delle istanze di accesso civico. Una buona misura per alleviare detti oneri finanziari potrebbe allora consistere nella riduzione e razionalizzazione di detti obblighi. Senonchè, nell'attuale stato di parziale attuazione della riforma, i relativi oneri continuano a supplire alle carenze del sistema dell'accesso agli atti e la loro rimozione potrebbe dunque indebolire complessivamente (quantomeno, nel breve periodo) il sistema di trasparenza amministrativa italiana.

5.3 Le ragioni di natura ideologica

Alcune scelte connesse all'introduzione e all'attuazione della riforma sul piano politico ed economico rivelano forse un approccio eccessivamente ottimistico dei suoi promotori. In primo luogo, la speranza in un rapido adeguamento degli apparati amministrativi alla nuova normativa introdotta con il Dec. Lgs. 97/2016 è stata presto tradita dalle pubbliche amministrazioni⁵¹⁵.

Le reazioni sul piano "passivo" alla riforma legislativa sono state infatti inferiori alle aspettative, in particolare presso gli enti locali. Le particolari tempistiche della riforma e la mancata concessione di adeguate risorse finanziarie ai pubblici uffici per dare correttamente attuazione ai loro nuovi obblighi hanno favorito un ostruzionismo delle pubbliche amministrazioni, che affonda le sue radici in una tradizionale ostilità culturale alla diffusione dei dati detenuti dalla p.a.

Peraltro, anche sul lato "attivo" dell'accesso civico generalizzato sono emersi ben presto utilizzi distorti e limiti intrinseci che forse non erano stati pienamente previsti e considerati da chi aveva "idealizzato" il ruolo dell'utenza nell'impiego di tale istituto. L'introduzione di un regime di trasparenza diffusa si fonda infatti sull'auspicio che l'interesse conoscitivo individuale veicoli un interesse sociale all'instaurazione di un controllo diffuso sull'azione amministrativa. Il coinvolgimento del privato nel perseguimento di un interesse sovra-individuale ne implica, dunque, una seria responsabilizzazione, che ricorda, in un certo qual modo, quella attribuita al singolo acquirente dalla disciplina consumeristica di derivazione comunitaria⁵¹⁶. Se infatti quest'ultima attribuisce al consumatore correttamente informato e dotato di efficaci rimedi

⁵¹⁵ Vedi SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L'accesso dei cittadini: esperienze di informazione amministrativa a confronto, Rapporto IRPA 1/2018, op. cit.* Secondo gli Autori, infatti, la disciplina in esame "richiede adempimenti complessi come la realizzazione di registri elettronici dei documenti, coordinamento tra amministrazioni, educazione dei cittadini, buon senso nell'applicazione delle eccezioni. Queste attività richiedono amministrazioni efficienti, consapevoli dei problemi, prudenti nella definizione delle regole quanto decise nell'affermazione dei principi". Gli Autori valorizzano, altresì, il ruolo che avrà la giurisprudenza nella corretta attuazione della riforma, precisando come essa richieda "giudici disposti a sganciarsi dai tradizionali modelli di tutela e ad abbandonare principi che il legislatore ha voluto superare".

⁵¹⁶ Per le declinazioni prettamente processuali di tale disciplina, si vede DI MARZIO F., *Deroga al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole del consumatore*, in Contr. e impr., 2006, pag. 704 e ss.

attivabili post vendita il ruolo di agente di razionalità del sistema economico, capace di favorire la massimizzazione del benessere collettivo agevolando l'efficiente allocazione delle risorse, analogamente l'introduzione dell'accesso civico generalizzato mira ad attribuire potenzialmente a ciascun consociato il ruolo di *public watchdog*, fornendogli lo strumento adatto per rendere stabilmente accessibili all'intera collettività alcuni dati in possesso delle pubbliche amministrazioni. In tal modo, anche l'interesse conoscitivo individuale viene canalizzato dall'ordinamento in modo tale da favorire l'interesse sociale allo sviluppo dell'*accountability* e all'instaurazione di un rapporto collaborativo e fiduciario tra amministrazione e amministrati.

Senonché, già nei primi impieghi dell'accesso civico generalizzato si sono registrate ipotesi di utilizzo abusivo dell'istituto che rischiano di distoglierlo dal perseguimento degli alti ideali per cui è stato introdotto nel nostro ordinamento.

Basti richiamare, al riguardo, la nota pronuncia adottata dal TAR Lombardia sulle ipotesi di accesso reiterato a fini ostruzionistici che avevano minato l'attività amministrativa di un piccolo comune⁵¹⁷, nonché le preoccupazioni di chi teme che le istanze d'accesso possano essere utilizzate prevalentemente per "indagare le vite degli altri"⁵¹⁸.

Detto deficit culturale rischia invero di inficiare il ruolo dell'accesso civico generalizzato come strumento di promozione della trasparenza. L'utenza potrebbe infatti conformare l'istituto in esame, che costituisce la chiave di volta del sistema F.O.I.A., allontanandolo di fatto dal modello ideale auspicato dal legislatore.

Peraltro, si è già accennato al fatto che persino realtà culturali molto avanzate sul fronte della trasparenza, quali quella americana o, ancor più, quella svedese, assistano ormai a gravi malfunzionamenti e distorsioni dei propri regimi di trasparenza amministrativa diffusa. Basti pensare al modello americano, nell'ambito del quale si è da più parti segnalata una sostanziale involuzione del ruolo delle istanze di accesso: imprese specializzate tendono sempre più a strumentalizzare un istituto conoscitivo, che, pur essendo stato coniato in favore dei comuni cittadini, risulta ormai difficilmente utilizzabile da quest'ultimi⁵¹⁹.

Nell'ambito dei limiti culturali e ideologici manifestati dalle pp.aa. nazionali, invece, si può rilevare la mancata percezione da parte dei pubblici uffici delle istanze di accesso civico come strumento di esercizio di un diritto fondamentale. Le amministrazioni interessate da richieste conoscitive appaiono infatti ancora restie a ravvisarvi una declinazione del *right to know* e a garantirvi, dunque, la massima espressione. Ciò deriva dalla perdurante rilevanza dei modelli

⁵¹⁷ Vedi, *supra*, Cap. IV.

⁵¹⁸ Per un'analisi critica sul punto, si veda GALETTA D. U., *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali*, op. cit.

⁵¹⁹ Al riguardo, vedi KWOKA M., *Foia Inc., Legal Research Paper*, op. cit.

operativi pregressi e dall'assenza di una cultura della trasparenza coerente con il grado di sviluppo raggiunto da tale valore nella giurisprudenza delle corti internazionali.

Si ravvisa invero una maggior consapevolezza delle implicazioni connesse alla promozione del *right to know* nell'ambito dell'ordinamento dell'U.E.⁵²⁰: detto valore viene infatti a operare in modo peculiare nell'ambito di tale organizzazione internazionale, giacché consente di ovviare a quel *deficit* di democraticità che le viene storicamente contestato alla luce dell'accentuata tecnocrazia che caratterizza l'attività delle Istituzioni europee. Tuttavia, sebbene l'Unione Europea presenti caratteristiche ed esigenze "politiche" radicalmente diverse rispetto a quelle di uno Stato nazionale, è indubbio che lo sviluppo della disciplina dell'accesso non possa prescindere dal (fatalmente graduale) recepimento di quel peculiare approccio ideologico e culturale al tema della trasparenza che emerge dalle disposizioni del TUE e del TFUE⁵²¹. Al

⁵²⁰ Cfr. Cap. II.

⁵²¹ Per un'interessante analisi dell'ambito di applicazione del Regolamento (CE) n. 1049/2001 alla luce dei principi enunciati dall'Articolo 15, paragrafo 3, TFUE, si veda la recente sentenza della Corte di Giustizia UE (Grande Sezione) del 18 luglio 2017 relativa alla causa Commissione europea contro Patrick Breyer, reperibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0213>. Con la sentenza citata la CGUE ha infatti statuito che *"l'inapplicabilità alla Corte di giustizia dell'Unione europea nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali del regime di accesso ai documenti di cui all'articolo 15, paragrafo 3, primo comma, TFUE non osta all'applicazione di detto regime a un'istituzione alla quale le disposizioni dell'articolo 15, paragrafo 3, TFUE e del regolamento n. 1049/2001 sono pienamente applicabili, come la Commissione, ove quest'ultima detenga documenti formati da uno Stato membro, nella fattispecie le memorie controverse, in relazione a procedimenti giurisdizionali"*. Secondo la Corte, risulta dirimente sotto questo aspetto il fatto che l'art. 15 TFUE, introdotto dal Trattato di Lisbona, abbia significativamente ampliato l'ambito di applicazione del principio di trasparenza nel diritto dell'U.E.: *"L'interpretazione estensiva del principio di accesso ai documenti delle istituzioni dell'Unione è peraltro corroborata, da un lato, dall'articolo 15, paragrafo 1, TFUE, ai sensi del quale, in particolare, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel massimo rispetto possibile del principio di trasparenza, principio altresì riaffermato all'articolo 1, secondo comma, TUE e all'articolo 298 TFUE, nonché, dall'altro, dalla consacrazione del diritto di accesso ai documenti all'articolo 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Alla luce di tali disposizioni di diritto primario che sanciscono l'obiettivo di un'amministrazione europea trasparente, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione l'articolo 15, paragrafo 3, quarto comma, TFUE, non può essere interpretato nel senso che impone l'adozione di una lettura restrittiva dell'ambito di applicazione del regolamento n. 1049/2001 con la conseguenza che i documenti formati da uno Stato membro, quali le memorie controverse, non rientrerebbero nell'ambito di applicazione di tale regolamento quando sono detenuti dalla Commissione. (53) Quanto al rischio, evidenziato dalla Commissione, di violazione delle norme procedurali citate al punto 45 della presente sentenza, si deve ricordare che le limitazioni relative all'accesso ai documenti di natura giurisdizionale, siano esse previste ai sensi dell'articolo 255 CE, al quale è succeduto l'articolo 15 TFUE, oppure ai sensi del regolamento n. 1049/2001, perseguono la stessa finalità, vale a dire quella di garantire che il diritto d'accesso ai documenti delle istituzioni sia esercitato senza arrecare pregiudizio alla tutela delle procedure giurisdizionali e che tale tutela implica, segnatamente, che sia garantita l'osservanza dei principi della parità delle armi nonché della buona amministrazione della giustizia (v., in tal senso, sentenza del 21 settembre 2010, Svezia e a./API e Commissione, C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, EU:C:2010:541, punti 84 e 85). (54) In considerazione del fatto che il regolamento n. 1049/2001 consente di negare, se del caso, la divulgazione dei documenti relativi a procedimenti dinanzi ai giudici dell'Unione e, a detto titolo, di garantire la tutela di tali procedure giurisdizionali, come risulta dai punti da 40 a 42 della presente sentenza, si deve considerare che l'articolo 15, paragrafo 3, quarto comma, TFUE non impone, contrariamente a quanto in sostanza sostenuto dalla Commissione, un'interpretazione secondo cui le memorie formate da uno Stato membro e detenute dalla Commissione, quali le memorie controverse, debbano essere necessariamente escluse dall'ambito di applicazione di tale regolamento. Infatti, nella misura in cui la tutela delle procedure giurisdizionali è così assicurata, conformemente alla finalità dell'articolo 15, paragrafo 3, quarto comma, TFUE, l'effetto utile di tale disposizione non può essere compromesso. (55) In tale contesto, a giusto titolo il Tribunale ha affermato, in particolare al punto 80 della sentenza impugnata, che le memorie controverse non rientravano, tanto quanto quelle redatte dalla*

riguardo, non si deve tacere che neppure l'elevato grado della normativa redatta per promuovere la trasparenza e la proclamazione del suo ruolo fondamentale nell'ambito dell'ordinamento europeo hanno consentito di prevenire alcuni problemi attuativi in sede di recepimento delle nuove disposizioni⁵²².

Commissione stessa, nell'esclusione dal diritto di accesso ai documenti prevista dall'articolo 15, paragrafo 3, quarto comma, TFUE".

⁵²² Si vedano, al riguardo, le severe critiche contenute nella Risoluzione del Parlamento europeo del 28 aprile 2016 sull'accesso del pubblico ai documenti (articolo 116, paragrafo 7, del regolamento) per gli anni 2014-2015: (...) "A. considerando che una completa trasparenza è alla base della fiducia dei cittadini nelle istituzioni dell'UE, contribuisce alla presa di coscienza dei diritti derivanti dall'ordinamento giuridico dell'Unione e alla consapevolezza e conoscenza del processo decisionale dell'UE, compresa la corretta attuazione delle procedure amministrative e legislative; B. considerando che il diritto di accesso ai documenti è un diritto fondamentale tutelato dalla Carta dei diritti fondamentali e dai trattati, a cui il regolamento (CE) n. 1049/2001 ha dato attuazione al fine, in particolare, di garantirne un esercizio quanto più agevole possibile e promuovere le buone prassi amministrative sull'accesso ai documenti, assicurando un controllo democratico delle attività delle istituzioni e della loro conformità ai precetti sanciti nei trattati;

1. sottolinea che a molte delle raccomandazioni contenute nella sua risoluzione sull'accesso del pubblico ai documenti tra il 2011 e il 2013 le tre istituzioni non hanno dato un seguito adeguato; si rammarica in particolare del fatto che le istituzioni e gli organismi dell'UE non abbiano nominato all'interno delle proprie strutture di gestione un funzionario per la trasparenza, responsabile del rispetto e del miglioramento delle pratiche; sollecita le istituzioni a procedere quanto prima in tal senso;

2. evidenzia che le istituzioni dell'UE devono fondarsi, nelle loro azioni e politiche, sulla democrazia rappresentativa, come prevede l'articolo 10, paragrafo 1, TUE, e garantire il rispetto dei principi di piena trasparenza, condivisione, e corretta e tempestiva informazione dei cittadini; sottolinea che l'articolo 10, paragrafo 3, TUE riconosce nella democrazia partecipativa uno dei principali principi democratici dell'UE, mettendo così in evidenza che le decisioni devono essere prese il più vicino possibile ai cittadini; sottolinea altresì che, quando la partecipazione dei cittadini al processo decisionale assume la forma di consultazioni pubbliche, le istituzioni devono tenere conto dell'esito di queste ultime;

3. ricorda che la trasparenza e il pieno accesso ai documenti detenuti dalle istituzioni deve essere la regola, in linea con il regolamento (CE) n. 1049/2001, e che, come già stabilito dalla giurisprudenza costante della Corte di giustizia, le eccezioni in esso contenute devono essere correttamente interpretate tenendo conto del preminente pubblico interesse alla divulgazione e alle esigenze di democrazia, di più stretta partecipazione dei cittadini al processo decisionale, di legittimità dell'amministrazione, di efficacia e di responsabilità nei confronti dei cittadini;

4. ritiene che le istituzioni, le agenzie e gli altri organismi dell'Unione europea continuino a non prendere pienamente in considerazione e a non attuare le norme e i cambiamenti previsti dal trattato di Lisbona e dalla Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione del regolamento (CE) n. 1049/2001, soprattutto per quanto riguarda la democrazia partecipativa; prende atto e si compiace delle recenti sentenze della Grande Sezione della Corte di giustizia nelle cause *Digital Rights Ireland* e *Schrems*, in entrambe le quali la Corte si è basata sulla Carta nel dichiarare invalide, rispettivamente, la direttiva sulla conservazione dei dati e la decisione sull'approdo sicuro; sottolinea che l'effettivo accesso del pubblico ai documenti e la gestione dei registri dei documenti devono basarsi su norme che rispettino adeguatamente gli articoli 41 e 42 della Carta;"

(...) "10. si rammarica che i documenti ufficiali siano spesso classificati a un livello troppo elevato; ribadisce la sua posizione secondo cui bisognerebbe stabilire regole chiare e uniformi per la classificazione e la declassificazione dei documenti; si rammarica che le istituzioni chiedano riunioni a porte chiuse senza una motivazione adeguata; rinnova alle istituzioni il suo invito a valutare e giustificare pubblicamente le richieste di riunioni a porte chiuse conformemente al regolamento (CE) n. 1049/2001; ritiene che le richieste di riunioni a porte chiuse al Parlamento dovrebbero essere valutate dall'Istituzione caso per caso; ritiene altresì che un'autorità di sorveglianza indipendente dovrebbe sovrintendere ai processi di classificazione e declassificazione;

11. invita le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'UE ad adottare procedure più rapide, meno complesse e più accessibili per la gestione dei reclami contro il rifiuto di accesso; ritiene che un approccio maggiormente proattivo contribuirebbe a garantire un'effettiva trasparenza nonché a evitare inutili contenziosi che potrebbero essere fonte di spese e oneri superflui sia per le istituzioni che per i cittadini;"

5.4 Le ragioni di natura normativa

Autorevoli commentatori hanno poi criticato la tecnica normativa utilizzata per definire la disciplina di dettaglio dell'accesso civico generalizzato.

La “tecnica ponderativa” del *public interest test* presuppone che l'amministrazione esamini ciascuna istanza di ostensione tenendo conto della rilevanza dell'interesse pubblico alla diffusione dei dati richiesti e comparandolo, al contempo, con l'eventuale pregiudizio cui risultino concretamente esposti gli interessi pubblici e privati tutelati dalle eccezioni relative⁵²³.

Il comma 6 dell'art. 5-bis, dec. lgs. n. 33/2013 prevede che l'ANAC adotti linee guida⁵²⁴ recanti indicazioni operative, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali. Parte della dottrina ha rilevato che “*Dal punto di vista della logica giuridico-istituzionale, sorprende che tale “intesa” sia prevista in relazione a tutte le eccezioni e non sia invece limitata alla protezione dei dati personale, unico interesse tra quelli elencati dall'art. 5-bis che rientra nelle competenze proprie del Garante*”⁵²⁵.

E' opinione diffusa che l'approccio definitorio-nozionistico finora adottato dall'ANAC abbia frustrato lo scopo perseguito con l'introduzione delle *Guide Lines*. Quest'ultime non hanno infatti contribuito a definire un'uniforme disciplina di dettaglio delle eccezioni relative capace di

⁵²³ Sul ruolo del *public interest test* nel FOIA inglese, si veda FILICE M., in SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L'accesso dei cittadini: esperienze di informazione amministrativa a confronto*, op. cit., pag. 71: “*pur non comparando espressamente nel Foia, le eccezioni vengono in genere distinte in class-based e prejudice-based. Tutte le eccezioni assolute e alcune qualificate sono class-based, ovvero si riferiscono a una particolare categoria di informazioni. In tali casi, se l'informazione richiesta rientra nella tipologia descritta dalla legge, l'amministrazione non deve dimostrare il danno che potrebbe essere causato a seguito della sua diffusione ma, nel caso di eccezioni qualificate, deve sempre effettuare il public interest test prima di decidere. Ad esempio, la Sez. 35 inerente la Formulation of government policy, costituisce una eccezione qualificata e class-based. Nell'ipotesi di richiesta di informazioni che ricadono sotto questa eccezione, un'amministrazione centrale non è chiamata a valutare se la loro diffusione potrebbe pregiudicare lo sviluppo delle politiche governative, tuttavia deve considerare se ha maggior peso l'interesse pubblico al rilascio piuttosto che quello al trattenimento prima di decidere. Pertanto, qualsiasi pregiudizio o danno che potrebbe essere causato viene in rilievo quale fattore all'interno del public interest test, ma non è decisivo per l'applicazione dell'eccezione.*

Al contrario, nel caso di eccezioni prejudice-based, di cui fanno parte diverse eccezioni qualificate, l'amministrazione è chiamata a valutare la possibilità che il danno o il pregiudizio contenuto nella disposizione si determini in concreto. Ad esempio, affinché un'informazione sia coperta dalla Sez. 27, inerente ai rapporti fra il Regno Unito e gli altri Stati, l'amministrazione deve verificare prima la sussistenza di un possibile pregiudizio derivante dalla diffusione e, solo in seguito, applicare il public interest test.

Al fine di effettuare tale valutazione preventiva, l'amministrazione applica il prejudice test. Quest'ultimo si compone di diversi passaggi: identificare gli interessi applicabili all'interno della particolare eccezione; rilevare le conseguenze negative dell'eventuale diffusione dell'informazione; valutare la natura del pregiudizio, ovvero che esso sia reale e concreto, e la sua probabilità di verifica; infine, accertare che sussista un nesso fra la diffusione e il danno.

In ogni caso, l'Information Commissioner's Office (ICO), in qualità di organismo che vigila sulla corretta applicazione del Foia nel Regno Unito, ha predisposto una serie di guidelines sull'applicazione di ciascuna eccezione e sullo svolgimento dei suddetti test”.

⁵²⁴ Si veda MARONE, F., *Le linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.3, 1 Settembre 2017, pag. 743.

⁵²⁵ Così SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L'accesso dei cittadini: esperienze*, op. cit.

limitare la discrezionalità delle pp.aa. e di promuovere un corretto sviluppo del *right to know*⁵²⁶. A tal fine, il modello di riferimento cui l'Autorità dovrebbe ispirarsi potrebbe forse ravvisarsi nella giurisprudenza sviluppata dalla Corte di Giustizia sulle eccezioni relative previste dal Regolamento Europeo in materia di accesso, nonché nelle *guide lines* adottate dall'*Information Commissioner* britannico. Va tuttavia evidenziato come, nell'ambito dell'ordinamento inglese, l'organismo indipendente preposto all'individuazione e alla divulgazione delle buone prassi sia altresì competente a decidere i ricorsi presentati dall'utenza e a monitorare direttamente il corretto funzionamento del regime FOIA⁵²⁷. Detta Authority risponde infatti alle segnalazioni relative a violazioni o erranee applicazioni della normativa sulla trasparenza amministrativa. Qualora il richiedente non ritenga soddisfacente la risposta resa dall'amministrazione adita all'esito di una procedura di riesame interno, infatti, può sottoporre la controversia all'attenzione dell'ICO. Quest'ultimo organo, ove ravvisi un comportamento illegittimo dei pubblici uffici, adotta una *decision notice* in cui espone le ragioni di fatto e di diritto alla base delle proprie statuizioni, così da indurre un virtuoso effetto conformativo nei confronti delle altre amministrazioni. L'ICO non può comunque adottare provvedimenti sanzionatori nei confronti delle amministrazioni inottemperanti e le sue *decisions* possono comunque essere impugnate entro il termine di 28 giorni, su iniziativa del ricorrente o dei pubblici uffici resistenti, dinnanzi all'*Information Rights Tribunal*, che può riformarle integralmente⁵²⁸.

Un'analoga ipotesi di accentramento delle funzioni in un'ottica garantistica del diritto d'accesso si ravvisa, peraltro, anche nell'ordinamento francese: la *Commission d'accès aux documents administratifs* è infatti un'Autorità indipendente che svolge un generale ruolo di garanzia in materia di accesso e trasparenza amministrativa⁵²⁹. Detto organo è composto da undici membri nominati tra professori, magistrati, parlamentari ed esperti per un incarico di durata triennale, rinnovabile una volta soltanto e redige una relazione annuale sulla propria

⁵²⁶ Contra, si veda GARDINI G., *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure...*, op. cit.

⁵²⁷ L'attribuzione di analoghe competenze a una specifica Authority e il conseguente accentramento delle funzioni di vigilanza sul corretto funzionamento del sistema FOIA costituiscono un elemento comune all'esperienza giuridica di molti Stati europei, ma risulta del tutto carente nell'ordinamento dell'UE. Critico sul punto, nonostante le peculiari caratteristiche che contraddistinguono l'Unione Europea rispetto ai singoli Stati membri, PIAZZA I., in SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L'accesso dei cittadini: esperienze di informazione amministrativa a confronto*, op. cit., pag. 257.

⁵²⁸ I provvedimenti di tale organo possono essere a loro volta appellati dinnanzi all'*Information Tribunal* e, in ulteriori gradi del procedimento, davanti alla *High Court* o alla *UK Supreme Court*. Inoltre, entro il termine di 20 giorni, il Cabinet Minister o l'Attorney General possono annullare una decisione dell'ICO o una sentenza avvalendosi del c.d. "*executive veto*", deducendo che l'ostensione dei dati oggetto dei provvedimenti sia contraria all'interesse nazionale.

⁵²⁹ Cfr. D'ALTERIO E., in SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L'accesso dei cittadini: esperienze di informazione amministrativa a confronto*, op. cit., pag. 147. L'Autrice evidenzia come i compiti e le funzioni di detta Autorità siano del tutto estranei alla materia del contrasto della corruzione, mentre tali sono le funzioni istituzionali dell'ANAC, che svolge un ruolo fondamentale sul piano della vigilanza e dell'attuazione del FOIA italiano.

attività consultiva. Detta Authority formula infatti pareri circa la legittimità dei dinieghi di accesso o di pubblicazione di dati opposti dalle pubbliche amministrazioni e il suo previo coinvolgimento costituisce il presupposto per l'eventuale attivazione di rimedi giurisdizionali. Il carattere di propedeuticità (invece che di alternatività) di tale rimedio rispetto all'esperimento di azioni giudiziarie contribuisce ad assicurare una maggiore coerenza delle decisioni rese dai diversi organi. La maggiore uniformità dei provvedimenti adottati è poi favorita dall'eventuale coinvolgimento della CADA transalpina nei disegni di legge governativi in materia di accesso e di riutilizzo delle informazioni pubbliche.

Detto accentramento di funzioni favorisce evidentemente l'uniformità degli orientamenti e semplifica il coordinamento tra innovazione normativa e prassi amministrative. Nel nostro ordinamento, invece, la frammentazione delle funzioni connesse all'attuazione del regime di trasparenza diffusa e la loro ripartizione tra diversi organi può essere fonte di rilevante confusione e di reazioni non sempre coerenti dell'azione amministrativa⁵³⁰.

5.5 I possibili rimedi

Dopo aver esaminato, nelle tre macro-categorie innanzi proposte, alcuni profili di criticità che ostacolano seriamente il corretto funzionamento della riforma, si può ora tentare di analizzare alcune possibili soluzioni che potrebbero essere adottate a livello normativo o amministrativo.

L'oggettiva difficoltà di individuare rimedi rapidi ed efficaci si lega, in buona parte, anche alla necessità di prevedere quale possa essere l'ordine di adozione delle misure postume e la possibile interazione tra di esse. Al pari delle cause di malfunzionamento della riforma, infatti, i corrispondenti rimedi risultano strettamente connessi tra loro e soltanto esigenze di chiarezza espositiva rendono opportuno analizzarli separatamente.

Una possibile soluzione per favorire il contenimento dei costi di attuazione del FOIA può ad esempio consistere, in prospettiva, nell'attuazione di un regime di *open data* e di pubblici registri *on line* che assicurino l'immediata fruibilità delle informazioni da parte dell'utenza⁵³¹.

⁵³⁰ Sul punto, si veda SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L'accesso dei cittadini: esperienze... op. cit.* Secondo gli Autori, si potrebbero invero ravvisare “*Quattro autorità, dunque, per quattro competenze. Da questo assetto frammentario derivano costi di coordinamento tra le amministrazioni-guida molto elevati, proporzionali al rischio di fornire ad amministrazioni e cittadini indicazioni operative discordanti o contraddittorie*”.

⁵³¹ Analoghi auspici erano d'altronde rinvenibili nella citata Risoluzione del Parlamento europeo del 28 aprile 2016 sull'accesso del pubblico ai documenti: (...) “7. osserva che, per garantire la responsabilità e la legittimità di un sistema politico democratico nel rispetto dello Stato di diritto, i cittadini devono avere il diritto di conoscere e controllare:

– l'operato dei loro rappresentanti, una volta che questi sono stati eletti o nominati per ricoprire cariche in organismi pubblici;

La lavorazione delle singole istanze risulterebbe infatti superflua qualora i dati richiesti risultassero già autonomamente accessibili per i consociati.

I rimedi ai problemi di natura ideologica consistono invece, principalmente, in forme di sensibilizzazione capillare dell'utenza e degli stessi pubblici uffici sui valori della trasparenza. A tal fine, sarebbe utile la diffusione dei principi di diritto enunciati nelle pronunce delle corti internazionali e della stessa C.G.U.E. Il riconoscimento della natura di diritto inviolabile del *right to know* costituisce infatti la pietra angolare dei moderni sistemi di trasparenza diffusa e fornisce, pertanto, la chiave di lettura di alcuni rilevanti problemi interpretativi. Ad esempio, la gestione delle istanze conoscitive che risultino dichiaratamente proposte per meri intenti egoistici varia in modo significativo a seconda che si intenda l'istituto come declinazione del *right to know* o come mero strumento di realizzazione del buon andamento. Condividendo la prima impostazione, infatti, l'accesso ai dati viene a rispondere a una pretesa individuale assurda al ruolo di diritto fondamentale (superando quindi definitivamente la tradizionale distinzione tra interesse legittimo pretensivo e diritto soggettivo). In quest'ottica, l'interesse conoscitivo dell'istante non può dunque considerarsi sistematicamente sacrificabile in nome della tutela della privacy o

-
- il processo decisionale (compresi i documenti divulgati, i soggetti coinvolti, i voti espressi, ecc.);
 - il modo in cui viene stanziato e speso il denaro pubblico, e i risultati ottenuti;

ritiene pertanto necessaria la pubblicazione di un registro telematico che annoti tutte le voci summenzionate;

8. *esorta la Commissione a designare un Commissario responsabile per la trasparenza e l'accesso del pubblico ai documenti; invita il Vicepresidente della Commissione a presentare nel frattempo, e nel più breve tempo possibile, un piano d'azione ambizioso riguardante la trasparenza e l'accesso del pubblico ai documenti, a riprova del fatto che la trasparenza è la pietra angolare di una migliore regolamentazione;*

9. *si rammarica che l'accesso alle informazioni detenute dalle istituzioni dell'UE continui a essere difficoltoso per i cittadini a causa della mancanza di un approccio comune alle istituzioni orientato ad agevolare l'accesso ai documenti e improntato ad una piena trasparenza, alla comunicazione e alla democrazia diretta; sollecita le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'UE a sviluppare ulteriormente un approccio più proattivo in materia di trasparenza rendendo accessibile al pubblico il maggior numero possibile di documenti in loro possesso, nel modo più semplice e agevole, fornendo su richiesta la traduzione in altre lingue ufficiali dell'UE e prevedendo adeguate, semplici e non dispendiose modalità di accesso alle informazioni, anche di tipo digitale e telematico, che tengano conto delle esigenze delle persone con disabilità; ritiene in particolare che l'accessibilità delle informazioni dovrebbe essere migliorata mediante interfacce e sistemi di ricerca facili da utilizzare; chiede lo sviluppo di un punto di accesso comune ai portali delle tre istituzioni, sulla base del progetto pilota "Piattaforma online per la pubblicazione proattiva dei documenti delle istituzioni dell'UE", e l'armonizzazione dei portali di ricerca tra servizi della stessa istituzione (comprese le Direzioni generali della Commissione); invita inoltre le istituzioni a proseguire e rafforzare il lavoro di divulgazione della legislazione e delle politiche dell'UE; è del parere che, a tal fine, l'UE dovrebbe sfruttare appieno le potenzialità offerte dalle nuove tecnologie (social network, applicazioni per gli smartphone, ecc.), al fine di garantire un accesso completo e agevole alle informazioni;"*

(...) "18. *si rammarica che siano stati compiuti scarsi progressi nell'attuazione del regolamento (CE) n. 1049/2001 relativamente all'obbligo delle istituzioni, delle agenzie e degli altri organi di tenere registri completi di documenti, come prevedono gli articoli 11 e 12 del regolamento stesso nonché il trattato di Lisbona e la Carta dei diritti fondamentali; chiede che sia definito un approccio comune relativamente ai registri, e invita le istituzioni dell'UE che non l'abbiano ancora fatto a procedere all'istituzione di registri di documenti, nonché a porre in atto misure volte a uniformare la classificazione e la presentazione dei documenti delle istituzioni; rinnova a tale proposito il proprio invito a istituire, oltre a un punto di accesso comune ai documenti dell'UE attraverso i portali delle tre istituzioni, procedure e criteri comuni per la registrazione e l'assegnazione a ciascun documento di un codice interistituzionale, di modo che possano infine essere istituiti un registro interistituzionale comune e, segnatamente, una banca dati dedicata congiunta sullo stato di avanzamento dei fascicoli legislativi;"*

dell'onerosità della gestione dell'istanza per le pp.aa. (tanto più che, come avviene nel sistema FOIA statunitense, l'interesse dedotto dall'istante non dovrebbe rilevare *ex ante* ai fini della valutazione della pretesa conoscitiva, bensì *ex post* sotto il diverso profilo della ripartizione dei costi tra amministrazione e privati). Un'eccessiva valorizzazione della funzionalità dell'istituto rispetto ai profili di efficientamento dell'azione amministrativa rischierebbe, inoltre, di introdurre in via ermeneutica una nuova eccezione (riconducibile a esigenze di buon andamento) all'accesso civico generalizzato, benché la relativa elencazione contenuta nel T.U. della Trasparenza debba considerarsi tassativa.

Nella spessa prospettiva di razionalizzazione del sistema, e con l'ulteriore effetto positivo di ovviare alle carenze di natura normativa in punto di *governance*, sembrerebbe opportuno riunire in un'unica autorità le funzioni di vigilanza sulla corretta attuazione del FOIA. Detta soluzione adottata in altri paesi (Francia, Inghilterra, Scozia, Stati Uniti, Spagna) consentirebbe invero di superare l'attuale frammentazione delle competenze, da cui scaturiscono impulsi talvolta contraddittori suscettibili, peraltro, di alimentare l'approccio culturale sfavorevole alla riforma opposto da molte pp.aa.

Alcune di tali misure avrebbero, però, delle evidenti controindicazioni.

Ad esempio, conseguire un risparmio di spesa pubblica riducendo il numero e la portata degli obblighi di pubblicazione avrebbe un chiaro costo politico e reputazionale, poiché potrebbe essere percepito come una misura di affievolimento delle garanzie di trasparenza amministrativa. Peraltro, detta soluzione potrebbe anche apparire in controtendenza con la linea evolutiva verso cui sembra ormai dirigersi il FOIA americano, che, secondo alcuni autori, dovrebbe invero propendere per lo sviluppo degli obblighi di pubblicazione attiva⁵³², al fine di ovviare alle criticità manifestatesi con lo sviluppo di società specializzate nell'acquisizione dei dati (per lo più, per esigenze di natura commerciale).

Anche l'accentramento delle funzioni in capo a un'unica Autorità (per ovviare ai suesposti problemi di *governance*) potrebbe avere implicazioni negative sul complessivo sviluppo del nostro sistema di trasparenza. Optando per questa soluzione, infatti, emergerebbe presto l'esigenza di scegliere se attribuire le relative competenze a un nuovo ente istituito *ad hoc* per favorire la promozione della trasparenza, oppure a un'Authority preesistente, che abbia già maturato specifica esperienza nella gestione delle istanze conoscitive, quale il Garante della Privacy. Questa seconda opzione⁵³³, che garantirebbe nel breve periodo minori costi di attuazione e, in prospettiva, minori problemi di coordinamento, sconta però lo svantaggio di affidare il

⁵³² In questo senso, si veda KWOKA M., *Foia Inc.*, *Legal Research*, 2016 *Duke Law Journal*, pag. 1361.

⁵³³ Per cui si veda, *infra*, il paragrafo successivo.

destino dello sviluppo del *right to know* a un'ente tradizionalmente incline a sacrificare l'interesse conoscitivo rispetto alle esigenze di tutela della riservatezza. Sebbene si possa auspicare che l'eventuale attribuzione delle nuove funzioni possa influire sui futuri orientamenti del Garante, non si può negare come l'adozione di un simile modello di *governance* rischi di privare di slancio la promozione della trasparenza.

5.6 Ulteriori considerazioni – Il modello tedesco e quello spagnolo

I ritardi nell'attuazione della riforma della trasparenza amministrativa e la sua parziale inefficacia impongono all'interprete un'attenta riflessione sull'opportunità di proseguire senza cambiamenti il cammino coraggiosamente tracciato dal legislatore.

In particolare, il confronto tra l'evoluzione del F.O.I.A. italiano e quella dei sistemi tedesco⁵³⁴ e spagnolo può rappresentare un buon punto di partenza per programmare i futuri sviluppi del processo di riforma e prevenire una sua potenziale involuzione.

Appare invero interessante esaminare i tratti salienti di ordinamenti europei che, come il nostro, hanno conosciuto nella loro storia recente gravi esperienze dittatoriali e sono rimasti, quindi, a lungo legati ai tradizionali principi della “segretezza amministrativa”.

Sotto questo aspetto, l'entrata in vigore della *Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes* (il primo gennaio del 2006) costituisce un esempio paradigmatico di una rivoluzione radicale dell'accessibilità agli atti ben paragonabile alla vicenda italiana. Analogamente a quanto avvenuto nel nostro paese (con l'emanazione della legge n. 241 del 1990), infatti, il tessuto normativo tedesco si è in un primo momento arricchito di una disciplina⁵³⁵ volta a favorire la partecipazione procedimentale dei consociati fornendo loro, da principio, strumenti conoscitivi di taglio prettamente individualistico. Detto intervento normativo ha rappresentato la prima importante tappa nel riconoscimento del diritto all'informazione dei cittadini nei confronti delle pubbliche amministrazioni, sebbene la pretesa conoscitiva dell'istante venisse tutelata limitatamente ai singoli procedimenti amministrativi in cui egli fosse coinvolto. Un'ulteriore evoluzione in tale delicata materia si è poi manifestata a livello locale (di singoli *Ländern*), con l'introduzione, ad esempio, dell'*Akteneinsichts - und Informationszugangsgesetz* del Land di Brandeburgo nel 1998. La disciplina del diritto d'accesso

⁵³⁴ Per una recente analisi comparatistica della disciplina tedesca in materia di trasparenza amministrativa, si rinvia a SCHERZBERG A. & SOLKA S., *Access to Information in German Law in comparison to Brazilian Law*, in BLANKE H., PERLINGEIRO R. (a cura di), *The Right of Access to Public Information...*, op. cit., pagg. 311 – 342. Sullo stesso tema, si veda ALBISSINI F., in SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L'accesso dei cittadini: esperienze di informazione amministrativa a confronto*, op. cit., pag. 123 e ss.

⁵³⁵ Il riferimento è alla *Verwaltungsverfahrensgesetz* del 1970.

nell'ordinamento tedesco si è dunque presentata, per un certo periodo, come un complesso mosaico i cui tasselli variavano sensibilmente a seconda che l'amministrazione adita dall'istante avesse natura federale, oppure appartenesse a un *Land*, che risultasse più o meno sensibile alle esigenze della trasparenza amministrativa. Una maggior uniformità è stata infine favorita dall'interazione tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento comunitario. Anche in tale ordinamento, infatti, l'influenza della disciplina europea si è manifestata sia in modo diretto, tramite le innovazioni introdotte in materia di accesso ambientale, sia indirettamente, proponendo un nuovo modello ideale di relazione tra amministrazione e amministrati influenzato dal Regolamento (CE) n. 1049/2001⁵³⁶.

A seguito di detto progressivo sviluppo della normativa tedesca sull'accesso, priva come quella italiana di un esplicito fondamento costituzionale⁵³⁷, è stata infine emanata la legge del 2006 che riconosce a chiunque la piena accessibilità delle "informazioni ufficiali" detenute dalle autorità del Governo federale, da qualunque ufficio federale e da tutte le istituzioni che comunque svolgano funzioni amministrative. Secondo un'impostazione marcatamente finalistica, detta disciplina riguarda ora tutti i dati in qualunque modo archiviati per scopi pubblici dalle pp.aa. A livello procedurale, l'istanza d'accesso dev'essere corredata da idonea motivazione solo qualora riguardi documenti contenenti dati riferibili a soggetti terzi e il suo esame da parte dell'amministrazione adita deve concludersi con l'adozione di un provvedimento espresso entro 30 giorni dalla sua presentazione. Conformemente al modello generale dei sistemi FOIA, le pp.aa. possono legittimamente negare l'accesso solo invocando specifiche eccezioni volte a tutelare particolari interessi pubblici⁵³⁸ e privati, che potrebbero essere pregiudicati dall'ostensione dei dati richiesti. Va sottolineato, al riguardo, che le eccezioni connesse alla salvaguardia di interessi pubblici hanno carattere assoluto nel sistema FOIA tedesco e che il relativo "*harm test*" risulta dunque dirimente al fine di paralizzare la pretesa conoscitiva dell'istante. Non è infatti prevista una forma di bilanciamento che consenta di accertare la prevalenza in concreto dell'interesse conoscitivo a prescindere dalla ricorrenza di una o più eccezioni previste dal legislatore. Da questo punto di vista, il sistema italiano sembra più evoluto

⁵³⁶ Vedi Cap. II.

⁵³⁷ Fatta eccezione, non a caso, per la Costituzione del *Land* di Brandeburgo del 1992.

⁵³⁸ In particolare, il par. 3 della *Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes* richiama le esigenze di tutela delle relazioni internazionali e il rispetto del vincolo di riservatezza nelle negoziazioni internazionali, nonché la tutela degli interessi militari ed attinenti alla sicurezza delle forze armate del governo federale tedesco, degli interessi attinenti alla sicurezza nazionale, interna ed esterna, e dell'attività dei servizi di intelligence. Rilevano, altresì, la necessità di garantire la sicurezza pubblica, la salvaguardia degli interessi attinenti al regolare funzionamento del sistema giudiziario, incluso il diritto a ricevere un giusto processo e lo svolgimento delle indagini per l'individuazione dei colpevoli di reati e sanzioni amministrative e la tutela degli interessi economico-finanziari dello Stato, nonché la prevenzione di traffici commerciali illeciti. Infine, in via residuale, rilevano i vincoli di segretezza specificamente imposti da previsioni di legge.

in termini di promozione del *right to know*, ma la possibilità di condurre un'ulteriore verifica in termini di ponderazione comparativa (c.d. "*public interest test*") presuppone, come si è accennato, anche un maggiore sforzo valutativo e di indagine da parte dei pubblici funzionari, che rischia di tradursi in un onere quasi insostenibile.

In materia di tutela della riservatezza, invece, il regime di trasparenza diffusa operante in Germania prevede un giudizio di bilanciamento tra le contrapposte esigenze dell'istante e dei controinteressati, ma detta valutazione comparativa risulta, comunque, fisiologicamente improntata alla prevalenza dei valori della *privacy*. Detto *favor* trasparenza anche dagli strumenti di partecipazione procedimentale previsti in favore del terzo controinteressato, il quale può presentare osservazioni scritte entro il termine di un mese per addurre le proprie argomentazioni contrarie all'accesso. Per quanto riguarda, poi, il rischio di ostensione di dati qualificati come "sensibili"⁵³⁹ la legislazione tedesca prevede un regime di rigida segretezza, che può essere in concreto temperato solo a fronte della manifestazione di un espresso consenso da parte del terzo titolare delle informazioni. Il regime di pubblicità degli atti è poi completato dalla facoltà di spontanea pubblicazione delle informazioni su registri tenuti dagli uffici federali. La relativa catalogazione deve peraltro avvenire secondo le modalità fissate da un apposito decreto del Ministero dell'Interno, così da assicurarne la massima completezza e intellegibilità.

Come avviene nell'ordinamento inglese e francese, anche la legislazione tedesca attribuisce una specifica competenza in materia di attuazione della disciplina della trasparenza a un organismo *ad hoc* (il Commissario federale per la libertà d'informazione). Tuttavia, va evidenziato come detto organo non sia stato appositamente istituito dalla legge del 2006, bensì costituisca un'evoluzione del preesistente Commissario federale per la protezione dei dati personali, cui sono state gradualmente attribuite nuove funzioni e competenze. In tale peculiarità dell'ordinamento tedesco si ravvisa un possibile sviluppo della stessa normativa italiana, come sembra essere già stato implicitamente suggerito da parte della dottrina⁵⁴⁰. Detta soluzione, che presenta indubbi vantaggi in termini di risparmio di spesa e di semplificazione burocratica, implica tuttavia, come si è accennato, il rischio di favorire uno sbilanciamento del sistema in favore della riservatezza, a discapito di legittime pretese di promozione della trasparenza. Non si può tacere, però, come l'esperienza consolidata e la ricca casistica elaborata in materia di salvaguardia della *privacy* dal Commissario federale abbiano favorito un'immediata efficacia del rimedio giustiziale attivabile dinanzi a tale organo nel censurare illegittimi dinieghi d'accesso.

⁵³⁹ Si veda il par. 3 della *Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes* che qualifica come sensibili i dati idonei a rivelare l'origine etnica, le opinioni politiche o religiose, le condizioni di salute o l'orientamento sessuale di un individuo.

⁵⁴⁰ Vedi GALETTA D. U., *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali*, op. cit.

Al contrario, l'attribuzione di un analogo ruolo da parte del legislatore italiano ai responsabili della prevenzione e della corruzione (e, per gli atti delle amministrazioni locali e regionali, ai difensori civici) sembra richiedere ancora seri investimenti nella formazione dei funzionari designati, oltre che un grande sforzo di coordinamento per uniformare i loro orientamenti.

Il sistema rimediale tedesco si completa, poi, con la facoltà di presentare ricorso amministrativo all'amministrazione che abbia opposto il diniego d'accesso e con la possibilità di agire in giudizio per richiederne la condanna all'esibizione dei dati richiesti.

Rispetto all'ordinamento italiano, quindi, la riforma della trasparenza amministrativa in Germania sembra essere, per certi aspetti, più in linea con la sua tradizione nazionale sotto il profilo della preponderanza della tutela della *privacy*. Come si è evidenziato⁵⁴¹, infatti, le maggiori critiche rivolte dalla dottrina all'ambiziosa disciplina italiana riguardano proprio i timori di un eccessivo sacrificio delle contrapposte esigenze di tutela della riservatezza⁵⁴². Il sistema introdotto con il Dec. Lgs. n. 97/2016 sembra invero più moderno ed evoluto di quello tedesco, ma, forse proprio per questo motivo, sta incontrando maggiori resistenze in termini di recepimento da parte dei pubblici uffici di una nuova cultura della trasparenza. Un ulteriore profilo di critica, che riguarda specificamente l'eccessiva discrezionalità lasciata alle pubbliche amministrazioni nella concreta attuazione (caso per caso) del regime delle eccezioni relative, sembra invero estranea alla disciplina tedesca, laddove *“nell'applicazione delle eccezioni – attinenti sia alla sfera pubblica che a quella privata – alla divulgazione delle informazioni, l'amministrazione è favorita dall'impianto disciplinato dal legislatore, che ha optato per una risoluzione a livello normativo del conflitto tra opposti interessi, lasciando poca discrezionalità all'amministrazione”*⁵⁴³.

La maggior flessibilità della disciplina italiana rischia, dunque, di tradursi in una sua maggior fragilità, quantomeno nel breve periodo. La speranza è che, una volta consolidata, essa possa trarre proprio da un saggio uso della discrezionalità amministrativa la principale fonte della sua futura stabilità. Se ciò non dovesse accadere in un arco di tempo contenuto, però, si potrebbe forse valutare la possibilità di delineare una riforma più “moderata” della trasparenza, ispirata al modello tedesco, con la prospettiva di una futura evoluzione della normativa che riproponga, in

⁵⁴¹ Vedi, *sparsim*, Cap. IV.

⁵⁴² Su tutti, si veda DEODATO C., *La difficile convivenza dell'accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?*, in *GiustAmm*, 2018, 2, nonché GALETTA D. U., *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali*, *op. cit.*

⁵⁴³ Così ALBISSINI F., in SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L'accesso dei cittadini: esperienze di informazione amministrativa a confronto*, *op. cit.*, pag. 140. L'Autore evidenzia, al riguardo, come l'innegabile rigidità ravvisabile in tale sistema assicuri al contempo *“la certezza del quadro disciplinare e della sua attuazione, come testimonia il numero non elevato di ricorsi giurisdizionali avverso le decisioni in tema di accesso, che non ha mai superato le 500 unità annuali”*.

un secondo momento, quell'approccio fortemente progressista cui si è ispirato il legislatore delegato. Dato il grado di sviluppo della nostra normativa, una simile soluzione normativa rappresenterebbe invero un momentaneo “passo indietro” nel cammino verso la massima trasparenza amministrativa, ma potrebbe anche costituire, forse, la chiave di un'evoluzione più “cadenzata” verso detto luminoso obiettivo. E' inoltre il caso di evidenziare che, ove si scelga di percorrere in futuro questa via, le caratteristiche del nostro ordinamento presenterebbero un evidente vantaggio rispetto a quello tedesco: l'assenza di una struttura federale dello Stato assicurerebbe maggiore uniformità e coerenza nella gestione del patrimonio informativo pubblico, evitando quei problemi di disomogeneità che si ravvisano invece in Germania a causa della ripartizione tra competenze amministrative dell'apparato centrale e degli uffici amministrativi gestiti dai singoli *Länder*.

Un ulteriore sistema FOIA che merita di essere analizzato in questa sede (sia per le evidenti affinità culturali ed economiche con la realtà italiana, che per il carattere relativamente recente della riforma apportata agli istituti della trasparenza amministrativa) è poi, indubbiamente, quello spagnolo⁵⁴⁴.

La nuova normativa iberica in materia è infatti entrata in vigore nel 2014⁵⁴⁵ al fine di implementare la scarsa disciplina precedentemente consistente in soli due articoli della legge generale sul procedimento amministrativo⁵⁴⁶, che garantivano l'accesso solo a chi avesse avviato un procedimento e, comunque, limitatamente ai soli documenti contenuti nel corrispondente fascicolo. La lacunosità della normativa primaria strideva, invero, con l'ampia portata del precetto contenuto nell'art. 105, *lettera b)*, della Costituzione spagnola del 1978, che affida alla legge la disciplina “*dell'accesso dei cittadini agli archivi e registri amministrativi, salvo per quanto riguarda la sicurezza e la difesa dello Stato, le indagini sui reati e la riservatezza delle persone*”.

Forte di tale fondamento costituzionale, il legislatore spagnolo del 2013 ha chiarito, nel preambolo di tale recente atto normativo, che “la trasparenza e l'accesso alle informazioni pubbliche” devono costituire il fondamento dell'attività politica. L'enunciazione di tale principio esalta, invero, il ruolo dell'individuo come responsabile del destino della sua nazione, sottolineando la necessità che egli possa compiere in tale ambito scelte informate e consapevoli.

La modernità della nuova disciplina della trasparenza amministrativa spagnola si manifesta anche nelle sue declinazioni più prettamente operative, giacché essa favorisce dichiaratamente il

⁵⁴⁴ Per una recente approfondimento sulla relativa normativa, si rinvia a CAROTTI B., in SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L'accesso dei cittadini: esperienze di informazione amministrativa a confronto*, op. cit., pag. 171 e ss.

⁵⁴⁵ Il riferimento è alla legge 9 dicembre 2013, n. 19, e al relativo regolamento attuativo 31 ottobre 2014, n. 919.

⁵⁴⁶ Artt. 37 e 38 della legge 26 novembre 1992, n. 30 (*Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*).

processo di digitalizzazione⁵⁴⁷ nella presentazione delle istanze e nella stessa formazione della documentazione da parte delle pp.aa. Analogamente alla disciplina italiana, la normativa spagnola prevede che la domanda d'accesso non necessiti di specifica motivazione e che il procedimento avviato con la sua protocollazione debba concludersi entro il termine di trenta giorni. Un chiaro elemento di discrasia si può invece ravvisare nel regime degli obblighi legali di pubblicazione, che risulta articolato in tre macro-categorie: le informazioni istituzionali⁵⁴⁸, le informazioni di rilevanza giuridica (comprendenti di accordi e circolari interne), e, infine, le informazioni di carattere socio – economico⁵⁴⁹. Ai sensi dell'art. 10 della legge n. 19 del 2013, è stato inoltre istituito un apposito “Portale della Trasparenza” in cui confluiscono tutti i suddetti dati. I successivi artt. 14 e 15 definiscono, invece, il regime delle legittime eccezioni all'accesso, che contemplano esigenze di sicurezza nazionale, di politica economica e monetaria e di salvaguardia della *privacy*. Per quanto riguarda poi l'effettiva operatività di dette eccezioni, la normativa spagnola risulta invero più evoluta di quella tedesca e più simile a quella italiana, poiché prevede che l'eventuale pregiudizio dei suddetti interessi “*possa*” determinare una compressione del diritto d'accesso secondo logiche di stretta proporzionalità e, comunque, purché non sussista “*un interés público o privado superior que justifique el acceso*”. La verifica di legittimità del diniego d'accesso presuppone, dunque, un complesso apprezzamento di tutte le peculiari caratteristiche del caso concreto. Un elemento di differenziazione rispetto al dettato normativo italiano consiste, invece, nell'espressa previsione legislativa della possibilità di rigettare l'istanza “manifestamente ripetitiva, di carattere abusivo o non coerente con le finalità della legge” (art. 18, comma 1).

Gli eventuali reclami⁵⁵⁰ possono essere presentati al *Consejo de Transparencia y Bien Gobierno*, organo pubblico cui spettano anche le funzioni di supervisione e vigilanza sulla corretta attuazione della disciplina FOIA. Diversamente da quanto previsto in altri ordinamenti, detto ente non ha le vesti di un'*Authority*, bensì risulta incardinato nella struttura del *Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas* e può eventualmente richiedere pareri all'Avvocatura dello Stato per la risoluzione di questioni particolarmente complesse.

⁵⁴⁷ La legge n. 39/2015, entrata in vigore il 2 ottobre del 2016, stabilisce infatti espressamente che i cittadini possano rivolgersi alle pubbliche amministrazioni *esclusivamente per via telematica*. Con riferimento alla disciplina italiana, cfr. le modifiche apportate al Codice dell'amministrazione digitale dai Dec. Lgs. n. 179 del 2016 e n. 217 del 2017.

⁵⁴⁸ Tra di esse, ai sensi dell'art. 6 della normativa di settore, rientrano le norme e i regolamenti, la struttura delle amministrazioni e le funzioni da esse svolte, nonché gli obiettivi per esse stabiliti nei piani annuali e pluriennali.

⁵⁴⁹ Ai sensi dell'art. 8 della normativa di settore, esse comprendono i bilanci pubblici, i contratti stipulati dalle pp.aa. e ulteriori dati attinenti alla situazione finanziaria.

⁵⁵⁰ Come avviene in altri ordinamenti diversi da quello italiano, la previa presentazione del reclamo costituisce condizione di procedibilità per l'esperimento dell'azione in via giurisdizionale e la scadenza del termine di tre mesi per la sua definizione determina la formazione del silenzio diniego.

Similmente a quanto avviene in Germania, la particolare autonomia di cui godono alcuni enti territoriali favorisce, peraltro, lo sviluppo di sistemi di trasparenza locali, che si affiancano al (già molto evoluto) regime FOIA operante a livello nazionale. La sua piena attuazione, tuttavia, sembra in parte minata dalla cultura e dalla mentalità ancora arretrate degli uffici pubblici, che non sembrano aver ancora pienamente assimilato l'importanza dei valori della trasparenza⁵⁵¹.

Come si è accennato, questo problema è comune anche all'esperienza italiana, nell'ambito della quale non sono infrequenti gli episodi di elusione o di sostanziale disapplicazione della disciplina FOIA da parte non solo dei pubblici uffici, ma anche, talvolta, della stessa giurisprudenza amministrativa.

5.8 Conclusioni

Come si è evidenziato, la recente riforma della trasparenza amministrativa e la sua continua evoluzione presentano alcuni profili di criticità.

Le principali contraddizioni e i malfunzionamenti evidenziati nell'ambito del lavoro di ricerca appaiono invero ascrivibili, principalmente, a un'erronea attuazione dei nuovi istituti, piuttosto che a errori compiuti dal riformatore in sede di redazione delle pertinenti disposizioni.

Se una critica può essere rivolta direttamente al legislatore delegato, infatti, essa riguarda, piuttosto, l'eccessiva celerità con cui si è voluto procedere all'attuazione di una riforma così radicale e innovativa della disciplina della trasparenza amministrativa. La stagione politica favorevole all'introduzione dell'accesso civico generalizzato è infatti purtroppo coincisa con un periodo di grave crisi economica e di significativi tagli alle risorse delle pubbliche amministrazioni.

Come si è accennato, la piena e corretta attuazione della riforma richiede significativi investimenti in personale e infrastrutture e non implica certamente un risparmio di spesa per le finanze pubbliche, quantomeno nel breve periodo. Al fine di evitare che la riforma rimanga

⁵⁵¹ Si vedano sul punto le conclusioni di CAROTTI B., in SAVINO M. e MATTARELLA B. G., *L'accesso dei cittadini: esperienze di informazione amministrativa a confronto*, op. cit., pag. 189.

Secondo l'Autore, infatti, "diverse voci critiche sottolineano il cambiamento solo formale e la sostanziale arretratezza del Paese quanto a una sentita "cultura della trasparenza". Si lamentano gli scarsi poteri del Consiglio, che dovrebbero essere rafforzati, e la non ancora adeguata applicazione della normativa, anche per le divergenze interpretative intercorse.

Come era prevedibile, il cammino è impervio: "[p]oner en marcha la Ley de Transparencia supone, en cierta medida, romper con la Historia". Il cambio di paradigma culturale impone tempi lunghi, come in molti altri ordinamenti che hanno introdotto il modello FOIA: "[p]ara poder decir que España es un país transparente se necesita un cambio cultural, no basta con una ley". Lo stesso Consiglio per la trasparenza ha affermato che "[l]a cultura de la transparencia no existe en España. Hay que cambiar la mentalidad".

soprattutto sulla carta, con il rischio di essere presto smentita nei fatti, sarebbe stato forse opportuno attendere un momento economicamente più favorevole per la sua attuazione, oppure dilazionare gradualmente l'entrata in vigore dei vari istituti che la compongono.

La recente adozione di soluzioni di compromesso da parte dei pubblici uffici, che sono state in parte avallate anche dalla giurisprudenza amministrativa, sembra infatti la diretta conseguenza delle difficoltà incontrate dai dirigenti pubblici nel fronteggiare i nuovi oneri amministrativi introdotti dal Dec. Lgs. n. 97/2016 senza un adeguato potenziamento delle risorse a loro disposizione⁵⁵².

In quest'ottica, un nuovo ciclo di assunzioni nelle pubbliche amministrazioni si inserirebbe in un ampio progetto di profonda rinnovazione delle pp.aa., che è destinato a sublimarsi proprio sul difficile campo della trasparenza. Si deve infatti considerare che il nuovo quadro normativo ha certamente avuto il merito di promuovere forme di controllo diffuso sull'operato della p.a. e di adeguare il nostro ordinamento ai maggiori standard internazionali in materia di trasparenza amministrativa e di contrasto alla corruzione. Il progressivo riconoscimento del rango di diritto fondamentale del *right to know* ha invero fornito un importante impulso allo sviluppo della disciplina italiana, evidenziando l'esigenza di superare (*rectius*, di compensare) gli stringenti limiti previsti in punto di legittimazione attiva in materia di accesso documentale. La subordinazione della conoscibilità dei documenti amministrativi alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti strideva, infatti, con l'opposta tendenza delle fonti internazionali a riconoscere ai consociati ampi poteri conoscitivi nei confronti degli apparati pubblici, anche in contesti estranei alla salvaguardia della libertà d'espressione⁵⁵³. La tendenza a individuare nei cittadini i reali proprietari delle informazioni detenute dalle pp.aa. e a valorizzare in massimo grado il loro "diritto a conoscere" ha invero gradualmente indebolito i regimi normativi che comprimevano (in modo più o meno diretto) l'accessibilità dei dati. In particolare, la sua consacrazione a livello internazionale ha portato a teorizzare, in taluni casi, quasi un obbligo positivo degli Stati di promuovere al loro interno forme di trasparenza proattiva. Peraltro, come evidenziato, per gli Stati membri dell'U.E. il ruolo della trasparenza come principio generale deve comunque pervadere le normative nazionali incidenti sui settori "di rilevanza comunitaria"⁵⁵⁴.

A fronte di tali pressioni politiche e culturali provenienti dagli ordinamenti sovranazionali,

⁵⁵² Al riguardo, è opportuno ricordare come il Dec. Lgs. n. 33/2013 abbia associato all'osservanza della disciplina della trasparenza (con specifico riferimento, in origine, all'attuazione degli obblighi di pubblicazione) la valutazione delle performances dirigenziali, nonché l'eventuale configurazione di responsabilità dirigenziali o di responsabilità per danni all'immagine delle pp.aa.

⁵⁵³ Si rinvia, sul punto, alle considerazioni svolte nel Cap. I sul riconoscimento del c.d. "Right to the Truth".

⁵⁵⁴ Si vedano le valutazioni conclusive contenute nel Cap. II del presente lavoro.

che propendono per il riconoscimento di un diritto fondamentale individuale alla conoscenza dei dati più che alla valorizzazione dell'utilità sovraindividuale della trasparenza, non risulta dunque semplice stabilire con certezza se fosse davvero possibile attendere un'epoca finanziariamente più favorevole per fronteggiare gli elevati costi della moderna trasparenza. Esse rendevano infatti sostanzialmente necessario attivare, come di fatto è avvenuto, un radicale processo di riforma di cui è stato formalmente declamato l'impatto neutro sulle finanze pubbliche, ma con la "riserva mentale" di affrontare successivamente le elevate spese necessarie a livello di adeguamento degli organici e delle infrastrutture interessate. Certamente, il rischio corso è stato molto elevato poiché ha portato a iniziali reazioni giurisprudenziali e amministrative sostanzialmente ostili⁵⁵⁵, che avrebbero potuto trasformare il nuovo impianto normativo in un ampio insieme di "fortezze vuote"⁵⁵⁶.

Con specifico riferimento all'istituto dell'accesso civico generalizzato, inoltre, si può rilevare come in esso convivano tuttora due anime non sempre in piena armonia tra di loro: da una parte, la sua strumentalità rispetto al soddisfo del desiderio di conoscenza dell'istante (preordinata alla moltiplicazione dei contatti conoscitivi tra amministrazione e consociati), e, dall'altra, la sua funzionalità rispetto alla denuncia di comportamenti e attività non virtuosi (che risulta, invece, più specificamente connessa alla realizzazione del principio di buon andamento). Il principale rischio insito nella coltivazione soltanto di questo secondo aspetto (e nella conseguente adesione a un approccio "rigidamente" funzionale al tema dell'accessibilità dei documenti) è quello di un progressivo depotenziamento dell'istituto e della perdita di una delle sue più preziose declinazioni. Il potenziamento dei canali di trasparenza e la conseguente conoscibilità delle dinamiche sottese alle scelte amministrative contribuisce infatti a migliorare il rapporto tra cittadino e amministrazione, ripristinando tra di essi una relazione fiduciaria e collaborativa. La comprensione degli iter procedurali sottesi all'attività amministrativa e la verifica di un corretto uso delle risorse a disposizione può infatti condurre i consociati a simpatizzare con le difficoltà che l'amministrazione deve affrontare per realizzare l'interesse

⁵⁵⁵ Si veda PAJNO A., *Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.3-4, 1 agosto 2017, pag. 549 e ss. L'Autore svolge un'interessante analisi critica della tradizionale ritrosia delle pp.aa. italiane a progettare e recepire cambiamenti radicali del proprio *modus operandi*: *"l'amministrazione italiana è stata per lungo tempo sostanzialmente interessata soltanto ad un approccio settoriale, per tal motivo incapace di progettare nel complesso il proprio futuro. Il sistema amministrativo è apparso, così, caratterizzato, agli inizi degli anni '90, da un gap crescente fra quantità e qualità dei servizi resi e risorse assorbite, e da una sorta di attitudine a difendersi dall'innovazione; un sistema che ha spesso subito, senza partecipare, i processi di trasformazione, operando, come è stato detto, come "incerta retrovia". Significativamente, l'amministrazione è stata, così, descritta come un fattore assolutamente decisivo di resistenza al cambiamento pur costituendo un attore altrettanto decisivo dell'allocazione delle risorse, assieme alle imprese, alle banche ed ai mercati finanziari"*.

⁵⁵⁶ Quest'espressione viene utilizzata, nella diversa materia del garantismo penale, da FERRAJOLI L., *Diritto e Ragione*, Laterza, 1989.

pubblico e assicurare servizi efficienti in un periodo di grave crisi economica. Detto effetto virtuoso dello sviluppo della trasparenza amministrativa rischia, però, di essere oscurato proprio dalla tendenza a valorizzare in massimo grado soltanto la funzione dell'accesso civico come strumento di denuncia di anomalie e di inefficienze dell'azione amministrativa. Ammettere l'accessibilità agli atti solo se e nella misura in cui i pubblici uffici la ritengano (sulla base di valutazioni quasi insindacabili) per loro utile, significherebbe infatti promuovere un *right to know* sostanzialmente "condizionato", privandolo di quella forza espansiva propria di un diritto fondamentale e delle sue rilevanti connessioni con il principio di democraticità. Inoltre, come si è osservato, un approccio funzionale troppo rigido porta a una progressiva riduzione dell'ambito di applicazione dell'accesso civico generalizzato e non è facile prevedere fino a che punto detto restringimento possa operare. Se detto fenomeno portasse (di fatto) a circoscrivere la piena apertura del patrimonio informativo pubblico a quelle sole peculiari materie che sono già oggetto di una disciplina *ad hoc* (quali la gestione delle amministrazioni locali⁵⁵⁷ o la tutela dell'ambiente, in ordine alla quale è precocemente intervenuta la Convenzione di Aarhus⁵⁵⁸), non si potrebbe più ravvisare, a livello sostanziale, una reale innovazione dell'ordinamento italiano rispetto alla disciplina operante prima del 2016⁵⁵⁹.

Si può dunque constatare come, benchè la normativa FOIA italiana si presenti in astratto

⁵⁵⁷ Il riferimento è all'art. 10 del Dec. Lgs. n. 267/2000.

⁵⁵⁸ Il cui ruolo fondamentale nell'ambito dell'attività delle stesse Istituzioni Europee è stato recentemente ribadito nella citata Risoluzione del Parlamento europeo del 28 aprile 2016 sull'accesso del pubblico ai documenti, giacché essa "13. esorta tutte le istituzioni ad applicare, quando le informazioni richieste riguardano l'ambiente, le più rigorose disposizioni in materia di trasparenza contenute nel regolamento (CE) n. 1367/2006, e a rispettare il loro obbligo di pubblicare in modo proattivo le informazioni ambientali;".

Nella recente giurisprudenza della C.G.U.E., la sentenza resa dalla quinta sezione della Corte il 23 novembre 2016 sulla Causa C-442/14 (*Bayer CropScience SA-NV e Stichting De Bijenstichting vs College voor de toelating van gewasbeschermingsmiddelen en biociden*), ha ribadito che "la direttiva 2003/4 persegue l'obiettivo di garantire l'accesso, in linea di principio, all'informazione ambientale detenuta dalle autorità pubbliche o per loro conto e di ottenere la più ampia possibile sistematica disponibilità e diffusione al pubblico di detta informazione. Come indicato al considerando 1 di tale direttiva, un accesso e una diffusione siffatti hanno lo scopo, in particolare, di contribuire a sensibilizzare maggiormente il pubblico alle questioni ambientali e a una più efficace partecipazione del pubblico al processo decisionale in materia ambientale (v., in particolare, sentenza del 28 luglio 2011, *Office of Communications*, C-71/10, EU:C:2011:525, punto 26). Orbene, a tal fine, il pubblico deve avere accesso non solo alle informazioni sulle emissioni in quanto tali, ma anche a quelle riguardanti le conseguenze a termine più o meno lungo di dette emissioni sullo stato dell'ambiente, come gli effetti delle emissioni sugli organismi non bersaglio. Infatti, l'interesse del pubblico ad accedere alle informazioni relative alle emissioni nell'ambiente è appunto non solo quello di sapere che cosa è, o prevedibilmente sarà, rilasciato nell'ambiente, ma anche, come esposto dall'avvocato generale al paragrafo 86 delle sue conclusioni, di comprendere il modo in cui l'ambiente rischia di essere danneggiato dalle emissioni in questione".

Infine, per ulteriori approfondimenti sul ruolo della Convenzione nell'ordinamento U.E., si rinvia a SALVADORI M., *Il diritto di accesso all'informazione ambientale nella Convenzione di Aarhus e nel diritto dell'Unione Europea*, Scritti in onore di Lelio Barbiera, Napoli, 2012, pag. 1279 e ss.

⁵⁵⁹ Si richiama l'art. 3 del Decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195, di Attuazione della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale, in *Gazzetta Ufficiale* n. 222 del 23 settembre 2005, che espressamente sancisce "L'autorità pubblica rende disponibile, secondo le disposizioni del presente decreto, l'informazione ambientale detenuta a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dichiarare il proprio interesse".

come una delle più avanzate d'Europa, il sistema di trasparenza amministrativa su cui è stata innestata risulti ancora in fase di assestamento⁵⁶⁰. Sicuramente, se il testo finale della legge n. 241/90 avesse replicato fedelmente le originarie proposte presentate dalla Commissione Nigro⁵⁶¹, il recente intervento del legislatore avrebbe avuto un impatto meno traumatico e la sua attuazione avrebbe conseguentemente incontrato minori resistenze. In ogni caso, valutando complessivamente gli effetti della riforma, si può forse ritenere ormai scongiurato il rischio che il nostro ordinamento possa "rigettare" il raffinato *corpus* normativo che vi è stato rapidamente trapiantato. Il maggiore problema in futuro consisterà, semmai, nel fatto che le importanti innovazioni con esso introdotte vengano sostanzialmente depotenziate nel tentativo di ripristinare un regime di trasparenza amministrativa in concreto meno avanzato e progressista di quello auspicato dai suoi promotori.

Per quanto riguarda, poi, i timori manifestati da molti commentatori⁵⁶² in ordine al fisiologico sacrificio della riservatezza individuale, si deve comunque sottolineare come essi vadano contestualizzati nell'ambito di un uso distorto dello strumento dell'accesso civico. Un funzionamento virtuoso del nuovo regime di trasparenza amministrativa diffuso potrebbe invece preservare adeguatamente la tutela della *privacy* senza pregiudicare i benefici per l'intera collettività di una piena esplicazione del *right to know*.

Come si è accennato, infatti, la riforma della trasparenza potrebbe assumere un ruolo fondamentale nello sviluppo della nostra democrazia⁵⁶³. Le analisi storiche e comparatistiche

⁵⁶⁰ Si veda CARLONI E., *I principi dell'amministrazione*, op. cit. Secondo l'Autore, "Questo "sovraccarico" del Foia italiano è legato al ribaltamento nelle dinamiche di conoscibilità, attraverso l'affermazione del diritto "di chiunque" di accedere a qualsiasi dato o documento in possesso delle amministrazioni pubbliche, salvo eccezioni espressamente previste (la cui definizione è stata affidata dalla legge ad apposite Linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione): il che realizza, almeno a livello teorico, l'ideale di una piena trasparenza, di una "full disclosure". Una aspirazione, questa, che è però subito messa in discussione da un sistema di limiti importanti, definiti dall'art. 5 bis dello stesso decreto n. 33 del 2013, tra i quali rientrano limiti a tutela di interessi pubblici e di interessi privati, oltre che ogni altro limite ricavabile dalle previsioni normative rivolte a circoscrivere la conoscibilità di determinate informazioni. Per l'ampiezza della formulazione di questi limiti, la loro non esaustività, la debolezza dei meccanismi di bilanciamento, l'assenza di adeguati strumenti di enforcement, può dubitarsi delle effettive potenzialità conoscitive dello strumento: con l'effetto che tra piena trasparenza "immaginata" e concreta operatività dei meccanismi chiamati a realizzarla si produce uno scarto che appare eccessivo".

⁵⁶¹ GALETTA D.U., *Access to Administrative Documents and to Public Sector Information in Italy*, in BLANKE H., PERLINGEIRO R. (a cura di), *The Right of Access to Public Information...*, op. cit., pag. 344, ricorda che "Indeed, in its original version, Article 22 of Law No. 241/90 explicitly provided that "[i]n order to ensure transparency in the administrative activities and to facilitate impartiality thereof, anyone who may be interested therein for the protection of legally relevant situations is granted the right to access administrative documents pursuant to the formalities established under this law."

⁵⁶² Su tutti, si veda DEODATO C., *La difficile convivenza dell'accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?*, op. cit., nonché GALETTA D. U., *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali*, op. cit.

⁵⁶³ Vedi, ex multis, BOBBIO N., *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Torino, 1984; ARENA G., *Il segreto amministrativo – Profili storici e sistematici*, I, Padova, 1983, pag. 123; ID., *Trasparenza amministrativa e democrazia*, in *Gli istituti di democrazia amministrativa*, a cura di BERTI G. – DE MARTIN G. C., Milano, 1996; ONIDA V., *Riflessioni sullo stato del diritto all'informazione in Italia*, in *Pol. Dir.*, 1984; MERLONI

hanno infatti confermato come la regolamentazione della trasparenza sia strettamente legata alla concezione del rapporto intercorrente tra cittadini e poteri pubblici. In quest'ottica, l'apertura del patrimonio conoscitivo delle pp.aa. contribuirebbe, invero, a conformare il ruolo degli apparati pubblici come strutture serventi i cittadini, privandoli di quella posizione di prevalenza che inevitabilmente deriva dalla perdurante opacità dei loro meccanismi decisionali e operativi⁵⁶⁴. Lasciar conoscere (da cui il verbo latino *trans parere*) ai cittadini le dinamiche delle scelte amministrative è infatti il primo passo per promuovere la loro partecipazione procedimentale e istituzionale, avvicinandoli alla cosa pubblica e favorendo, così, l'imparzialità, il buon andamento e la ragionevolezza dell'azione amministrativa. E' infatti intuitivo come la piena esplicazione della libertà d'informazione fornisca ai cittadini i dati necessari per partecipare attivamente e consapevolmente al dibattito politico, stimolando un corretto esercizio della sovranità popolare e prevenendo forme di incontrollato populismo.

In conclusione, si può dunque affermare come l'evoluzione ideologica e culturale fiorita in Europa nella seconda metà del Novecento abbia portato gradualmente a individuare nella libertà d'espressione individuale e nell'interesse di ciascun consociato al buon andamento delle pubbliche amministrazioni il fondamento diretto dell'accessibilità degli atti. Gli effetti della proclamazione del *right to know* nell'ordinamento UE e in altri Stati del nostro continente si sono a poco a poco riverberati sull'ordinamento italiano, che si è finalmente adeguato ai più elevati standard di trasparenza riconosciuti nelle moderne democrazie. Spetterà ora agli interpreti garantire che non si ripristini surrettiziamente il passato regime di trasparenza, in cui la soffisfazione delle pretese conoscitive dei consociati dipendeva, di fatto, dalla loro strumentalità alla tutela di un interesse giuridicamente tutelato⁵⁶⁵. A tal fine, sarà però necessario che la giurisprudenza, la dottrina e gli stessi pubblici uffici assumano piena consapevolezza non solo delle grandi difficoltà, ma anche delle grandi potenzialità connesse all'introduzione di un sistema di trasparenza amministrativa improntato ai valori della *freedom of information*.

F., *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in *La trasparenza amministrativa*, a cura di MERLONI F., Milano, 2008.

⁵⁶⁴ Vedi COLAPIETRO C., *La terza generazione della trasparenza amministrativa. Dall'accesso documentale all'accesso generalizzato, passando per l'accesso civico*, Napoli, 2016, pag. 21. In particolare, l'Autore descrive le logiche proprie di un rigido regime di segretezza amministrativa richiamando l'immagine tacitiana degli "*arcana imperii*".

⁵⁶⁵ Sulla concreta operatività di tale presupposto in materia di accesso documentale, si veda CUOCOLO F., *Commento all'articolo 22*, in ITALIA V. & BASSANI M. (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (Legge 7 agosto 1990, n. 241 e regolamenti di attuazione)*, Giuffrè, Milano, 1990, pagg. 527-545. Secondo l'Autore, in particolare, la parificazione degli stranieri ai cittadini in termini di titolarità del diritto d'accesso documentale dipende dal fatto che la rilevanza dei loro interessi nel nostro ordinamento prescinde dal fatto che esso si faccia direttamente carico della loro tutela. Per la funzione di "filtro" assunta in materia di diritto d'accesso dal requisito della rilevanza dell'interesse sotteso alla pretesa conoscitiva, si veda ARENA G., *Trasparenza Amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, update vol. IV, Roma, 1995, pagg. 1-13.

Bibliografia

- AA.VV., *Freedom of Expression, the Media and Journalists, Case-law of the European Courts on Human Rights*, VOORHOOF D. (a cura di), European Audiovisual Observatory, Iris Themes III, 2015.
- ADAMSKI D., *How wide is "the widest possible"? Judicial interpretation of the exceptions to the right of access to official documents revisited*, in *Common Market Law Review*, 2009, vol. 46, pagg. 521-549.
- AGRIFOGLIO S., *La trasparenza dell'azione amministrativa e il principio del contraddittorio: tra procedimento e processo*. *Diritto Processuale Amministrativo*, 1, 1990, pagg. 46-67.
- ALBERTI M., *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1992, pagg. 126-146.
- ALEMANNO A., «Unpacking the principle of openness in EU Law, transparency, participation and democracy», *European Law Review*, 2014, pag. 7 e ss.
- ALLEGRETTI U., *Pubblica amministrazione ed ordinamento democratico*, in *Foro Italiano* (7-8), 1984, pagg. 205-220.
- AMODIO A., *Dall'accesso documentale all'accesso civico generalizzato: i nuovi paradigmi della trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Giustamm*, 2018.
- Anac, *Rapporto sul primo anno di attuazione della legge n. 190/2012*, dicembre 2013;
- ARENA G., *Trasparenza amministrativa*, in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006.
- ARENA G., *Il segreto amministrativo. Profili storici e sistematici*, Padova, 1984.
- ARENA G., *Trasparenza amministrativa e democrazia*. In BERTI G. & DE MARTIN G. (a cura di), *Gli istituti della democrazia amministrativa*, 1996.
- ARENA G., *Trasparenza*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, update vol. IV, Roma, 1995, pagg. 1-13.
- BARBERA A., COCOZZA F., CORSO G., *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza* in AMATO, BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, vol. I, Bologna 1997, pag. 280 e ss.
- BARILE P., *Democrazia e segreto*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, pag. 29 e ss.
- BARILE P., GRASSI S., *Informazione (libertà di)*, in *Novissimo Digesto, Appendice*, vol. IV, Torino, 1986, pag. 200 e ss.
- BATTAGLIA F., *La trasparenza del procedimento legislativo europeo all'esame del giudice dell'Unione nel caso De Capitani*, in *Federalismi.it*, 18 luglio 2018.
- BERTI A., *Note critiche sulla "funzionalizzazione" dell'accesso civico generalizzato*, in *Sito Giustizia amministrativa - Studi e contributi*, 2018.
- BERTONI A., *The Inter-american Court of Human Rights and the European Court of Human Rights; A Dialogue on Freedom of Expression Standards*, in *European Human Rights Review*, 2009, pag. 331 e ss.
- BIANCHI G., *L'efficacia dei trattati internazionali alla luce dell'art. 117, c. 1 della Costituzione*, in www.altalex.com/.../dell'8 febbraio 2008.
- BIRKINSHAW P., *Transparency as a human right*, in *Transparency, The Key to Better Governance?*, Oxford University Press, 2006.
- BIRKINSHAW P., *Freedom of Information and Openness, Fundamental Human Rights?*, in *Administration Law Review*, 2007, pag. 179 e ss.
- BLANKE H., PERLINGEIRO R., *The Right of Access to Public Information, An International Comparative Legal Survey*, Springer-Verlag GmbH Germany, 2018.
- BOBBIO N., *La democrazia e il potere invisibile*, in *Rivista italiana di scienze politiche*, 1980.
- BOMBARDELLI M., *Fra sospetto e partecipazione: la declinazione duplice del principio di trasparenza*, *Le istituzioni del federalismo*, 34(3-4), 2013, pagg. 657-685.
- BONAVITA S., PARDOLESI R., *La Corte Edu contro il diritto all'oblio?*, nota a Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. V, 19 ottobre 2017, n. 71233/13, in *Danno e Resp.*, 2018, 2, pag. 149 e ss.

- BONOMO A., *Informazione e pubbliche amministrazioni*, Bari, 2012.
- BONOMO A., *Il codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, *Le istituzioni del federalismo*, 34(3-4), 2013, pagg. 725-751.
- BONOMO A., *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, 2012.
- BOTTINO G., *Il nuovo articolo 97 della Costituzione*, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 3, 2014, pagg. 691-719.
- BRANCASI A., *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, *Quaderni costituzionali*, 1, 2012, pagg. 108-111.
- BRUNMAYR H., *The Council Policy on Transparency*, in DEKMYN V., THOMPSON I., *Openness and Transparency in the European Union*, Maastricht, 1998, pag. 69 e ss.
- BUARQUE DE HOLLANDA C., *Human rights and political transition in South Africa: the case of the Truth and Reconciliation Commission*, in *brazilianpoliticalsciencereview*, 2013.
- BUTTARELLI G., *Banche dati e tutela della riservatezza. La Privacy nella Società dell'Informazione*, Milano, 1997.
- BUTTI G., *Il "diritto di accesso" alle informazioni ambientali disponibili presso la pubblica amministrazione*, *Rivista giuridica dell'ambiente*, 3, 1991, pagg. 461-468.
- CANAPARO P., *L'anticorruzione e la trasparenza: le questioni aperte e la delega sulla riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2016.
- CARINGELLA-GAROFOLI-SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007.
- CARLONI E., *Se questo è un FOIA. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Rassegna Astrid*, 22 febbraio 2016, n. 4.
- CARLONI E., *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, *Diritto Pubblico*, 11(2), 2005, pagg. 573-600.
- CARLONI E., *La casa di vetro e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, *Diritto Pubblico*, 15(3), 2009, pagg. 779-812.
- CARLONI E., *La qualità delle informazioni pubbliche. L'esperienza italiana nella prospettiva comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, pag. 155 e ss.;
- CARLONI E., *La trasparenza (totale) delle pubbliche amministrazioni come servizio*, *Munus*, 1, 2012, pagg. 179-198.
- CARPANELLI, E., *Sul diritto di accesso alle informazioni di interesse pubblico detenute dallo Stato: alcune riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte di Strasburgo nel caso Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*, in *www.osservatorioaic.it/*.
- CARULLO A., *La trasparenza nelle amministrazioni locali. Per una nuova legge comunale e provinciale*, Bologna, 1998.
- CASTELLANETA M., *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, Bari, Cacucci, 2012.
- CASTELLANO S., ORTIZ, A., «*Legal Framework for e-transparency and the right to public access in the EU*», *Transatlantic Conference on Transparency Research*, Utrecht, 2012.
- CHIEPPA R., *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, *Diritto dell'Economia*, 3, 1994, pagg. 613-625.
- CHIEPPA R., GIOVAGNOLI R. (a cura di), *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018.
- CHIOLA C., *L'informazione nella Costituzione*, Padova, 1973.
- CHITI E., *Further Developments of access to Community Information: Kingdom of the Netherlands v. Council of the European Union*, in *European Public Law*, 1996, pag. 563 e ss.
- Civit, *Per una semplificazione della trasparenza. Esiti della consultazione sugli obblighi di pubblicazione previsti in materia di trasparenza e integrità*, Roma, dicembre 2012.
- Civit, *Rapporto generale sull'avvio del ciclo di gestione della performance 2012*, dicembre 2012.
- Civit, *Rapporto sulla trasparenza negli enti pubblici nazionali*, Roma, dicembre 2012.
- Civit, *Rapporto sulla trasparenza nei ministeri*, Roma, agosto 2012.
- CLARICH M., *Diritto d'accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela*

- processuale*, Diritto processuale amministrativo, 3, 1996, pagg. 430–458.
- COCCO G., *I segreti di informazione e di sicurezza nell'ordinamento italiano*, Padova, 1980.
- COLAVITTI G., PAGOTTO C., *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?*, in archivio.rivistaaic.it/rivista/2010/00.
- CORRADO A., *La trasparenza negli appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale*, Federalismi.it, 2018.
- CORRADO A., *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, ESI, Napoli, 2018.
- CORRADO A., *Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti alla luce delle indicazioni della Corte Costituzionale*, in Federalismi.it, 27 febbraio 2019.
- COSTA M., *Accountability through Transparency and the Role of the Court of Justice*. Paper presented at the CELS Lunchtime Seminar, 28-01-2015 - 28-01-2015, Cambridge, UK., in openaccess.city.ac.uk/.../Accountability%20Through%20Transp.
- CRAIG P., *Democracy and Rule-making within the EC: an Empirical and Normative Assessment*, in *European Law Journal*, 1997, pag. 105 e ss.
- CUDIA C., *Il diritto alla conoscibilità*, in PONTI B. (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, 2013, pag. 57 e ss.
- CUDIA, C., *Pubblicità e diritto alla conoscibilità*, in PONTI B. (a cura di), *La libertà di accesso alle informazioni. Commento sistematico al nuovo decreto 33*, Rimini, 2016, par. 6.
- CUOCOLO F., *Commento all'articolo 22*, in ITALIA V. & BASSANI M. (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (Legge 7 agosto 1990, n. 241 e regolamenti di attuazione)*, Giuffrè, Milano, 1990, pag. 527–545.
- CURTIN D., LEINO-SANDBERG, P., *Openness, Transparency and the Right of Access to Documents in the EU*, In – *Depth Analysis*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, PE 556.973, 2016, reperibile su www.europarl.europa.eu/supporting-analyses
- CURTIN D., “*The Fundamental Principle of Open Decision-making and EU (Political) Citizenship*” in TWOMEY P. and O'KEEFE D. (eds), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford, 1999, pag. 72 e ss.
- CURTIN D., *Citizens' Fundamental Right to Access to EU Information: An Evolving Digital Passepartout?*, in *Common Market Law Review*, 2000, pag. 7 e ss.
- CURTIN D., MEIJERS, H., *The principle of open government in Shengen and the European Union: democratic retrogression?*, in *Common Market Law Review*, 1995, pag. 390 e ss.
- D'ALTERIO E., *Il programma triennale per la trasparenza e l'integrità*, *Giornale di diritto amministrativo*, 17(4), 2011, pagg. 440-454.
- D'AURIA G., *Trasparenze e segreti nell'Amministrazione italiana*, *Politica del diritto*, 1, 1990, pagg. 93–121.
- DARBISHIRE H., *Proactive Transparency: the future of the right to Information?*, World Bank, 2010.
- DE BELLIS S., *L'accesso del pubblico ai documenti del Consiglio dell'Unione europea, Il diritto dell'Unione europea*, 1996, pag. 803 e ss.
- DE CESARIS A., *Informazione ambientale e accesso ai documenti amministrativi*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 1991, pagg. 851–861.
- DE SIERVO U., *Recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni..del 19/19_21_11_09.
- DEODATO C., *La difficile convivenza dell'accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?*, in *GiustAmm*, 2018, 2.
- DETTORI S., *Accesso ai documenti di esecuzione dell'appalto pubblico e tutela dell'operatore economico non aggiudicatario*, in *GiustAmm*, 2018, 4.

DI MASCIÒ F., *La trasparenza presa sul serio: gli obblighi di pubblicazione nell'esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 2016, pag. 1095 e ss.

DI MASCIÒ F. e NATALINI A., *Unpacking Open Government into Varieties of Transparency: Passive and Active Forms of Disclosure in Italy*, 2016.

DI SERI C., *L'aggiornamento dei programmi triennali per la trasparenza e l'integrità secondo il d.lgs. n. 33/2013*, *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, pagg. 70-76.

DINELLI F., *Le sanzioni per le violazioni degli obblighi di pubblicazione e la tutela giurisdizionale dell'accesso civico*, in PONTI B. (a cura di), *La libertà di accesso alle informazioni. Commento sistematico al nuovo decreto 33*, Rimini, 2013, pagg. 505-536.

DONATI D., *La trasparenza nella Costituzione*, in MERLONI F. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, pag. 83 e ss.

DURANTE N., *Pubblicità, trasparenza e FOIA: indicazioni operative*, in *Sito Giustizia amministrativa - Studi e contributi*, 2018.

DYRSBERG P., *Current Issues in the Debate on Public Access to Documents*, in *European Law Review*, 1999, pag. 157 e ss.

EDEL F., *La convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics: premier traité consacrant un droit général d'accès aux documents administratifs*, *Revue française d'administration publique*, 2011, pag. 59 e ss.

European parliament, Directorate General for Research, *Working Paper on The Principle of Transparency, A Comparative Overview on the Legislation of the EU-Member States and the Rules Applied by Community Institutions*, Political Series, PE 168.

European Parliament, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' rights and Constitutional Affairs, *Openness, transparency and access to documents and information in the European Union*, novembre 2013.

European Parliament, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' rights and Constitutional Affairs, *Openness, Transparency and the Right of Access to Documents in the EU*, giugno 2016.

FALCONE M., *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.3, 1 settembre 2017, pag. 601 e ss.

FERRAJOLI L., *Diritto e Ragione*, Laterza, 1989.

FERRANTI G., *L'evoluzione della libertà d'informazione nella giurisprudenza degli organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2004.

FIGORILLI F., *Il contraddittorio nel giudizio speciale sul diritto di accesso*, *Diritto processuale amministrativo*, 3, 1995, pagg. 584-607.

FLORINI A., 'Introduction: The Battle Over Transparency', in FLORINI (ed.), *The Right to Know Transparency for an OpenWorld*, Columbia University Press, New York, 2007.

FOIS S., *La libertà di "informazione"*, in VIGUNDELLI (a cura di), *Scritti sulla libertà di pensiero e la sua diffusione*, Rimini, 1991, pag. 240 e ss.

FONDERICO, G., *Le società pubbliche tra diritto amministrativo e diritto comune*, in A. NATALINI - G. VESPERINI (a cura di), *Il Big Bang della trasparenza*, Napoli, 2015, pag. 141 e ss.

FRANCHINI C., *Il diritto di accesso tra l'ordinamento comunitario e quello nazionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, pag. 823 e ss.

GALETTA D.U., *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D.Lgs. n. 33/2013*, in www.federalismi.it.

GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017 (2^a ed.), pag. 149 e ss.

GALETTA D.U., *Trasparenza e contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione: verso un moderno panottico di Bentham?*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017.

GALETTA D. U., *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de "le vite degli altri"*, in *Federalismi.it* (9 maggio 2018).

GARDINI G., *Il codice della trasparenza: Un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, *Giornale di diritto amministrativo*, 20(8-9), 2014, pagg. 875-891.

GARDINI G., *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi.it*, Gennaio 2017.

GARDINI G., *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal "FOIA Italia"*, in *Federalismi.it*, Ottobre 2018.

GAROFOLI R., *I profili comunitari del diritto di accesso*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 1998, pag. 1285 e ss.

GIGLIONI F., *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pag. 413 e ss.

GIGLIONI F., *I soggetti obbligati alla disciplina sulla trasparenza (art. 2-bis; art. 22; art. 48)*, in PONTI B. (a cura di), *La libertà di accesso alle informazioni. Commento sistematico al nuovo decreto 33*, Rimini, 2016.

GOLDBERG D., *From Sweden to the Global Stage: FOI as European Human Right?*, reperibile in <https://www.swlaw.edu/.../JIMEL%20V7%2C%20N1%206-Go>, 7 ottobre 2016.

GRANDIS F.G., *La Riforma Brunetta del lavoro pubblico. D. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150. Luci ed ombre nella misurazione, valutazione e trasparenza della performance*, *Giornale di diritto amministrativo*, 16(1), pagg. 23-28, 2010.

GRIMMELIKHUIJSEN, S., e KASYMOVA, J., *Not So Universal After All: Exploring the Meaning and Use of Government Transparency in Consensual and Majoritarian Democracies*, in *Public Integrity*, 2015, 17, pag. 404 e ss.

GUGGEMBUHL, *A Miracle Formula or an Old Powder in a New Packaging?*, in DEMCKYN V., -THOMPSON I., *Openness and Transparency in the European Union*, Maastricht, 1998.

GUGLIELMI G. J., & ZOLLER E. (Eds.), *Democratie, transparence et gouvernance citoyenne*, Parigi, 2014.

HAMBER B., *Rights and Reasons: Challenges for Truth Recovery in South Africa and Northern Ireland*, * Paper presented at the "Strengths and limitations of truth commissions: the cases of Argentina, Chile, South Africa and Guatemala Workshop". Centre for International Studies and CISA: Peterhouse College, Cambridge University, UK, 6 marzo 2003.

HEALD D., *Transparency as an instrumental value*, in C. Hood - D. Heald (eds.), *Transparency: The Key to Better Governance?*, Oxford, 2006, pag. 59 e ss.

HERITIER A., *Composite democracy in Europe: the role of transparency and access to information*, in *Journal of European Public Policy*, 2011, pag. 814 e ss.

HILLEBRANDT M., CURTIN D., MEIJER H., «*Transparency in the Council of Ministers of the EU: institutionnal approach*», Amsterdam Centre for European law, Working paper 2012-04.

HONDIUS W., *La liberté d'expression et d'information en droit européen*, Strasbourg, 1984.

HOOD C., *Transparency in Historical Perspective*, in HOOD C. - HEALD D. (eds.), *Transparency: The Key to Better Governance?*, Oxford, 2006, pag. 3 e ss.

House of Commons Constitutional Affairs Committee, *Freedom of Information Act 2000 — progress towards implementation First Report of Session 2004–05 Volume I, Report, together with formal minutes*, Londra, dicembre 2004.

IZZO S., *Segretezza dei documenti e diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli Scambi internazionali*, 1997, pag. 407 e ss.

KWOKA M., *Foia Inc.*, *Legal Research*, 2016 *Duke Law Journal*.

LABAYE H., *Ouverture, transparence et accès aux documents et à l'information dans l'Union européenne*, Direction Générale des politiques internes, Département C, Droits de citoyens et affaires constitutionnelles, libertés civiles, justice et affaires interieures, PE 493.035, 2013.

LABAYE H., «*L'accès du public aux documents de l'Union européenne, état du droit à l'instant de la révision du règlement 1049/2001*», PE 393.287, 2008.

LAMBERT P., *Le droit d'accès aux documents administratifs*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1990, pag. 361 e ss.

LEINEN J., *Transparent Europe: How the EU is becoming a role model of transparency*, in <https://www.euractiv.com/.../transparent-europe-how-the-eu-is-b>, 9 ottobre 2017.

LENAERTS K., VANHAMME J., *Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process*, in *Common Market Law Review*, 1997, pag. 531 e ss.

LEONARDI R., *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi: a proposito dei soggetti attivi per un'azione amministrativa trasparente, ma non troppo*, Il Foro amministrativo T.A.R., 6, 2012, pagg. 2155–2182.

LIMBERTI L., *La natura giuridica dell'accesso resta 'sospesa' tra principio democratico e poteri di autorganizzazione delle istituzioni comunitarie*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 1996, pag. 1230 e ss.

LOSANO M., *Trasparenza o privacy? Due recenti polemiche italiane*, *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 4–5, 2008, pagg. 471–486.

MACCHIA M., *Gli obblighi di trasparenza per le società pubbliche: prevale il sostantivo o l'aggettivo?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, pag. 767 e ss.;

MAGRI M., *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, *Le istituzioni del federalismo*, 35(2), 2014, pagg. 425–451.

MANGANARO F., *L'evoluzione del principio di trasparenza*. In *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

MANGANARO F., *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, *Astridonline.it*, 2009.

MARCHETTI A., *Il diritto d'accesso: modelli di enforcement e cause di exemptions nella prospettiva comparata*, in C. Colapietro (a cura di), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli, 2012, pag. 209 e ss.

MARONE F., *La CEDU da parametro di legittimità costituzionale della legge a fonte concorrente con la Costituzione? (commento a Corte costituzionale 10 dicembre 2013, n. 313)* in www.giurcost.org/studi/marone1.pdf.

MARONE F., *Le linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.3, 1 settembre 2017, pag. 743 e ss.

MARRAMA R., *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, *Diritto processuale amministrativo*, 3, 1989, pagg. 416–452.

MARTINES F., *I triloghi: analisi di una prassi decisionale alla luce dei principi di democrazia, equilibrio istituzionale, trasparenza ed efficacia*, *Rivista di diritto pubblico comunitario e europeo*, 2018

MARTINES LAGE F., *La transparencia de las instituciones comunitarias: el acceso a los documentos*, in *Gaceta jurídica de la CE*, 1994.

MASSARO A., SINISI M. (a cura di) *Trasparenza nella p.a. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, Roma Tre Press, 2017.

MASSERA A., *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa* (pagg. 22–82), Giuffrè, Milano, 2011.

MAZZAROLLI L., *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali*, CEDAM, Padova, 1998.

MCDONAGH M., *The "Right to Information in International Human Rights Law*, in *Human Rights Law Review*, 2013, pag. 25 e ss.

MEIJERS A., *'Understanding the Complex Dynamics of Transparency'*, in *Public Administration Review*, 2013, pag. 429 e ss.

MENDEL T., *Freedom of Information as an Internationally Protected Human Right*, <https://www.article19.org/pdfs/.../foi-as-an-international-right>.

- MENDEL T., *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey (UNESCO)*, Paris, 2 ed. 2008.
- MERLONI F., *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d. lgs. n. 33 del 2013*, PONTI B. (a cura di), *La Trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n.33*, Maggioli, Rimini, 2013.
- MERLONI F., *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in MERLONI F. & ARENA G. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008.
- MERLONI F. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008.
- MISSORICI M., *Libertà di espressione e libertà d'informazione: diritto inviolabile dell'uomo e fondamento di democrazia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1995, pag. 49 e ss.
- MOLITERNI A., *L'accesso dei cittadini, esperienze di informazione amministrativa a confronto*, (a cura di) MATTARELLA B.G. e SAVINO M., Rapporto I.R.P.A. n. 1/2018, Napoli 2018
- MORVIDUCCI C., *Diritto di accesso ai documenti delle istituzioni e Trattato di Amsterdam*, in *Rivista italiana di diritto pubblico e comunitario*, 2000, pag. 665 e ss.
- NAFTALI P., *Crafting a "Right to Truth" in International Law: Converging Mobilizations, Diverging Agendas?*, in *Justice pénale internationale*, 2016, in <https://champpenal.revues.org/9245>.
- NAPOLITANO G., *L'attività informativa della pubblica amministrazione: 'less is better'*, in MANGANARO F. & ROMANO TASSONE A. (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione*, Giappichelli, Torino, 2005.
- NAQVI Y., *The right to the truth in international law: fact or fiction?*, in *International Review of Red Cross*, 2006, pag. 245 e ss.
- NATALINI A. e VESPERINI G. (a cura di), *Il Big Bang della trasparenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.
- NATALINI A.- TIBERI G. (a cura di), *La tela di Penelope. Primo rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica*, Bologna, 2010.
- NATALINI A., VESPERINI G., *Le troppe trasparenze*, in NATALINI A., VESPERINI G. (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015, pag. 21 e ss.
- NICOTRA A., *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2015 (3 giugno 2015).
- NIGRO M., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, *Diritto processuale amministrativo*, 1, 1989, pagg. 5-24.
- O' NEILL M., *The Right of Access to Community – Held Documentation as a General Principle of Law*, in *European Public Law*, 1998, pag. 403 e ss.
- OCCHIENA M., *Diritto di accesso, atti di diritto privato e tutela della riservatezza dopo la legge sulla privacy (il diritto di accesso e la riforma dell'organizzazione della p.a.)*, *Diritto processuale amministrativo*, 2, 1998, pagg. 377-418.
- OCCHIENA M., *I poteri della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi: in particolare, la funzione giustiziale ex L. n. 241/1990 e D.P.R. n. 184/2006*, *Giustizia amministrativa*, 6, 2006, pagg. 1242-1252.
- OCCHIENA M., *I principi di pubblicità e trasparenza*, in RENNA M. & SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, pagg. 141-148.
- OCCHIENA M., *Necessaria riforma del diritto di accesso: diffusione e accesso telematico alle informazioni amministrative*, *Il diritto dell'economia*, 1, 2008, pagg. 177-207.
- OSIWA, *Principles and Guidelines on Human and Peoples' Rights while Countering Terrorism in Africa* del 2015, in OSIWA | Understanding the Right to the Truth - OSIWA.
- PAJNO A., *Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative*, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.3-4, 1 agosto 2017, pag. 549 e ss.
- PAJNO A., *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, GC, 2015.
- PASTORI G., *Il diritto d'accesso ai documenti amministrativi in Italia*, *Amministrare*, 1, 1986, pagg. 147-170.
- PATRITO P., PAVONI, F., *La disciplina del riutilizzo dei dati pubblici dal punto di vista del diritto amministrativo: prime riflessioni*, *Il Diritto dell'Informazione*, 2012, pagg. 87-109.
- PATRONI GRIFFI F., *Un contributo alla trasparenza dell'azione amministrativa: partecipazione procedimentale e accesso agli atti (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, *Diritto*

processuale amministrativo, 1, 1992, pagg. 56–72.

PATRONI GRIFFI, F., *La trasparenza della Pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in www.federalismi.it, n. 8/2013, 6.

PEERS S., “*From Maastricht to Laeken: The Political Agenda of Openness and Transparency in the EU*” in DECKMYN V., (ed.), *Increasing Transparency in the European Union*, Maastricht: EIPA, 2002.

PEERS S., “*The New Regulation on Access to Documents: A Critical Analysis*”, in *Yearbook of European Law*, 2002, pag. 385 e ss.

PELED R. e Rabin, Y., *The Constitutional Right to Information*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2011, 42, pag. 357 e ss.

PERINI A., *Il diritto di accesso e la tutela della riservatezza nelle amministrazioni locali*, *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 12, 1997, pagg. 1147–1163.

PERINI A., *L'autonomia del diritto di accesso in giudizio*, *Diritto processuale amministrativo*, 1, 1996, pagg. 107–120.

PERNA R., *Accesso e trasparenza: due linee destinate ad incontrarsi?*, www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

PIGNATARO S., *Il principio costituzionale del “buon andamento” e la riforma della pubblica amministrazione*, Bari, 2012.

PINTO R., *La liberté d'information et d'opinion et le droit international*, Parigi, 1984.

PIOGGIA A., *La trasparenza dell'organizzazione e della gestione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni*, in MERLONI F. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, pag. 693 e ss.

POLICE A., *New instruments of Control over public Corruption: the Italian Reform to restore Transparency and Accountability*, in *Dir. econ.*, 2015, pag. 189 e ss.

PONCET C., *La liberté d'information du journaliste: un droit fondamental? Etude de droit suisse comparé*, in *Reveu international de droit comparé*, 1980, pag. 73 e ss.

PONTI B., *I primi sei mesi di attività della CiVIT*, *Giornale di diritto amministrativo*, 16(9), 2010, pagg. 986–991.

PONTI B., *La trasparenza ed i suoi strumenti: dalla pubblicità all'accesso generalizzato, La libertà di accesso alle informazioni. Commento sistematico al nuovo decreto 33*, Rimini, 2016.

PUBUSA A., *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla l. 7 agosto 1990, n. 241*, Giappichelli, 1993.

PULIATTI P., *Primi avvisi giurisprudenziali sul diritto di accesso ai documenti amministrativi*, *I Tribunali amministrativi regionali*, 12, 1997, pagg. 497–501.

RAGNEMALN H., *Démocratie et transparence: sur le droit général d'accès des citoyens de l'Union Européenne aux documents détenus par les institutions communautaires*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol II, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 1998, pag. 809 e ss.

RAINES J., *The Digital Accountability and Transparency Act of 2011 (DATA): Using open data principles to revamp spending transparency legislation*, *New York Law School Law Review*, 57, 2012, pagg. 313–360.

RAIOLA C., *La trasparenza nelle autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, pag. 164 e ss.

RENDA F., *Il diritto di accesso ex artt. 22 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241: legittimazione all'ostensione, natura giuridica dell'accesso e poteri del giudice amministrativo*, in *Foro Amministrativo* (II), fasc. 6, 2017, pag. 1386 e ss.

RICCIARDI M., *Appunti sul segreto di Stato e principio di trasparenza*, *Politica del diritto*, 1, 1993, pagg. 35–50.

RIVOSECCHI G., *L'ANAC uniforma il regime sanzionatorio sulla trasparenza amministrativa*, *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2015, pagg. 422–430.

ROMANO TASSONE A., *A chi serve il diritto di accesso. Riflessioni su legittimazione e*

- modalità di esercizio del diritto di accesso nella legge n. 241 del 1990*, Diritto amministrativo, 1995, pagg. 317–340.
- ROMEO G., *Accesso ai documenti e riservatezza: rovescio e diritto di una medesima realtà*, Il Foro amministrativo, 9 (III), 1999, pagg. 435–444.
- SALVATORE P., *Trasparenza, dovere di comunicazione e tutela del segreto e della riservatezza*, Il Consiglio di Stato, 11(2), 1996, pagg. 2019–2025.
- SANDULLI A., *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, pag. 669 e ss.
- SANDULLI A., *La riduzione dei limiti all'accesso ai documenti amministrativi*, *Giornale di diritto amministrativo*, 1998, pagg. 529–537.
- SANDULLI A., *Nota alla sentenza sul caso The Guardian* in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, pag. 446 e ss.
- SANDULLI M. A., *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, Enciclopedia del Diritto, update vol. IV (pp. 1–30), Giuffrè, Milano, 2000.
- SANTINI A., *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione*, Milano, 2004.
- SANTORO P., *Diritto di accesso partecipativo e diritto di accesso conoscitivo: posizioni soggettive ed effettività*, Il Foro amministrativo, 7–8, 1992, pagg. 1799–1806.
- SAVINO M., *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, n. 5.
- SAVINO M., *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, n. 8-9, pag. 795 e ss.
- SAVINO M., *La trasparenza amministrativa e la prevenzione della corruzione*, in Del Vecchio A. e Severino P. (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, 2014, pag. 355 e ss.
- SAVINO M., *The right to Open Public Administrations in Europe: Emerging Legal Standards*, Paris, Oecd-Sigma, 2010.
- SCHAAP M & IMBERS R., *Magyar Helsinki Bizottság v Hungary: a (limited) right of access to information under article 10 ECHR*, in <https://strasbourgobservers.com/.../magyar-helsinki-bizottsag-v>.
- SCOGNAMIGLIO A., *Diritto di accesso e banche dati pubbliche*, Il Foro Amministrativo–Consiglio di Stato, 2, 2005, pagg. 493–502.
- SCOGNAMIGLIO A., *Il diritto di accesso nella disciplina della l. 7 agosto 1990 n. 241 e il problema della legittimazione*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 1996 pagg. 93–114.
- SELLERI B., *Il diritto di accesso agli atti amministrativi tra tensione alla riforma e fedeltà alle strutture del sistema positivo*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo* (Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1986), Giuffrè, Milano, 1989.
- SELLERI B., *Il diritto di accesso agli atti del procedimento amministrativo*, Napoli, 1984.
- SGUEO G., *L'accessibilità ad atti e informazioni nell'Unione europea: un percorso in divenire*, in NATALINI A., e VESPERINI G. (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015, pag. 163 e ss.
- SICLARI D., *Il diritto di accesso a informazioni e dati della Banca d'Italia relativi ai “grandi debitori insolventi” delle banche beneficiarie di aiuti di Stato* (nota a TAR Lazio, Sez. II bis, 27 luglio 2017, n. 9023), in *GiustAmm*, 2018, 2.
- SODERMAN J., *The Role and Impact of the European Ombudsman*, in DEKM YN V., THOMPSON, I., *Openness and Transparency in the European Union*, Maastricht, 1998.
- SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2012.
- SPASIANO M.R., *I principi di pubblicità. Trasparenza e imparzialità*, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di) SANDULLI M.A., Milano, 2017.
- STROZZI G., *La libertà dell'informazione nel diritto internazionale*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, *Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990, pag. 669 e ss.

SZOKE-BURKE S., *Searching for the Right to Truth: The Impact of International Human Rights Law on National Transitional Justice Policies*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2015, pag. 524 e ss.

TARCHI R., *Il diritto d'accesso nella prospettiva comparata*, in COLAPIETRO C. (a cura di), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli, 2012, pag. 141 e ss.

TEDESCHI E., *Il diritto di accesso: il nuovo dovere di collaborazione dell'amministrazione* (commento a TAR Lazio Roma, Sez. II Ter, 15 marzo 2016, n. 3287), in *Giornale di diritto amministrativo* n. 6/2016, pag. 805 e ss.

TESAURO A., *Democrazia ed informazione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1968, pag. 236 e ss.

TESSARO T. -BERTIN M., *Accesso civico e finalità "esorbitanti" della richiesta di ostensione: una prima indagine casistica per la necessaria distinzione con l'accesso documentale*, www.lexitalia.it, 20 marzo 2018.

TIIKKKA P., "Access to Information as a Human Right in the Case Law of the European Court of Human Rights", in *Journal of Media Law*, 2013.

TRUINI P., *Diritto all'informazione e riservatezza*, *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 6-7, 1993, pagg. 799-803.

TURCHINI N., *Trasparenza e accesso nell'esperienza inglese*, in F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, pag. 499 e ss.

UK Cabinet Office, *White Paper: Your Right to Know*, HMSO, London, 1997.

Unesco, *The right to know, Freedom of Information, World Press Freedom Day 2010*, UNESCO, Paris.

VALERINI F., *Accesso civico alle sentenze di cui è parte un Comune: il parere (limitativo) del Garante della privacy*, in *Diritto e Giustizia*, 13 marzo 2018.

VESPERINI G., *Il diritto di accesso dei consiglieri regionali agli atti delle società partecipate* (nota a Cons. St., sez. V, 9 novembre 2017, n. 5176), in *Giornale Dir. Amm.*, 2018, 1.

VILLATA R., *Interesse ad agire* (Diritto processuale civile). *Enciclopedia giuridica Treccani* (Vol. XVII), Roma, 1989.

VILLATA R., *La trasparenza dell'azione amministrativa*, *Diritto Processuale Amministrativo*, 4, 1987, pagg. 528-557.

VILLATA R., *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, *Diritto Processuale Amministrativo*, 2, 1992, pagg. 171-205.

VIRGA G., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998.

VITALE G., *Gli effetti diretti 'orizzontali'? Dei principi generali del diritto dell'Unione europea*, in (a cura di) DISTEFANO M., *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, Napoli, 2017, pag. 45 e ss.

VOLPE F., *Trasparenza e partecipazione nell'ordinamento delle autonomie locali. I Tribunali amministrativi regionali*, 5-6, 1991, pagg. 253-265.

VOORHOOF D., *Gillberg v. Sweden: conviction of professor for refusal to grant access to sensitive research data not in breach of ECHR*, in <https://strasbourgobservers.com/2010/11/22/european-court-of-human-rights-gillberg-v-sweden>.

VOORHOOF D., CANNIE, H., *Freedom of expression and information in a democratic society: the added but fragile value of the European Convention on Human Rights*, in *International Communication Gazette*, 2010, disponibile su journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/174804851036271.

VOORHOOF D., *On the Road to more Transparency: Access to Information under Article 10 ECHR*, "Centre for Media Pluralism and Media Freedom - Robert Schuman Centre for Advanced Studies - European University Institute", 2 dicembre 2014.

ZILLER J., *Origines et retombées du principe de transparence du droit de l'Union*

Européenne, 2014.

ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1996.