



Anno XIV, settembre 2017

## Dottrina

---

n. 9 - 2017

**Cristina De Benetti**

**Diritto di accesso agli atti ex lege 241/90 e "nuovo" accesso civico "generalizzato" ex d. lgs. 97/16: qualche criticità nella sovrapposizione dei procedimenti**

### Sommario:

**1. L'evoluzione del quadro normativo in tema di trasparenza della pubblica amministrazione e diritto di accesso; 1.1. Il diritto di accesso nella legge 241/90 e successive modifiche; 1.2. Trasparenza ed accesso civico nel d. lgs. 33/13; 1.3. L'accesso civico "generalizzato" nel d. lgs. 97/16; 2. Un'area grigia nella sovrapposizione dei procedimenti; 3. Spunti per una ricostruzione nelle prime pronunce del giudice amministrativo (CdS 385/2016 e TAR Campania 188/2016)**

### **1. L'evoluzione del quadro normativo in tema di trasparenza della pubblica amministrazione e diritto di accesso.**

È passato più di un quarto di secolo da quando il legislatore ha statuito che l'attività amministrativa deve essere retta dai criteri di pubblicità e trasparenza, oltre che di economicità, efficacia ed imparzialità, declinando i medesimi criteri nella legge sul procedimento amministrativo e dedicando l'intero Capo V della medesima all'accesso ai documenti amministrativi, inteso quale principio generale dell'attività amministrativa preposto a favorire la partecipazione del cittadino e ad assicurare l'imparzialità e la trasparenza della medesima.

Come vedremo nel paragrafo che segue, la legge 241 dal 1990 non ha mancato di essere oggetto di un processo di revisione ([1]) volto a recepire i consolidati indirizzi che la giurisprudenza amministrativa ha prodotto nel corso di decenni di applicazione della normativa ed in particolare proprio il Capo V, dedicato all'accesso procedimentale, è stato

oggetto nel 2005 di una vera e propria riscrittura organica, che ha consentito di dare voce alle molteplici istanze che il procedimento per l'accesso ai documenti sottende, perfezionando al contempo le relative forme di tutela.

Senonché nell'ultimo decennio il legislatore è nuovamente intervenuto in materia di pubblicità e trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione con plurimi interventi legislativi, invero non omogenei, fino ad implementare, da ultimo, ex novo nel nostro ordinamento l'istituto dell'accesso civico.

A riguardo dapprima l'intervento del legislatore, con il d. lgs. 150/2009 (cd. Riforma Brunetta), si è focalizzato sulla trasparenza e sulla pubblicità quali strumenti preposti a valutare e misurare la performance ed i risultati dell'amministrazione, realizzando forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità.

Infatti con l'introduzione di tale disciplina oggetto di trasparenza sono esclusivamente "le informazioni" relative all'organizzazione, alla gestione ed all'utilizzo delle risorse finanziarie, strumentali ed umane, informazioni rese accessibili a tutti indistintamente tramite la previsione di obblighi di pubblicazione delle medesime nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni.

Indubbio è che la trasparenza in tal caso non è tanto criterio fondante l'azione amministrativa finalizzato a garantire per il tramite del diritto di accesso la tutela delle situazioni giuridiche soggettive, quanto invece strumento che consente per il tramite della obbligatoria pubblicità delle informazioni l'esercizio di un controllo diffuso sull'operato dell'amministrazione pubblica.

Successivamente il legislatore ha dato ulteriore e diversa voce al principio di trasparenza, declinando apposite "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione" con la legge 190/2012.

In particolare tale normativa reca all'art. 1, commi 35 e 36, una delega legislativa per il riordino degli obblighi di pubblicità, di trasparenza, di diffusione delle informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni.

Ebbene tale delega ha trovato attuazione con il d. lgs. 33/2013 recante " Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni".

Con tale normativa la trasparenza, intesa quale obbligo di pubblicità, è finalizzata a consentire un diffuso controllo sul perseguimento da parte della pubblica amministrazione delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche. All'uopo con l'articolo 5 del d. lgs. 33/2013 è stato introdotto ex novo nel nostro ordinamento l'istituto dell'accesso civico, disponendo che il dovere previsto in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicazione di documenti, informazioni e dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente rende comunque accessibili tali informazioni anche in caso di mancata pubblicazione, di tal che chiunque ha diritto di richiedere le medesime informazioni, documenti e dati - e dunque di conoscerli - a mezzo appunto dell'accesso civico cd. "semplice". Tale accesso, si noti, non è soggetto a limitazione o eccezione alcuna, stante il non adempiuto obbligo di pubblicazione a monte.

Dunque pubblicità e trasparenza sono così finalizzate ad un controllo diffuso dell'operato della pubblica amministrazione.

E' così che nel 2013 si era ormai sedimentato nel nostro ordinamento sia l'istituto dell'accesso ai documenti sia l'istituto dell'accesso civico, puntualmente disciplinati in distinte normative che declinano, differenziandoli secondo la distinta ratio ispiratrice di ciascuna, i profili soggettivi ed oggettivi dei due distinti istituti, come meglio vedremo nei paragrafi che seguono.

Sennonché da ultimo il legislatore ha sentito la necessità di operare una "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttive 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". È ciò ha fatto a mezzo del primo decreto attuativo della cd. Riforma Madia: il d. lgs. 97/16 attuativo della legge delega n. 124/15. In particolare con tale normativa nell'apportare talune modifiche al d. lgs. 33/13 si è introdotto un ulteriore istituto nominato anch'esso accesso civico (cd. "generalizzato") a mezzo del quale è stato riconosciuto a chiunque il diritto di accedere anche ai dati e documenti in possesso della pubblica amministrazione per i quali, si sottolinea fin d'ora, non sussista l'obbligo di pubblicazione.

Dispone infatti l'art. 5, comma 2, del d.lgs. 97/16 che *"chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis"*.

Tale diritto di accesso civico cd. "generalizzato" in verità si differenzia profondamente dal precedente, in quanto, pur condividendo il profilo soggettivo relativo alla non necessità in capo al richiedente di uno specifico interesse all'accesso, prescinde in toto dalla sussistenza dell'obbligo di pubblicazione di quanto oggetto di richiesta di accesso, presupposto invece per l'accesso civico cd. "semplice" disciplinato dall'originario art. 5 del d.lgs. 33/2013.

Ebbene proprio per questo l'accesso civico "generalizzato" tale in verità non è e non può essere, in quanto sottoposto ai limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis del medesimo decreto legislativo. Articolo 5 bis, dedicato a "Esclusioni e limiti all'accesso civico", che, per chiarezza, sia consentito riportare qui nei primi tre commi: "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.*

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

Ne deriva l'inevitabile appesantimento della disciplina che, dunque, di necessità deve contemplare altresì sia il diritto degli eventuali controinteressati - debitamente informati - a formulare opposizione sia l'avvio di apposito procedimento, che deve concludersi con un provvedimento espresso motivato a fronte del quale, sia esso di accoglimento o di diniego dell'istanza di accesso civico "generalizzato", la disciplina offre plurime forme di tutela e al richiedente in caso di diniego e ai controinteressati in caso di accoglimento. E proprio su tali specifici profili torneremo nei paragrafi che seguono.

Ciò che vogliamo in queste pagine evidenziare, dopo che avremo analizzato i singoli istituti nei paragrafi che seguono, è l'inevitabile sovrapposizione che in tema di limitazioni all'accesso viene a sussistere tra l'istituto dell'accesso ai documenti ex lege 241/90 e l'istituto dell'accesso civico "generalizzato", con tutte le difficoltà applicative che ne derivano.

Ma procediamo con ordine.

### **1.1. Il diritto di accesso nella legge 241/90 e successive modifiche**

In primo luogo veniamo a dare atto dell'evoluzione che l'istituto dell'accesso ai documenti ha vissuto dal 1990 ad oggi.

Come già detto la legge originaria sul procedimento amministrativo è stata oggetto di revisione nel corso di più di un ventennio al fine di recepire da un lato gli indirizzi che la giurisprudenza ha avuto modo di consolidare in merito a taluni specifici profili della disciplina sostanziale dell'istituto, dall'altro di specifici profili di tutela della posizione dell'istante e dei controinteressati delineati nella riforma del processo amministrativo.

In particolare una vera e propria revisione della disciplina originaria dell'accesso ai documenti amministrativi di cui alla legge 241 è stata apportata dalla legge 15/2005 recante "Modifiche ed integrazioni alle legge 7 agosto 1999, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa".

Innanzitutto tale riforma ha innovato alcuni tratti della disciplina sostanziale dell'istituto dell'accesso ai documenti. E così, tra i principi, la legge 15 dispone che la disciplina dell'accesso "*ottiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*", riconoscendo, di conseguenza, potestà legislativa esclusiva allo Stato quanto alla individuazione del livello minimo di tutela, ferma restando la potestà delle regioni e degli enti locali di garantire livelli ulteriori. Potestà

quest'ultima che, peraltro, trova sviluppo solo nei limiti dello spazio residuale lasciato dal "nuovo" regolamento governativo emanato in sostituzione del D.P.R. 27 giugno 1992, n. 352, che già aveva individuato in sede regolamentare sia le modalità di esercizio del diritto di accesso, sia i casi di esclusione del diritto di accesso ai documenti amministrativi. E ciò in quanto, com'è noto, ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione, la potestà legislativa esclusiva statale reca con sé, comunque, una generale potestà regolamentare, che quindi può ulteriormente decrementare lo spazio della residua potestà legislativa regionale che può esplicarsi solo "oltre" il livello minimo di tutela.

Inoltre, tra le definizioni, la riforma del 2005 finalmente recepisce gli indirizzi giurisprudenziali in tema di controinteressati, ora definiti come *"tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza"*.

È questo il tratto di maggior rilievo della riforma per le inevitabili conseguenze che reca in sé sia sul piano sostanziale sia sul piano processuale.

In tal senso, l'esplicita previsione della categoria impone all'amministrazione procedente, destinataria dell'istanza di accesso, di porre in essere un esaustivo procedimento, dando avviso appunto ai controinteressati dell'avvio del medesimo e della facoltà di parteciparvi. L'amministrazione, chiamata ad operare in concreto il bilanciamento tra le opposte esigenze espresse dai diritti dell'istante all'accesso e dai diritti dei controinteressati, potrà così raccogliere in fase istruttoria tutti gli elementi specifici del caso di specie, necessari per poter decidere, e dunque per poter ponderare le posizioni dell'interessato e del controinteressato in maniera adeguata, dandone poi anche atto in motivazione.

Gli interessati all'accesso sono, dunque, definiti come tutti coloro che hanno *"un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso"*, derivandone la necessità in capo all'istante di motivare adeguatamente in punto di interesse la richiesta di accesso e di circostanziare i documenti rispetto ai quali formula istanza di accesso, in quanto collegati alla situazione giuridica da tutelare.

A riguardo la riforma codifica anche il principio, già affermato in giurisprudenza ([2]), in base al quale *"non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni"* (così art. 24, comma 3, riformato).

Sempre sul piano sostanziale, la riforma opera una ricognizione dell'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione del diritto di accesso.

Quanto a quest'ultimo, in verità, la legge 15 pare recepire quanto già sancito dalla giurisprudenza nella vigenza della precedente normativa, riconoscendo l'accessibilità anche degli atti interni ([3]) e degli atti formati nell'ambito di attività jure privatorum ([4]). Mentre, in relazione all'ambito soggettivo, la riforma offre una nozione allargata di pubblica amministrazione, intendendosi con tale termine *"tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale e comunitario"*, pur lasciando poi inalterato il testo del successivo art. 23 ([5]).

In termini generali, poi, la riforma afferma comunque la regola dell'accesso, non potendosi

negare il medesimo laddove sia sufficiente far ricorso al potere di differimento. Infine, l'art. 24, comma 7, statuisce che *"deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interesse giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n.196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale"*.

Viene così meno l'accessibilità per mera visione, che creava un infelice compromesso non soddisfacendo le esigenze della riservatezza, ma nemmeno quelle dell'accesso. Inoltre si disciplinano diversamente tra loro tre situazioni di accessibilità dei documenti, in funzione dello specifico contenuto proprio dei medesimi. In dettaglio, se i documenti contengono dati personali comuni, l'accesso (comunque pieno ossia non più per sola visione) è consentito solo qualora la loro conoscenza sia necessaria per curare o difendere gli interessi giuridici dell'istante, se invece i documenti contengono dati personali sensibili o giudiziari l'accesso è consentito solo qualora sia strettamente indispensabile. Infine, se i documenti contengono dati supersensibili l'accesso è consentito solo qualora il rango della situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi risulti almeno pari al rango dei diritti del controinteressato, ferma comunque l'assoluta indispensabilità. Dunque, in tutte e tre le ipotesi l'amministrazione è chiamata ad operare una puntuale valutazione, caso per caso, delle specifiche esigenze sottese all'istanza, essendo chiamata a riscontrare la loro necessità, piuttosto che la loro stretta indispensabilità ovvero il grado delle medesime.

In tal senso, dunque, si rafforza ulteriormente l'esigenza di convogliare nell'ambito del procedimento tutti gli elementi istruttori indispensabili per operare un adeguato bilanciamento in concreto tra le esigenze dell'istante e quelle dei controinteressati. Oggetto di ulteriore modifica è inoltre, sul piano sostanziale, la disciplina attinente alle modalità di esercizio del diritto di accesso, di cui al novellato art.25, comma quarto, mentre, sul piano processuale, la riforma fa proprie le modifiche già apportate dalla legge 205/2000.

Peraltro, si sottolinea come invece il terzo comma dell'art.25, il quale dispone che solo il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso debbono essere motivati, non sia stato oggetto di modifica, perdendosi così l'occasione di specificare come anche l'accoglimento dell'istanza (impugnabile dal controinteressato) necessiti di adeguata motivazione, ferma restando comunque la valenza generale dell'art. 3 della legge medesima.

In generale la disciplina in tema di modalità di esercizio dell'accesso si presenta arricchita, ma non per questo esente da critiche.

In primo luogo viene più chiaramente delineata la competenza del difensore civico, da un lato limitandola agli atti delle amministrazioni locali, dall'altro attribuendo ex lege al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore la competenza ad occuparsi anche delle richieste formulate a fronte di dinieghi o differimenti propri di amministrazioni locali prive di difensore civico.

Mentre, in caso di richieste avverso atti di diniego e differimento di amministrazioni centrali,

le medesime vanno inoltrate alla Commissione per l'accesso.

Peraltro entrambi, difensore civico e Commissione centrale, non hanno potere decisionale in materia, ma un mero potere di richiesta di riesame all'amministrazione procedente, di tal che, qualora non si dovessero pronunciare entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza avverso il diniego o differimento, la medesima deve intendersi respinta.

Ancora, si viene a dettare una disciplina di coordinamento tra l'attività della Commissione centrale e l'attività del Garante per la protezione dei dati personali, ma, si noti, solo per le problematiche di interconnessione tra i due ordinamenti settoriali relative agli atti emanati da amministrazioni statali, non prevedendosi coordinamento alcuno tra i difensori civici ed il medesimo Garante.

In sostanza, la norma viene ad imporre la reciproca necessità di acquisizione di parere: la Commissione deve acquisire il parere del Garante, se l'accesso è negato o differito per motivi inerenti ai dati personali, e, rispettivamente, il Garante deve acquisire il parere della Commissione, se un procedimento relativo al trattamento pubblico di dati personali da parte di una amministrazione interessi l'accesso ai documenti. Entrambi i pareri devono essere resi entro un termine piuttosto breve, dieci giorni nel primo caso e quindici nel secondo, rispetto alla quantità di richieste di parere che è dato prevedere verranno formulate, pena la formazione di silenzio assenso.

Ma non solo, la previsione delle due fattispecie, rispettivamente accesso che venga ad interessare dati personali e trattamento di dati personali che venga ad interessare l'accesso, paiono invero i due lati di una stessa medaglia, con il conseguente rischio di reciproche richieste di parere e conflitto tra le posizioni della Commissione e del Garante, a prescindere poi dalla diversa posizione istituzionale di una mera Commissione, appunto, e di un'Autorità indipendente.

Ed ancora, ci si chiede se con tali previsioni legislative il procedimento complessivo non venga ad arricchirsi anche troppo, e dunque ad appesantirsi.

Infatti, in ipotesi, alla decisione negativa dell'amministrazione in merito all'istanza di accesso, possono seguire una pronuncia della Commissione centrale, previo parere dell'Autorità garante, una ulteriore decisione confermativa dell'amministrazione procedente e, infine, una eventuale pronuncia del giudice amministrativo, ovviamente di primo e secondo grado.

Infine, quanto ai profili processuali della riforma, come già rilevato, il legislatore fa proprie le innovazioni già apportate dalla legge 205/2000 in merito alla proposizione del ricorso per la tutela dell'accesso in pendenza di ricorso per l'annullamento del provvedimento e di rappresentanza diretta delle parti.

Trattasi, dunque, di norme già sedimentate nella loro applicazione. Ciò che, in particolare, si ritiene di porre in evidenza in questa sede è la ulteriore valenza acquisita dal quinto comma dell'art. 25 ora che, sul piano sostanziale, il procedimento in tema di accesso viene ad accogliere esplicitamente la categoria dei controinteressati.

In particolare, deve ritenersi indubbio che ora, laddove l'art. 25, comma quinto, recita "*contro le determinazioni amministrative concernenti il diritto di accesso e nei casi previsti dal comma quarto è dato ricorso, nel termine di trenta giorni, al tribunale amministrativo regionale...*", sia

data legittimazione ad agire anche a soggetti diversi dall'istante, quali i controinteressati, e, dunque, anche avverso le decisioni di accoglimento dell'istanza di accesso e secondo la medesima procedura camerale speciale di cui all'art.25.

In altri è più chiari termini, è indubbio come possa promuovere ricorso tanto l'istante avverso la decisione di diniego o differimento dell'accesso, con obbligo di notifica ad almeno uno dei controinteressati di cui al procedimento sostanziale, quanto il controinteressato procedimentale avverso la decisione di accoglimento dell'istanza di accesso, con obbligo di notifica all'istante.

Infine nel medesimo anno il legislatore con la legge 80 ha operato la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie relative all'accesso ai documenti amministrativi. Quindi, nel 2010, il legislatore in occasione dell'emanazione del codice del processo amministrativo ha collocato il rito dell'accesso ai documenti amministrativi nel novero dei riti speciali del giudizio amministrativo ex art 116 d.lgs. n. 104/2010.

## **1.2. Trasparenza ed accesso civico nel d. lgs. 33/13**

Successivamente il legislatore ha dato ulteriore e diversa voce al principio di trasparenza, dettando apposite "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione" con la legge 190/2012.

In particolare tale legge delega reca all'art. 1, commi 35 e 36, una specifica delega legislativa per il riordino degli obblighi di pubblicità, di trasparenza e di diffusione delle informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni.

Il legislatore ha, quindi, dato attuazione alla delega con il d. lgs. 33/2013 recante "*Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*".

Con tale normativa la trasparenza viene declinata nell'obbligo di pubblicità di talune specifiche informazioni, documenti e dati che danno conto del perseguimento da parte della pubblica amministrazione delle proprie funzioni istituzionali e del conseguente uso delle risorse.

Dunque la pubblicazione/trasparenza di tali dati è finalizzata a consentire un diffuso controllo sul perseguimento da parte della pubblica amministrazione delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

In dettaglio l'articolo 5 del d. lgs. 33/2013 viene così ad introdurre nel nostro ordinamento l'istituto dell'accesso civico, disponendo che in caso di mancato adempimento da parte delle pubbliche amministrazioni del suddetto dovere di pubblicazione i documenti, le informazioni ed i dati oggetto di mancata pubblicazione devono comunque essere resi accessibili a chiunque a mezzo, appunto, dell'accesso civico cd. "semplice" ne faccia richiesta. Trattasi, lo si sottolinea, di una forma di accesso non soggetta a limitazione o eccezione alcuna, stante il non adempiuto obbligo di pubblicazione a monte.

Pubblicità e trasparenza sono dunque così finalizzate ad un controllo diffuso dell'operato



della pubblica amministrazione.

Dunque ai sensi dell'articolo 5 del d.lgs 33/2013 nella sua formulazione originaria l'accesso civico è contemplato quale diritto di chiunque di richiedere i documenti, le informazioni o i dati la cui pubblicazione sia obbligatoria ai sensi della normativa vigente, ma che l'Amministrazione ha omesso di pubblicare sul sito istituzionale.

La richiesta di accesso civico va presentata al Responsabile per la trasparenza e non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente, inoltre non deve essere motivata ed è gratuita.

L'Amministrazione, entro trenta giorni, procede alla pubblicazione nel sito del documento, dell'informazione o del dato richiesto, dando comunicazione al richiedente dell'avvenuta pubblicazione e indicandone il relativo collegamento ipertestuale. Se il documento, l'informazione o il dato richiesti risultassero già pubblicati, nel rispetto della normativa vigente, l'Amministrazione indicherà al richiedente il relativo collegamento ipertestuale.

### **1.3. L'accesso civico "generalizzato" nel d. lgs. 97/16**

Dopo aver così introdotto e disciplinato, nel 2013, nel nostro ordinamento l'accesso civico, il legislatore nel 2015, con la legge 7 agosto 2015, n. 124 recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche", detta anche "Legge Madia", delinea i criteri direttivi per operare anche una specifica "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza" (così titola l'art.7 della legge delega).

In dettaglio il comma 1 dell'art. 7 della legge 124/15 prevede una delega al Governo affinché adotti, entro 6 mesi dalla data di entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive del d. lgs. n. 33/13 in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle Pubbliche Amministrazioni, nel rispetto, tra gli altri principi e criteri direttivi, del seguente criterio:

*"riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto di accesso, anche per via telematica, di chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, ai dati e ai documenti detenuti dalle P.A., salvi i casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento e nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati, al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche; semplificazione delle procedure di iscrizione negli elenchi dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori mediante l'unificazione o l'interconnessione delle banche-dati delle Amministrazioni centrali e periferiche competenti, e previsione di un Sistema di monitoraggio semestrale, finalizzato all'aggiornamento degli elenchi costituiti presso le Prefetture - Uffici territoriali del Governo; previsione di sanzioni a carico delle Amministrazioni che non ottemperano alle disposizioni normative in materia di accesso, di procedure di ricorso all'Autorità nazionale Anticorruzione in materia di accesso civico e in materia di accesso."*

È seguita l'emanazione del decreto delegato 97/16 recante "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”.

Con tale normativa il legislatore delegato non si è invero limitato ad apportare talune modifiche al d. lgs. 33/13, ma ha altresì introdotto ex novo un ulteriore istituto nominato anch'esso accesso civico, ma del tutto distinto dal precedente (accesso civico cd. "semplice") introdotto nel 2013.

Trattasi di una sorta di azione popolare ovvero un accesso civico cd. "generalizzato" - ispirato al freedom of information act (FOIA) - a mezzo del quale è riconosciuto a chiunque il diritto di accedere anche a quei dati e documenti in possesso della pubblica amministrazione per i quali non sussista obbligo alcuno di pubblicazione.

Infatti l'art. 6 del d.lgs. 97/16, nel "modificare" l'articolo 5 del d. lgs.33/13, dispone che *"chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis"*.

Ebbene, ferma la declinazione nell'articolo 5 bis dei suddetti limiti all'accesso civico cd. "generalizzato", proprio dalla medesima previsione e declinazione di limitazioni all'accesso deriva la necessità di accogliere anche in tale forma di accesso civico la categoria dei controinteressati e di sedimentare in un apposito procedimento le posizioni e dell'istante e dei controinteressati. Procedimento che ovviamente, nel rispetto dei principi generali che reggono l'attività amministrativa, deve chiudersi con un provvedimento espresso e motivato. Provvedimento conclusivo passibile di impugnativa e da parte degli istanti, se di diniego, e da parte dei controinteressati, se di accoglimento.

Evidenti le assonanze con il procedimento di accesso agli atti di cui al Capo V della legge 241/90.

In dettaglio per quanto concerne il nuovo istituto dell'accesso civico cd. "generalizzato" il legislatore delegato declina tutto ciò nei comma da 4 ad 11 del riformato articolo 5 del d. lgs. 33/13.

E così, ora, l'articolo 5 del riformato d. lgs. 33/2013 prevede i seguenti passaggi procedurali. In primo luogo, il cittadino deve presentare l'istanza di accesso alla pubblica amministrazione, inviandola anche per via telematica, per il tramite di uno dei seguenti uffici:

all'ufficio che detiene i dati, le informazioni o i documenti;

all'Ufficio relazioni con il pubblico;

ad altro ufficio indicato dall'Amministrazione nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale.

L'Amministrazione ha trenta giorni per fornire una risposta.

In primo luogo deve iniziare un'attività istruttoria volta ad accertare se vi siano dei controinteressati ovvero soggetti che potrebbero vedere pregiudicato il proprio diritto alla riservatezza dall'esercizio del diritto di accesso da parte del soggetto istante.

Se vi sono tali soggetti, ad essi deve essere data comunicazione dell'istanza, mediante invio di

copia dell'istanza, tramite raccomandata con avviso di ricevimento, o per via telematica per coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione.

Entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione, i controinteressati possono presentare, anche per via telematica, una motivata opposizione alla richiesta di accesso.

A decorrere dalla comunicazione ai controinteressati, il termine di conclusione dell'iter procedimentale è sospeso. Decorso tale termine, la pubblica amministrazione deve provvedere sulla richiesta, accertata la ricezione della comunicazione.

L'Amministrazione deve concludere il procedimento entro trenta giorni con un provvedimento espresso e motivato. La decisione assunta dall'Amministrazione ossia il provvedimento conclusivo del procedimento deve essere inviato sia al richiedente che agli eventuali controinteressati.

In caso di accoglimento dell'istanza l'amministrazione deve comunque, attendere almeno quindici giorni da quando ha informato i medesimi della decisione favorevole all'accoglimento dell'istanza. Il termine, si rende evidentemente necessario affinché i medesimi possano valutare la possibilità di fare opposizione.

Trascorso il termine di quindici giorni senza che l'interessato abbia fatto opposizione l'amministrazione provvede a trasmettere al richiedente i dati o i documenti richiesti.

L'Amministrazione può anche chiudere il procedimento con un provvedimento di diniego ovvero differire l'accesso. Tale decisione, sempre da comunicare tanto al richiedente che ai controinteressati, deve sempre essere motivata.

Nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine di trenta giorni, il richiedente può presentare richiesta di riesame al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il quale deve decidere con provvedimento motivato entro il termine di venti giorni.

In ogni caso, qualora l'accesso fosse stato negato o differito a tutela degli interessi dei privati, sorgendo in tale caso una questione rilevante sotto il profilo della privacy, il Responsabile della prevenzione è chiamato a consultare il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si deve pronunciare entro il termine di dieci giorni dalla richiesta. A decorrere dalla comunicazione al Garante, il termine per l'adozione del provvedimento da parte del Responsabile è sospeso, fino alla ricezione del parere del Garante e comunque per un periodo non superiore ai predetti dieci giorni.

Avverso la decisione dell'Amministrazione competente o, in caso di richiesta di riesame, avverso quella del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il richiedente può proporre ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale ai sensi dell'articolo 116 del Codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. Nel caso si tratti di atti delle amministrazioni delle regioni o degli enti locali, il richiedente può altresì presentare ricorso al Difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito, oppure, in assenza, può rivolgersi a quello competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore. Il difensore civico si pronuncia entro trenta giorni dalla presentazione del ricorso.

Anche il Difensore civico è chiamato a contattare il Garante se l'accesso è stato negato o

differito a tutela della riservatezza di terzi. Il Garante per la protezione dei dati personali si deve pronunciare entro il termine di dieci giorni dalla richiesta. A decorrere dalla comunicazione al Garante, il termine per la pronuncia del Difensore viene sospeso, fino alla ricezione del parere del Garante e comunque per un periodo non superiore ai predetti dieci giorni.

Se il Difensore civico ritiene illegittimo il diniego o il differimento, ne informa il richiedente e lo comunica all'amministrazione competente. Se questa non conferma il diniego o il differimento entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del Difensore civico, l'accesso è consentito. Qualora il richiedente l'accesso si sia rivolto al Difensore civico, il termine per il ricorso è sospeso e decorre dalla data di ricevimento, da parte del richiedente, dell'esito della sua istanza al Difensore civico.

Anche i controinteressati possono fare opposizione o proporre ricorso contro l'eventuale decisione dell'Amministrazione di accogliere la richiesta di accesso presentata dal soggetto istante. Tale opposizione si presenta con le stesse modalità, mediante istanza diretta al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza e con gli stessi passaggi procedurali ora illustrati.

Questa la articolata procedura da seguirsi.

Quasi superfluo rammentare come uno dei criteri direttivi di cui alla legge delega fosse la "semplificazione".

Peraltro in via incidentale si rileva che la introduzione ex novo dell'accesso civico cd. "generalizzato" ad opera del legislatore delegato, stante la natura ed i caratteri proprio dell'istituto anche per quanto concerne i risvolti processuali che lo assimilano ad una azione popolare, pone qualche dubbio di costituzionalità in merito alla possibilità che il legislatore delegato sia incorso in un eccesso di delega ([6]).

## **2. Un'area grigia nella sovrapposizione dei procedimenti**

Alla emanazione del d. lgs. 97/2016 ed alla conseguente riscrittura del d. lgs. 33/2013 in tema di accesso civico è quindi seguita, in ottemperanza al disposto di cui al sesto comma dell'articolo 5 bis ([7]), l'emanazione da parte dell'Autorità nazionale anticorruzione - d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 - delle Linee guida recanti indicazioni operative aventi ad oggetto la definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico a dati non oggetto di pubblicazione obbligatoria come, appunto, disciplinato dagli articoli 5 e 5 bis del decreto trasparenza (così delibera ANAC n. 1309 del 28.12.2016).

In primo luogo nelle linee guida si riscontra che la nuova tipologia di accesso (d'ora in avanti "accesso generalizzato"), delineata nel novellato art. 5, comma 2, del decreto trasparenza, si traduce, in estrema sintesi, in un diritto di accesso non condizionato dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti ed avente ad oggetto tutti i dati e i documenti e le informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli per i quali è stabilito un obbligo di pubblicazione ([8]).

L'Autorità sottolinea in particolare che a questa impostazione consegue, nel novellato decreto 33/2013, il rovesciamento della precedente prospettiva che comportava l'attivazione del diritto di accesso civico solo strumentalmente all'adempimento degli obblighi di pubblicazione. Ora invece è proprio la libertà di accedere ai dati e ai documenti, cui corrisponde una diversa versione dell'accesso civico, a divenire centrale nel nuovo sistema, in analogia agli ordinamenti aventi il Freedom of Information Act (FOIA), ove il diritto all'informazione è generalizzato e la regola generale è la trasparenza mentre la riservatezza e il segreto sono eccezioni.

Ancora nelle linee guida si riscontra che, in coerenza con il quadro normativo, il diritto di accesso civico "generalizzato" si configura - così come il diritto di accesso civico disciplinato dall'art. 5, comma 1, del decreto - come diritto a titolarità diffusa, potendo essere attivato da chiunque e non essendo sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente (così comma 3 art.5). A ciò si aggiunge l'ulteriore elemento, ossia che l'istanza non richiede motivazione. In altri termini, tale nuova tipologia di accesso civico risponde all'interesse dell'ordinamento di assicurare ai cittadini (*rectius*: a chiunque), indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridiche soggettive, un accesso a dati, documenti e informazioni detenute da pubbliche amministrazioni e dai soggetti indicati nell'art. art. 2 bis del d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016 ([9]).

Quanto alla distinzione fra accesso civico "generalizzato" e accesso civico "semplice", nelle linee guida si specifica che l'accesso "generalizzato" non sostituisce l'accesso civico "semplice" previsto dall'art. 5, comma 1, del decreto trasparenza, e disciplinato nel citato decreto già prima delle modifiche ad opera del d.lgs. 97/2016.

L'accesso civico "semplice" rimane circoscritto ai soli atti, documenti e informazioni oggetto di obblighi di pubblicazione e costituisce un rimedio alla mancata osservanza degli obblighi di pubblicazione imposti dalla legge, sovrapponendo al dovere di pubblicazione, il diritto del privato di accedere ai documenti, dati e informazioni interessati dall'inadempienza. Secondo le linee guida, dunque, i due diritti di accesso, pur accomunati dal diffuso riconoscimento in capo a chiunque, indipendentemente dalla titolarità di una situazione giuridica soggettiva connessa, sono destinati a muoversi su binari differenti, come si ricava anche dall'inciso inserito all'inizio del comma 5 dell'art. 5, "fatti salvi i casi di pubblicazione obbligatoria", nel quale viene disposta l'attivazione del contraddittorio in presenza di controinteressati per l'accesso "generalizzato".

L'accesso "generalizzato" si delinea come del tutto autonomo ed indipendente da presupposti obblighi di pubblicazione.

In particolare si legge nelle linee guida che l'accesso "generalizzato" è espressione, invece, di una libertà che incontra, quali unici limiti, da una parte, il rispetto della tutela degli interessi pubblici e privati indicati all'art. 5 bis, commi 1 e 2, e dall'altra, il rispetto delle norme che prevedono specifiche esclusioni (art. 5 bis, comma 3).

Le linee guida si soffermano quindi specificatamente sulla distinzione fra accesso "generalizzato" e accesso agli atti ex lege 241/1990, riscontrando che *"l'accesso "generalizzato" deve essere anche tenuto distinto dalla disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi di cui*

*agli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 (d'ora in poi "accesso documentale"). La finalità dell'accesso documentale ex l. 241/90 è, in effetti, ben differente da quella sottesa all'accesso generalizzato ed è quella di porre i soggetti interessati in grado di esercitare al meglio le facoltà - partecipative e/o oppositive e difensive - che l'ordinamento attribuisce loro a tutela delle posizioni giuridiche qualificate di cui sono titolari. Più precisamente, dal punto di vista soggettivo, ai fini dell'istanza di accesso ex lege 241 il richiedente deve dimostrare di essere titolare di un «interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso». Mentre la legge 241/90 esclude, inoltre, perentoriamente l'utilizzo del diritto di accesso ivi disciplinato al fine di sottoporre l'amministrazione a un controllo generalizzato, il diritto di accesso generalizzato, oltre che quello "semplice", è riconosciuto proprio "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".*

Dunque, l'Autorità riconosce espressamente che l'accesso agli atti di cui alla legge 241/90 continua a sussistere parallelamente all'accesso civico, generalizzato e semplice, operando sulla base di norme e presupposti diversi.

*Ed ancora le linee guida non mancano di riscontrare che "tenere ben distinte le due fattispecie è essenziale per calibrare i diversi interessi in gioco allorché si renda necessario un bilanciamento caso per caso tra tali interessi. Tale bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso 241 dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti) ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni. In sostanza, come già evidenziato, essendo l'ordinamento ormai decisamente improntato ad una netta preferenza per la trasparenza dell'attività amministrativa, la conoscibilità generalizzata degli atti diviene la regola, temperata solo dalla previsione di eccezioni poste a tutela di interessi (pubblici e privati) che possono essere lesi/pregiudicati dalla rivelazione di certe informazioni. Vi saranno dunque ipotesi residuali in cui sarà possibile, ove titolari di una situazione giuridica qualificata, accedere ad atti e documenti per i quali è invece negato l'accesso generalizzato."*

*Peraltro nelle medesime linee guida si legge altresì che "i dinieghi di accesso agli atti e documenti di cui alla legge 241/1990, se motivati con esigenze di "riservatezza" pubblica o privata devono essere considerati attentamente anche ai fini dell'accesso generalizzato, ove l'istanza relativa a quest'ultimo sia identica e presentata nel medesimo contesto temporale a quella dell'accesso ex l. 241/1990, indipendentemente dal soggetto che l'ha proposta. Si intende dire, cioè, che laddove l'amministrazione, con riferimento agli stessi dati, documenti e informazioni, abbia negato il diritto di accesso ex l. 241/1990, motivando nel merito, cioè con la necessità di tutelare un interesse pubblico o privato prevalente, e quindi nonostante l'esistenza di una posizione soggettiva legittimante ai sensi della 241/1990, per ragioni di coerenza sistematica e a garanzia di posizioni individuali specificamente riconosciute dall'ordinamento, si deve ritenere che le stesse esigenze di tutela dell'interesse pubblico o privato sussistano anche in presenza di una*

*richiesta di accesso generalizzato, anche presentata da altri soggetti. Tali esigenze dovranno essere comunque motivate in termini di pregiudizio concreto all'interesse in gioco. Per ragioni di coerenza sistematica, quando è stato concesso un accesso generalizzato non può essere negato, per i medesimi documenti e dati, un accesso documentale."*

Palese appare la sovrapposizione tra i due procedimenti, quello dell'accesso agli atti e quello dell'accesso civico "generalizzato", e si vorrebbe dire la non sostenibile osmosi che tra i medesimi dovrebbe porre in essere la pubblica amministrazione.

Ebbene, mentre nel d. lgs. emanato nel 2013 il nuovo istituto dell'accesso civico cd. "semplice" è stato introdotto dal legislatore delegato esclusivamente a tutela di chiunque richiedesse alla pubblica amministrazione il mero adempimento degli obblighi normativamente previsti di pubblicità di dati, informazioni e documenti, nel d. lgs. emanato nel 2016 viene introdotto sotto il medesimo *nomen* un istituto ulteriore e ben distinto ossia un diritto di accesso che prescinde da qualsivoglia obbligo di pubblicazione dei dati e documenti in capo alla pubblica amministrazione.

Va da sé che in tal caso di accesso civico cd. "generalizzato" la pubblica amministrazione non possa, invece, prescindere da operare una valutazione nel merito della compromissione dei diritti di soggetti terzi ovvero dei controinteressati che ne possa derivare, stante il non obbligo di pubblicità di quanto richiesto.

A riguardo giova sottolineare come, mentre nel disegno normativo della legge 241/90 la declinazione delle limitazioni all'accesso è rimessa alle fonti secondarie, nel d. lgs. 97/16 le limitazioni all'accesso civico "generalizzato" sono coperte da riserva di legge.

Ne deriva in capo alla pubblica amministrazione che riceve l'istanza di accesso "generalizzato" la necessità di operare un bilanciamento in concreto nell'ambito di apposito procedimento amministrativo delle "ragioni" dell'istante e delle opposte ragioni dei controinteressati; procedimento che deve concludersi in ogni caso con un provvedimento, sia esso tanto di accoglimento quanto di rigetto, espresso e motivato, esplicitando dunque la motivazione del provvedimento conclusivo il percorso del bilanciamento operato dall'amministrazione tra il diritto dell'istante ed i diritti dei controinteressati.

Il legislatore delegato del 2016 pur riconoscendo che il diritto di accesso civico "generalizzato" è soggetto a limitazioni, non ha ritenuto di dover qualificare l'interesse dell'istante che, pertanto, non è tenuto ad offrire motivazione alcuna della propria richiesta di accesso. In tal senso il legislatore pretende che il controllo diffuso sull'operato della pubblica amministrazione sia una sorta di motivazione definita *ex lege orga omnes* legittimante in radice ed in astratto l'accesso civico "generalizzato", ma se così fosse allora il dato o il documento dovrebbe essere passibile di pubblicazione ex art. 5 e soggetto all'accesso civico "semplice" e, dunque, senza limitazione di sorta.

Se invece limitazioni all'accesso civico "generalizzato" sussistono, così come è ai sensi dell'art. 5 bis, allora gli interessi ed i diritti che giustificano tali limitazioni vanno soppesati ovvero bilanciati in concreto sul piano soggettivo in rapporto agli interessi ed ai diritti che giustificano la richiesta di accesso, che pertanto deve essere motivata. Con il che a monte la richiesta di accesso deve essere motivata, esplicitando la relazione che deve sussistere tra la richiesta di

accesso e le situazioni giuridiche che l'istante ritiene connesse alla medesima.

Ed anzi così è - e a parere di chi scrive deve essere - per quelle limitazioni che l'articolo 5 bis contempla in quanto di matrice privatistica, diversamente invece per quelle di matrice pubblicistica ben può l'amministrazione stessa operare il bilanciamento tra interessi comunque pubblici sebbene contrapposti.

In altri termini l'articolo 5 bis contempla due categorie di limitazioni all'accesso civico generalizzato: limitazioni di matrice pubblicistica e limitazioni di matrice privatistica.

Infatti, recita l'articolo 5 bis che 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.

E che il medesimo 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.

Dunque in caso di sussistenza di limitazioni di matrice privatistica, poiché l'amministrazione deve operare un bilanciamento in concreto tra la posizione dell'istante e la posizione dei controinteressati che non devono subire pregiudizio alcuno, la pubblica amministrazione deve altresì poter conoscere le motivazioni poste alla base delle rispettive posizioni, motivazioni che vanno quindi da entrambi esplicitate.

E con ciò anche la posizione dell'istante diviene qualificata.

Ed anche il provvedimento conclusivo dell'amministrazione, sia esso di rigetto sia esso di accoglimento, deve a sua volta esplicitare nella motivazione il percorso logico che l'amministrazione ha seguito nell'operare il bilanciamento nel caso concreto tra le ragioni dell'istante e quelle dei controinteressati ([10]).

Questa la disciplina sostanziale, che poi verrà inevitabilmente a riflettersi anche sul fronte dell'eventuale tutela processuale delle medesime contrapposte posizioni.

In tal senso dunque ed inevitabilmente in ipotesi di sussistenza di limitazioni di matrice privatistica all'accesso civico cd. "generalizzato" viene a sussistere una sovrapposizione con il procedimento di accesso agli atti di cui alla legge 241/1990.

E di ciò ha iniziato a dare atto anche la giurisprudenza.



### **3. Spunti per una ricostruzione nelle prime pronunce del giudice amministrativo (CdS 385/2016 e TAR Campania 188/2016)**

Il giudice amministrativo si è ad oggi pronunciato due volte in merito al rapporto sussistente tra il diritto di accesso agli atti di cui alla legge 241/90 ed il diritto di accesso civico di cui al d. lgs. 33/2013.

Il Consiglio di Stato, Sezione IV, con sentenza 385, del 2 febbraio 2016, ha affrontato la problematica inerente l'ambito di applicabilità dell'accesso civico di cui al d. lgs. 33/2013 rispetto al diritto di accesso agli atti di cui all'art. 22 e seguenti della legge 241/1990, peraltro esclusivamente sotto il profilo della vigenza delle disposizioni.

In particolare il giudice d'appello è stato chiamato ad esaminare un ricorso ex art. 116 c.p.a., avverso il diniego di accesso agli atti ai sensi degli articoli 22 e seguenti della legge 241/1990. In primo luogo il Collegio ha ricostruito la normativa applicabile, individuando quali siano gli atti accessibili come conseguenza della presentazione del ricorso avverso il diniego di accesso agli atti della pubblica amministrazione.

Nel caso di specie il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'obbligo di pubblicazione degli atti di cui al d. lgs. 33/2013 valga esclusivamente con riferimento agli atti amministrativi oggetto di domanda di accesso formatisi successivamente alla sua entrata in vigore, di tal che per gli atti formatisi anteriormente - come sono quelli oggetto della domanda di cui al ricorso in esame - continua ad operare il principio sancito dalla legge 241 di divieto di controllo generalizzato del procedimento ([11]).

Pertanto per l'accesso agli atti non compresi nell'ambito di applicazione del d. lgs. 33/2013 permane la necessità di verificare la sussistenza di un interesse diretto attuale e concreto in capo al cittadino richiedente, continuando a trovare applicazione il dettato normativo dell'art. 22 e ss. della legge 241/1990.

Sotto diverso profilo si è invece pronunciato il TAR Campania con sentenza 188, del 14/01/2016, in merito alla sostanziale differenza tra gli istituti del diritto di accesso agli atti e del diritto di accesso civico.

In particolare il giudice di primo grado ha riscontrato che, pur essendo il rito ex art. 116 c.p.a. esperibile sia a tutela dell'accesso ai documenti amministrativi ex art. 22 della legge n. 241 cit., sia "per la tutela del diritto di accesso civico connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza", i due istituti sono tra loro diversi vista, in particolare, la differenza dei relativi presupposti.

Con il d.lgs. n. 33/2013, infatti, si è inteso procedere al riordino della disciplina volta ad assicurare a tutti i cittadini la più ampia accessibilità alle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di attuare il principio democratico, nonché i principi costituzionali di uguaglianza, imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, quale integrazione del diritto ad una buona amministrazione e per la realizzazione di un'amministrazione aperta al servizio del cittadino. Il tutto, con la pubblicazione obbligatoria di una serie di documenti nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni, con diritto di chiunque di accedere a tali siti direttamente ed immediatamente, senza autenticazione, né identificazione. Cosicché solo in

caso di omessa pubblicazione può essere esercitato, ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 33 cit., il cd. accesso civico, consistente in una richiesta (che non va motivata) di effettuare tale adempimento, con possibilità, nel caso di conclusiva inadempienza dell'obbligo in questione, di ricorrere al giudice amministrativo secondo le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 104/2010.

Diversamente l'accesso ai documenti amministrativi, disciplinato dagli artt. 22 e ss. della legge 241/1990, è relativo al diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di "documenti amministrativi", intendendosi per "interessati" i soggetti che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento a cui si rivolge l'accesso, cosicché in funzione di tale interesse l'istanza di accesso deve essere motivata.

Il Collegio sottolinea di essere ben consapevole del fatto che l'accesso civico è uno strumento che si aggiunge a quelli esistenti, senza eliderli, ma sovrapponendosi agli stessi.

Per gli atti compresi negli obblighi di pubblicazione di cui al d.lgs. 33/2013, quindi, potranno operare cumulativamente tanto il diritto di accesso 'classico' ex legge 241/1990 quanto il diritto di accesso civico ex d. lgs. 33/2013, mentre, per gli atti non rientranti in tali obblighi di pubblicazione, opererà, evidentemente, il solo diritto di accesso procedimentale classico di cui alla legge 241/1990 (cfr. in tal senso anche TAR Campania, VI Sezione, 5671/2014 del 05/11/2014).

Ciò nondimeno, è di tutta evidenza che, una volta esercitata la facoltà di avvalersi esclusivamente di uno degli istituti sopraindicati mediante la presentazione della relativa specifica istanza, non è possibile poi far valere, con la pretesa automaticità, le prerogative di tutela previste per l'altro procedimento, siccome giammai attivato dal soggetto interessato; ciò, anche in un'ottica di leale collaborazione tra le parti, dovendo l'istanza del soggetto interessato orientare, in termini di necessaria coerenza, il comportamento concretamente esigibile dall'amministrazione adita.

Invero, nel caso all'esame del Collegio *"difetta, in apice, una richiesta di accesso civico che, peraltro, sebbene connotata da estrema informalità, riflette, ai sensi della disciplina di settore, un contenuto tipizzato, di certo non fungibile con quello dell'istanza di accesso ordinaria, siccome volta a promuovere - per finalità e muovendo da presupposti di legittimazione diversi - i seguenti adempimenti a carico dell'Amministrazione: procede alla pubblicazione nel sito del documento, dell'informazione o del dato richiesto e lo trasmette contestualmente al richiedente, ovvero comunica al medesimo l'avvenuta pubblicazione, indicando il collegamento ipertestuale a quanto richiesto. Se il documento, l'informazione o il dato richiesti risultano già pubblicati nel rispetto della normativa vigente, l'amministrazione indica al richiedente il relativo collegamento ipertestuale"*.

Dunque in sintesi, secondo il TAR Campania la mancata attivazione del procedimento in argomento ossia dell'accesso civico, a mezzo di presentazione di apposita istanza, priva il ricorso proposto ai sensi del combinato disposto dell'articolo 116 del codice del processo amministrativo e dell'articolo 5 del d. lgs. 33 del 2013 della relativa causa petendi. Dunque, il TAR Campania ritiene il diritto di accesso civico condizione dell'azione per il ricorso ex art. 116

c.p.a.

Trattasi senza dubbio di una soluzione della problematica del tutto processuale ([12]). In conclusione si ritiene che la contestuale vigenza e del diritto di accesso agli atti, come disciplinato dalla legge 241/1990, e del diritto di accesso civico cd. "generalizzato", come disciplinato dal d. lgs. 33/2013, venga a creare una inevitabile sovrapposizione dei *procedimenti* che la pubblica amministrazione destinataria delle istanze di accesso è tenuta ad aprire onde emanare il (motivato) provvedimento finale sia esso di accoglimento o rigetto. Di tal che la pubblica amministrazione dovrà sviluppare una appropriata fase istruttoria, governata - lo si sottolinea - dalla legge sul procedimento amministrativo, laddove, a fronte di un'istanza di accesso civico "generalizzato", sussista nel caso concreto una casistica relativa alle limitazioni di matrice privatistica che l'art. 5 bis del d. lgs. 33/2013 impone alla pubblica amministrazione di recepire, valutando se venga a sussistere in capo ai controinteressati un "pregiudizio concreto" alla tutela di uno degli interessi privati declinati nell'articolo 5 bis medesimo.

Infatti, in primis, la pubblica amministrazione, individuati ed informati i controinteressati dell'istanza ricevuta, potrà altresì attivare in fase istruttoria un "dialogo collaborativo" con l'istante (cfr. Circolare ministeriale, n. 2/2017 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione - Dipartimento per la funzione pubblica riportata supra in nota 10) finalizzato a raccogliere gli elementi istruttori necessari per bilanciare le posizioni e dell'istante e dei controinteressati, il che non potrà che avvenire "qualificando" in sede procedimentale la posizione dell'istante.

In altri e più chiari termini si ritiene che anche il procedimento che ex d. lgs. 33/2013 la pubblica amministrazione è tenuta ad avviare ed altresì a concludere a fronte della presentazione di una istanza di accesso civico "generalizzato", nell'ipotesi di sussistenza di limitazioni di matrice privatistica al medesimo come declinate ex art. 5 bis, sia governato dalla legge generale sul procedimento amministrativo e dunque richieda alla pubblica amministrazione di raccogliere in sede istruttoria tutti gli elementi necessari per operare il bilanciamento tra le due posizioni giuridiche dell'istante e dei controinteressati. Con il che di necessità all'istante in fase istruttoria potrà essere chiesto di declinare le ragioni che nel caso concreto sottendono la richiesta onde bilanciare le medesime con le eventuali contrapposte ragioni dei controinteressati. E così anche il provvedimento finale nella motivazione dovrà dare atto del bilanciamento operato nel caso concreto tra la posizione dell'istante e quella dei controinteressati, soppesando le rispettive posizioni giuridiche.

E del resto se così non fosse, allora più semplicemente quanto oggetto della richiesta di accesso civico "generalizzato" dovrebbe essere ex lege o accessibile senza limitazione di sorta e dunque pubblicabile e oggetto, al più, di accesso civico "semplice" ovvero oggetto di una delle eccezioni (assolute) all'accesso civico di cui al d. lgs. 13/33.

---

**[11]** In particolare la legge 241 è stata oggetto di una profonda revisione nel 2005 ad opera della legge 15, recante "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1999, n. 241,

concernenti norme generali sul l'azione amministrativa", cui sono seguite modifiche sul piano processuale ad opera della legge 205/2000 "Disposizioni in materia di giustizia amministrativa" ed infine un mero recepimento del rito speciale dell'accesso nel nuovo codice del processo amministrativo emanato nel 2010.

**([2])** Cfr., tra le altre, TAR Veneto, III, 2395/2003.

**([3])** Cfr., tra le altre, CdS, IV, 3825/2002.

**([4])** Cfr., per tutte, CdS, Ad. Pl. 4/1999 e CdS, VI, 4152/2002.

**([5])** Quanto, poi, alla disciplina dei casi di esclusione va rilevato come il legislatore confermi il triplice livello delle fonti, consistenti nella legge 241, come riformata, nel regolamento governativo e nei regolamenti delle singole amministrazioni, ma ricostruisca in maniera più chiara i rapporti tra le medesime. Infatti, solo l'adozione del nuovo regolamento governativo renderà efficaci le nuove norme sulla casistica di esclusione dell'accesso, e ciò in quanto entrambi tali fonti innovano la casistica medesima, mentre l'eventuale adozione (rectius: modificazione) dei regolamenti da parte delle singole pubbliche amministrazioni non incide sull'efficacia delle due fonti di matrice statale, in quanto tali regolamenti non sono in grado di innovare la casistica di esclusione, ma solo di individuare le categorie di documenti sottratti all'accesso.

Senonchè il D.P.R. 184/2006 è venuto a sostituire e dunque ad abrogare il D.P.R. 352/1992, ma non per quanto attiene all'articolo 8 dedicato alla disciplina dei casi di esclusione.

In dettaglio, giova rammentare che tale articolo dispone:

*"1. Le singole amministrazioni provvedono all'emanazione dei regolamenti di cui all'art. 24, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, con l'osservanza dei criteri fissati nel presente articolo.*

*2. I documenti non possono essere sottratti all'accesso se non quando essi siano suscettibili di recare un pregiudizio concreto agli interessi indicati nell'art. 24 della legge 7 agosto 1990, n. 241. I documenti contenenti informazioni connesse a tali interessi sono considerati segreti solo nell'ambito e nei limiti di tale connessione. A tale fine, le amministrazioni fissano, per ogni categoria di documenti, anche l'eventuale periodo di tempo per il quale essi sono sottratti all'accesso.*

*3. In ogni caso i documenti non possono essere sottratti all'accesso ove sia sufficiente far ricorso al potere di differimento.*

*4. Le categorie di cui all'art. 24, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, riguardano tipologie di atti individuati con criteri di omogeneità indipendentemente dalla loro denominazione specifica.*

*5. Nell'ambito dei criteri di cui ai commi 2, 3 e 4, i documenti amministrativi possono essere sottratti all'accesso:*

*a) quando, al di fuori delle ipotesi disciplinate dall'art. 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, dalla loro divulgazione possa derivare una lesione, specifica e individuata, alla sicurezza e alla difesa nazionale, nonché all'esercizio della sovranità nazionale e alla continuità e alla correttezza delle*

*relazioni internazionali, con particolare riferimento alle ipotesi previste nei trattati e nelle relative leggi di attuazione;*

*b) quando possa arrecarsi pregiudizio ai processi di formazione, di determinazione e di attuazione della politica monetaria e valutaria;*

*c) quando i documenti riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, nonché all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini;*

*d) quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, di persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono. Deve comunque essere garantita ai richiedenti la visione degli atti dei procedimenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro stessi interessi giuridici."*

Oltre alle novità di cui alla lettera d) si segnala la previsione di esclusione per i procedimenti tributari, ferme le norme di settore, in luogo dei meri atti preparatori dei medesimi, e, nell'ambito dei procedimenti selettivi, la specificità dell'esclusione dei documenti contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relative a terzi, specificità che, dunque, sottrae alla radice tale casistica dal bilanciamento di cui all'art.60 d. lgs. 196/2003.

**([6])** Lo schema di decreto legislativo recante "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" è stato come dovuto oggetto di parere del Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, nella Adunanza di Sezione del 18 febbraio 2016, numero affare 00343/2016.

Ebbene il Consiglio di Stato dopo aver sottolineato l'importanza di una riforma dell'amministrazione "nel suo complesso" quale quella di cui alla cd. Riforma Madia, con strumenti nuovi ed aver altresì sottolineato l'impatto 'concreto' degli interventi riformatori sul comportamento dei cittadini, sulle imprese, sull'economia, evidenzia che non basta una "buona legge" di riforma, in quanto ha importanza cruciale una solida fase di implementazione, anche dopo l'approvazione dei decreti attuativi.

Il Consiglio di Stato si sofferma poi sul valore particolare della trasparenza, oggetto dello schema di decreto legislativo in esame.

Si descrive l'importanza storica del passaggio da un regime sinora fondato sull'accesso dei soggetti legittimati e sull'obbligo di pubblicazione a un regime nuovo di *freedom of information*, che consente a chiunque - non più, quindi, solo a chi abbia una particolare situazione legittimante - la piena conoscenza degli atti amministrativi (cd. *full disclosure*), con il rinnovato istituto dell'accesso civico.

In particolare, ad avviso del Consiglio di Stato, la trasparenza:

- è un valore democratico che va anche oltre il suo indubbio rilievo a fini di anticorruzione, poiché si pone come il giusto punto di equilibrio tra le esigenze di garanzia e di efficienza, in attuazione del diritto fondamentale alla piena partecipazione del cittadino alla vita istituzionale di cui all'art. 2 Cost.;
- deve essere sempre perseguita – a parità di intensità – nel modo ‘meno oneroso’, evitando la costituzione di una ‘burocrazia della trasparenza’ che si sovrappone a quella ordinaria con effetti opposti a quelli desiderati;
- deve avere riguardo alle esigenze della *privacy*, anch'essa protetta dall'ordinamento;
- deve essere affermata in modo chiaro dalla normativa.

Il decreto del governo si muove, quindi, nella giusta direzione, ma può essere ulteriormente rafforzato con una serie di osservazioni che il Consiglio di Stato non manca di fornire.

In primo luogo il Consiglio di Stato richiede al Governo di modificare lo schema assicurando una più ampia *disclosure* a una serie di dati e di documenti, allo stato non espressamente previsti. In particolare, si chiede che vengano resi chiaramente ostensibili quelli su: le spese sostenute dalle amministrazioni pubbliche, i tempi di pagamento da parte delle amministrazioni, le risorse assegnate ai singoli uffici pubblici. Inoltre, si chiede di evitare di imporre sempre di “indicare chiaramente” i dati richiesti, che talvolta possono non essere chiaramente noti al cittadino prima dell'accesso.

Si garantisce, così, un più ampio soddisfacimento dell'esigenza di partecipazione e conoscenza dei cittadini al funzionamento delle amministrazioni e una attuazione più completa della legge delega.

In relazione poi al fatto che lo schema del Governo prevede un meccanismo di silenzio-rigetto dopo 30 giorni dalla richiesta di accesso civico, il Consiglio di Stato rileva la criticità di tale meccanismo, che deresponsabilizza gli amministratori e ostacola immotivatamente la partecipazione alla vita pubblica.

Si chiede di inserire un obbligo di motivazione del rigetto, che possa essere poi valutato dal giudice in sede di eventuale contenzioso, analogamente a quanto già oggi previsto per l'accesso ai sensi della legge n. 241 del 1990.

Inoltre si ritiene che i casi di esclusione dall'accesso civico siano indicati troppo genericamente. Il rischio è quello di una ampia discrezionalità nel negare l'accesso civico, estendendo di fatto le eccezioni alla full disclosure.

Si suggerisce l'adozione di linee-guida che chiariscano, definiscano e delimitino più puntualmente casi di esclusione.

In relazione al fatto che la proposta del Governo prevede fino a tre distinti soggetti responsabili per la trasparenza nell'ambito di ciascuna amministrazione si suggerisce di unificare tali figure in un unico “desk telematico per la trasparenza”. Si consiglia poi la completa digitalizzazione delle istanze (salvi casi eccezionali di richiesta cartacea) consente, altresì, di eliminare i costi di copia per il cittadino, previsti dallo schema.

Il Consiglio di Stato chiede inoltre di incrementare le garanzie per i controinteressati titolari del

diritto di privacy, in quanto la trasparenza non può avvenire a scapito dei legittimi diritti di *privacy*.

Si chiede espressamente che i controinteressati alla richiesta di accesso civico, in quanto titolari

di dati personali oggetto di tutela, possano avere 10 giorni 'effettivi' per controdedurre, sospendendo quindi il decorso del termine di 30 giorni per la risposta dell'amministrazione. Infine si rileva che non appare chiara la eliminazione dell'obbligo di archiviazione dei documenti al termine dei 5 anni previsti per la pubblicazione. Si suggerisce di prevedere comunque forme di archiviazione telematica di tali dati.

Da ultimo, rilevato che per quanto concerne gli enti locali si prevede che sia la Giunta ad approvare il piano triennale per la prevenzione della corruzione, si riscontra che non vi è analoga previsione per le amministrazioni statali in relazione all'atto di adozione e si chiede che tale lacuna venga colmata indicando più chiaramente la titolarità dell'indirizzo politico sulla trasparenza.

Ebbene la maggior parte dei rilievi del Consiglio di Stato sono stati recepiti nel d.lgs. 97/2016.

**([7])** Recita infatti l'art. 5 bis del d. lgs. 97/16:

*"Art. 5-bis. Esclusioni e limiti all'accesso civico"*

*"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.*

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

*4. Restano fermi gli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente. Se i limiti di cui ai commi 1 e 2 riguardano soltanto alcuni dati o alcune parti del documento richiesto, deve essere consentito l'accesso agli altri dati o alle altre parti.*

*5. I limiti di cui ai commi 1 e 2 si applicano unicamente per il periodo nel quale la protezione è*

*giustificata in relazione alla natura del dato. L'accesso civico non può essere negato ove, per la tutela degli interessi di cui ai commi 1 e 2, sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento. 6. Ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui al presente articolo, l'Autorità nazionale anticorruzione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, adotta linee guida recanti indicazioni operative."*

**([8])** In particolare nelle linee guida è dato leggere che la ratio della riforma risiede nella dichiarata 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 (ex art. 5, comma 2 del decreto trasparenza). Ciò in attuazione del principio di trasparenza che il novellato articolo 1, comma 1, del decreto trasparenza ridefinisce come accessibilità totale dei dati e dei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni non più solo finalizzata a favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, ma soprattutto come strumento di tutela dei diritti dei cittadini e di promozione della partecipazione degli interessati all'attività amministrativa. L'intento del legislatore è ancor più valorizzato in considerazione di quanto già previsto nel comma 2 dell'art. 1 del decreto trasparenza secondo cui la trasparenza è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, e integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino. La trasparenza diviene, quindi, principio cardine e fondamentale dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e dei loro rapporti con i cittadini.

**([9])** Per quanto sopra evidenziato, con le linee guida si ritiene che i principi delineati debbano fungere da canone interpretativo in sede di applicazione della disciplina dell'accesso generalizzato da parte delle amministrazioni e degli altri soggetti obbligati, avendo il legislatore posto la trasparenza e l'accessibilità come la regola rispetto alla quale i limiti e le esclusioni previste dall'art. 5 bis del d.lgs. 33/2013, rappresentano eccezioni e come tali da interpretarsi restrittivamente.

**([10])** Interessanti spunti sulla disciplina dell'accesso "generalizzato" derivano altresì dalla Circolare ministeriale, n. 2/2017 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione - Dipartimento per la funzione pubblica - relativa all'attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA). In particolare la Circolare fornisce alcune indicazioni circa l'approccio che la pubblica amministrazione deve riservare all'applicazione della nuova fattispecie disciplinata al comma 2, dell'articolo 5 del decreto legislativo trasparenza (decreto legislativo 33/2013) come modificato dal decreto legislativo 97/2016 ed aggiuntiva rispetto all'accesso civico semplice.

Per quanto più interessa la Circolare riscontra che la norma individua una autentica obbligazione di risultato (e non di mezzi) imponendo l'erogazione di un servizio conoscitivo,



che consiste nel condividere con la collettività il proprio patrimonio di informazioni secondo le modalità indicate dalla legge. E' un obbligo di risultato in quanto l'ente interessato dalla richiesta e gli stessi dipendenti sono tenuti ad impegnarsi per facilitare l'esercizio del diritto, capovolgendo la formale istruttoria che costituisce la spina dorsale del procedimento per giungere al provvedimento espresso.

A riguardo la circolare introduce una nuova modalità istruttoria: il "dialogo cooperativo" con l'istante.

Si legge infatti nella Circolare che: "La soddisfazione dell'obbligazione (l'erogazione di "un servizio conoscitivo") e, più in generale, la soddisfazione delle finalità di partecipazione proprie del c.d. modello FOIA, esige che le amministrazioni si adoperino evitando atteggiamenti ostruzionistici. Nel trattare una richiesta, si impone in pratica un nuovo approccio istruttorio da parte del responsabile del procedimento (o se si preferisce si assiste ad una evoluzione dei compiti estremamente formali previsti nella legge 241/90 (art. 6)). In particolare sarebbe necessario, secondo quanto si legge nella circolare, che l'amministrazione (in realtà il responsabile del procedimento incaricato) instauri un "dialogo cooperativo" con il richiedente. In questo senso, il soggetto competente, o l'individuato responsabile del procedimento, è tenuto pertanto a comunicare con il richiedente, tempestivamente, subito dopo la presentazione della domanda, al fine di: rilasciare una ricevuta che attesti l'avvenuta presentazione della richiesta e indichi il numero di protocollo assegnato e il termine entro il quale l'amministrazione è tenuta a rispondere; chiedere eventuali chiarimenti circa l'oggetto della richiesta o, in caso di manifesta irragionevolezza, una sua ridefinizione; confermare che l'invio dei dati o documenti richiesti avverrà in formato digitale, salvo che una diversa modalità di trasmissione sia stata indicata dal richiedente e non risulti eccessivamente onerosa per l'amministrazione; indicare gli eventuali costi di riproduzione derivanti dalle diverse modalità di accesso, nel rispetto del criterio di effettività indicato dall'art. 5, c. 4, d.lgs. n. 33/2013. Da notare che attraverso il dialogo cooperativo il responsabile interessato dovrebbe "chiedere a chi formula la richiesta di identificarsi, nel caso in cui non lo abbia fatto". Ora, è chiaro che questo può accadere solo se il soggetto istante si presenta personalmente presso gli uffici per consegnare la richiesta e nella stessa non abbia indicato il proprio nome/cognome o altri riferimenti che lo rendano identificabile. In ogni caso, sembra abbastanza evidente il superamento dell'approccio istruttorio della legge 241/90- che per forza deve essere di tipo più formale - declinato in tema di procedimento laddove, tra gli altri, il responsabile del procedimento (lett. a) comma 1, art. 6 della legge 241/90) è tenuto a valutare "ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione di provvedimento" o altri aspetti formali.

**([11])** Di diverso avviso TAR Campania, VI Sezione, sentenza 5671 del 05/11/2014, mentre conforme Consiglio di Stato, Sez. VI, Sentenza 5515 del 20/11/2013.

([12]) Peraltro ed in via del tutto incidentale si riscontra come la tutela delle posizioni giuridiche relative all'accesso civico, comunque declinate tanto nella fattispecie "semplice"

quanto in quella "generalizzata", sia rimessa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, così sottendendo che le posizioni giuridiche interessate possano essere tanto diritti quanto interessi legittimi.