

L'actio finium regundorum in materia di accesso ai documenti della Pubblica Amministrazione

*Michelangelo Strazzeri**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il rapporto tra accesso civico e documentale ante FOIA - 3. Verso il nuovo concetto di trasparenza amministrativa: una chiave di lettura del diritto di accesso civico - 4. L'inquadramento del diritto di accesso civico - 5. La situazione post FOIA: la "profondità" della trasparenza condizionata.

1. Premessa.

Il percorso di riforma avviato negli ultimi anni sul tema della trasparenza amministrativa, dapprima con l'approvazione del D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 e poi con la Legge Madia del 7 agosto 2015, n. 124 e il D.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, ha operato una profonda trasformazione degli istituti giuridici volti a garantire una conoscenza diffusa dell'operato delle pubbliche amministrazioni, con l'obiettivo primario di un riordino e di una complessiva semplificazione della disciplina riguardante il diritto di accesso e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni.

Di fronte alla crescente attenzione e preoccupazione dell'opinione pubblica verso i fenomeni dilaganti d'illegalità e corruzione nelle istituzioni pubbliche, il legislatore italiano, anche nel tentativo d'introdurre un nuovo sistema di controllo e standard più elevati di pubblicità, ha offerto una risposta ispirata ai modelli normativi più maturi della tradizione anglosassone.

Un merito della riforma Madia è stato quello di aver affrontato il tema della trasparenza nell'ambito della più generale riforma della pubblica amministrazione anzi che dar luogo all'ennesima, sistematicamente inapprezzabile, novella parcellizzata che non avrebbe affatto colto l'esigenza collettiva di riorganizzazione dei rapporti tra lo Stato e il cittadino (1).

(*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato (con l'avv. St. Maria Gabriella Mangia).

(1) Sul punto, il parere reso dal Consiglio di Stato, Sez. Consultiva per gli Atti Normativi, del 24 febbraio 2016, n. 00515, ha evidenziato che *"Una delle caratteristiche più interessanti del disegno riformatore è quella di affrontare la riforma dell'amministrazione pubblica come un tema unitario, anche se poi gli interventi si ripartiscono necessariamente nei singoli settori. Tale approccio appare innovativo rispetto al recente passato e prende spunto dai più importanti interventi riformatori di inizio e fine anni '90 del secolo scorso. È stato correttamente segnalato che l'intervento mira a reagire a un diffuso modo di intendere il proprio ruolo da parte di molte pubbliche amministrazioni: un'idea di separazione di ciascuna amministrazione rispetto alle altre, con conseguente indifferenza per gli interessi curati dalle altre, se non la contrapposizione o la competizione. Si perde, così, il dovere per la parte pubblica di considerare le istanze, gli interessi e i diritti dei cittadini in modo unitario, seppure a diversi apparati amministrativi siano affidate distinte competenze: si vanifica, in altri termini, l'esigenza di presentarsi al cittadino con una voce sola, coerente nel tempo"* (punto: 1.1).

Tuttavia, il trapianto dei modelli normativi stranieri sortisce effetti diversi in corrispondenza a quei presupposti sociali e culturali che contraddistinguono il popolo al quale sono applicati.

Nel caso italiano, la riforma che secondo il Governo avrebbe introdotto nel nostro ordinamento il *Freedom of Information Act* (Foia) statunitense, purtroppo, si scontra con la cultura della segretezza di chi gestisce gli apparati pubblici, la quale rischia di svuotare la portata significativa delle nuove norme e dar luogo ad un'interpretazione locale e disomogenea dei medesimi precetti giuridici (2).

Secondo una nota metafora di Filippo Turati, la pubblica amministrazione dovrebbe essere una *"casa di vetro"* affinché tutto ciò che sta all'interno sia sempre e costantemente visibile.

Tale obiettivo programmatico però è ostacolato dalla parete culturale del segreto che tutt'ora impedisce ai nobili *"muratori del diritto"* di sostituire in quella casa le mura di cemento con vetri della trasparenza.

Così, in mancanza di una seria sensibilizzazione della dirigenza pubblica sul rinnovato rapporto con i cittadini, nonché in assenza di un aumento delle risorse destinate a finanziare la realizzazione di sistemi efficienti d'informazione pubblica, l'indirizzo politico sulla trasparenza rischia di non essere attuato e di lasciar persistere quel malcontento generalizzato della collettività sull'esigenza di un maggiore controllo dell'azione amministrativa e dell'utilizzo corretto delle risorse pubbliche.

La pubblicità, si tenga presente, è un corollario indefettibile del principio di democrazia che contribuisce alla diffusione d'informazioni politicamente rilevanti e stimola il dibattito pubblico, condizionando ampiamente l'esercizio del voto e mirando ad evitare che il processo democratico scada in forme olocratiche di potere.

L'ignoranza e il disinteressamento collettivo, ben si sa, rispondono alle esigenze di stabilità d'ogni potere e quest'ultimo, a volte, non solo si giova, ma anche fomenta il muro dell'opacità per coprire inefficienze ed errori, oltre che, nei casi più gravi, le illegalità nella gestione della cosa pubblica.

Nasce così un circolo vizioso in cui l'occultamento delle informazioni si fa tanto più ampio quanto più si diffonde la corruzione e il malaffare all'interno delle istituzioni.

(2) A tal proposito è interessante l'opinione di G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, *Federalismi.it*, n. 1/2017, p. 18, secondo cui *"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 ad una 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"*.

Al di là di tali considerazioni, più in generale, la diffidenza della burocrazia verso la visibilità pubblica del suo operato è un'eredità culturale del segreto d'ufficio (3) e fa parte della storia della pubblica amministrazione italiana.

In un certo senso, potrebbe dirsi che la previsione normativa del segreto ha radicato un "sentimento di appartenenza" della funzione pubblica nell'impiego civile dello Stato. E ciò sulla scorta della retriva riflessione secondo cui la conoscenza e la partecipazione del cittadino non possono avere altro risvolto se non quello di prestare il fianco a critiche sull'esercizio del potere pubblico, recando pregiudizio alla credibilità e alla legittimazione delle istituzioni.

Di certo, una siffatta chiusura non è confacente al modello occidentale di democrazia liberale che persegue gli scopi di *accountability*, *partecipacion* e *legittimacy*.

La rinnovata concezione della trasparenza, come si vedrà, interpreta la visibilità del potere e la pubblica comprensione del suo esercizio come il migliore strumento di legittimazione democratica del potere medesimo.

Sul versante opposto, comunque, va evidenziato che i sistemi liberali non riconoscono il diritto individuale d'essere informato d'ogni cosa, anche di ciò che genera e diffonde confusione e disorientamento a scapito dell'ordine pubblico e della solidità degli apparati dello Stato.

Quando si parlerà di trasparenza, almeno in questa sede, non si intenderà affatto una *total disclosure* di tutto ciò che è noto alle pubbliche amministrazioni.

L'informazione deve infatti illuminare e non accecare quanti siano interessati alla cosa pubblica. Se essa fosse assoluta ed illimitata - o meglio: incontrollata - sarebbe l'origine di turbamento nei singoli e di sentimenti sovversivi nella società.

Per evitare tali ripercussioni negative è opportuno che vengano definiti in modo chiaro e preciso i confini della trasparenza, ovvero quegli interessi protetti che devono essere, in tutto o in parte, preferiti all'esigenza di pubblicità delle informazioni, dei dati e dei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni.

In realtà, la difficoltà di prevedere in astratto quali categorie d'informazioni possono animare tensioni individuali o suscitare agitazioni collettive costituisce un'altra premessa storica italiana - o più propriamente dell'Europa continentale *civil law* - che ha favorito l'atteggiamento prudente della segretezza nella gestione dei poteri dello Stato, piuttosto che un regime normativamente organizzato di trasparenza.

(3) Il segreto d'ufficio è stato per lungo tempo vigente, sin dagli albori della Repubblica Italiana, a partire dall'art. 15 del d.p.r. n. 3/1957, mentre il diritto di accesso si è affermato solo con la legge n. 241/1990. Dal punto di vista storico, invece, le prime civiltà trasparenti sono state le aree scandinave (in Finlandia nel 1951, in Norvegia e Danimarca nel 1970), e poi, sul modello del FOIA statunitense del 1966, i Paesi di cultura anglosassone (Canada, Australia e Nuova Zelanda).

Norberto Bobbio sosteneva che *“la trasparenza del potere è la più grave e più rovinosa tra le promesse non mantenute dalla democrazia”*.

Invero, però, l’odierno ordinamento italiano si presenta molto più maturo rispetto al passato e capace di soddisfare, almeno in astratto, l’esigenza conoscitiva dei consociati.

La soluzione, pertanto, è rimessa ai destinatari dei precetti normativi del Foia italiano e va individuata nella condizione che venga abbandonato ogni approccio giuridico tradizionalista in favore di una lettura orientata ai principi costituzionali ed euro-unitari, in particolare, ai canoni di leale collaborazione, imparzialità e buon andamento, altresì privilegiando quell’ottica che considera la legge come una lente rispetto alla luce: filtro che delle cose dà contezza e discernimento.

2. Il rapporto tra accesso civico e documentale ante FOIA.

Al fine di comprendere la natura e lo scopo del recente istituto dell’accesso civico, pare opportuno premettere brevi cenni sulla radice normativa che costituisce lo sfondo sul quale sono state inserite le novità legislative in tema di trasparenza.

Urge infatti un’analisi d’insieme che tenga conto della sistemazione temporale delle riforme e dell’evoluzione del concetto di trasparenza, poiché, in effetti, nell’ordinamento vigente convivono istituti, alcuni recenti ed altri più risalenti, che prevedono presupposti diversi per l’accesso alle informazioni detenute dalla pubblica amministrazione e che hanno destato confusione interpretativa a causa della sovrapposizione dei rispettivi ambiti di applicazione (4).

Andando con ordine, il nostro Paese, nel solco del modello continentale *civil law*, ha introdotto il diritto di accesso c.d. “documentale” con la legge n. 241/1990, ancora in vigore.

Tale diritto è anzitutto “procedimentale” poiché riconosciuto al privato per meglio tutelare le proprie ragioni, in chiave partecipativa e/o difensiva, attraverso la cognizione degli atti acquisiti al procedimento che lo riguardano. D’altra parte, poi, è anche un diritto autonomo, non procedimentale, volto a promuovere l’imparzialità ed accrescere la trasparenza dell’attività amministrativa.

Quanto alla sfera di legittimazione soggettiva, ai sensi dell’art. 22, co. 1, lett. b), della predetta legge, il diritto di accesso documentale non è libero ed incondizionato, ma riservato ai soli portatori di un *“interesse diretto, concreto ed attuale, riconducibile ad una posizione giuridica tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l’accesso”*.

(4) A tal riguardo, è interessante la metafora di S. VILLAMENA, in *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *Federalismi.it*, n. 23/2016, p. 2., che paragona la riforma sulla trasparenza ad un *“sasso lanciato sullo stagno”* poiché essa si inserisce in un contesto normativo preesistente ed ancora vigente, nei cui confronti non può che produrre effetti rilevanti.

In altri termini, l'impostazione seguita dalla legge n. 241/1990 evidenzia la "strumentalità" del diritto d'accesso alla protezione di un bene della vita che non è la conoscenza in sé, non bastando un mero interesse di fatto o una semplice curiosità d'informazione, bensì una situazione giuridica individuale meritevole di tutela (5).

Un tale regime normativo presenta la peculiarità di subordinare l'accesso all'idonea rappresentazione della situazione individuale d'interesse qualificato, che pertanto il soggetto interessato è chiamato a dimostrare mediante l'assolvimento dell'obbligo di motivazione dell'istanza previsto dalla stessa legge.

A tal proposito, è importante sottolineare che la motivazione non si configura quale mero requisito formale, ma acquista valenza sostanziale poiché, essendo collegata alla necessità di un'indagine conoscitiva dell'interesse privato, esprime quel potere di convincimento tanto più importante quanto più la valutazione di detto interesse si presta a margini ampi di apprezzamento e discrezionalità amministrativa.

Quanto sopra esposto mostra una radice normativa e culturale che ha sostenuto una trasparenza "condizionata" alla tutela d'interessi individuali ed ha mantenuto ferma la segretezza di tutto quanto non potesse dirsi "soggettivamente rilevante".

Si tratta quindi di un indirizzo antitetico al valore puramente pubblicistico della trasparenza, inteso quale *favor* per la diffusione delle conoscenze idonee a consentire un controllo esteso e diffuso sulla legalità dell'azione amministrativa (6).

Tutto ciò premesso, i primi passi verso la nascita di un modello normativo a favore di un rinnovato concetto di trasparenza vanno individuati dapprima nel settore ambientale (7), e poi, con riguardo agli altri settori, a partire dall'entrata in vigore del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (noto come: "decreto trasparenza"), il quale, in particolare, si è caratterizzato per la presenza di due paradigmi di riferimento (c.d. "sistema doppio binario"), strettamente correlati tra loro: i doveri di pubblicazione attiva della pubblica amministra-

(5) Così, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 14 settembre 2017, n. 4346: "*Il diritto all'accesso documentale - pur essendo finalizzato ad assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa ed a favorirne lo svolgimento imparziale - non si configura come un'azione popolare, esercitabile da chiunque, indipendentemente da una posizione giuridicamente differenziata*".

Inoltre, l'evoluzione giurisprudenziale ha chiarito e riempito i contenuti del diritto di accesso documentale, affermando che l'interesse sotteso all'accesso, oltre che differenziato, dev'essere altresì: serio, personale, tangibile e non emulativo (*ex multis*: sent. CdS, Sez. VI, 30 settembre 1998, n. 1344; sent. CdS, Ad. Plen., 24 aprile 2012, n. 7; sent. CdS, Sez. V, n. 5873/2004).

(6) Ciò peraltro è confermato dall'art. 24, co. 3, della legge n. 241/1990, che sancisce l'inammissibilità delle richieste d'accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni.

(7) Si fa riferimento al c.d. "accesso ambientale", disciplinato dal d.lgs. n. 39/1997, poi abrogato dal d.lgs. n. 195/2005, in attuazione della direttiva 2003/4/CE.

zione e il diritto d'accesso c.d. "civico" sui dati e i documenti che quest'ultima ha omesso di pubblicare.

Preliminarmente, si osserva che l'originario diritto di accesso civico, al pari di quello ambientale, si configurava come un'eccezione rispetto alle regole generali poste dalla legge n. 241/1990, alla stregua del seguente ragionamento: posto che l'amministrazione ha l'obbligo di pubblicare certi dati, documenti ed informazioni, l'omesso adempimento di tale dovere comporta un corrispondente diritto di "chiunque" a richiedere i medesimi, senza dover motivare e dimostrare alcun interesse diretto, concreto ed attuale alla loro conoscenza.

Così, in buona sostanza, seppur vero che il diritto di accesso ex d.lgs. n. 33/2013 inizia a concepire la conoscenza quale bene giuridico di per sé meritevole di tutela, a prescindere dall'esigenza di protezione di interessi individuali, tale diritto civico era riconosciuto limitatamente agli atti che l'amministrazione aveva l'obbligo giuridico di pubblicare, mentre per tutti gli altri rimaneva ferma l'applicabilità del solo accesso documentale, strumentale rispetto alla tutela delle singole situazioni giuridiche (c.d. "modello compromissorio").

Per tal via, il *discrimen* tra il diritto di accesso civico e quello documentale rimaneva semplice poiché non vi era alcuna sovrapposizione dell'ambito oggettivo di applicazione dei due istituti (8).

La scelta del legislatore del 2013 è stata quella di operare una sorta di selezione delle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni in base all'esistenza o meno di un interesse apprezzabile alla loro diffusione. Il passaggio dall'interesse privato alla conoscenza all'interesse pubblico alla trasparenza era quindi solo parziale.

Venivano distinte due categorie d'informazioni: da un lato, quei dati e documenti che il legislatore, con giudizio preventivo ed astratto, ha ritenuto meritevoli di conoscenza diffusa e che pertanto ha coperto con precisi doveri normativi di pubblicazione, la cui violazione comportava l'esercizio del diritto di accesso civico ex d.lgs. 33/2013, automaticamente riconosciuto a chiunque, senza necessità di motivazione e soprattutto d'indagine sull'esistenza di un

(8) A tal riguardo la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 20 novembre 2013, n. 5515: "Le nuove disposizioni, dettate con d.lg. 14 marzo 2013 n. 33 in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle p.a. disciplinano situazioni, non ampliative né sovrapponibili a quelle che consentono l'accesso ai documenti amministrativi, ai sensi degli art. 22 ss. della l. 7 agosto 1990 n. 241 (...); solo in caso di omessa pubblicazione può essere esercitato, ai sensi dell'art. 5 d.lg. n. 33/2013, il cd. "accesso civico", consistente in una richiesta - che non deve essere motivata - di effettuare tale adempimento, con possibilità, in caso di conclusiva inadempienza all'obbligo in questione, di ricorrere al giudice amministrativo (...). Diversamente, l'accesso ai documenti amministrativi, disciplinato dagli art. 22 ss. della l. 7 agosto 1990 n. 241 è riferito, invece, al diritto degli interessati di prendere visione ed estrarre copia di documenti amministrativi, intendendosi per interessati tutti i soggetti che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso. In funzione di tale interesse la domanda di accesso deve essere opportunamente motivata".

interesse individuale da tutelare; dall'altro, tutti i restanti documenti caratterizzati per l'assenza d'interesse pubblico alla diffusione, la cui ostensione e conoscenza poteva, tuttavia, rispondere occasionalmente alla protezione d'interessi individuali, comunque meritevoli di tutela mediante l'accesso documentale ai sensi della legge n. 241/1990.

Per quest'ultimi, numericamente prevalenti, la valutazione dell'interesse - non pubblico, ma privato - non era affrontata col giudizio preventivo ed astratto del legislatore, bensì da parte dell'amministrazione, con sindacato successivo e discrezionale, eseguito in concreto e su specifica istanza di accesso documentale formulata dal singolo, peraltro motivata con la rappresentazione dell'interesse diretto, concreto ed attuale all'ostensione del documento.

In poche parole, mentre il diritto di accesso civico *ex art. 5, co. 1, del d.lgs. n. 33/2013* faceva da contraltare ai doveri di pubblicazione previsti dallo stesso decreto, l'assenza di quest'ultimi veniva controbilanciata dal diritto di accesso documentale dei soggetti interessati ai sensi degli artt. 22 e ss. della l. n. 241/1990.

3. Verso il nuovo concetto di trasparenza amministrativa: una chiave di lettura del diritto di accesso civico.

Il sistema sopra descritto in materia di accesso ha rappresentato la struttura normativa di base sulla quale il legislatore ha costruito l'odierno modello di trasparenza amministrativa mediante le modifiche del decreto n. 33/2013, introdotte ad opera del d.lgs. delegato 25 maggio 2016, n. 97, in attuazione della legge 7 agosto 2015, n. 124.

Il nuovo impianto, ispirandosi al modello d'oltreoceano del *Freedom of information Act*, configura il diritto di accesso quale declinazione della libertà d'informazione che deve essere garantita a chiunque indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, in armonia con l'art. 10 della CEDU (9).

Si tratta di un nuovo approdo evolutivo del concetto di trasparenza che ha segnato il passaggio dal bisogno di sapere al diritto di sapere, altresì superando il vecchio modello "condizionato" disegnato dalla legge n. 241/1990.

A tal riguardo, è significativa la modifica dell'articolo 1 del decreto n.

(9) Tale articolo così recita: "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 (...)". Fermo restando che il secondo comma riconosce la potestà degli Stati di sancire, mediante la legge, le limitazioni necessarie alla salvaguardia degli interessi pubblici e privati ritenuti più rilevanti.

Del pari, l'art. 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo sancisce che "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".

33/2013, che ha definito il principio generale di trasparenza come “*accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all’attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche*”.

È opportuno premettere sin da subito che una siffatta disposizione concentra l’esplicitazione del principio attraverso la descrizione del suo scopo piuttosto che del suo contenuto, rischiando di fare da sponda ad errori interpretativi che obiettivizzano la trasparenza come traguardo del diritto d’accesso anzi che come canone e principio guida nella sua concreta e corretta attuazione.

Va segnalato che l’impostazione finalistica di un istituto giuridico costituisce la sua condizione esistenziale e, al contempo, un limite all’interpretazione ed applicazione delle sue norme; ciò malgrado, tale orientamento non va esasperato finanche a contravvenire alla ragione ispiratrice della riforma.

La formulazione volutamente ampia (o meglio: in termini assoluti) della disposizione introduttiva del decreto trasparenza dimostra l’irrilevanza dell’interesse conoscitivo dell’individuo e lo scopo prevalente di perseguire la maggiore diffusione di tutto ciò che è noto alla pubblica amministrazione, sebbene non coperto da doveri proattivi di pubblicazione.

In altri termini, il riconoscimento del diritto di accesso civico, libero ed incondizionato soddisfa, nel piccolo, l’interesse meramente conoscitivo del singolo, affinché su larga scala vengano perseguiti gli obiettivi della democrazia partecipativa, della lotta alla corruzione, della libertà d’informazione, del ripristino del legame fiduciario tra la collettività e le istituzioni pubbliche, del miglioramento della qualità dell’azione di quest’ultime e del rafforzamento della loro legittimazione.

In tal senso, “accessibilità totale” alle informazioni non vuol dire assenza di esclusioni e limitazioni all’accesso (di fatti previste dallo stesso decreto), ma significa invertire il rapporto tra l’ostensione e la segretezza dei documenti amministrativi, ragion per cui la prima dev’essere oramai la regola e la seconda un’eccezione.

Il principio generale di trasparenza, beninteso, ha una valenza estremamente costruttiva e dirimente piuttosto che limitante quale canone di scopo del nuovo impianto normativo, in quanto non è funzionalizzato, come in passato, alla tutela di beni della vita individuali, ma si traduce in un valore ordinamentale posto a monte come preconditione per la cura e il sostegno di molteplici interessi pubblici, valorizzando partecipazione e interazione dei consociati con le istituzioni, in maniera libera, consapevole e responsabile.

4. L’inquadramento del diritto di accesso civico.

Venendo alla descrizione del nuovo diritto di accesso civico, il legislatore ha optato per una bipartizione che ha differenziato due *species* normative

dell'unico istituto previsto dall'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013, oramai comunemente denominate, per motivi di pura distinzione: diritto di accesso civico "semplice" e "generalizzato".

In realtà, soltanto il secondo rappresenta una novità, mentre il primo, già disciplinato dal comma 1 dell'art. 5, continua a consistere in un rimedio diffuso contro l'inottemperanza agli obblighi di pubblicazione.

Il limitrofo comma 2 dello stesso articolo, invece, così recita: *"Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, nonché di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto ad 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 degli interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'art. 5-bis"*.

In effetti, tale disposizione assorbe del tutto quella sull'accesso semplice, ragion per cui il Consiglio di Stato in sede consultiva ha proposto di espungere quest'ultimo in favore di un'unica norma (10).

Ciononostante, il legislatore ha preferito mantenere distinte le due disposizioni, quasi a voler sottolineare quella sottile diversità di fondo in virtù della quale: mentre l'accesso semplice è un diritto, per così dire, "di reazione", perché con esso il privato risponde al mancato adempimento di un dovere della pubblica amministrazione, l'accesso generalizzato è un diritto "d'azione" poiché non v'è alcun presupposto per il suo esercizio che resta assolutamente libero ed incondizionato.

Tale differenza, peraltro, giustifica l'inapplicabilità all'accesso semplice dei limiti e delle esclusioni previste dall'art. 5-bis, in quanto, come già detto, l'interesse pubblico alla diffusione delle informazioni coperte da doveri di pubblicazione è già stato pre-valutato in astratto dal legislatore, altresì confermando l'assenza di conflitti con altri interessi pubblici e privati meritevoli di tutela.

In ogni caso, entrambe le forme di accesso non sono soggette all'obbligo di motivazione (11) e a limitazioni quanto alla legittimazione soggettiva dell'istante.

(10) Si veda il già citato parere del Consiglio di Stato, Sez. Consultiva per gli Atti Normativi, del 24 febbraio 2016, n. 00515.

(11) Pur non essendo la motivazione obbligatoria, essa presumibilmente resta facoltativa. Inoltre, ai sensi dell'art. 5, co. 3, del decreto trasparenza, l'istanza di accesso deve identificare in maniera chiara e precisa i dati, le informazioni e i documenti dei quali si chiede l'accesso. Fermo restando, in ogni caso, che l'istanza "generica" o "esplorativa" non è *tout court* inammissibile, ma solo a condizione che l'amministrazione abbia invitato, per iscritto, il richiedente a ridefinire l'oggetto dell'istanza, e quest'ultimo non abbia fornito i chiarimenti richiesti. In tal caso, la sanzione dell'inammissibilità pare proporzionata al tenore del requisito di contenuto-forma ed apprezzabile come una risposta adeguata ad un'impossibilità oggettiva a consentire l'accesso, nonostante la buona e leale collaborazione dell'amministrazione.

Queste due regole, che non hanno eccezioni, assurgono a chiave di lettura dell'accesso civico, potendo aiutare a spiegare il senso di alcuni aspetti dell'istituto.

Ad esempio, sembra del tutto improprio l'aggettivo "civico" riferito al diritto di accesso, poiché esso non è affatto subordinato allo *status civitatis* del richiedente, ma spetta "a chiunque", non solo perché espressione della libertà d'informazione e del principio generale di trasparenza, ma anche sul presupposto che lo straniero, al pari del cittadino, ben può perseguire la lotta alla corruzione e partecipare, nonché stimolare, il dibattito pubblico in favore dell'efficacia, efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione.

In secondo luogo, si osservi una peculiarità della disposizione sull'accesso generalizzato: spende e dedica larga parte dei suoi termini per definire gli scopi piuttosto che i contenuti del diritto.

Una siffatta formulazione, come già detto, si presta a letture che possono contraddire il principio generale di trasparenza, figurando l'elenco degli obiettivi d'interesse pubblico come limiti all'esercizio del diritto.

In altre parole, il rischio sta nel fatto che l'amministrazione destinataria dell'istanza di accesso civico, e/o il giudice chiamato a risolvere un eventuale contenzioso, possano ritenere che la domanda debba essere respinta poiché la conoscenza dei documenti richiesti non possa dirsi utile ai fini del dibattito pubblico, né volta a realizzare un controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali o sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

La suddetta interpretazione è errata poiché stimare la capacità dell'accesso di perseguire un certo traguardo normativo implica un'indagine da parte dell'interprete anche sull'interesse individuale dell'istante, al fine di saggiarne la corrispondenza agli scopi d'interesse pubblico sanciti dalle norme.

In senso contrario, potrebbe dirsi che l'utilità pubblica della conoscenza di un certo documento amministrativo è un fatto oggettivo che non ha nulla a che vedere con l'utilizzo che ne farà l'istante.

Così facendo, tuttavia, l'amministrazione si sostituisce al privato nella valutazione dei dati e delle notizie che sono interessanti per lui e per gli altri, frustrando la sua libertà d'essere informato.

Sulla base di queste osservazioni, dovrebbe quindi escludersi "qualsiasi" indagine conoscitiva dell'amministrazione, perché il principio di trasparenza, lo si ripete, concepisce la conoscenza come un bene giuridico già di per sé meritevole di tutela, anche quando quest'ultimo consiste nella soddisfazione di una semplice curiosità, essendo sufficiente un "interesse terenziano" alla stregua del brocardo latino: *homo sum humani nihil a me alienum puto* (purché, ovviamente, l'accesso generalizzato non ricada in uno dei casi tassativamente previsti dall'art. 5-bis) (12).

Altrimenti opinando dovrebbe rimettersi alla pubblica amministrazione il compito di verificare l'esistenza di un interesse soggettivo precipuamente

volto al perseguimento di una finalità pubblica, operando un giudizio presuntivo con deduzioni tratte da elementi esclusivamente indiziari, quali ad esempio la professione giornalistica o la vita politica dell'istante, nemmeno conosciute per via della motivazione (non obbligatoria), ma solo per la notorietà del personaggio (13).

Una simile ricostruzione farebbe infatti riemergere “in concreto” l’obbligo di motivazione alla stregua del vecchio modello della l. n. 241/1990,

(12) In evidente contrapposizione a tale ricostruzione del concetto di trasparenza amministrativa, le Linee Guida ANAC (del. n. 1309/2016, All. 5) e la circolare n. 2/2017 del Ministero per la Semplificazione hanno chiarito che deve ritenersi inammissibile la richiesta di accesso “manifestamente irragionevole”.

Si noti che la valutazione della manifesta irragionevolezza dell’istanza di accesso implica un’indagine e un giudizio di rilevanza dell’interesse conoscitivo che la richiesta mira a soddisfare. In questo senso, l’accesso generalizzato sarebbe sostanzialmente sottoposto ad un sindacato di “minima meritevolezza della tutela” dell’interesse individuale dell’istante, in contrasto col principio pubblicistico di trasparenza. Una simile conclusione, peraltro, finisce per integrare in modo a-tecnico la lista delle esclusioni previste dall’art. 5-bis e, in considerazione dell’innata reticenza di molte amministrazioni dello Stato a dar luogo all’accesso, rischia di porsi come serio ostacolo alla “*hard road from reform to implementation*”.

Ad avviso di chi scrive, la valutazione dell’interesse individuale non può essere operata in assenza di strumenti idonei ad eseguirla, pertanto sarebbe opportuno che l’amministrazione, prima di negare l’accesso per manifesta irragionevolezza, inviti per iscritto il richiedente a rappresentare il proprio interesse mediante una motivazione quantomeno facoltativa, sebbene, così facendo, il sistema si traduce in un modello di trasparenza non dissimile da quello “condizionato” dell’accesso documentale.

(13) L’Autorità Nazionale Anticorruzione, con delibera 28 dicembre 2016 n. 1309, ha chiarito che l’istanza di accesso civico presentata personalmente o inviata per via telematica (fax, posta elettronica o certificata) è valida solo se sottoscritta e presentata insieme alla copia del documento identità o firmata digitalmente ai sensi dell’art. 65, co. 1, lett. c) del CAD. L’amministrazione pertanto è sempre capace di conoscere l’identità dell’istante. Difatti, l’identificazione, anche se non è necessaria ai fini dell’esercizio del diritto, viene valutata come indispensabile per la corretta gestione delle domande.

In ogni caso, la sanzione che segue alla violazione di un c.d. “requisito di contenuto-forma” va ponderata secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza all’utilità specifica che quest’ultimo assume ai fini dell’esercizio del diritto per il quale il requisito medesimo è posto.

Considerato che il diritto di accesso civico spetta “a chiunque”, e che inoltre l’invio telematico del documento richiesto può essere sempre fatto al medesimo indirizzo di posta elettronica dal quale è pervenuta l’istanza, non si vede come un’esigenza meramente interna dell’amministrazione possa frustrare *in toto* l’esercizio del diritto in questione, per motivi non riconducibili all’assenza dei suoi presupposti costitutivi.

Pertanto, tutte le volte che all’accesso possa darsi luogo senza aggravio per l’attività amministrativa, nonostante la mancata identificazione dell’istante, pare ragionevole l’accoglimento immediato dell’istanza.

Va comunque detto che la necessità di sapere l’identità dell’istante è utile alla verifica dei soggetti che realizzano le c.d. “richieste di accesso massive”.

Con riferimento a quest’ultime, le Linee Guida ANAC (cit. All. 5) e la circolare n. 2/2017 del Ministero per la Semplificazione della Funzione Pubblica hanno precisato che l’amministrazione è tenuta a consentire l’accesso generalizzato anche quando riguarda un numero cospicuo di documenti, a meno che, nel rispetto di un criterio di stretta interpretazione, non si ritenga che la richiesta importi un carico di lavoro che richiede un’attività di elaborazione e un arco di tempo tale da interferire con il buon funzionamento dell’amministrazione, in considerazione altresì della “*rilevanza dell’interesse conoscitivo che la richiesta mira a soddisfare*”. Per tal via, i casi di richieste di accesso aventi natura massiva finiscono per integrare, in senso a-tecnico, la lista dei limiti previsti dall’art. 5-bis.

che pur non essendo requisito formale della domanda di accesso civico, sarebbe comunque una necessità sostanziale al fine di chiarire l'utilità pubblicistica dell'accesso all'informazione richiesta.

In tal senso, osservando l'altra faccia della medaglia, anche l'assenza dell'obbligo di motivazione spiega l'irrilevanza qualitativa dell'interesse individuale ai fini dell'esercizio dell'accesso civico.

Infine, a sostegno delle argomentazioni suesposte, va sottolineato che porsi nell'ottica limitante dei canoni di scopo rischia di condurre all'ulteriore *empasse* logico dovuto al fatto che per lo straniero alcuni valori costituzionali perseguiti mediante la trasparenza amministrativa, come ad esempio il principio di democrazia partecipativa, possono avere una minore rilevanza.

Di conseguenza il riconoscimento del diritto di accesso generalizzato dovrebbe proporzionalmente ridursi per lo straniero rispetto che per il cittadino, in evidente contrasto al principio di non discriminazione in ordine alla libertà d'informazione.

5. La situazione post FOIA: la "profondità" della trasparenza condizionata.

Il problema dell'indagine sull'utilità pubblicistica della conoscenza dei documenti amministrativi non si pone per le richieste di accesso semplice, poiché, come visto, l'interesse pubblico alla conoscenza diffusa dell'atto coperto da un dovere di pubblicazione è già pre-valutato dal legislatore, con giudizio insindacabile da parte dell'amministrazione.

Ciò conferma che non v'è sovrapposizione tra le due forme di accesso civico sul versante dell'ambito oggettivo di applicazione.

Purtroppo, altrettanto non può dirsi con riferimento ai medesimi rapporti tra l'accesso generalizzato e quello documentale.

Non v'è chi non veda, infatti, che il documento amministrativo "*concernente un'attività di pubblico interesse*" ai sensi della l. n. 241/1990 (14) è sempre, contestualmente, un "*documento detenuto dalla pubblica amministrazione, ulteriore rispetto a quelli oggetto di pubblicazione*" e quindi potenzialmente ostensibile ai sensi dell'art. 5, co. 2, del d.lgs. 33/2013.

Peraltro, anche dal raffronto della disciplina prevista dai due istituti, emerge che entrambi gli strumenti di accesso abbracciano e condividono larga parte della sfera oggettiva di applicazione.

Nello specifico, l'art. 5 *bis*, co. 3, del decreto trasparenza, oltre ai casi di diniego previsti dai commi 1 e 2 (c.d. "limiti" o "eccezioni relative o qualifi-

(14) L'art. 22, co. 1, lett. d), definisce il documento amministrativo: "*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*".

cate”), sancisce che l’accesso generalizzato “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” (c.d. “eccezioni assolute”).

Sulla scorta di queste premesse può essere desunta la seguente conclusione: il diritto di accesso civico generalizzato ha una formulazione positiva dell’ambito oggettivo più ampia rispetto all’accesso documentale, ma al contempo, in negativo, presenta un maggior numero di limiti ed esclusioni.

Dato atto, quindi, che tutti i casi sussumibili all’accesso documentale rientrano potenzialmente nell’accesso generalizzato, ma non viceversa (15), in senso figurato, la sfera di applicazione di quest’ultimo si rappresenta come un cerchio concentrico di dimensioni più grandi che interamente comprende ed assorbe quello più piccolo dell’accesso documentale.

Tuttavia, a scanso di equivoci, ciò non significa che nelle ipotesi di sovrapposizione normativa la *lex posterior derogat priori*, poiché, come visto, ai sensi dell’art. 5 bis, co. 3, l’accesso generalizzato è altresì escluso nei casi in cui, in via generale, le leggi vigenti subordinano l’accesso al rispetto di “specifiche condizioni e modalità”.

Per tal via, considerato che la legge n. 241/1990 richiede quale apposite condizioni e modalità per l’esercizio dell’accesso la sussistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale, nonché un’istanza debitamente motivata, si deduce che ogni qual volta si presenta una fattispecie sussumibile all’accesso documentale è ancora operante il modello condizionato a tutela di interessi individuali, sebbene a scapito della trasparenza amministrativa.

Da ultimo, la ricostruzione sopra descritta è stata avallata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (16), la quale ha chiarito che “anche dopo l’entrata in vigore delle norme che disciplinano l’accesso civico generalizzato, permane un settore “a limitata accessibilità”, nel quale continuano ad applicarsi le più rigorose norme della l. 241/1990. In altri termini, se è vero che ormai è legislativamente consentito a chiunque di conoscere ogni tipo di documento o di dato detenuto da una pubblica amministrazione (oltre a quelli acquisibili dal sito web dell’ente, in quanto obbligatoriamente pubblicabili), nello stesso tempo, qualora la tipologia di dato o di documento non possa essere resa nota per il pericolo che ne provocherebbe la conoscenza indiscriminata, mettendo a repentaglio interessi pubblici ovvero privati, l’ostensione di quel dato e documento sarà resa possibile solo in favore di una ristretta cerchia di interessati (tranne nelle ipotesi in cui è legislativamente escluso l’ac-

(15) All’inverso, infatti, i dati e documenti suscettibili di accesso generalizzato non rientrano sempre nella definizione normativa di documento amministrativo ai sensi della l. n. 241/1990.

(16) Sentenza CdS, sez. VI, 31 gennaio 2018, n. 651.

cesso documentale) secondo le tradizionali e più restrittive regole recate dalla l. 241/1990”.

D'altronde, diversamente opinando la parità di rango gerarchico e di portata generale dell'art. 5, co. 2 del d.lgs. n. 33/2013 e degli artt. 22 e ss. della l. n. 241/1990 avrebbe suggerito l'applicazione del criterio cronologico di successione delle leggi nel tempo e la conseguente abrogazione *in toto* delle norme sull'accesso documentale in quanto più risalenti.

In buona sostanza, la scelta del legislatore è stata quella di permettere l'accesso generalizzato ai fini di un controllo diffuso anche in assenza di un interesse manifesto dell'istante. Poi, però, nel tentativo di tutelare gli interessi pubblici e privati che potessero essere messi in pericolo da forme di accesso indiscriminato ed indistinto, ha mitigato il neonato diritto con gli ampi limiti previsti dai commi 1 e 2 dell'art. 5-*bis* e, per altro verso, ha mantenuto in vita l'istituto dell'accesso agli atti *ex l. n. 241/1990*.

In tal modo, sono rimasti fermi i rigorosi presupposti dell'ostensione, sia sotto il versante della dimostrazione della legittimazione e dell'interesse in capo al richiedente, sia sotto il profilo dell'inammissibilità delle richieste preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato della pubblica amministrazione.

Così tracciato - nel segno della prevalenza del modello condizionato - il perimetro esterno dei due strumenti di accesso, se si considerano anche i confini interni relativi alle esclusioni e ai limiti previsti dalla legge, in effetti, resta ben poco del diritto civico generalizzato.

Allo scopo di acquisire maggiore certezza sui contenuti di quest'ultimi, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha adottato, su delega normativa, la delibera 28 dicembre 2016, n. 1039, avente ad oggetto le “*Linee Guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013*”. In particolare, vengono distinte due tipologie di eccezioni all'accesso generalizzato: le eccezioni assolute e le eccezioni relative.

Le prime (anche dette: “esclusioni”) operano grazie al richiamo generale stabilito dall'art. 5 *bis*, comma 3, e si caratterizzano perché trovano fondamento in una norma di legge che esclude *in toto* l'accesso al fine di salvaguardare, in via generale e preventiva, interessi prioritari o fondamentali, oppure condiziona lo stesso a determinati presupposti, limiti e modalità di esercizio, implicando l'applicazione della disciplina richiamata in luogo di quella dell'accesso generalizzato (17).

(17) Solo la fonte primaria può giustificare una frustrazione del diritto di conoscere. Pertanto, a titolo esemplificativo, sono riconducibili ad eccezioni assolute: il segreto statistico disciplinato d.lgs. del 6 settembre 1989 n. 322 all'art. 9; il Segreto militare disciplinato dal R.D. 11 luglio 1941 n. 161; il segreto di Stato previsto dalla l. n. 124/2007; il segreto bancario di cui dall'art. 7 del d.lgs. 385/1993; il

Le eccezioni relative (o “limiti”), invece, sono quelle in cui non opera una aprioristica esclusione normativa del diritto civico generalizzato, ma quest’ultimo risulta potenzialmente consentito, in tutto o in parte, a seguito dell’esito positivo di un’attività valutativa e discrezionale dell’autorità pubblica consistente nel bilanciamento in concreto dell’interesse conoscitivo dell’istante con gli interessi pubblici e privati rispettivamente previsti e tutelati dai commi 1 e 2 dell’art. 5 *bis* (18).

Con riguardo a quest’ultimi, occorre precisare che l’accesso deve essere del tutto rifiutato qualora il diniego sia necessario per evitare un “*pregiudizio concreto*” alla tutela degli interessi elencati.

Ciò significa, secondo le Linee Guida, che la pubblica amministrazione non può negare l’accesso limitandosi a prefigurare un rischio meramente generico ed astratto, ma è tenuta a verificare, in concreto, che la *dislocure* del documento richiesto è idonea a determinare causalmente un pregiudizio, non soltanto possibile, bensì altamente probabile.

In ogni caso, in luogo del rifiuto vanno sempre preferite - ove possibili - le soluzioni alternative dell’accesso parziale, dell’accesso differito e dell’accesso con oscuramento delle parti sensibili, nonché, nei casi dubbi, valorizzare il principio della tutela preferenziale dell’interesse conoscitivo.

Inoltre, a garanzia del rispetto dell’iter di giudizio sopra descritto, l’autorità pubblica ha l’obbligo di motivare puntualmente le ragioni del diniego o della riduzione dell’accesso in forme alternative di ostensione.

Tuttavia, l’attuale regime del procedimento di accesso prefigura la possibilità di un rifiuto non motivato.

In linea di principio, infatti, sebbene l’amministrazione è tenuta ad adottare un provvedimento espresso e motivato entro il termine di 30 giorni stabilito per la conclusione del procedimento, l’inosservanza di tale termine, seppur fonte di responsabilità dirigenziale, produce *tout court* l’effetto di silenzio-rigetto.

L’inadempimento dovuto all’inerzia dell’amministrazione consente all’istante l’attivazione della procedura di riesame o della tutela giurisdizionale.

Ciononostante, sul piano dell’effettività del diritto civico, l’assenza di un interesse qualificato, legato ad esigenze difensive concrete ed attuali del-

segreto scientifico e il segreto industriale di cui all’art. 623 del c.p.; il segreto sul contenuto della corrispondenza previsto dall’art. 616 ss. del codice penale; il segreto professionale, secondo le disposizioni del codice di procedura penale; il segreto d’ufficio come disciplinato dall’art. 15 del d.p.r. n. 3/1957 ed altresì il segreto istruttorio in sede penale, disciplinato ai sensi dell’art. 329 c.p.p.

(18) Si fa riferimento ai seguenti interessi pubblici: “*a) la sicurezza pubblica e l’ordine pubblico; b) la sicurezza nazionale; c) la difesa e le questioni militari; d) le relazioni internazionali; e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; g) il regolare svolgimento di attività ispettive*”; ed altresì ai 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*”.

l'istante, comporta che quest'ultimo, nella maggior parte dei casi, secondo una logica di compromesso tra spese e benefici, si rifiuterà di sostenere il costo di attivazione dei rimedi per soddisfare la sua mera curiosità conoscitiva.

La motivazione è quindi importante anche per evitare che l'effetto di silenzio-rifiuto finisca per frustrare ed abbattere quel sentimento partecipativo che aveva determinato il tentativo di accesso del cittadino.

Per le stesse ragioni, *mutatis mutandis*, una motivazione, seppur sintetica, sarebbe nondimeno opportuna nei casi in cui l'accoglimento dell'istanza di accesso avvenga nonostante le opposizioni di soggetti controinteressati manifestanti situazioni individuali contrapposte all'interesse conoscitivo dell'istante.

L'obbligo motivazionale si configura quindi come una garanzia generale della correttezza, imparzialità e lealtà del sindacato amministrativo, rivestendo un ruolo che non è possibile ignorare neanche in quelle ipotesi in cui la spiegazione delle ragioni a sostegno del rifiuto possa in qualche modo disvelare il contenuto del documento richiesto (19).

Tornando alla tecnica del bilanciamento d'interessi, l'ANAC ha inteso trattare in modo ampio l'argomento, partendo dalla definizione della distinzione tra l'accesso generalizzato e l'accesso agli atti *ex l. n. 241/1990* (par. 2.3).

In particolare, confermando che i due istituti continuano a sussistere in parallelo operando sulla base di norme e presupposti diversi, ha sottolineato 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”*.

Il postulato della minore capacità esplorativa dell'accesso generalizzato, in grado di osservare la superficie, ma inidoneo a scendere in profondità, attribuisce un giudizio di minor valore al diritto di accesso civico, generando confusione pratica, ma confermando, in definitiva, la prevalenza del modello condizionato.

(19) A titolo esemplificativo, si pensi al caso in cui un cittadino chieda di accedere all'autodichiarazione di un terzo che, al fine di ricoprire una certa carica dirigenziale pubblica, aveva falsamente affermato di non possedere condanne e carichi penali pendenti. In tal caso, la negazione dell'accesso per motivi legati a pregiudizi concreti ed altamente probabili ai danni del controinteressato potrebbe palesare l'informazione protetta. Per tal motivo, secondo le indicazioni delle Linee Guida Anac, piuttosto che omettere la motivazione, l'amministrazione dovrebbe indicare, seppur genericamente, la categoria d'interesse pubblico o privato, la cui tutela è stata ritenuta più rilevante dell'interesse conoscitivo dell'istante.

Il rischio di un tale assunto è quello di dare origine ad un convincimento diffuso sulla secondarietà del diritto civico rispetto a quello documentale, generando una sorta di graduatoria tra diritti in cui l'uno è debole e l'altro più forte.

Si osserva, comunque, che l'esigenza di ordinare i due diritti secondo una scala di valore sorge soltanto quando la fattispecie concreta ricade in una delle eccezioni relative previste dalla legge. Ciò sul presupposto che il giudizio di ponderazione impone che la compressione di un interesse di particolare rilievo pubblico o privato non possa giustificarsi in vista della soddisfazione di una mera curiosità, ma richiede che vi sia una situazione giuridicamente rilevante da tutelare, a tal uopo rappresentata mediante apposita motivazione.

Pertanto, il pericolo che si prefigura non è tanto legato alle conseguenze del riconoscimento della diversa intensità e misura dei due tipi di accesso, quanto piuttosto è quello di avere scarsa contezza dell'estensione delle eccezioni relative che giustificano l'attività di ponderazione e il *favor* per il modello condizionato.

L'ampiezza dei limiti, infatti, è tutt'ora rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione, con la conseguenza che l'interpretazione dell'autorità pubblica è in grado di accrescere gli ambiti non aperti alla trasparenza.

La tendenza verso un siffatto orientamento, seppur in modo del tutto giustificato, si evince in particolare con riferimento all'eccezione relativa prevista per la protezione dei dati personali, comune anche alla disciplina della l. n. 241/1990.

L'accesso generalizzato sarebbe in linea teorica consentito, previa ponderazione tra l'interesse alla trasparenza e quello alla riservatezza, nel rispetto delle disposizioni del d.lgs. n. 196/2003 (Codice della Privacy).

Ai sensi dell'art. 11 del Codice, i dati personali che sono stati raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi possono essere oggetto di altre operazioni di trattamento, purché in modo compatibile con lo scopo originario.

Stante una tale condizione, appare evidente che la comunicazione di dati personali a chi ne ha fatto richiesta non può avvenire senza verificare preventivamente la compatibilità tra l'ulteriore trattamento che farà il richiedente e la finalità originaria della raccolta del dato.

Ciò posto, mentre nel caso di accesso documentale la motivazione spiega l'interesse e le finalità difensive sottese all'accesso, nell'ipotesi di accesso generalizzato l'amministrazione è priva di criteri valutativi idonei ad eseguire l'indagine sul plausibile trattamento che verrà fatto del dato personale. In tali casi sembra opportuno prediligere il diniego in funzione precauzionale onde evitare che il richiedente, una volta ottenuta l'ostensione, possa diffondere i dati personali dei terzi in modo arbitrario ed illegittimo, recando grave nocuo-mento a quest'ultimi.

Quanto sin ora descritto, in conclusione, fa emergere che l'evoluzione normativa sul piano degli strumenti di accesso non ha dato luogo a significative trasformazioni del sistema sulla trasparenza amministrativa, che resta prevalentemente confinato ad una dimensione proattiva legata agli obblighi di pubblicazione delle amministrazioni e reattiva per rimediare all'inottemperanza di quest'ultimi.

Per quanto riguarda, invece, il controllo attivo e diffuso sulla legalità dell'azione amministrativa e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, le capacità esplorative riconosciute ai singoli restano superficiali e dipendenti in larga misura dalla discrezionalità amministrativa, facendo salva solamente la trasparenza condizionata alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive.