



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Amministrativo 1

**I DIRITTI DI ACCESSO ALLA LUCE DELLA RECENTE  
GIURISPRUDENZA**

Chiar.mo Prof.  
Aldo Sandulli

---

RELATORE

Chiar.mo Prof.  
Giuliano Fonderico

---

CORRELATORE

Chiara Castello

---

CANDIDATO

# INDICE

INTRODUZIONE.....	4
CAPITOLO I.....	6
IL DIRITTO DI ACCESSO.....	6
1. <i>L'Italia e gli altri sistemi Foia</i> .....	6
2. <i>Analisi della legislazione sull'accesso alle informazioni amministrative</i> .....	7
2.1. <i>Legislazione sulla libertà di accesso alle informazioni amministrative in Francia</i> .....	8
2.2. <i>Panoramica sul diritto di accesso nei Paesi Scandinavi</i> .....	13
2.3. <i>L'esperienza inglese</i> .....	17
3. <i>Disciplina europea sull'accesso del pubblico ai documenti</i> .....	21
4. <i>Il quadro normativo italiano</i> .....	28
4.1. <i>La legge n. 241/1990</i> .....	30
4.2. <i>Il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33</i> .....	33
4.3. <i>Il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97</i> .....	37
5. <i>La disciplina dell'accesso</i> .....	40
5.1. <i>Diritto di accesso ai documenti ex. artt. 22 e ss. della l. 241/1990</i> .....	41
5.2. <i>Accesso civico</i> .....	46
5.3. <i>Il procedimento per l'esercizio dell'accesso civico</i> .....	49
6. <i>Conclusioni</i> .....	52
CAPITOLO II .....	54
TRASPARENZA E RISERVATEZZA. RECENTI INTERVENTI NORMATIVI E PROFILI PROBLEMATICI. ....	54
1. <i>I limiti della trasparenza</i> .....	54
1.1. <i>Il segreto di Stato e il segreto d'ufficio</i> .....	57
1.2. <i>Esclusioni derivanti dalla tutela di interessi pubblici e privati</i> .....	60
2. <i>La riservatezza e l'accesso civico</i> .....	61
2.1. <i>I profili oggettivi</i> .....	63
2.2. <i>I profili soggettivi</i> .....	66
2.3. <i>Il procedimento di accesso civico</i> .....	69
3. <i>Il regolamento europeo 679/2016</i> .....	72

3.1.	Le figure soggettive che intervengono nel trattamento dei dati personali .....	75
3.2.	Le innovazioni del GDPR.....	80
3.3.	Responsabilità e sanzioni.....	87
4.	<i>Il d.lgs. n. 101/2018</i> .....	89
CAPITOLO III.....		95
LA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO.....		95
1.	<i>L'accesso civico generalizzato ai dati relativi alle importazioni di prodotti alimentari. Le sentenze del Consiglio di Stato, sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546 e 9 ottobre 2019, n. 6897</i> .....	95
1.1.	La vicenda.....	95
1.2.	L'evoluzione del diritto di accesso .....	98
1.3.	La questione relativa al perseguimento di un interesse privato attraverso l'esercizio del diritto di accesso .....	100
1.4.	Il tema dei controinteressati.....	104
2.	<i>L'accesso civico generalizzato in materia di appalti nella sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 2 aprile 2020, n. 10</i> .....	106
2.1.	La vicenda.....	107
2.2.	L'accesso civico generalizzato .....	109
2.3.	L'accesso ex art. 53 d.lgs. 50/2016 .....	112
2.4.	Il dibattito giurisprudenziale.....	115
2.5.	Le questioni rimesse alla Adunanza Plenaria .....	119
2.6.	La decisione .....	120
CONCLUSIONI.....		135
BIBLIOGRAFIA.....		140

## INTRODUZIONE

Con l'approvazione della legge 7 agosto 2015, n. 124, la c.d. legge Madia, e il conseguente decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, che ha modificato le previsioni del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, il legislatore italiano espressamente aderisce al paradigma FOIA, diffuso in molti ordinamenti nazionali.

Attraverso l'introduzione del modello FOIA, così come in altre esperienze europee e mondiali, si prevede il diritto in capo a chiunque di accedere ai dati, documenti e informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, non necessitandosi la dimostrazione, ad opera dell'istante, della titolarità di un interesse giuridicamente rilevante.

Il citato decreto legislativo ha introdotto nell'ordinamento italiano una nuova concezione di trasparenza dell'amministrazione pubblica, imponendo, da un lato, precisi obblighi di pubblicazione in capo agli enti, quale espressione del concetto di trasparenza "proattiva", e, in secondo luogo, introducendo nuove tipologie di accessibilità in capo ai cittadini, espressione di meccanismi di trasparenza "reattiva".

Questi due aspetti della trasparenza, ovverosia gli obblighi di pubblicazione e l'accesso generalizzato ai dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, vengono introdotti dal legislatore con il fine di affermare il principio di *full disclosure*, in cui l'amministrazione viene metaforicamente immaginata come una "casa di vetro"<sup>1</sup>.

L'esito della riforma del 2016 è stato quello di stravolgere l'assetto preesistente, andando a completare l'affermazione degli strumenti della trasparenza già presenti nell'ordinamento italiano.

In sintesi, è utile segnalare le tappe che hanno portato all'affermazione, anche in Italia, del c.d. *right to know*. A fronte dell'insoddisfazione dell'istituto dell'accesso documentale quale strumento di trasparenza, essendo l'esercizio di quest'ultimo soggettivamente delimitato e il quale esclude espressamente la prospettiva del controllo generalizzato, sono stati previsti, in Italia, degli specifici obblighi di pubblicazione in capo alle pubbliche amministrazioni, i quali ultimi, nel caso in cui non fossero stati ottemperati, permettono al cittadino, attraverso l'esercizio dell'accesso civico c.d. semplice, di richiederne l'ostensione.

Tale evoluzione della trasparenza, però, è stata oggetto di critiche e ha portato, dunque, alla riforma del 2016, la quale, appunto, "*muove dall'insoddisfazione generale per la trasparenza ottenuta mediante la pubblicazione obbligatoria sui siti Internet istituzionali*"<sup>2</sup>.

Attuando la legge delega Madia, il Governo introduce nell'ordinamento italiano un nuovo diritto a conoscere, riconducibile al modello di libertà di informazione e, dunque, del *freedom of information*<sup>3</sup>. Quindi,

---

<sup>1</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy. La corretta applicazione della disciplina tra diritto di accesso, obblighi di pubblicazione e tutela della riservatezza*, Santarcangelo di Romagna, 2019

<sup>2</sup> Si veda CARLONI, Enrico, *il diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. Amm.*, n. 4, 2016, pagg. 579 e ss.

<sup>3</sup> Si veda GARDINI, Gianluca, MAGRI, Marco, *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un Bilancio a tre anni dall'introduzione*, Rimini, 2019, pagg. 185 e ss.

ridimensionando e razionalizzando<sup>4</sup> gli obblighi di pubblicazione in capo agli enti e introducendo un vero e proprio *right to know*, si afferma un modello aderente al principio di *total disclosure*.

L'attenzione, come è evidente, si è incentrata su questo nuovo diritto che permette a chiunque di accedere “*ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione*”<sup>5</sup>. Si opera una sorta di rivoluzione copernicana rispetto la precedente prospettiva, in cui la libertà di accesso ai dati e documenti diviene “*centrale nel nuovo sistema, in analogia agli ordinamenti con legislazione FOIA*”<sup>6</sup>.

Attraverso il presente elaborato si vuole analizzare la disciplina in tema di accesso, inizialmente prendendo in considerazione la legislazione in materia e la sua attuazione, in particolare, nell'ordinamento francese, nei Paesi Scandinavi e nel Regno Unito, e successivamente analizzando, specificamente, l'esperienza italiana.

Successivamente, si procederà all'enunciazione dei limiti della trasparenza e ci si soffermerà soprattutto sulla normativa relativa alla riservatezza, interessata, a sua volta, dall'entrata in vigore del regolamento europeo 679/2016 e dalle profonde modifiche apportate, ad opera del d.lgs. 101/2018, al c.d. Codice *privacy*.

Infine, si analizzerà la giurisprudenza del Consiglio di Stato, relativa alla distinzione tra accesso civico e accesso documentale e chiarendo in che modo l'Adunanza Plenaria risolve la possibilità di integrazione tra queste due forme di accesso e in che modo le amministrazioni dovranno leggere le richieste di accesso e darvi seguito.

---

<sup>4</sup> La legge delega, all'art. 7, nello specifico lett. c) ed e) del comma 1, prevede espressamente la “*riduzione e concentrazione degli oneri*” gravanti sulle pubbliche amministrazioni e di “*razionalizzazione e precisazione*” dei contenuti oggetto di pubblicazione.

<sup>5</sup> Art. 5 *bis*, comma 2, del d.lgs. 33/2013

<sup>6</sup> ANAC, delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, “*Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 comma 2 del d.lgs. 33/2013 – art. 5-bis, comma 6, del d.lgs. n. 33 del 14 marzo 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»*”

## CAPITOLO I

### IL DIRITTO DI ACCESSO

#### 1. L'Italia e gli altri sistemi Foia

Il “diritto all’informazione amministrativa”, in Italia, ha richiesto molto tempo per essere riconosciuto. Comparando l’esperienza italiana con altri ordinamenti nazionali si può constatare il ritardo con cui l’Italia si è uniformata.

La legislazione sulla libertà di accesso alle informazioni, infatti, nasce nel Regno di Svezia nel 1766, per poi diffondersi nei Paesi Scandinavi, negli Stati Uniti e in altri paesi anglo – americani. A partire dagli anni Novanta del secolo scorso la legislazione in questione si è diffusa in numerosi paesi europei, affermandosi anche a livello sovranazionale, con il regolamento (CE) n. 1049 del 2001<sup>1</sup>.

Fino alla novella del 2016, l’Italia è rimasta ancorata ad una concezione restrittiva del diritto di accesso, in cui la riservatezza delle informazioni amministrative rappresentava la regola. Quest’ultima derogabile nei casi di partecipazione del richiedente al procedimento amministrativo, quindi titolare di un interesse “diretto, concreto e attuale” ovvero sulla base dell’espressa previsione normativa circa la pubblicazione di specifiche categorie di informazioni<sup>2</sup>.

Oltre l’aspetto temporale, un’altra caratteristica dell’esperienza italiana deve essere presa in considerazione: il valore dato al principio di trasparenza amministrativa. Tendenzialmente, in vari ordinamenti occidentali, si assiste ad una “costituzionalizzazione” del *right to know*. Il modello Foia si fonda sul riconoscimento costituzionale di tale diritto, indispensabile per permettere a chiunque di essere informato circa l’operato delle istituzioni pubbliche e di partecipare consapevolmente al dibattito politico e al processo decisionale. Di conseguenza, con l’affermarsi dei *freedom of information acts* in Europa, si è assistito al riconoscimento del diritto di accesso alle informazioni come diritto fondamentale<sup>3</sup>.

Invece, in Italia, il diritto a conoscere non viene espressamente previsto dalla Costituzione. Un importante punto di riferimento per poter interpretare l’articolo 21 della Costituzione, in tema di libertà di informazione, sono le carte dei diritti, internazionali ed europee. Il valore di quest’ultime è cogente anche nell’ordinamento interno e, non essendo la nostra Costituzione in contrasto con le carte internazionali dei diritti, queste possono essere utilizzate per poter interpretare in modo più estensivo l’art. 21<sup>4</sup>.

Quindi, va rilevato che l’articolo in questione non è idoneo di per sé a configurare il *right to know* come vero e proprio diritto da far valere nei confronti delle istituzioni pubbliche<sup>5</sup>.

Terzo aspetto del regime dell’accesso italiano è dato dalla stratificazione delle diverse forme di accesso. La coesistenza del “nuovo” accesso generalizzato con la normativa preesistente in tema di trasparenza è scaturita dalla limitatezza della delega legislativa contenuta nella legge n. 124 del 2015. Limitatezza condizionata

---

<sup>1</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L’accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Napoli, 2018, pagg. 15, 16.

<sup>2</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L’accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 17.

<sup>3</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L’accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 18.

<sup>4</sup> Si veda CARLONI, Enrico, *L’amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell’open government*, Santarcangelo di Romagna, 2014, pagg 54, 55.

<sup>5</sup> Si veda CARLONI, Enrico, *L’amministrazione aperta*, op. cit., pag. 55.

dall'intento di non eliminare forme di trasparenza esistenti e timore di modificare il funzionamento di un istituto di successo come l'accesso procedimentale<sup>6</sup>.

Altro problema rilevante riguarda l'ambito di applicazione amministrativa delle eccezioni alla regola dell'accesso.

I primi due commi dell'articolo 5 – bis del decreto legislativo n. 33 del 2013 elencano interessi pubblici e privati. Questi ultimi sono eccezioni “relative” che richiedono una valutazione comparativa basata sul c.d. test dell'interesse pubblico. In concreto, applicare questo test è complesso e ciò ha spinto il legislatore delegato ad affidare all'Autorità nazionale anticorruzione – ANAC il compito di formulare linee guida che aiutino le amministrazioni verso una giusta applicazione delle eccezioni contenute nell'art. 5 – bis<sup>7</sup>. Tuttavia, le Linee guida ANAC del 28 dicembre 2016, essendo prevalente un approccio di tipo nozionistico – definitorio, sono poco funzionali al bilanciamento e poco rispondenti al principio secondo cui le eccezioni all'accesso vanno interpretate in modo restrittivo<sup>8</sup>.

Ultimo aspetto problematico che emerge comparando l'esperienza italiana con gli altri ordinamenti nazionali è l'elevato grado di frammentazione funzionale che caratterizza la fase di attuazione della normativa italiana. In molti ordinamenti vi è un'unica autorità competente per gestire il flusso e l'uso delle informazioni amministrative. Al contrario, in Italia, vi sono quattro autorità con quattro competenze distinte: l'ANAC che definisce le linee guida sulle eccezioni; in sede di riesame, le singole amministrazioni decidono insieme al responsabile della trasparenza; il Garante per la protezione dei dati personali elabora pareri circa la compatibilità tra accesso e tutela dei dati personali; infine, il Dipartimento della funzione pubblica promuove e accompagna le buone pratiche<sup>9</sup>.

In conclusione, il processo di affermazione del *Freedom of Information Act* si è dovuto rapportare, nel nostro ordinamento, con una serie di problematiche interpretative scaturite dalla nascita, nel 2013, dell'accesso civico e dalla conseguente stratificazione della disciplina che ha reso difficile il coordinamento con la normativa previgente. Certa, però, è la rilevanza che l'istituto dell'accesso generalizzato è destinato ad assumere nel nostro ordinamento<sup>10</sup>.

## **2. Analisi della legislazione sull'accesso alle informazioni amministrative**

Dopo una lunga attesa, con il decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, l'Italia si aggiunge ai numerosi ordinamenti che si sono dotati di un *Freedom of Information Act*. Viene, così, riscritto l'art. 5 del decreto 33/2013, ad opera dell'art. 6 del d.lgs. 97/2016 introducendo nel nostro ordinamento<sup>11</sup> “una nuova forma di accesso civico ai dati e ai documenti pubblici, equivalente a quella che nei sistemi anglosassoni è definita

---

<sup>6</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 20.

<sup>7</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 21.

<sup>8</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 21.

<sup>9</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 21.

<sup>10</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pagg. 55 e ss.

<sup>11</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy. La corretta applicazione della disciplina tra diritto di accesso, obblighi di pubblicazione e tutela della riservatezza*, Santarcangelo di Romagna, 2019, pag. 37.

*Freedom of Information Act. Questa nuova forma di accesso prevede che chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, può accedere a tutti i dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, nel rispetto di alcuni limiti tassativamente indicati dalla legge. Si tratta, dunque, di un regime di accesso più ampio di quello previsto dalla versione originaria dell'articolo 5 del decreto legislativo n. 33 del 2013, in quanto consente di accedere non solo ai dati, alle informazioni e ai documenti per i quali esistono specifici obblighi di pubblicazione (per i quali permane, comunque, l'obbligo dell'amministrazione di pubblicare quanto richiesto, nel caso in cui non fosse già presente sul sito istituzionale), ma anche ai dati e ai documenti per i quali non esiste l'obbligo di pubblicazione e che l'amministrazione deve quindi fornire al richiedente”<sup>12</sup>.*

Questo cambiamento è particolarmente importante perché realizza il principio della “accessibilità totale” e assegna alle pubbliche amministrazioni il compito di dare ai cittadini un vero e proprio servizio informativo. Per poter meglio comprendere la nuova disciplina sull'accesso civico generalizzato occorre comparare l'esperienza italiana con quella di altri sistemi FOIA<sup>13</sup>.

### **2.1. Legislazione sulla libertà di accesso alle informazioni amministrative in Francia**

Per analizzare la disciplina francese in materia di trasparenza bisogna prendere in riferimento l'articolo 15 della “Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino” del 1789 che enuncia il principio secondo cui “*La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration*”<sup>14</sup>. Quindi, la società ha il diritto di chieder conto ad ogni agente pubblico della sua amministrazione.

L'ampiezza di tale principio impone di fare delle precisazioni in ordine all'interpretazione della nozione di trasparenza.

Prima considerazione utile da fare è evidenziare come la nozione di trasparenza amministrativa nel sistema francese ha seguito un'evoluzione solo a tratti simile rispetto a quella nell'ordinamento italiano.

In riferimento alle analogie tra i due sistemi va rilevato che, in entrambi gli ordinamenti, la connessione tra nozione di trasparenza e disciplina di alcuni importanti istituti giuridici è simile. Nel sistema italiano istituti quali l'obbligo di motivazione degli atti amministrativi e l'accesso ai documenti sono stati disciplinati dalla legge generale sul procedimento amministrativo<sup>15</sup>, mentre nell'ordinamento francese originariamente erano oggetto di due specifiche normative<sup>16</sup> soltanto poi, in tempi recenti, unificate in un unico codice<sup>17</sup>. Peraltro, il *Code des relations entre le public et l'administration* costituisce la prima disciplina generale francese sul procedimento amministrativo, nata da un programma di semplificazione delle regole dei rapporti tra amministrazioni e privati<sup>18</sup>.

---

<sup>12</sup> Relazione illustrativa al d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97.

<sup>13</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 7.

<sup>14</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 145.

<sup>15</sup> Legge 7 agosto 1990, n. 241

<sup>16</sup> *loi du 17 juillet 1978 sur la liberté d'accès aux documents administratifs* e la *loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratifs*.

<sup>17</sup> *Code des relations entre le public et l'administration*.

<sup>18</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 146.

Quindi, essendo la nozione di trasparenza ancorata al complesso di garanzie di carattere procedurale riconosciute in capo ai privati tanto nell'ordinamento italiano quanto in quello francese, ne deriva che la nozione di trasparenza amministrativa è stata intesa con un'accezione molto ampia.

Ebbene, entrambe le esperienze nazionali sono caratterizzate dalla circostanza secondo la quale lo sviluppo della trasparenza amministrativa è stato lo strumento di "reazione" ai *privilège* che caratterizzavano l'attività delle pubbliche amministrazioni.

Analizzata l'analogia più rilevante tra i due sistemi, occorre, ora, fare riferimento ad una differenza molto significativa. Il sistema francese si caratterizza, rispetto a quello italiano, per una maggiore uniformità e linearità della disciplina. Due aspetti assumono rilievo: la disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi; il rapporto con la disciplina della c.d. "anticorruzione"<sup>19</sup>.

Il merito alla disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi va rilevato come l'istituto dell'accesso nel sistema francese è sempre stato inteso come accesso "generalizzato", quindi proponibile da chiunque. L'esperienza italiana, al contrario, più complicata e stratificata, definisce l'accesso ai documenti prevedendo un perimetro soggettivo e oggettivo ben determinati.

Relativamente al secondo aspetto si può constatare come l'evoluzione della disciplina della trasparenza, negli ultimi anni, diverga tra le due esperienze. Dal 2009, la trasparenza in Italia è concepita come "accessibilità totale" e collegata al perseguimento di finalità di "integrità" del settore pubblico<sup>20</sup>. In Francia, al contrario, normativamente pubblicazione *online* di atti, dati e informazioni e accesso agli atti non sono collegati a finalità anticorruptive. A conferma di ciò vi è la circostanza per cui l'autorità responsabile dell'esercizio delle funzioni di vigilanza in termini di trasparenza<sup>21</sup> non si occupa di anticorruzione<sup>22</sup>.

Queste considerazioni dimostrano come sia errato intendere l'esperienza francese e quella italiana come affini.

Passando ad analizzare il quadro normativo francese, bisogna prendere in considerazione l'articolo L. 2121 – 26 del *Code général des collectivités territoriales*<sup>23</sup> che così recita "*toute personne physique ou morale a le droit de demander communication des procès – verbaux du conseil municipal, des budgets et des comptes de la commune et des arrêtés municipaux*". Dunque, la norma prevede un generale diritto di accesso agli atti concernenti l'attività dell'amministrazione municipale, il cui fine è quello di garantire una forma di controllo diffuso.

È solo con la recente disciplina del 1978 che l'esperienza francese vede nascere, in concreto, la trasparenza amministrativa<sup>24</sup>. L'articolo 1 sancisce il principio di accesso generalizzato, cioè esperibile da chiunque, senza

---

<sup>19</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pagg. 146 e ss.

<sup>20</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 148.

<sup>21</sup> *Commission d'accès aux documents administratifs – CADA*

<sup>22</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 148.

<sup>23</sup> *Loi du 14 décembre 1789*

<sup>24</sup> *Loi n. 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratifs, social et fiscal*. Si veda, poi, *Loi n. 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public*; *Loi n. 2000-321 du 12 avril 2000*

alcun onere di motivazione e presso qualsiasi tipo di amministrazione. L'articolo 3, poi, avente ad oggetto il modo mediante il quale è possibile difendersi dalla pubblica amministrazione, ha ad oggetto il diritto a conoscere le informazioni contenute in documenti amministrativi. La norma fa riferimento ad un diritto inteso come "informazione ai fini difensivi", quindi alla c.d. funzione di difesa generalmente associata alla partecipazione al procedimento amministrativo<sup>25</sup>.

La normativa del 1978 definisce, quindi, due importanti istituti: l'accesso collegato ad un generale diritto all'informazione; il secondo collegato al *droits de la défense*.

Attualmente, l'intera disciplina che regola i rapporti tra amministrazioni e cittadini è contenuta nel codice del 2015<sup>26</sup>.

Analizzando più specificamente la disciplina francese concernente l'istituto dell'accesso ai documenti amministrativi bisogna prendere in considerazione la fase dell'attuazione.

Partendo dal profilo soggettivo, dunque l'ambito della legittimazione attiva, l'articolo L300-1 non lascia dubbi: si tratta di un "*droit de toute personne*". Quindi, il soggetto che dovesse avanzare una richiesta di accesso agli atti non sarà tenuto a dimostrare di essere titolare di un interesse e neanche a fornire dettagli sul proprio *status*.

È importante evidenziare, come emerge dal dato letterale, che il diritto di accesso è garantito a chiunque e non soltanto al "cittadino".

Sotto questo punto di vista, si può affermare che il sistema francese è un perfetto sistema FOIA, in cui il diritto di accesso non è condizionato da alcun che.<sup>27</sup>

Accanto, poi, al diritto di accesso generalizzato, viene previsto l'accesso finalizzato alla difesa personale<sup>28</sup>. Quest'ultimo configura una forma di tutela più estesa rispetto al primo.

Passando, invece, al perimetro della richiesta, l'articolo L-300-2 definisce i "documenti amministrativi suscettibili di accesso". Tratto caratterizzante, nell'ambito dell'elenco, è l'assenza di limitazioni temporali<sup>29</sup>: questi atti sono, quindi, accessibili a prescindere dalla data della loro adozione.

Il regime delle eccezioni può essere sia di tipo oggettivo, sia soggettivo. L'articolo 311-5 disciplina le prime, stabilendo che "*ne sont pas communicables*" una serie di atti tassativamente indicati.

---

*relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration; l'Ordonnance n. 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques.*

<sup>25</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 149.

<sup>26</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 150.

<sup>27</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 152.

<sup>28</sup> L'articolo L311-3 stabilisce che "[...] toute personne a le droit de connaître les informations contenues dans un document administratifs dont les conclusions lui sont opposées. Sur sa demande, ses observations à l'égard desdites conclusions sont obligatoirement consignées en annexe au document concerné. L'utilisation d'un document administrative au mépris des dispositions ci – dessus est interdite".

<sup>29</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 153.

In merito alle seconde, l'articolo L311-6 del codice del 2015, riproducendo la disciplina previgente contenuta nell'articolo 6 della legge del 1978, indica le ipotesi nelle quali l'accesso è consentito solo all'interessato, cioè colui che dimostra di essere titolare di un interesse qualificato e collegato all'atto<sup>30</sup>.

In generale, il regime delle eccezioni del sistema francese prevede due generali modalità di limitazione: la prima consistente nell'esclusione di una serie di atti indicati dalla legge; la seconda, restringendo l'accesso ai soli interessati. Comunque, in entrambi i casi è consentito ammettere forme di accesso parziale o differito, nell'ipotesi in cui l'atto sia solo parzialmente riconducibile al regime delle eccezioni<sup>31</sup>.

Per comprendere meglio le differenze tra il sistema italiano e il sistema francese, attenzione merita la procedura di accesso agli atti all'interno dell'ordinamento francese.

L'istanza di accesso è gratuita. L'amministrazione è tenuta a rispondere e il silenzio di quest'ultima equivale a diniego dell'istanza<sup>32</sup>. Il silenzio – diniego si forma decorso un mese dalla ricezione della domanda da parte dell'amministrazione.

Nel caso in cui, poi, il diniego sia “esplicito” l'amministrazione è tenuta a motivare la propria decisione.

Il richiedente, nell'ipotesi in cui veda respinta la propria richiesta, potrà rivolgersi alla Cada.

La *Commission d'accès aux documents administratifs* è un'autorità amministrativa indipendente con un ruolo generale di garanzia in materia di accesso<sup>33</sup>.

Si potranno far valere le proprie ragioni di fronte alla Cada nei casi di diniego di accesso, rifiuto di pubblicazione di un documento detenuto dalla pubblica amministrazione o, ancora, quando l'amministrazione nega la possibilità di consultazione degli archivi pubblici o la riutilizzazione delle informazioni pubbliche. L'interessato avrà due mesi, dalla notifica del rifiuto o dalla scadenza del termine di cui all'articolo R311-13<sup>34</sup>, per poter adire la commissione.

Il procedimento si conclude entro un mese o con il rilascio di un parere da parte della Cada, che costituisce condizione essenziale per promuovere ricorso innanzi agli organi giurisdizionali<sup>35</sup>, o con il silenzio che equivale ad un rigetto della domanda.

Va rilevato come l'attività della Commissione, essendo una mera attività consultiva e amministrativa, non è alternativa alla tutela giurisdizionale ma propedeutica.

---

<sup>30</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 154.

<sup>31</sup> l'articolo L311-7 “*lorsque la demande porte sur un document comportant des mentions qui ne sont pas communicables en application des articles L. 311-5 et L 311-6 mais qu'il est possible d'occulter ou de disjoindre, le document est communiqué au demandeur après occultation ou disjonction de ces mentions*”.

<sup>32</sup> Articolo R311-12 “*le silence gardé par l'administration, saisie d'une demande de communication de documents en application de l'article L 311-1, vaut décision de refus*”.

<sup>33</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 157.

<sup>34</sup> “*Le délai au terme duquel intervient la décision mentionnée à l'article R311-12 est d'un mois à compter de la réception de la demande par l'administration compétente*”.

<sup>35</sup> Articolo L342-1 “*La saisine pour avis de la commission est un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux*”.

La Commissione, per finire, può essere consultata dal governo per predisporre norme concernenti le materie dell'accesso e riutilizzazione delle informazioni pubbliche<sup>36</sup>.

Ultimo aspetto da prendere in considerazione, prima di formulare alcune conclusioni, riguarda gli obblighi di pubblicazione *online*. Un obbligo di pubblicazione era già contenuto nell'articolo 7 della legge del 1978. Venivano previsti degli obblighi generali e, accanto a questi, un accesso generalizzato, in casi determinati, attraverso la pubblicazione di atti, oggetto di istanza, sui siti istituzionali.

Oggi, la disciplina di riferimento è all'interno del codice del 2015 e l'articolo L312-1-1 elenca i documenti che le amministrazioni sono tenute a pubblicare. Si tratta di categorie di atti molto generali, corrispondenti principalmente a documenti, e non a dati e informazioni<sup>37</sup>.

In materia di pubblicazione *online*, in Francia, non esiste un preciso elenco di obblighi e ciò potrebbe derivare dal fatto che il regime dell'accesso è di per sé molto ampio, tale da non richiedere forme di trasparenza "proattiva" da parte delle amministrazioni<sup>38</sup>.

Concludendo, l'analisi della disciplina della trasparenza del sistema francese permette di esplicitare alcune considerazioni.

In primo luogo, va rilevato come, fino al 2016, in Italia l'unica forma di accesso presente era costituita dall'accesso qualificato. Solo nel 2013, quale strumento di maggiore coercizione nei confronti delle pubbliche amministrazioni, trova spazio l'accesso civico, quindi quel determinato strumento che consente ad un privato di sollecitare l'amministrazione alla pubblicazione di un determinato documento che già avrebbe dovuto essere oggetto di pubblicazione. Infine, nel 2016 viene introdotto nell'ordinamento italiano l'accesso generalizzato, non modificando, però, la disciplina dell'accesso qualificato e civico.

Conseguenza evidente, quindi, scaturente dalla comparazione del sistema francese e italiano sta proprio nella circostanza per cui fino al 2016, in Italia, l'unico accesso disciplinato riguardava l'*interéssé*, mentre in Francia quest'ultimo tipo di accesso non costituiva la regola, bensì l'eccezione.

Ulteriore differenza riguarda gli obblighi di pubblicazione *online*. In Italia le amministrazioni sono tenute a pubblicare numerose categorie di atti, dati e informazioni, quando, invece, in Francia non esiste una cosa simile. Nel sistema francese è stata preferita una modalità di pubblicazione più centralizzata, che, sebbene vada apprezzata per il livello di dettaglio e esaustività degli obblighi, rimane inferiore rispetto al regime previsto in Italia<sup>39</sup>.

Altro aspetto rilevante del sistema francese riguarda il regime delle eccezioni. Queste ultime sono quelle delimitate dalla legge e per le quali vengono previste delle indicazioni analitiche fornite dalla Cada. Punto di forza del modello francese sta proprio nel fatto di ridurre il livello di incertezza. In Italia, invece,

---

<sup>36</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 158.

<sup>37</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pagg. 159 e ss.

<sup>38</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 162.

<sup>39</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 167.

l'amministrazione dispone di un ampio margine di apprezzamento, sia nel momento in cui deve valutare se si tratta di accesso ex artt. 22 ss. della legge n. 241/1990 oppure di accesso civico o, ancora, generalizzato; nel caso si trattasse di accesso generalizzato, poi, dovrà valutare la sussistenza dei limiti che giustificano il rifiuto all'accesso<sup>40</sup>.

Ancora, altra differenza tra i due modelli riguarda il regime del silenzio – rifiuto. Mentre in Italia tale meccanismo viene previsto unicamente per l'accesso qualificato, in Francia viene previsto per l'accesso generalizzato.

Queste constatazioni fanno comprendere come, pur esistendo l'accesso generalizzato nell'ordinamento francese da quasi quarant'anni, il livello di trasparenza sia più basso rispetto a quello raggiunto nell'ordinamento italiano.

## **2.2. Panoramica sul diritto di accesso nei Paesi Scandinavi**

Esempi di trasparenza, apertura e rispetto dei diritti sono i rapporti intercorrenti tra cittadini e poteri pubblici nei sistemi scandinavi. A conferma di ciò vi è la disciplina che attiene all'accesso alle informazioni e ai documenti delle pubbliche amministrazioni.

Il caso svedese è emblematico perché si parla della “*world's oldest access law*”, quindi una apertura dell'amministrazione secolare, che porta con sé un'ampia libertà di accesso dei cittadini ad informazioni e documenti detenuti presso le pubbliche amministrazioni<sup>41</sup>.

Per poter passare all'analisi dell'evoluzione della disciplina in materia di accesso, occorre rilevare come punto di riferimento sia l'atto di rango costituzionale denominato *Tryckfrihetsordningen*<sup>42</sup>. Quest'ultimo, emanato nel 1766 dal re Adolfo Federico e dalla dieta nazionale, su ispirazione del politico e filosofo Anders Chydenius, costituisce ancora oggi parte integrante della costituzione svedese.

Le complesse ragioni storiche hanno fatto sì che il principio dell'accesso pubblico ai documenti sia stato, in origine, ancorato ad uno specifico scopo, cioè la diffusione mediatica o meno, e non trasfuso in una più ampia disciplina relativa ai diritti e alle libertà dei cittadini<sup>43</sup>. Questo aspetto peculiare della disciplina svedese non è cambiato nel tempo, ma questa concezione non ha precluso l'accesso da parte di ogni cittadino privato.

Altro aspetto rilevante e problematico è il rapporto tra libertà e segretezza. Venne introdotta, nel 1937, la *Law with restriction of access to official documents*, abrogata e sostituita nel 1980 con il *Secrecy Act*. Quindi, con l'emanazione dell'*Instrument of Government* e del *Secrecy Act* si sancì il principio secondo cui le restrizioni in materia di accesso dovevano avere carattere tassativo, quindi essere contenute esclusivamente in atti di carattere legislativo.

---

<sup>40</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 168.

<sup>41</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 219.

<sup>42</sup> *Freedom of the Press Act – FOPA*, nella traduzione estesa in inglese: *His Majesty's Gracious Ordinance Relating to Freedom of Writing and of the Press*.

<sup>43</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 221.

Dopo la seconda guerra mondiale, all'interno dell'ordinamento svedese, vennero emanati alcuni provvedimenti che determinarono una trasformazione del sistema costituzionale, modifica che riguardò anche la disciplina in materia di accesso ai documenti e sui diritti in materia di informazione. Venne emanata, nel 1949, una nuova versione del FOPA; adottato, nel 1974, l'*Instrument of Government*; infine, nel 1991 entrò in vigore la *Fundamental Law on Freedom of Expression*<sup>44</sup>.

Nel 1949 venne introdotta, estendendo, quindi, i diritti in materia, la disciplina secondo cui a ciascun funzionario pubblico si riconosce la libertà di poter comunicare informazioni alla stampa. Residuavano, però, incertezze in ordine alla violazione della regola generale del segreto professionale, quindi, il quesito che si poneva era se, nell'ipotesi nel quale il pubblico ufficiale, violando la suddetta regola, potesse essere o meno incriminato e condannato penalmente. Intervenne, nel 1979, la c.d. *qualified secrecy* che dava risposta affermativa al quesito, ma solo nell'eventualità in cui il pubblico ufficiale avesse violato un obbligo di segretezza previsto come tale dalla legge<sup>45</sup>.

Passando ad analizzare la disciplina vigente nell'ordinamento scandinavo, ci si accorge come la libertà di accesso ai documenti sia disciplinata tanto da provvedimenti a carattere costituzionale<sup>46</sup>, tanto da provvedimenti di rango legislativo<sup>47</sup>. Poi, sono previste disposizioni specifiche nel caso in cui, in materia di accesso, venga in rilievo la tutela di diritti in sede giurisdizionale.

Occorre rilevare come, anche nell'ordinamento svedese, vengono collocati dei diritti fondamentali sullo sfondo della disciplina in materia di accesso. Di primaria importanza è il diritto di espressione, enunciato nell'*Instrument of Government*, il quale non può essere limitato se non da previsioni di carattere legislativo. Enunciato, invece, nel *Freedom of the Press Act* è il diritto di qualunque individuo di comunicare e pubblicare informazioni, quindi un diritto che ricomprende anche i funzionari e altri appartenenti alle pubbliche amministrazioni.

Poi, all'articolo 1 del Capo II del FOPA<sup>48</sup>, viene enunciato il principio secondo cui ogni cittadino deve avere accesso ai documenti delle amministrazioni.

Il sistema costituzionale svedese assicura il più elevato livello di protezione in materia di accesso ai documenti e questa ampiezza è confermata dall'articolo 5 del Capo XIV del FOPA dal quale si rileva come l'accesso non sia limitato ai soli cittadini svedesi, ma a questi ultimi vengono equiparati tutti gli stranieri.

I tre pilastri che fondano quest'ampio livello di protezione sono tre: in primo luogo, la libertà di stampa; la libertà di espressione; infine, il diritto all'anonimato<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pagg. 221 e ss.

<sup>45</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 222.

<sup>46</sup> La *Fundamental Law on Freedom of Expression* e il *Freedom of the Press Act – FOPA*.

<sup>47</sup> Il *Public Access to Information and Secrecy Act – PAISA*.

<sup>48</sup> "Every Swedish citizen shall be entitled to have free access to official documents, in order to encourage the free exchange of opinion and the availability of comprehensive information".

<sup>49</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 224.

Il sistema costituzionale, ancora una volta, dà rilievo al principio di trasparenza delle amministrazioni pubbliche determinando i principi generali relativi alle limitazioni al diritto di accesso. Infatti, l'articolo 2<sup>50</sup> del Capo II del FOPA afferma che il diritto di accesso possa essere limitato in un elenco di ipotesi necessarie. Prosegue, poi, specificando che le restrizioni rientranti in tali categorie tassative devono essere approfondite solo da norme di rango legislativo.

Dal punto di vista oggettivo, altra restrizione è costituita dal tipo di atti che possono essere oggetto di richiesta da parte di cittadini e non cittadini. L'accesso ai documenti svedesi è limitato ai soli atti a carattere ufficiale<sup>51</sup>. Quest'ultima nozione, specificata all'interno del FOPA, viene considerata in senso ampio. Si ritiene siano "documenti" qualsiasi rappresentazione scritta o visuale, qualsiasi registrazione che possa essere letta, ascoltata o compresa attraverso l'uso di strumenti tecnologici. Mentre, la "ufficialità" scaturisce dalla circostanza secondo cui tali documenti sono detenuti, ricevuti o trasmessi dalle pubbliche amministrazioni. Vengono esclusi un elenco preciso di atti da tale nozione<sup>52</sup>.

Entrato in vigore il 30 giugno del 2009, riordinando la materia, il PAISA rappresenta il punto di riferimento della disciplina in materia di accesso<sup>53</sup>. Si tratta di un testo che riguarda l'intera materia della segretezza delle attività pubbliche perché, in sintesi, disciplina le eccezioni al principio di accesso, le restrizioni alla libertà di espressione e, inoltre, gli obblighi di confidenzialità in capo a funzionari pubblici.

Con riguardo al principio di accesso, questo viene specificato in modi differenti all'interno del *Public Access to Information and Secrecy Act*. In primo luogo, vi è il diritto spettante a ciascun cittadino ad avere accesso ai documenti ufficiali; conseguentemente, viene riconosciuta piena libertà di espressione a funzionari e pubblici ufficiali, i quali possono diffondere informazioni e notizie a soggetti estranei all'organizzazione amministrativa di appartenenza<sup>54</sup>. Ancora, un altro nucleo di libertà si aggiunge a quelle poc'anzi descritte ed

---

<sup>50</sup> "The right of access to official documents may be restricted only if restriction is necessary with regard to: 1. The security of the Realm or its relations with another state or an international organisation; 2. The central fiscal, monetary or currency policy of the international organisation; 3. The inspection, control or other supervisory activities of a public authority; 4. The interests of preventing or prosecuting crime; 5. The economic interests of the public institutions; 6. The protection of the personal or economic circumstances of individuals; or 7. The preservation of animal or plant species. Any restriction of the right of access to official documents shall be scrupulously specified in a provision of a special act of law, or, if deemed more appropriate in a particular case, in another act of law to which the special act refers. With authority in such a provision, the Government may however issue more detailed provisions for its application in an ordinance. The provisions of paragraph two notwithstanding, the Riksdag or the Government may be authorized, in a regulation under paragraph two, to permit the release of a particular document, with regard to the circumstances".

<sup>51</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 225.

<sup>52</sup> La nozione di documento ufficiale è fissata dall'articolo 3, che sancisce "Document is understood to mean any written or pictorial matter or recording which may be read, listened to, or otherwise comprehended only using technical aids. A document is official if it is held by a public authority, and if it can be deemed under Article 6 or 7 to have been received or drawn up by such an authority. A recording under paragraph one is deemed to be held by a public authority, if it is available to the authority using technical aids, which the authority itself employs, for communication in such form that it may be read, listened to, or otherwise comprehended. A compilation of information taken from material recorded for automatic data processing is however regarded as being held by the authority only if the authority can make it available using routine means. A compilation of information taken from material recorded for automatic data processing is not however regarded as being held by the authority if the compilation contains personal information and the authority is not authorised in law, or under an ordinance, to make the compilation available. Personal information is understood to mean any information which can be referred back directly or indirectly to an individual".

<sup>53</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 226.

<sup>54</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 227.

è rappresentato dal diritto di ciascun funzionario di comunicare e pubblicare informazioni e notizie attraverso i *media*. Infine, viene prevista la possibilità di poter essere presenti ai lavori dei tribunali e delle assemblee legislative.

L'ambito soggettivo di applicazione del PAISA riguarda la nozione di autorità pubblica. A quest'ultima viene data un'accezione ampia, ricomprendendosi, oltre le amministrazioni in senso proprio, anche le assemblee elettive di livello statale, municipale o intermedio. Inoltre, sono soggette agli obblighi in materia di accesso anche le imprese, società, fondazioni o associazioni con scopo di lucro che siano sottoposte a forme di influenza da parte dei consigli delle contee o dei *kommuner*<sup>55</sup>. Ancora, l'applicazione di tali obblighi a soggetti privati, diversi da quelli per i quali si possano ravvisare forme di influenza, è prevista nel caso in cui vengano esercitati poteri o potestà a carattere pubblicistico<sup>56</sup>.

Ricompresi e, quindi, assoggettati alle previsioni del PAISA in materia di *secrecy* sono i soggetti che siano dipendenti o *contractors* o che abbiano obblighi di servizio nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

Analizzando più specificamente il contenuto delle previsioni all'interno del PAISA, preliminarmente occorre rilevare come la normativa in materia di segretezza costituisce il fulcro della disciplina contenuta all'interno di quest'ultimo, in quanto vengono fissate le restrizioni all'ampio diritto di accesso.

La *secrecy rule*, enunciata all'interno del *Public Access to Information and Secrecy Act*, non permette la diffusione di informazioni assoggettate alla regola medesima. Quindi, questa regola comporta che le informazioni coperte dalla *secrecy rule* non possano essere messe a disposizione di amministrazioni diverse rispetto a quella che ne è in possesso<sup>57</sup>.

Le regole in materia di segretezza, va specificato, possono valere anche all'interno di una stessa autorità, nel caso in cui si voglia mantenere l'indipendenza di organi appartenenti alla stessa.

Infine, regole in materia di segretezza riguardano la divulgazione di informazioni nei confronti di autorità straniere e organizzazioni internazionali<sup>58</sup>.

Vengono previste, poi, delle eccezioni alle restrizioni all'accesso e alla *disclosure*, il cui obiettivo è la tutela di interessi privati e delle autorità stesse. Quindi, a certe condizioni, un'informazione segreta può essere oggetto di divulgazione.

In conclusione, la disciplina in materia di accesso nell'ordinamento svedese è caratterizzata dal fatto di essere ancorata ad un'identità costituzionale e all'esercizio di alcune libertà e diritti fondamentali<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> Per quanto riguarda le suddivisioni amministrative, la Svezia è composta di 20 contee (chiamate *landsting*) e 290 municipalità (*kommuner*). In più, sono attivi 21 *lansstyrelser* per l'amministrazione di affari a carattere regionale.

<sup>56</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 228.

<sup>57</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 228.

<sup>58</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 228.

<sup>59</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 240.

I difetti che si potrebbero ravvisare in un tale ordinamento sono, in primo luogo, il rischio di avere una trasparenza eccessiva, che potrebbe portare a risultati paradossali.

In secondo luogo, si può constatare la presenza di taluni “vuoti” di disciplina. Infatti, in materia di segretezza manca una chiara disciplina che diminuisca lo spazio di discrezionalità dell’amministrazione, regolando a monte il bilanciamento tra accesso e segretezza. E, infine, vengono previsti, nell’ordinamento svedese, una serie di limiti all’accesso di un insieme particolarmente ampio di atti a carattere “strumentale”.

Benché si possano ravvisare degli elementi negativi all’interno dell’esperienza svedese in materia di accesso, ciò non scalfisce l’opinione secondo cui il modello previsto in tale ordinamento sia paradigmatico di apertura delle amministrazioni pubbliche.

### 2.3. L’esperienza inglese

Nel 1996, il Primo Ministro Tony Blair<sup>60</sup> inaugurava la campagna per la realizzazione del *Freedom of Information Act* nel Regno Unito<sup>61</sup>. L’iniziativa riscosse molto successo, in ragione del fatto che si affermava l’apertura alla trasparenza, in contrapposizione alla cultura del *secrecy* cui la tradizione inglese era fortemente ancorata.

L’esperienza inglese può essere annoverata tra le più significative al mondo.

Nel Regno Unito la trasparenza è, per lungo tempo, stata vista in maniera ostile. Oltre le ragioni storiche, tale concezione veniva giustificata dalla convinzione che, in base al principio del *parliamentary sovereignty*, l’esecutivo dovesse rispondere dei suoi atti di fronte alle Camere. Inoltre, tradizionalmente il Governo e la pubblica amministrazione erano detentori di un potere esclusivo, insindacabile e assoluto in ordine al rifiuto di divulgazione in giudizio di informazioni la cui diffusione non sarebbe stata in linea con l’interesse pubblico<sup>62</sup>.

Ancora, a favore della *secrecy rule* veniva invocata l’integrità dei funzionari, che, tramite la perdita dell’anonimato, sarebbe venuta meno la neutralità loro richiesta.

Infine, anziché dare priorità ad un’amministrazione più aperta si è dato rilievo all’effettiva ed efficiente azione amministrativa.

Altro fattore che non ha favorito l’emersione dei valori della trasparenza in Gran Bretagna è costituito dall’assenza di un dettato costituzionale in grado di dare consistenza ai suddetti valori.

Fin dagli anni Settanta del secolo scorso, la necessità di un *open government* fu al centro del dibattito politico. Infatti, può considerarsi predecessore del Foia, il *Code of Practice on Access to Government Information*,

---

<sup>60</sup> Dall’estratto del discorso pronunciato da Mr. Tony Blair, leader dei laburisti, durante la *Campaign for Freedom of Information’s Annual Awards Ceremony*, Londra, 25 marzo 1996 “*It is not some isolated constitutional reform that we are proposing with a Freedom of Information Act. It is a change that is absolutely fundamental to how we see politics developing in this country over the next few years ... information is power and any government’s attitude about sharing information with the people actually says a great deal about how it views power itself and how it views the relationship between itself and the people who elected it*”.

<sup>61</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L’accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 61.

<sup>62</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L’accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 62.

emanato nel 1994 dal partito conservatore. L'ottica seguita da tale atto rispecchia quella dell'accesso procedimentale ed è caratterizzato da notevoli limitazioni.

La tendenza fu, di lì a poco, la promessa di una nuova politica e di una legge generale sulla libertà di informazione da parte dei maggiori partiti<sup>63</sup>.

Il partito laburista fu il primo a concretizzare tali proposte, presentando nel 1997 un *White Paper* dal titolo *Your Right to Know*. Attraverso quest'ultimo si diede formale avvio all'elaborazione del Foia britannico.

Il progetto di legge, però, incontrò numerose difficoltà, finché, apportate le modifiche necessarie, entrò in vigore il 30 novembre 2000. Una volta emanato attraversò una fase transitoria, funzionale a permettere l'adattamento ai nuovi meccanismi e l'adattamento delle pubbliche amministrazioni. Poi, per volontà espressa del Primo Ministro Tony Blair, l'entrata in vigore dell'atto fu posticipata anche a causa degli attentati dell'11 settembre 2001, che sconvolsero il panorama politico mondiale. Dopo cinque anni, quindi, dalla sua pubblicazione, il 1° gennaio 2005 il Foia è entrato ufficialmente in vigore in Inghilterra, Galles e Irlanda del Nord<sup>64</sup>.

Passando a parlare della disciplina vigente, il Foia britannico si compone di otto parti<sup>65</sup>.

Nella prima parte dell'atto viene disciplinato il diritto di accesso agli atti. Quest'ultimo si traduce nella possibilità per ciascun privato di accedere alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni e fa sorgere, conseguentemente, un obbligo in capo all'amministrazione di rilasciare i documenti richiesti. Nell'ordinamento britannico vige, in altri termini, una presunzione generale in favore dell'accesso. Questo viene limitato, da un lato, attraverso il regime delle eccezioni e, dall'altro, dai vari bilanciamenti operati dalle amministrazioni con i *test*. Ancora, le richieste di accesso vengono negate nei casi di costi eccessivi e richieste pretestuose<sup>66</sup>.

L'ambito di applicazione soggettivo del Foia è indicato nella Schedule 1 dell'atto. L'elenco contiene alcune amministrazioni classificate per nome, altre per tipologia. Comunque, le regole fissate dal Foia si applicano ad un numero elevato di pubbliche amministrazioni su tutto il territorio nazionale. È, inoltre, previsto, in base alla Sezione 5 dell'atto, che il Segretario di Stato può ampliare tale novero.

Invece, in merito alle informazioni alle quali ciascun cittadino può accedere, queste comprendono: documenti, lettere, note, *files*, email, fotografie, registrazioni audio o video. Quindi, le informazioni alle quali si fa riferimento sono tutte quelle in possesso delle pubbliche amministrazioni e che permettono a queste ultime di esplicare le loro funzioni. Va ribadito che non si impone alla pubblica amministrazione, destinataria di una

---

<sup>63</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 63.

<sup>64</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 64.

<sup>65</sup> Più precisamente, il Foia si articola nelle seguenti parti: *Access to information held by Public authorities; Exempt information; General functions of Minister for the Cabinet Office, Secretary of State and Information Commissioner; Enforcement; Appeals; Historical records and Records in Public Record Office or Public Record Office of Northern Ireland; Amendments of Data Protection Act 1998; Miscellaneous*.

<sup>66</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 66.

richiesta di accesso, la creazione di nuove informazioni per soddisfare la suddetta, coprendo la normativa le sole informazioni che sono già in possesso dell'amministrazione.

Per quanto riguarda i dati personali la normativa di riferimento non è il Foia, bensì il *Data Protection Act* del 1998<sup>67</sup>.

In merito alla procedura di accesso, la richiesta può essere effettuata da "chiunque", quindi, anche non cittadino o non residente, e deve rispettare determinati requisiti: deve essere presentata per iscritto, si devono indicare gli estremi dell'informazione alla quale si vuole accedere e deve essere indicato il nome del richiedente con un suo indirizzo<sup>68</sup>.

Non viene richiesta, invece, una motivazione per giustificare la domanda di accesso<sup>69</sup>.

Come si anticipava, la richiesta fa sorgere in capo all'amministrazione l'obbligo di provvedere e, più specificamente, di comunicare al soggetto se l'informazione che viene richiesta è in possesso dell'amministrazione o meno e, in caso di esito positivo, di rilasciare quest'ultima. La Sez. 16 del Foia<sup>70</sup> e i codici di Condotta prevedono che, in caso di richiesta non chiara o che lasci spazio ad interpretazione, l'amministrazione deve aprire un dialogo con il privato al fine di meglio comprendere le sue esigenze, senza rimanere silente sul punto.

Quindi, il primo obbligo a cui l'amministrazione è sottoposta è il c.d. *duty to confirm or deny*, cioè informare il richiedente circa il possesso o meno dell'informazione richiesta, anche in caso di rifiuto<sup>71</sup>. Nel caso in cui l'accesso all'informazione richiesta possa provocare un pregiudizio ad interessi ritenuti più rilevanti, tale obbligo viene meno. Nel caso in cui si verificasse una situazione del genere, l'amministrazione risponderà in senso negativo, utilizzando la formula *neither confirm nor deny* (NCND)<sup>72</sup>.

Al di fuori dell'ipotesi delineate, nel caso in cui l'amministrazione possieda le informazioni richieste e non vi siano motivi per una risposta negativa, dovrà concedere l'accesso nelle forme più idonee<sup>73</sup>. Al contrario, se l'amministrazione non detenga le informazioni oggetto di richiesta, il richiedente, tramite una *refusal notice*<sup>74</sup>, verrà informato.

---

<sup>67</sup> Il quadro normativo sul diritto di accesso è completato dall'*Environmental Information Regulation* (EIR) del 2004, dall'*INSPIRE Regulation* del 2009 e dal *Re – use of Public Sector Information Regulations* (RPSI) del 2015.

<sup>68</sup> Le amministrazioni non sono tenute a verificare l'identità del richiedente, salvo sia usato uno pseudonimo o ci siano altri motivi per negare la richiesta.

<sup>69</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 66.

<sup>70</sup> *Duty to provide advice and assistance*.

<sup>71</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 67.

<sup>72</sup> Anche nel caso di *duty to confirm or deny* l'amministrazione dovrà effettuare valutazioni preliminari a seconda dell'eccezione che ritiene di applicare. Nel caso di eccezioni *prejudice – based*, essa deve compiere preliminarmente il *prejudice test* per verificare se l'assolvimento dell'obbligo possa essere comunque dannoso. Nell'ipotesi di eccezioni qualificate, l'amministrazione, prima di emettere un NCND, dovrà effettuare il *public interest test*.

<sup>73</sup> Il Foia non prescrive forme precise di comunicazione delle informazioni richieste, ma lascia all'amministrazione la scelta in base ai canoni della ragionevolezza.

<sup>74</sup> Se l'amministrazione è a conoscenza del fatto che l'informazione richiesta è in possesso di un'altra autorità, può trasferire la domanda a quest'ultima o avvisare il richiedente. In generale, in tutti i casi in cui l'amministrazione nega l'accesso o risponde attraverso un NCND, deve trasmettere al privato una *refusal notice* in cui: vengono spiegati i motivi del diniego, spiega la procedura da porre in essere per richiedere un *review* interno e viene offerta la possibilità di presentare reclamo all'ICO.

Altro obbligo al quale l'amministrazione è sottoposta, in materia di istanze di accesso, è costituito dal fatto che, una volta ricevuta una richiesta, l'amministrazione deve rispondere prontamente. Il termine fissato è di 20 giorni, che decorrono dal primo giorno lavorativo successivo alla richiesta<sup>75</sup>. Quindi, non si ammettono ritardi, salvo per esigenze particolari, idonee a giustificare un eventuale differimento, che dovrà essere tempestivamente comunicato al richiedente.

La seconda parte del Foia riguarda il regime delle eccezioni. In presenza di queste ultime, l'amministrazione è legittimata a negare la richiesta di accesso sulla base del fatto che la diffusione dell'informazione richiesta potrebbe arrecare un danno ad altri o essere contraria all'interesse pubblico<sup>76</sup>. L'amministrazione, valutando che l'informazione richiesta rientra nell'ambito di una determinata eccezione, svolge un'attività di mera interpretazione.

Il testo del Foia elenca un numero consistente di eccezioni, all'interno del quale è possibile operare due suddivisioni: la prima è fra *absolute* e *qualified exemptions*; la seconda, pur non comparando espressamente nel Foia, è la distinzione tra eccezioni *class – based* e *prejudice – based*.

In merito alla prima classificazione, è utile rilevare come questa sia fondamentale perché a seconda dell'eccezioni di cui trattasi deriverà un diverso potere dell'amministrazione.

Nel caso di *absolute exemption* l'amministrazione è legittimata a negare automaticamente l'accesso, stabilendo che l'informazione rientra nell'ambito di applicazione dell'eccezione. In questo caso, la valutazione è effettuata già a monte dal legislatore. Al contrario, se trattasi di eccezioni qualificate, essa dovrà effettuare, prima di arrivare ad una conclusione, il *public interest test*<sup>77</sup>. Attraverso quest'ultimo, all'amministrazione è demandato un bilanciamento dei diversi interessi in gioco, il quale dovrà essere effettuato valutando con estrema attenzione quale abbia maggiore rilievo. Se, al termine del test, non emergano elementi che giustifichino la prevalenza di un interesse rispetto all'altro, in virtù della presunzione generale fissata dal Foia, l'accesso dovrà essere concesso<sup>78</sup>.

La seconda suddivisione, tra eccezioni *class – based* e *prejudice – based*, richiede delle specificazioni.

Anzitutto, tutte le eccezioni assolute e alcune qualificate sono *class – based*, cioè sono riferite ad una particolare categoria di informazioni. L'amministrazione, in tali casi, dovrà sempre effettuare il *public interest test* prima di arrivare ad una conclusione circa la diffusione o meno dell'informazione.

Se trattasi di eccezioni *prejudice – based*, l'amministrazione dovrà effettuare una valutazione a priori, cioè valutare se il danno o il pregiudizio si possa verificare in concreto. Per fare ciò, essa applicherà il *prejudice test*, il quale si compone di diversi passaggi: identificare gli interessi; rilevare le conseguenze negative in caso

---

<sup>75</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 68.

<sup>76</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 69.

<sup>77</sup> L'applicazione del *public interest test* è un passaggio fondamentale. Tale valutazione involge un ampio *range* di valori e principi che afferiscono al *public good*, o che sono nel migliore interesse della società.

<sup>78</sup> Nel caso in cui la fattispecie sia particolarmente complessa, potrà risultare necessaria un tempo maggiore rispetto a quello ordinario. In questi casi, quindi, verrà concessa una ragionevole estensione, circa 20 giorni lavorativi, da aggiungere ai 20 ordinari. In questa ipotesi, la richiesta di *extra – time* dovrà essere motivata e comunicata al richiedente.

di diffusione dell'informazione; constatare se si tratta di un pregiudizio reale e concreto e la sua probabilità di verifica; infine, accertare che vi sia un nesso di causalità.

L'*Information Commissioner's Office* (ICO), per abbattere i problemi interpretativi e applicativi della normativa delineata, ha predisposto delle *guidelines* sull'applicazione di ciascuna eccezione e sullo svolgimento dei *test*<sup>79</sup>.

Ulteriore vincolo, di tipo proattivo, in capo alle amministrazioni, è l'obbligo di pubblicazione preventiva di talune informazioni. Il Foia, quindi, impone alle amministrazioni di dotarsi di un proprio schema di pubblicazione. Quindi, l'*Information Commissioner* ha predisposto un modello di schema di pubblicazione al quale le amministrazioni devono attenersi, contenente sette classi<sup>80</sup> di informazioni che devono necessariamente essere disponibili sui siti *web* di queste ultime.

Nel caso in cui vi sia l'assenza di uno schema di pubblicazione o una svista o irregolarità delle informazioni pubblicate, ciò potrà essere oggetto di una segnalazione all'*Information Commissioner*, il quale potrà utilizzare i suoi poteri di controllo e vigilanza<sup>81</sup>.

In conclusione, è possibile affermare che il Foia britannico garantisca un alto livello di efficienza e di *performance*. Tuttavia, anche all'interno di tale ordinamento è possibile trovare dei punti critici. In relazione al regime delle eccezioni, si può constatare come l'esperienza britannica contempla 23 eccezioni, di cui 8 assolute. Di queste, poi, alcune sono vaghe e permettono margini di interpretazione considerevoli.

Ma, il Foia britannico presenta anche numerosi punti di forza: l'estensione dell'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della normativa; il dovere di dialogo e assistenza nei confronti di chi vanti una richiesta nei confronti dell'amministrazione; la presenza di *Codes of practice* e delle *guidelines*; la presenza di schemi di pubblicazione e obblighi imposti alle amministrazioni.

Dunque, trattasi di un Foia ambizioso e la cui applicazione è curata dettagliatamente<sup>82</sup>.

### **3. Disciplina europea sull'accesso del pubblico ai documenti**

L'articolo 1, par. 2., TUE così recita "*Il presente trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini*". Attraverso quest'articolo il principio di trasparenza assume un ruolo centrale nell'ordinamento europeo attraverso un ideale di conoscibilità e prossimità ai cittadini dei processi decisionali delle istituzioni europee<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pagg. 70 e ss.

<sup>80</sup> Le sette classi sono: *who we are and what we do; what we spend and how we spend it; what our priorities are and how we are doing; how we make decisions; our policies and procedures; lists and registers; the services we offer*.

<sup>81</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pagg. 73 e 74.

<sup>82</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 90.

<sup>83</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 243.

Con la Dichiarazione n. 17 annessa al Trattato di Maastricht<sup>84</sup> si ha la comparsa della trasparenza nell'ordinamento europeo. Con essa veniva chiesto alla Commissione di effettuare una relazione, da inviare al Consiglio, contenente le misure volte a rafforzare l'accesso pubblico alle informazioni detenute dalle istituzioni, poiché "la trasparenza del processo decisionale è idonea a rafforzare il carattere democratico delle istituzioni".

Così, nel 1993, la Commissione e il Consiglio approvarono il Codice di condotta<sup>85</sup> che disciplinò l'accesso del pubblico ai documenti. Trattasi di un atto di autodisciplina<sup>86</sup> che, però, per primo regolò l'accesso del pubblico ai documenti. Per giustificare il fatto che il Codice fu adottato mediante decisioni riguardanti l'organizzazione interna del Consiglio e della Commissione, va ricordato che all'epoca non era presente nei Trattati una base giuridica per una disciplina comunitaria in relazione al diritto di accesso.

Ciò, però, pose dei problemi in ordine alla natura giuridica del Codice e, più specificamente, se esso potesse produrre effetti giuridici rilevanti nei confronti dei terzi. I giudici europei, dunque, investiti della questione, statuirono che le decisioni delle due istituzioni di recepimento del Codice erano idonee ad "attribuire a terzi determinati diritti" e, inoltre, vi era, in capo alle istituzioni, un obbligo di rispettarle.

Quindi, anche in assenza nei Trattati di una base legale per disciplinare l'accesso del pubblico ai documenti, l'operato delle istituzioni e della Corte di giustizia fu idoneo ad affermare un generale diritto di accesso. Coerentemente, il Codice parlava del principio del "più ampio diritto di accesso possibile" che doveva essere garantito al "pubblico".

L'ingresso dei Paesi Scandinavi all'interno dell'Unione risolse il problema poc'anzi prospettato. Infatti, la trasparenza e l'accesso vennero introdotti con il Trattato di Amsterdam nel diritto primario. Quindi, si modificava l'art. A del Trattato di Maastricht disponendo che le decisioni sono adottate "nel modo più trasparente possibile" e veniva sancito il diritto di accesso ai documenti detenuti dal Parlamento, Consiglio e Commissione (art. 255 TCE<sup>87</sup>).

Il riconoscimento di diritto fondamentale del diritto di accesso fu acquisito con l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> "La Conferenza ritiene che la trasparenza del processo decisionale rafforzi il carattere democratico delle istituzioni, nonché la fiducia del pubblico nei confronti dell'amministrazione. La Conferenza raccomanda pertanto che la Commissione presenti al Consiglio, entro il 1993, una relazione su misure intese ad accrescere l'accesso del pubblico alle informazioni di cui dispongono le istituzioni".

<sup>85</sup> Il Codice di condotta fu approvato il 6 dicembre 1993 e adottato da successive decisioni del Consiglio (93/731) e della Commissione (94/90).

<sup>86</sup> Il Codice di condotta fu adottato formalmente dalle due istituzioni mediante decisioni riguardanti la propria organizzazione interna.

<sup>87</sup> Il Regolamento (CE) n. 1049/2001 ha dato attuazione a questa disposizione, prevedendo che Parlamento, Consiglio e Commissione consentano l'accesso ai documenti da loro detenuti mediante un registro elettronico. Il 30 maggio 2001, le tre istituzioni citate adottarono il regolamento 1049/2001/CE. Esso sostituisce le norme di autoregolamentazione precedentemente adottate e fissa i principi generali e i limiti all'accesso.

<sup>88</sup> L'art. 42 della Carta prevede che "ogni cittadino dell'Unione nonché ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto".

In conclusione, è oggi pienamente riconosciuta dall'ordinamento europeo la valenza costituzionale tanto della trasparenza, quanto del diritto di accesso ai documenti<sup>89</sup>.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009, i riferimenti giuridici da prendere in considerazione sono l'art. 1 del TUE<sup>90</sup>, che sancisce il principio di trasparenza, e l'art. 15 del TFUE<sup>91</sup>, che specifica tale principio in tre modi. Al paragrafo 1 si stabilisce che istituzioni, organi e organismi dell'Unione operino nel modo più trasparente possibile, affinché si promuova il buon governo e si garantisca la partecipazione sociale della società civile. Poi, il paragrafo 2 sancisce la pubblicità delle sedute del Parlamento e Consiglio. Da ultimo, il paragrafo 3 dell'art. 15, TFUE concede ad ogni cittadino dell'Unione, che sia persona fisica o giuridica, che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro, il diritto di accedere ai documenti detenuti dalle istituzioni, organi e organismi dell'unione.

L'individuazione dei principi generali e delle limitazioni al diritto di accesso viene rimessa a regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio<sup>92</sup>.

Per ciò che concerne la disciplina generale del diritto di accesso ai documenti occorre fare riferimento al regolamento n. 1049 del 30 maggio 2001.

L'art. 2<sup>93</sup> del regolamento definisce l'ambito soggettivo del diritto in questione. Quindi, la legittimazione spetta ad ogni cittadino dell'Unione, sia esso persona fisica o giuridica, che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro. Coerentemente con le finalità della normativa, non viene richiesta la sussistenza di alcun interesse specifico o qualificato per l'acquisizione del documento di cui si stia facendo richiesta.

Per quanto riguarda le persone, fisiche o giuridiche, non residenti o non aventi la sede sociale in uno Stato membro, il regolamento, attribuendo piena discrezionalità alle istituzioni, prevede che esse possano

---

<sup>89</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 246.

<sup>90</sup> Al secondo paragrafo così recita "il presente trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini".

<sup>91</sup> L'art. 15 del TFUE stabilisce che "Al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile.

*Il Parlamento europeo si riunisce in seduta pubblica, cos. come il Consiglio allorché delibera e vota in relazione ad un progetto di atto legislativo.*

*Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma del presente paragrafo.*

*I principi generali e le limitazioni a tutela di interessi pubblici o privati applicabili al diritto di accesso ai documenti sono stabiliti mediante regolamenti dal Parlamento europeo e dal Consiglio, che deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria.*

*Ciascuna istituzione, organo od organismo garantisce la trasparenza dei suoi lavori e definisce nel proprio regolamento interno disposizioni specifiche riguardanti l'accesso ai propri documenti, in conformità dei regolamenti di cui al secondo comma.*

*La Corte di giustizia dell'Unione europea, la Banca centrale europea e la Banca europea per gli investimenti sono soggette al presente paragrafo soltanto allorché esercitano funzioni amministrative.*

*Il Parlamento europeo e il Consiglio assicurano la pubblicità dei documenti relativi alle procedure legislative nel rispetto delle condizioni previste dai regolamenti di cui al secondo comma".*

<sup>92</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pagg. 246 e ss.

<sup>93</sup> L'art. 2, par. 1 e 2, così recitano "Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha un diritto d'accesso ai documenti delle istituzioni, secondo i principi, le condizioni e le limitazioni definite nel presente regolamento.

*Secondo gli stessi principi, condizioni e limitazioni le istituzioni possono concedere l'accesso ai documenti a qualsiasi persona fisica o giuridica che non risieda o non abbia la sede sociale in uno Stato membro."*

“concedere” l’accesso ai documenti<sup>94</sup>. L’esclusione di tali soggetti dall’ambito di applicazione della normativa in materia di accesso costituisce un punto controverso, per questo motivo, da tempo, la Commissione ha proposto un superamento, garantendo l’accesso a chiunque<sup>95</sup>.

Comunque, la distinzione prospettata è ridimensionata dai regolamenti interni delle istituzioni. Così, la Commissione<sup>96</sup> ha equiparato la posizione dei cittadini e persone giuridiche, residenti e non, garantendo a questi ultimi il diritto di accesso alle stesse condizioni previste dalla normativa in tema di diritto di accesso. Anche il regolamento del Consiglio si è mosso nella stessa direzione, estendendo il diritto di accesso “a qualsiasi persona fisica o giuridica<sup>97</sup>”.

Invece, il regolamento interno del Parlamento prevede che il diritto di accesso ai documenti per tutti quei soggetti non contemplati dall’ambito applicativo del regolamento n. 1049/2001, possa essere riconosciuto “nella misura del possibile”<sup>98</sup>.

Va rilevato, però, che nella prassi non si riscontrano distinzioni tra cittadini e non – cittadini e, inoltre, le relazioni annuali delle istituzioni sull’accesso ai documenti attestano l’esistenza di domande provenienti da paesi terzi.

Il profilo oggettivo di applicazione del diritto di accesso è enunciato all’art. 2, par. 3<sup>99</sup>, il quale permette la richiesta di “tutti i documenti detenuti da un’istituzione, vale a dire i documenti formati o ricevuti dalla medesima e che si trovino in suo possesso concernenti tutti i settori d’attività dell’Unione europea”.

Quindi, la definizione di “documento” comprende “qualsiasi contenuto informativo, a prescindere dal suo supporto”<sup>100</sup> che riguardi gli aspetti relativi l’attività di un’istituzione.

È evidente come il campo applicativo del diritto di accesso, nell’ordinamento europeo, sia molto ampio.

All’art. 9<sup>101</sup> del regolamento n. 1049/2001 viene prevista una speciale disciplina per i documenti c.d. sensibili, cioè documenti classificati come segreti o confidenziali. Quindi, nel caso in cui la domanda di accesso abbia ad oggetto documenti sensibili, l’accesso non viene escluso a priori, ma il regolamento prevede che, affinché

---

<sup>94</sup> Si veda ROSSI, Lenor, VINAGRE E SILVA, Patricia, *Public access to Documents in the EU*, Oxford – Portland, 2017, pag. 48.

<sup>95</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L’accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 248.

<sup>96</sup> Con la decisione del 5 dicembre 2001 la Commissione ha aggiunto un allegato sulla disciplina del diritto di accesso al proprio regolamento interno, in attuazione del regolamento n. 1049/2001.

<sup>97</sup> La formulazione della disposizione è ambigua se confrontata con quella prevista dal regolamento della Commissione, perché è previsto che “*qualsiasi persona fisica o giuridica ha accesso ai documenti del Consiglio secondo i principi, le condizioni e le limitazioni definiti nel regolamento (CE) n. 1049/2001*” (art. 1 dell’allegato aggiunto al regolamento del Consiglio dalla decisione del 29 novembre 2001, con la quale è stata data attuazione al regolamento n. 1049/2001).

<sup>98</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L’accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 248.

<sup>99</sup> “Il presente regolamento riguarda tutti i documenti detenuti da un’istituzione, vale a dire i documenti formati o ricevuti dalla medesima e che si trovino in suo possesso concernenti tutti i settori d’attività dell’Unione europea”.

<sup>100</sup> Art. 3, par. 1, lett. a) così recita “*ai fini del presente regolamento, valgono le seguenti definizioni: a. “documento”, qualsiasi contenuto informativo, a prescindere dal suo supporto (testo su supporto cartaceo o elettronico, registrazione sonora, visiva o audiovisiva) che verta su aspetti relativi alle politiche, iniziative e decisioni di competenza dell’istituzione*”.

<sup>101</sup> Art. 9, par. 1 – 3, dispone “*Per documenti sensibili si intendono quei documenti provenienti dalle istituzioni o dalle agenzie da loro istituite, da Stati membri, paesi terzi o organismi internazionali, classificati come «CONFIDENTIEL» in virtù delle disposizioni dell’istituzione interessata che proteggono interessi essenziali dell’Unione europea o di uno o più Stati membri nei settori di cui all’articolo 4, paragrafo 1, lettera a), e in particolare, negli ambiti della sicurezza pubblica, della difesa e delle questioni militari. Le domande di accesso a documenti sensibili nell’ambito delle procedure di cui agli articoli 7 e 8 sono trattate solo da persone che abbiano il diritto di venire a conoscenza di tali documenti. Fatto salvo l’articolo 11, paragrafo 2, tali persone valutano altresì in che modo si possa fare riferimento a documenti sensibili nel registro pubblico.*

*I documenti sensibili sono iscritti nel registro o divulgati solo con il consenso dell’originatore”.*

si possa dare risposta affermativa, occorra il consenso dell'originatore<sup>102</sup>. Questa speciale disciplina ha l'obiettivo di tutelare gli interessi essenziali tanto dell'Unione, quanto di uno Stato membro nei settori della sicurezza pubblica, della difesa e delle relazioni internazionali<sup>103</sup>.

Si può affermare che, in tema di bilanciamento tra accesso e segretezza, vi sia un regime giuridicamente lacunoso<sup>104</sup>, perché il regime dell'art. 9 non definisce i principi di riferimento e indica in modo generale le procedure da porre in essere nel caso di trattamento dei documenti sensibili. Infatti, il legislatore rimette "alle disposizioni dell'istituzione interessata" la definizione degli aspetti rilevanti in materia di segreto.

Quindi, affinché sia negato l'accesso è sufficiente che il documento sia ritenuto sensibile dall'istituzione. Ancora, in capo a quest'ultima non vi è alcun onere motivazionale o viene precluso al giudice europeo un sindacato su tali scelte<sup>105</sup>.

Quindi, la normativa prevista per i documenti sensibili costituisce una corposa eccezione per il diritto di accesso, non ben definita nei suoi tratti essenziali. A ciò si aggiunga che le istituzioni ricorrono ampiamente alla classificazione<sup>106</sup>, tendenza che il Parlamento ha cercato di limitare raccomandando l'introduzione di norme sulla classificazione<sup>107</sup>.

Passando ad analizzare il campo di applicazione del regolamento n. 1049/2001, quest'ultimo prevede solo l'accesso ai documenti del Parlamento, Consiglio e commissione<sup>108</sup>. È evidente come il campo di applicazione sia meno esteso rispetto alla previsione del TFUE, il quale prevede che il diritto di accesso si estenda a tutte le amministrazioni europee. La circostanza che i due atti differiscano sul piano normativo, non ha fatto sì che sul piano pratico vi sia concretamente una differenza: tutte le amministrazioni europee, infatti, sulla base di atti istitutivi o con l'adozione di atti, applicano il regolamento o una normativa analoga<sup>109</sup>.

Per sopperire alla difformità tra ampiezza dell'ambito applicativo previsto dai Trattati e quello definito dal regolamento è in discussione una riforma di quest'ultimo: al momento non si è ancora arrivati ad un risultato<sup>110</sup>.

---

<sup>102</sup> A tutela della trasparenza è previsto all'art. 9, par. 6, che "le norme emanate dalle istituzioni riguardo ai documenti sensibili sono rese pubbliche" e al par. 7 che "la Commissione e il Consiglio devono informare il Parlamento europeo in merito ai documenti sensibili sulla base di accordi stabiliti tra le istituzioni".

<sup>103</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 249.

<sup>104</sup> Si veda DE CAPITANI, Emilio, *Unione europea e segreto di stato*, in [www.atrid-online.it](http://www.atrid-online.it), 2010, pagg. 3 e ss.

<sup>105</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 250.

<sup>106</sup> Nelle loro decisioni le istituzioni, oltre alle normali categorie di classificazione dei documenti per motivi di sicurezza, previste dal regolamento, ne introducono altre, concettualmente distinte e volte ad escludere alcuni documenti dall'accesso del pubblico.

<sup>107</sup> La raccomandazione è all'interno della risoluzione del 4 aprile 2006, con la quale il Parlamento chiedeva alla Commissione di formulare proposte di modifica al regolamento n. 1049/2001. Nella risoluzione del 26 aprile 2016 sull'accesso del pubblico ai documenti per gli anni 2014 – 2015, il Parlamento europeo "si rammarica che i documenti ufficiali siano spesso classificati a un livello troppo elevato".

<sup>108</sup> L'art. 1, lett. a) dispone che "l'obiettivo del presente regolamento è di: a. definire i principi, le condizioni e le limitazioni, per motivi di interesse pubblico o privato, che disciplinano il diritto di accesso ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione sancito dall'articolo 255 del trattato CE in modo tale da garantire l'accesso più ampio possibile".

<sup>109</sup> La Commissione ha presentato nel 2011 una proposta di modifica del reg. n. 1049/2001 (COM (2011) 137 del 21 marzo 2011), con l'obiettivo di estendere espressamente l'ambito applicativo del regolamento a "qualsiasi istituzione, organo, ufficio o agenzia dell'Unione, compreso il servizio europeo per l'azione esterna".

<sup>110</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 252.

Le difficoltà incontrate nei tentativi di riforma del regolamento, quali il timore che la modifica di questo costituisca l'occasione per un arretramento e la difficile soluzione del problema dei documenti classificati, ha rallentato il processo di riforma dell'atto.

In merito agli aspetti procedurali, il regolamento n. 1049/2001, per la presentazione della domanda di accesso prevede che essa abbia forma scritta e che sia formulata "in modo sufficientemente preciso per consentire all'istituzione di identificare il documento in oggetto"<sup>111</sup>.

Va rilevato l'ampia informalità caratterizzi la fase iniziale del procedimento.

L'amministrazione, recepita la domanda, ha l'obbligo di trasmettere al soggetto un avviso mediante il quale si attesta il ricevimento della stessa e, altresì, dovrà provvedere entro 15 giorni lavorativi dalla registrazione della domanda<sup>112</sup>.

Nel caso di diniego all'istanza di accesso, l'istituzione dovrà motivare il rifiuto e informare il richiedente del suo diritto di presentare la c.d. domanda di conferma, quindi il riesame della propria istanza. In quest'ultima ipotesi, il richiedente, nei successivi 15 giorni, potrà chiedere all'istituzione di rivedere la sua posizione<sup>113</sup>.

L'istituzione<sup>114</sup>, nel caso in cui reiteri il rifiuto, oltre all'onere di motivazione dovrà anche informare il richiedente della possibilità di accedere alla tutela giurisdizionale o di rivolgersi al Mediatore.

Nel caso in cui, invece, l'accesso sia concesso, esso avviene mediante consultazione del documento o tramite rilascio di una copia<sup>115</sup>.

Il regime delle eccezioni è contemplato dall'art. 4 del regolamento n. 1049/2001. Esistono, nell'ordinamento europeo, quattro tipi di eccezioni al diritto di accesso ai documenti.

Il par. 1 dell'art. 4 enuncia il primo tipo, cioè le eccezioni assolute, in presenza delle quali il diniego di accesso è legittimo nel caso in cui l'istituzione riesca a dimostrare che la diffusione del documento richiesto possa arrecare concretamente ed effettivamente un pregiudizio all'interesse tutelato dall'eccezione. Ancora, altro requisito richiesto è che il rischio deve essere prevedibile e non meramente ipotetico. Analizzando l'articolo,

---

<sup>111</sup> L'art. 6 dispone "Le domande di accesso a un documento sono presentate in qualsiasi forma scritta, anche elettronica, in una delle lingue di cui all'articolo 314 del trattato CE e sono formulate in modo sufficientemente preciso per consentire all'istituzione di identificare il documento in oggetto. Il richiedente non è tenuto a motivare la domanda.

*Qualora una domanda non sia sufficientemente precisa, l'istituzione può chiedere al richiedente di chiarirla e assisterlo in tale compito, per esempio fornendo informazioni sull'uso dei registri pubblici di documenti.*

*Nel caso di una domanda relativa a un documento molto voluminoso o a un numero elevato di documenti, l'istituzione in questione può contattare informalmente il richiedente onde trovare una soluzione equa.*

*Le istituzioni forniscono informazioni e assistenza ai cittadini sulle modalità e sul luogo di presentazione delle domande di accesso ai documenti".*

<sup>112</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 253.

<sup>113</sup> L'art. 7, par. 2, dispone che "nel caso di rifiuto, totale o parziale, il richiedente può, entro 15 giorni lavorativi dalla ricezione della risposta dell'istituzione, chiedere alla stessa di rivedere la sua posizione, presentando domanda di conferma".

<sup>114</sup> Le autorità competenti a ricevere le domande iniziali e quelle di conferma sono individuate dai regolamenti interni delle istituzioni: nella Commissione, le domande iniziali sono esaminate dal direttore generale o dal capo servizio interessato della domanda, mentre le domande di conferma sono decise dal Segretario generale; nel Consiglio, le domande iniziali sono esaminate dal Segretario generale e quelle di conferma decise dal Consiglio; nel Parlamento, le domande iniziali sono trattate dal Segretario generale e quelle di conferma dall'Ufficio di Presidenza.

<sup>115</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 253.

gli interessi oggetto di questa prima tipologia di eccezioni sono “(a) *l’interesse pubblico, in ordine alla sicurezza pubblica, alla difesa e alle questioni militari, alle relazioni internazionali, alla politica finanziaria, monetaria o economica dell’Unione o di uno Stato membro, oppure (b) della vita privata e dell’integrità dell’individuo, in particolare in conformità con la legislazione europea sulla protezione dei dati personali*”.

Prosegue l’articolo, al par. 2, enunciando le eccezioni relative. In questi casi, la risposta positiva ad un’istanza di accesso sarebbe suscettibile di arrecare un pregiudizio alla tutela “*degli interessi commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresa la proprietà intellettuale; delle procedure giurisdizionali e della consulenza legale; degli obiettivi di attività ispettive, di indagine e di revisione contabile*”. Al contrario, rispetto la prima tipologia, la presenza di questo tipo di eccezioni può non essere rilevante ai fini di un’eventuale risposta positiva all’istanza di accesso, nel caso in cui vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione.

In presenza di eccezioni relative non basta, come per le eccezioni assolute, l’esistenza di un pregiudizio concreto e attuale, ma è rilevante la ponderazione tra l’interesse da tutelare e quello generale all’accessibilità del documento. Va rilevato che a nulla rileva, invece, nella ponderazione, l’interesse privato del richiedente, perché un simile interesse non è qualificato come pubblico e non, quindi, non è contemplato nell’art. 4, par. 2 del regolamento n. 1049/2001<sup>116</sup>.

Una terza tipologia di eccezioni, il cui fine è tutelare il processo decisionale delle istituzioni, sono elencate al par. 3. Nell’ipotesi in cui la diffusione di un documento interno, relativo ad una questione oggetto di decisione da parte dell’istituzione, possa arrecare un pregiudizio grave al processo decisionale, può essere rifiutata, a meno che vi sia un interesse pubblico prevalente.

Altro regime, simile, dei documenti interni è quello riguardate quei documenti contenenti “*riflessioni per uso interno, facenti parte di discussione e consultazioni preliminari in seno all’istituzione interessata*”. Per questi ultimi, nel caso in cui la diffusione possa pregiudicare seriamente il processo decisionale, l’accesso verrà negato. Anche qui, nel caso in cui sussista un interesse pubblico prevalente, l’accesso potrà essere concesso.

Infine, al par. 5 si prevede che “*uno Stato membro può chiedere all’istituzione di non comunicare a terzi un documento che provenga da tale Stato senza il suo previo accordo*”<sup>117</sup>.

Infine, per ciò che concerne le regole di pubblicazione proattiva dei documenti, il regolamento prevede che le istituzioni debbano dotarsi di registri elettronici, tramite i quali il pubblico possa accedere per consultare i documenti.

---

<sup>116</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L’accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 254.

<sup>117</sup> La proposta di regolamento sull’accesso presentata dalla Commissione nel 2008 tentava di limitare il potere degli Stati membri di negare la diffusione di un proprio documento, prevedendo l’obbligo per lo Stato di motivare la segretezza in base alle eccezioni di cui all’art. 4 del regolamento o di disposizioni nazionali ostative alla divulgazione e richiedendo all’istituzione destinataria della richiesta di valutare “*l’idoneità dei motivi adottati dallo Stato membro nella misura in cui siano fondati sulle eccezioni previste dal presente regolamento*”.

Viene rimesso alle istituzioni l'individuazione dei documenti oggetto di pubblicazione sul sito internet. L'unica indicazione fatta dall'art. 12<sup>118</sup> par. 2 riguarda i documenti legislativi, quindi quei documenti che attengono all'adozione di atti giuridicamente vincolati, e quelli relativi alla formulazione di una politica o di una strategia<sup>119</sup>. Il motivo per cui si pone particolare attenzione per i documenti legislativi è spiegato dal fatto che il rafforzamento del carattere democratico, finalità del regolamento, si ha anzitutto tramite il controllo sulle informazioni che costituiscono il fondamento degli atti legislativi<sup>120</sup>.

Attraverso i dati che si ricavano tramite le relazioni annuali delle istituzioni sull'accesso del pubblico ai documenti, si può affermare che i registri contengono un'ampia gamma di documenti, oggetto di consultazione via internet.

In conclusione, il diritto di accesso nel sistema europeo ha visto la luce dapprima tramite atti di organizzazione interni delle istituzioni e, poi, è stato riconosciuto come diritto fondamentale dell'Unione.

Si parla di "diritto di accesso del pubblico in generale", quindi nato per tutelare l'interesse alla conoscenza dei documenti. Infatti, questo aspetto rende il diritto in questione particolarmente ampio.

Rimangono, ancora oggi, dei problemi aperti. Alle criticità iniziali riguardanti il regolamento n. 1049/2001 si è rimediato tramite la normativa secondaria e l'azione della Corte di Giustizia.

Restano, però, degli spazi non ben definiti: è il caso dei documenti classificati e dei documenti elaborati nell'ambito dei processi legislativi<sup>121</sup>.

#### **4. Il quadro normativo italiano**

Con l'espressione *open government* si intende fare riferimento ad un concetto di trasparenza molto ampio, che ricomprende, al suo interno, una condizione di conoscibilità e *accountability* in favore della generalità dei cittadini<sup>122</sup>.

Nell'esperienza italiana, l'esigenza di conoscenza, conoscibilità e apertura si inseriscono nel paradigma – trasparenza: quindi, arricchiscono e diventano corollari del concetto, più ampio, di trasparenza.

È a partire dagli anni '90 del secolo scorso che trasparenza e *open government* fanno ingresso in Europa e, conseguentemente, in Italia, con un certo ritardo rispetto ad altri ordinamenti. Infatti, il diritto dei cittadini alla conoscenza e l'evolversi di meccanismi che rendevano concreta la trasparenza, attraverso l'accesso ai documenti, ha una lunga tradizione. Il modello più antico si rileva in area scandinava e, più specificamente, in

---

<sup>118</sup> L'art. 12 così recita "Per quanto possibile, le istituzioni rendono direttamente accessibili al pubblico i documenti sotto forma elettronica o attraverso un registro, in conformità delle disposizioni previste dall'istituzione in questione.

In particolare, fatti salvi gli articoli 4 e 9, i documenti legislativi, vale a dire i documenti redatti o ricevuti nel corso delle procedure per l'adozione di atti giuridicamente vincolanti negli o per gli Stati membri, dovrebbero essere resi direttamente accessibili. Per quanto possibile, gli altri documenti, in particolare quelli relativi alla formulazione di una politica o di una strategia, dovrebbero essere resi direttamente accessibili.

Qualora l'accesso diretto non avvenga attraverso il registro, quest'ultimo, per quanto possibile, indica dove si trova il documento".

<sup>119</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 256.

<sup>120</sup> Si veda CURTIN, Deirdre, HILLEBRANDT, Maarten, *Transparency in the EU: constitutional overtones, institutional dynamics and the escape hatch of secrecy*, Cheltenham, 2016, pag. 201.

<sup>121</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pagg. 267 e ss.

<sup>122</sup> Si veda CARLONI, Enrico, *L'amministrazione aperta*, op. cit., pag. 19.

Svezia sin dal 1766, seguito, poi, dal *Freedom of Information Act* statunitense del 1966 e dalla legge francese del 1978.

L'affermarsi dell'*open government* è un fenomeno, di recente circolazione a livello internazionale, che è coinciso con l'affermazione di legislazioni che prevedevano il *right to know*, quindi di un diritto da esercitare accedendo alle informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni.

L'esperienza svedese è di particolare interesse perché, tradizionalmente, la *Legge sulla libertà di stampa*, parte integrante del sistema costituzionale, fa sì che il diritto di accesso sia oggetto di previsione a livello costituzionale. Tuttavia, il caso svedese, seppur sia preso a riferimento, rimane un'esperienza isolata<sup>123</sup>.

Pertanto, grazie all'influenza che ha esercitato sulle legislazioni in materia di accesso ai documenti, il modello statunitense è quello al quale si tende a riferirsi maggiormente.

Come accennato, l'esperienza dell'Europa continentale è stata tardiva. Nel 1978, la Francia fu la prima ad introdurre nel proprio ordinamento una legislazione in materia di trasparenza, seguita, poi, dai Paesi Bassi nel 1980.

L'Italia, invece, introdusse il diritto di accesso nel 1990, ma la legislazione italiana era solo parzialmente coincidente con i dettami dell'amministrazione aperta.

La trasparenza assume, quindi, sempre maggiore importanza nell'ordinamento amministrativo italiano, volto a perseguire una serie di obiettivi: rafforzare le garanzie democratiche<sup>124</sup>, tutelare la concorrenza, il contrasto alla corruzione e la riduzione della spesa pubblica<sup>125</sup>.

Un passaggio fondamentale da prendere in considerazione, per poter parlare di un modello di *open government*, è la Costituzione del 1948.

Essa non prevede espressamente concetti quali trasparenza e amministrazione aperta, e neppure concetti analoghi, ma enuncia una serie di principi che sono idonei a dar vita agli stessi. Così, la trasparenza è un principio implicito, fondato sulla Costituzione, e autonomo.

Comunemente, il fondamento, sul piano costituzionale, della trasparenza dei pubblici poteri è stato individuato nell'art. 97 della Costituzione, il quale dispone che, per assicurare una valutazione comparativa di tutti gli interessi rilevanti, occorre garantire la partecipazione dei cittadini ai processi decisionali pubblici. Ciò, anzitutto, mettendo a disposizione i dati e le informazioni acquisiti dall'amministrazione e assunti come rilevanti per la decisione<sup>126</sup>.

Occorre rilevare come, in virtù del legame instauratosi tra accesso e partecipazione procedimentale, la trasparenza entrò a far parte del nostro ordinamento attraverso la legge generale sul procedimento, quindi con

---

<sup>123</sup> Si veda CARLONI, Enrico, *L'amministrazione aperta*, op. cit., pag. 44.

<sup>124</sup> Per garantire "il governo del potere pubblico in pubblico", secondo BOBBIO, Norberto, *La democrazia e il potere invisibile*, in Riv. It. Sc. Pol., 1980, pag. 182.

<sup>125</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 25.

<sup>126</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 25

la previsione del diritto di accesso ai documenti amministrativi<sup>127</sup>. Da ciò derivarono due conseguenze. Da un lato, la trasparenza veniva limitata alla visione di un documento specifico; dall'altro, veniva richiesta l'esistenza, affinché si potesse accedere al documento del quale si faceva richiesta, di una posizione soggettiva qualificata in capo al richiedente<sup>128</sup>.

Nell'ultimo decennio, a causa dell'inidoneità dell'accesso documentale ad assicurare piena realizzazione al concetto di trasparenza, si è messo in moto un percorso legislativo volto ad intendere la stessa 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”*<sup>129</sup>.

Al giorno d'oggi si riscontra un'ampia richiesta di trasparenza, maggiore profilo attraverso il quale si manifesta il bisogno di comunicazione e informazione<sup>130</sup>.

Gli ultimi anni sono stati decisivi, perché hanno inciso in modo rilevante sulla legislazione in tema di trasparenza<sup>131</sup>. Di seguito si analizzeranno maggiormente nel dettaglio le tappe che hanno condotto all'avvicinamento della trasparenza al diritto di accesso.

#### **4.1. La legge n. 241/1990**

L'esigenza di maggiore apertura dell'amministrazione verso la società non è un fenomeno recente. Conferma di ciò sono le parole dell'onorevole Turati *“Dove un superiore, pubblico interesse non imponga un segreto momentaneo, la casa dell'Amministrazione dovrebbe essere di vetro”*<sup>132</sup>.

Occorre evidenziare, inoltre, che il bisogno di trasparenza e, più specificamente, la necessità di un diritto di accedere agli atti del procedimento, erano stati riscontrati già nel secondo dopoguerra. Così, la commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, istituita nel 1945 e presieduta da Forti, affermava il bisogno di introdurre, all'interno dell'ordinamento italiano, un *“diritto del cittadino ad avere visione e copia degli atti amministrativi”* con l'obiettivo di *“combattere il mal vezzo esistente nell'amministrazione di ostacolare tale conoscenza”*<sup>133</sup>. Tuttavia, si preferì rinviare la definizione di un tale diritto ad una legge generale sull'amministrazione, ritenuta più idonea a dare consistenza allo stesso, piuttosto che farne oggetto di una disposizione costituzionale, la quale, però, avrebbe dovuto rinviare a leggi ordinarie<sup>134</sup>.

---

<sup>127</sup> Ai sensi degli artt. 22 e ss., l. 7 agosto 1990, n. 241. Tale legge, all'art. 1, ha inserito la “pubblicità” tra i principi generali dell'attività amministrativa.

<sup>128</sup> Ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990, si richiede un *“interesse diretto, concreto e attuale”*.

<sup>129</sup> Art. 1, comma 1, d.lgs. 14 marzo 2013, n.33 come modificato dal d.lgs. maggio 2016, n. 97.

<sup>130</sup> Si veda ARENA, Gregorio, *La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1991, pag. 15.

<sup>131</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 23.

<sup>132</sup> Si veda TURATI, Filippo, *Atti del parlamento italiano*, Camera dei Deputati, sess. 1904 – 1908, 17 giugno 1908, pag. 22962.

<sup>133</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 26.

<sup>134</sup> Si veda PASTORI, Giorgio, *La disciplina generale del procedimento amministrativo*, in *Atti del XXXII Convegno di Varenna*, 18 – 20 settembre 1986, Milano, Giuffrè, 1989.

La questione fu ripresa dalla Commissione parlamentare per le riforme istituzionali, presieduta dall'onorevole Bozzi, nel 1983, che propose di inserire l'art. 21-*bis* in Costituzione. Tramite questa previsione si sarebbe previsto il diritto di accesso ai documenti e agli atti, a favore di chiunque.

Per dare attuazione all'indirizzo del governo circa *“la messa a fuoco di definiti diritti del cittadino nei rapporti con l'amministrazione per porre fine alle imperscrutabilità, alle immotivate lentezze, ai superati autoritarismi dei comportamenti amministrativi”* si istituì, nel 1984, una Commissione presieduta dal prof. Giannini, che si articolava in tre sottocommissioni, presiedute dal Presidente Laschena e dai proff. Nigro e Cassese. Così, vennero proposti due schemi normativi, uno concernente il diritto di accesso e l'altro riguardante il procedimento amministrativo. I due schemi vennero, poi, unificati e diedero vita, nel 1990, alla legge avente ad oggetto *“Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”*<sup>135</sup>.

La legge n. 241/1990 è caratterizzata dal fatto di essere una vera e propria *“rivoluzione copernicana”*<sup>136</sup> perché, attraverso quest'ultima, la regola della segretezza diviene l'eccezione e si attribuisce *“al diritto di accesso rilievo di fattore di equilibrio del rapporto del singolo con l'apparato amministrativo pubblico e di strumento indispensabile per assicurare la qualità stessa dell'azione amministrativa sotto il profilo dell'imparzialità”*<sup>137</sup>. Ancora, l'innovatività della legge in questione si rileva dal carattere generale attribuito alla pubblicità dell'azione amministrativa<sup>138</sup>, dal momento che prima *“la pubblicità costituiva l'eccezione ed il segreto la regola; con le innovazioni apportate dalla legge 241 tale rapporto è stato capovolto. Ne deriva, che soltanto in rari casi devono essere posti limiti al diritto di accesso. Le informazioni segrete e, di conseguenza, i documenti esclusi dal diritto di accesso devono costituire eccezioni, legate alla protezione di interessi determinati, che comportano la necessaria separazione di talune informazioni dal «complesso del patrimonio informativo pubblico»*<sup>139</sup>.

Il carattere rivoluzionario della l. n. 241/1990 si riscontra anche dall'aver disciplinato, in modo nuovo, due istituti con i quali si ampliava l'ambito dei poteri attribuiti al cittadino.

Contenuto nel capo II della legge, il primo di questi strumenti è quello della partecipazione al procedimento. L'istituto in questione è diretto a tutelare quei soggetti *“nei confronti dei quali il provvedimento è destinato a produrre effetti diretti”* e *“quelli che per legge debbono intervenire”*<sup>140</sup>. Si tratta, quindi, di soggetti titolari di una posizione giuridica differenziata rispetto alla collettività, e, dunque, legittimati ad agire in via

---

<sup>135</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 27.

<sup>136</sup> Si veda CAIANIELLO, Vincenzo, *Il cittadino dello stato*, Relazione XXXVI Convegno di Varenna, 20 – 22 Settembre, 1990, Milano, Giuffrè, 1993.

<sup>137</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 12 maggio 1993, n. 530, pag. 609.

<sup>138</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 28.

<sup>139</sup> Relazione della Commissione Cassese di studio per l'attuazione della legge n. 241, in *Le autonomie*, 1992, pag. V.

<sup>140</sup> Art. 7 della l. n. 241/1990.

giurisdizionale ai sensi dell'art. 113 della Costituzione. Coerentemente, l'art. 10 ammette la facoltà “di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall'articolo 24”<sup>141</sup>.

L'accesso ai documenti amministrativi è il secondo dei due strumenti che ampliano i poteri del cittadino. Tale diritto è inteso come spettante a “chiunque vi abbia interesse”, perché il suo obiettivo è quello di favorire lo svolgimento imparziale e assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa.

Quindi, con l'art. 22, che definisce il diritto di accesso come “il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti”<sup>142</sup>, il Legislatore ha inteso qualificare tale diritto e le connesse facoltà come principio generale, volto, quindi, ad assicurare la partecipazione dei cittadini all'attività della pubblica amministrazione e la trasparenza di quest'ultima, attuando così i principi contenuti nel dettato dell'art. 97 della Costituzione<sup>143</sup>. Buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione costituiscono “i valori essenziali di riferimento di ogni comportamento dell'amministrazione”<sup>144</sup>.

Più nello specifico, l'accesso ex art. 22, comma 1, legge 241/1990 è qualificato come un diritto spettante al richiedente che sia titolare di “un interesse diretto, concreto e attuale”, quindi limitato a quest'ipotesi ed escludendo un accesso volto al mero “controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni”<sup>145</sup>.

Va evidenziato, prendendo a riferimento la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. III, 17 marzo 2017, n. 1213, che non si richiede “che sia instaurato, o in via di instaurazione, un giudizio, bastando la dimostrazione del grado di protezione che l'ordinamento accorda alla posizione base, ossia al bene della vita dal quale scaturisce l'interesse ostensivo”.

Con riguardo alla legittimazione soggettiva, i Giudici amministrativi dispongono che essa spetti “a chiunque possa dimostrare che gli atti oggetto dell'accesso abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l'autonomia del diritto di accesso, inteso come interesse ad un bene della vita distinto rispetto alla situazione legittimante all'impugnativa dell'atto”<sup>146</sup> e, ovviamente, rispettando il limite costituito dall'esclusione dell'accesso preordinato ad un controllo generalizzato sull'azione amministrativa.

Quindi, il Legislatore della l. n. 241/1990 ha chiaramente operato una distinzione tra: soggetto titolare di una posizione giuridica differenziata e qualificata, il quale, nel caso in cui riesca a dimostrare l'esistenza del suo

---

<sup>141</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 29.

<sup>142</sup> Art. 22, comma 1, lett a), l. n. 241/1990

<sup>143</sup> “le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.

*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.*

*Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”.*

<sup>144</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 22 aprile 1999, n. 4.

<sup>145</sup> Art. 24, comma 3, legge 241/1990.

<sup>146</sup> TAR Puglia, Bari, sez. I, 24 maggio 2018, n. 741.

interesse, potrà accedere ai documenti richiesti; viceversa, chi sia privo di tali caratteristiche non avrà la possibilità di ricevere risposta positiva ad un'eventuale richiesta di accesso.

Altra caratteristica del diritto di accesso in questione è la chiara strumentalità tra situazione giuridica del soggetto richiedente e documento oggetto di richiesta. Questa non permette alcun giudizio prognostico in relazione all'esito della procedura<sup>147</sup>. Infatti *“l'interesse all'accesso ai documenti deve essere cioè considerato in astratto, escludendosi che, con riferimento al caso specifico, possa esservi spazio, per l'amministrazione, per compiere apprezzamenti sulla fondatezza o sull'ammissibilità della domanda giudiziale proponibile, non potendo cioè la legittimazione all'accesso essere valutata avendo riguardo alla fondatezza della pretesa sostanziale sottostante, ma avendo essa consistenza autonoma”*<sup>148</sup>.

In conclusione, la legittimazione soggettiva non è circoscritta ai requisiti che legittimerebbero il ricorso al Giudice amministrativo nei confronti di un atto lesivo della posizione giuridica del ricorrente.

La l. 241/1990, considerata come legge principale sull'amministrazione pubblica, segna un punto di svolta sulla modernizzazione dell'ordinamento italiano e, nello specifico, sul sistema amministrativo. È il punto principale cui fare riferimento se si vuole ricostruire la storia di affermazione dei principi di trasparenza e apertura. È, in altri termini, la legge ad essere protagonista dell'evoluzione dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino. Infatti, essa può essere considerata come un insieme di meccanismi di riequilibrio del rapporto, “asimmetrico”, tra cittadino e amministrazione<sup>149</sup>.

Quindi, la l. n. 241/1990 segna un passaggio fondamentale: “tempera” il modello bipolare, garantendo ai cittadini il diritto di far valere pretese nei confronti delle pubbliche amministrazioni, pretese che corrispondono, in particolare, al diritto di partecipare, conoscere e ad essere informati.

Dopo l'entrata in vigore della legge in questione, il modello di un'amministrazione trasparente inizia ad affermarsi. Dopo di essa, il diritto amministrativo deve *“essere ricostruito attraverso il prisma dei nuovi diritti, piuttosto che in quello tradizionale del potere”*<sup>150</sup>.

#### **4.2. Il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33**

L'analisi delle fonti legislative generali prosegue attraverso la legge 6 novembre 2012, n. 190 rubricata *“Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”*. Il Legislatore nazionale, con il preciso intento di consolidare l'istituto della trasparenza, ha introdotto nel nostro ordinamento misure volte a contrastare condotte illecite in seno alle pubbliche amministrazioni e, facendo ciò, ha introdotto strumenti per consentire ai cittadini il controllo sull'agere delle pubbliche amministrazioni<sup>151</sup>.

---

<sup>147</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 33.

<sup>148</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 9 aprile 2018, n. 2158.

<sup>149</sup> Si veda CARLONI, Enrico, *L'amministrazione aperta*, op. cit., pagg. 111 e ss.

<sup>150</sup> Si veda CLARICH, Marcello, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, pag. 235.

<sup>151</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 34.

In attuazione della delega al Governo, contenuta nell'art. 1, comma 35, legge 190/2012<sup>152</sup>, è stato emanato il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, entrato in vigore il 20 aprile 2013, rubricato *“Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”*.

La portata che il Legislatore intendeva conferire al decreto legislativo menzionato emerge dall'art. 1, comma 36 della legge anticorruzione, il quale dispone che le misure dell'adottando testo normativo *“integrano l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto alla corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'articolo 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione”*<sup>153</sup>.

Analizzando la relazione illustrativa al decreto, nello specifico all'art. 3 del testo originario, recante *“Pubblicità e diritto alla conoscibilità”*<sup>154</sup>, il Governo puntualizza che tale disposizione *“mira a rendere effettivo il principio di totale accessibilità delle informazioni, stabilendo il generale principio di pubblicità di tutti i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria. Il modello cui la disposizione si ispira è quello dei Freedom of Information Acts di derivazione statunitense, che garantisce l'accessibilità per chiunque lo richieda di qualsiasi documento o dato inerente all'attività dell'amministrazione pubblica, con le sole eccezioni previste dalla legge”*.

Quindi, viene introdotto nel nostro ordinamento, all'art. 5 del d.lgs. 33/2013 *“un nuovo istituto ... espressione dei principi di pubblicità e trasparenza: il diritto di accesso civico. Questa nuova forma di accesso mira, da un lato ad alimentare il rapporto di fiducia intercorrente tra la collettività e le pubbliche amministrazioni; dall'altro a promuovere la cultura della legalità, nonché la prevenzione di fenomeni corruttivi”*. Attraverso quest'istituto, quindi, si dà attuazione alle finalità volute dal Legislatore.

Ancora, prosegue la relazione illustrativa, disponendo che *“tale diritto rappresenta un ampliamento dei poteri di controllo dei cittadini sull'operato delle pubbliche amministrazioni, un potere introdotto originariamente dalla legge 241/1990, la quale aveva previsto la pubblicità come regola e il segreto come eccezione. Il comma uno afferma che tutti hanno il diritto di chiedere e ottenere che le pubbliche amministrazioni pubblichino gli*

---

<sup>152</sup> *“per il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, mediante la modifica o integrazione delle disposizioni vigenti, ovvero mediante la previsione di nuove forme di pubblicità”*. Il governo deve osservare alcuni principi e criteri indicati dalla stessa legge, tra quali *“b) previsione di forme di pubblicità sia in ordine all'uso delle risorse pubbliche sia in ordine allo svolgimento e ai risultati delle funzioni amministrative; c) precisazione degli obblighi e pubblicità di dati relativi ai titolari di incarichi pubblici, di carattere elettivo o comunque di esercizio di poteri di indirizzo politico, di livello statale, regionale e locale. Le dichiarazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria ... devono concernere almeno la situazione patrimoniale complessiva del titolare al momento dell'assunzione della carica, la titolarità di imprese, le partecipazioni azionarie proprie, del coniuge e dei parenti entro il secondo grado di parentela, nonché tutti i compensi cui da diritto l'assunzione della carica; d) ampliamento delle ipotesi di pubblicità, mediante pubblicazioni nei siti Web istituzionali, di informazioni relative ai titolari degli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni ... sia con riferimento a quelli che comportano funzioni di amministrazione e gestione, sia con riferimento agli incarichi di responsabilità degli uffici di diretta collaborazione; ... h) individuazione, anche mediante revisione e integrazione della disciplina vigente, delle responsabilità e delle sanzioni per il mancato, ritardato o inesatto adempimento degli obblighi di pubblicazione”*.

<sup>153</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pagg. 33 e ss.

<sup>154</sup> D.lgs. 33/2013, testo originario del comma 1, art. 3: *“Tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli ai sensi dell'articolo 7”*.

atti, i documenti e le informazioni da queste detenute ma che, per qualsiasi motivo, non hanno provveduto a rendere pubbliche sui siti istituzionali. Questo istituto comporta un'estensione soggettiva del generale diritto di accesso ai documenti amministrativi di cui all'articolo 22, comma 1, legge 241/1990. Infatti il comma 2 dell'art. 5 riconosce a tutti il diritto di accesso civico anche coloro che non sono portatori di alcun interesse giuridico qualificato ... Al diritto di accesso civico corrisponde, ai sensi del comma tre, l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di pubblicare nel sito il documento, l'informazione o il dato richiesto e di trasmetterlo contestualmente al richiedente, ovvero di comunicare al medesimo l'avvenuta pubblicazione, indicando il collegamento ipertestuale a quanto richiesto. ... il comma 4 prevede la possibilità di attivare il potere sostitutivo previsto dall'articolo 2, comma 9-bis, della legge n. 241 del 1990 in caso di ritardo o mancata risposta. ... il comma 6 stabilisce che la richiesta di accesso civico comporta, da parte del Responsabile della trasparenza, l'obbligo di segnalazione di tale comportamento all'Ufficio di disciplina, ai sensi dell'articolo 43, comma 5"<sup>155</sup>.

Attraverso l'art. 5, quindi con l'introduzione di un obbligo in capo alle amministrazioni di pubblicità dei propri documenti, informazioni o dati, il principio di pubblicità e informazione si amplia, non essendo più vincolato alla sussistenza di un interesse qualificato, ma facente capo al cittadino *uti cives*<sup>156</sup>.

Il Consiglio di Stato, a riguardo, ha rilevato come con il d.lgs. 33/2013 “*si intende procedere al riordino della disciplina, intesa ad assicurare a tutti i cittadini la più ampia accessibilità alle informazioni, concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, al fine di attuare «il principio democratico e principi costituzionali di eguaglianza, imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche», nonché per la «realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino». Detta normativa – avente finalità dichiarate di contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione – intende anche attuare la funzione di «coordinamento informativo, statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera r) della Costituzione»: quanto sopra, tramite pubblicazioni obbligatorie di una serie di documenti ... nei siti istituzionali delle medesime, con diritto di chiunque di accedere a tali siti «direttamente ed immediatamente, senza autenticazione e identificazione»; solo in caso di omessa pubblicazione può essere esercitato, ai sensi dell'articolo 5 del citato d.lgs., il cosiddetto «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, secondo le disposizioni contenute nel relativo Codice sul processo”<sup>157</sup>.*

Ancora, in relazione alla l. 241/1990, il Consiglio di Stato rileva che “l'accesso ai documenti amministrativi, disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, è riferito, invece, al «diritto degli

<sup>155</sup> Relazione illustrativa al d.lgs. 33/2013.

<sup>156</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pagg. 29 e ss.

<sup>157</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 20 novembre 2013, n. 5515.

*interessati di prendere visione ed estrarre copia di documenti amministrativi», intendendosi per «interessati ... tutti i soggetti ... che abbiano un interesse diretto, concreto e 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»<sup>158</sup>.*

Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, quindi, la giurisprudenza ha mantenuta chiara a distinzione tra accesso documentale e civico precisando che le nuove disposizioni non sono né ampliative, né sovrapponibili a quelle che consentono l'accesso ai documenti amministrativi. Il fine di quest'ultimo è favorire la partecipazione e assicurare l'imparzialità e la trasparenza della pubblica amministrazione, avendo riguardo ai limiti posti dall'art. 24<sup>159</sup>.

In conclusione, il diritto di accesso previsto dalla l. 241/1990, nello specifico dall'art. 22, era collegato ad un interesse individuale, strumentale alla tutela di una situazione giuridica soggettiva del richiedente.

Con riguardo alla legittimazione soggettiva, questa spettava a chi era titolare di un interesse “*diretto, concreto e attuale*” e che si trovasse in “*una posizione differenziata e qualificata rispetto al quisque de populo*”.

Per ragioni evidenti, parte della dottrina aveva espresso il suo dissenso, proprio perché la limitazione dell'ambito soggettivo del diritto di accesso incideva, evidentemente, in senso restrittivo sul conseguimento delle finalità di trasparenza.

Così “*sarebbe stato per la verità più coerente con una costruzione di un'amministrazione democratica – cui sembra tendere il nostro ordinamento – e con la dichiarata finalità delle disposizioni in esame «di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale» prevedere un diritto di accesso a carattere generale ... collegato all'esigenza di informazione – controllo sociale dell'azione amministrativa*”<sup>160</sup>.

Il d.lgs. 33/2013 qualifica la trasparenza, invece, “*come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*”<sup>161</sup>. Lo scopo è proprio quello di permettere, da parte dei cittadini, il controllo, quindi concretizzando il principio di sovranità popolare. Il suddetto decreto costituisce un punto fondamentale per l'evoluzione del modello di trasparenza con l'obiettivo di permettere ai cittadini di partecipare attivamente alle scelte amministrative.

Quindi, la nuova trasparenza amministrativa garantisce a chiunque di accedere alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni, abbandonando, così, le misure limitative dell'accesso caratterizzanti la l. n. 241/1990.

---

<sup>158</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 20 novembre 2013, n. 5515.

<sup>159</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 59.

<sup>160</sup> Si veda CORSO, Guido, TERESI, Francesco, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Rimini, Maggioli, 1991, p.136.

<sup>161</sup> D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

### 4.3. Il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97

Particolarmente significativo è il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, norma che ha rivoluzionato l'impianto originario del decreto 33/2013<sup>162</sup>. Tramite la riscrittura dell'art. 5, mediante l'art. 6 del d.lgs. 97/2016 viene introdotta *“una nuova forma di accesso civico ai dati e documenti pubblici, equivalente a quella che nei sistemi anglosassoni è definita come Freedom of Information Act (FOIA). Questa nuova forma di accesso prevede che chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, può accedere a tutti i dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, nel rispetto di alcuni limiti tassativamente indicati dalla legge. Si tratta, dunque, di un regime di accesso più ampio di quello previsto dalla versione originaria dell'articolo 5 del decreto legislativo n. 33 del 2013, in quanto consente di accedere non solo ai dati, alle informazioni e ai documenti per i quali esistono specifici obblighi di pubblicazione (per i quali permane, comunque, l'obbligo dell'amministrazione di pubblicare quanto richiesto, nel caso in cui non fosse già presente sul sito istituzionale), ma anche i dati e documenti per i quali non esiste l'obbligo di pubblicazioni e che l'amministrazione deve quindi fornire al richiedente”*<sup>163</sup>.

Il nuovo istituto, l'accesso civico generalizzato, così come definito da ANAC<sup>164</sup>, è introdotto 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”*<sup>165</sup>.

Le innovazioni, con l'introduzione di questa nuova disciplina, sono numerose: chiunque ha diritto di accedere ai dati, documenti e informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni, anche se non siano già oggetto di pubblicazione da parte di queste ultime, nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 5-bis.

Con riferimento ai precedenti tipi di accesso presenti nel nostro ordinamento, evidenti sono le differenze.

Con riguardo all'accesso documentale, previsto dalla legge sul procedimento amministrativo, nell'accesso civico generalizzato manca qualsiasi riferimento al fatto che il richiedente dimostri di possedere, ai fini dell'accesso, un interesse diretto, concreto e attuale, che corrisponda ad una situazione giuridicamente tutelata. Nell'accesso introdotto dal d.lgs. 97/2016 si parla di *“chiunque”* che *“ha diritto di accedere” tout court*<sup>166</sup>.

Mentre, rispetto all'accesso civico disciplinato dall'art. 5 del d.lgs. 33/2013, il quale poteva essere attivato nel caso in cui l'amministrazione non avesse dato seguito agli obblighi di pubblicazione posti a suo carico, il diritto di accesso civico generalizzato parla di dati, documenti e informazioni, ai quali il richiedente ha il diritto di accedere, *“ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione”*.

---

<sup>162</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pagg. 37.

<sup>163</sup> Relazione illustrativa al d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97.

<sup>164</sup> ANAC, delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, *“Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 comma 2 del d.lgs. 33/2013 – art. 5-bis, comma 6, del d.lgs. n. 33 del 14 marzo 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»”*.

<sup>165</sup> Già art. 7, lett. h) della legge delega 124/2005 e, quindi, art. 1, comma 1, nonché art. 5, comma 2 del decreto 33 novellato.

<sup>166</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 38.

Quindi, l'accesso civico generalizzato ha un campo di azione più ampio: sotto il profilo soggettivo non si prevede l'esistenza di un interesse diretto, concreto e attuale; sotto quello oggettivo, perché parla di documenti, dati e informazioni e, ancora, non ricomprende solo quei documenti oggetto di pubblicazione<sup>167</sup>.

Il nuovo istituto previsto dalla legge 125/2015 prevede la possibilità per “chiunque” di richiedere l'accesso, indipendentemente dall'esistenza di un interesse diretto, concreto e attuale. L'art. 7, lett. h) prevede, infatti, che *“fermi restando gli obblighi di pubblicazione, 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 pubbliche amministrazioni, salvi i casi 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 ...”*<sup>168</sup>.

Quanto all'accesso civico, il Consiglio di Stato ha rilevato che *“lo schermo di nuovo provvedimento ribalta l'attuale impostazione normativa in tema di trasparenza sotto un duplice profilo. Innanzitutto, riconosce al cittadino un vero e proprio diritto alla richiesta di atti inerenti alle pubbliche amministrazioni, a qualunque fine e senza necessità di motivazioni: dunque, la disclosure non è più limitata a quelle informazioni riguardo alle quali egli sia titolare di un interesse specifico e qualificato («diretto, concreto e attuale») idoneo a «motivare» la sua istanza di accesso, come disposto dalla legge sul procedimento amministrativo (l. 241/1990). In secondo luogo, il decreto in discorso aggiunge alla preesistente trasparenza di tipo «proattivo» ossia realizzata mediante la pubblicazione obbligatoria sui siti web di determinati enti dei dati e delle notizie indicate dalla legge (d.lgs. 33/2013), una trasparenza di tipo «reattivo», cioè in risposta alle istanze di conoscenza avanzate dagli interessati. Il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere rappresenta per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine, cara a Filippo Turati, della pubblica amministrazione trasparente come una «casa di vetro»”*<sup>169</sup>.

Quindi, è stata introdotta una nuova figura di trasparenza, non condizionata dall'esistenza di un interesse collegato ad una situazione giuridicamente tutelata, né riferita ai soli documenti oggetto di pubblicazione da parte delle pubbliche amministrazioni.

Le finalità e i presupposti dell'accesso civico generalizzato, enunciati nell'art. 55, comma 2, del d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016, nell'obiettivo di favorire il controllo da parte di chiunque sul

---

<sup>167</sup> Ciò sia con riferimento all'accesso ex l. 241/1990, il quale parla solo di documenti, mentre il novellato decreto 33 si riferisce a documenti, dati e informazioni, sia con riferimento all'accesso civico previsto dal novellato art. 5, comma 1, riguardando quest'ultimo l'accesso ai soli documenti che la pubblica amministrazione abbia ommesso di pubblicare pur essendo tenuta a farlo.

<sup>168</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 115.

<sup>169</sup> Consiglio di Stato, sez. consultiva atti normativi, parere n. 515/2016 del 24 febbraio 2016, punti 11 e 11.2.

perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e, ancora, garantire la partecipazione dei cittadini al dibattito pubblico.

Il bene giuridico tutelato in questa forma di accesso, a differenza dell'accesso documentale caratterizzato da finalità individuali ed egoistiche, riguarda la vicenda pubblicistica di un corretto uso delle risorse. Quindi, finalità collegate a valori sovraindividuali e di rilevanza pubblicistica, come buon andamento, imparzialità e anticorruzione<sup>170</sup>.

Queste finalità emergono dal parere del Consiglio di Stato, secondo cui *“l’obiettivo della trasparenza, che in effetti è la preconditione per ricostruire e rafforzare il rapporto di fiducia tra cittadini e poteri pubblici, si coniuga perfettamente con il contrasto alla corruzione, cui da sempre, del resto, il Consiglio di Stato contribuisce attraverso le proprie funzioni giurisdizionali di custode della legalità nell’amministrazione pubblica. Non deve, però, esaurirsi in esso. Come si è affermato sin dai tempi della prima attuazione della legge n. 241 del 1990, la trasparenza si pone come un valore chiave, in grado di poter risolvere uno dei problemi di fondo della pubblica amministrazione italiana: quello di coniugare garanzie ed efficienza nello svolgimento dell’azione amministrativa. Tale valore può essere riguardato, ad avviso della Sezione, come un valore immanente all’ordinamento, «modo d’essere tendenziale dell’organizzazione dei pubblici poteri», parametro cui commisurare l’azione delle figure soggettive pubbliche, che consenta di trovare il «giusto» punto di raccordo tra le esigenze di garanzia e di efficienza nello svolgimento dell’azione amministrativa. La trasparenza può diventare, così, «punto di confluenza» di principi giuridici, costituzionalmente posti, dell’azione amministrativa, dal quale derivano istituti giuridici, di tipo trasversale, che possono essere considerati come volti a realizzare la trasparenza”*<sup>171</sup>.

L’analisi delle fonti legislative generali permette di rilevare le differenze tra i vari istituti esaminati, ma anche la possibilità di individuare due tipi di fattispecie all’interno del nostro ordinamento<sup>172</sup>. A parere della dottrina *“mentre infatti non può negarsi che nel nostro ordinamento esistono varie norme che riconoscono ai cittadini in quanto tali facoltà di conoscere l’attività della pubblica amministrazione (si pensi a tutte le norme che impongono la pubblicazione di alcuni atti amministrativi), deve nel contempo ammettersi che esistono delle norme che attribuiscono il potere di conoscere determinati atti amministrativi non a tutti cittadini, sibbene a coloro i quali, rispetto agli atti amministrativi abbiano una posizione qualificata e differenziata”*<sup>173</sup>.

Quindi, la prima fattispecie è caratterizzata dalla pubblicità *erga omnes*, il cui fine è di permettere ai cittadini la partecipazione e il controllo sull’attività amministrativa; la seconda, cioè pubblicità *erga partes*, caratterizzata dall’obiettivo di permettere ai soggetti interessati di conoscere documenti, conoscenza

---

<sup>170</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 116.

<sup>171</sup> Consiglio di Stato, sez. consultiva atti normativi, parere n. 515/2016 del 26 febbraio 2016, punto 4.1.

<sup>172</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 110.

<sup>173</sup> Si veda VIRGA, Giovanni, *Contraddittorio, partecipazione ed accesso agli atti del procedimento*, relazione tenuta al Corso “Attività, informazione e riforma della pubblica amministrazione”, Bologna, marzo 1996.

finalizzata ad una specifica partecipazione ai procedimenti amministrativi che li vedono coinvolti<sup>174</sup>. Infatti, “la normativa sul diritto di accesso del cittadino nei confronti degli atti della pubblica amministrazione contenuta nella legge 7 agosto 1990, n. 241 persegue il «fine di assicurare la trasparenza dell’attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale»”<sup>175</sup>.

Occorre sottolineare come i casi in cui viene garantita, dall’ordinamento italiano, la conoscenza dei documenti in possesso delle pubbliche amministrazioni sono ben numerose. Con riguardo all’accesso agli atti del procedimento, per chi sia parte dello stesso, vengono previsti l’accesso strumentale, ai sensi dell’art. 10, lett. a), legge 241/1990 e l’accesso informativo, disciplinato dall’art. 22, ai sensi del quale è richiesta l’esistenza di un interesse personale e collegato alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti.

Al contrario, è possibile individuare forme di trasparenza che sono indipendenti dalla dimostrazione dell’interesse sopra menzionato, quali gli istituti dell’accesso civico, nelle sue varie estrinsecazioni.

In altri termini, si potrebbe contraddistinguere da un lato tra i casi in cui il richiedente non è titolare di un interesse individuale bensì sovraindividuale, o ipotesi in cui non gli è richiesto di dimostrare l’esistenza di un tale interesse ai fini dell’ostensione e, dall’altro lato, previsioni che disciplinano la necessaria esistenza, ai fini dell’accesso, di un interesse qualificato<sup>176</sup>.

## 5. La disciplina dell’accesso

Venendo ora più nel dettaglio ad illustrare la disciplina dell’accesso, occorre preliminarmente riassumere le tappe che hanno condotto al progressivo affrancamento della trasparenza dal diritto di accesso ai documenti amministrativi<sup>177</sup>. In una prima fase, per poter assicurare l’obiettivo di accessibilità totale ai documenti amministrativi, si sono imposti alle pubbliche amministrazioni una serie di obblighi di pubblicazione<sup>178</sup>. Quindi, inizialmente il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 ha disciplinato la pubblicazione, sui siti web delle pubbliche amministrazioni, di alcune informazioni riguardanti l’organizzazione e l’utilizzo di risorse pubbliche. Poi, il d.lgs. 33/2013 ha individuato, elencandoli, tutti gli atti e documenti in possesso delle pubbliche amministrazioni che dovevano essere oggetto di pubblicazione sui siti istituzionali delle medesime, col fine di assicurare un controllo diffuso sul personale e sull’azione amministrativa, favorendo, al contempo, la responsabilizzazione delle amministrazioni nella gestione finanziaria<sup>179</sup>.

All’obbligo di pubblicazione in capo alle amministrazioni fa da *pendant* il “diritto di chiunque” di richiedere i documenti non pubblicati, non essendo necessaria la titolarità di un interesse specifico<sup>180</sup>. Quindi, questa

---

<sup>174</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 110.

<sup>175</sup> Consiglio di Stato, sez. V, n. 78 dell’8 febbraio 1994.

<sup>176</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 111.

<sup>177</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L’accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 27.

<sup>178</sup> Si veda CARLONI, Enrico, *L’amministrazione aperta*, op. cit., pagg. 231 e ss.

<sup>179</sup> Di qui il riferimento compiuto dal legislatore a tutti gli atti riguardanti, tra l’altro, l’organizzazione degli uffici e la gestione del personale, l’attribuzione di vantaggi economici ai privati, il governo del territorio, l’ambiente, il servizio sanitario, la gestione delle emergenze (artt. 13-42, d.lgs. 33/2013)

<sup>180</sup> Così all’art. 5, comma 1, d.lgs. 33/2013.

forma di accesso, l'accesso civico, è concepita dall'ordinamento come una forma di sanzione di tipo "diffuso" che contribuisce a rendere concreti gli obblighi in capo alle pubbliche amministrazioni<sup>181</sup>.

Però, numerose sono state le critiche riferite a tale intervento normativo. In primo luogo, si contestava la circostanza che tale nuova disciplina non scardinava la regola del segreto, quest'ultima derogata solo da specifici interventi legislativi<sup>182</sup>; in secondo luogo, veniva criticata per il fatto di non promuovere a pieno una reale cultura della trasparenza<sup>183</sup>. Ancora, oggetto di valutazione negativa era l'eccessiva quantità di obblighi<sup>184</sup> introdotti che avrebbe determinato un basso livello di attuazione degli stessi<sup>185</sup>.

In questo contesto normativo, dunque, si è avvertita l'esigenza di riconoscere in capo a tutti i cittadini un diritto di accesso civico generalizzato. Il d.lgs. 97/2016 introduce tale ultimo istituto, riconoscendo a "chiunque" il diritto di accedere ai dati, documenti e informazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, detenuti dalle pubbliche amministrazioni.

Quindi, da quest'ultimo intervento legislativo, la trasparenza, nell'ordinamento italiano, viene a fondarsi su tre istituti distinti: il tradizionale accesso documentale, l'accesso civico ai documenti oggetto di pubblicazione e l'accesso civico generalizzato<sup>186</sup>.

### **5.1. Diritto di accesso ai documenti ex. artt. 22 e ss. della l. 241/1990**

All'interno di questo primo istituto, occorre operare una distinzione tra accesso endoprocedimentale, cioè esercitato all'interno del procedimento, e accesso esoprocedimentale, quindi concernente atti di un procedimento concluso.

Nell'ambito della dialettica tra interesse privato e pubblico, vengono attribuite al cittadino una serie di facoltà che possono essere esercitate già all'interno del procedimento amministrativo. L'ipotesi descritta può essere riassunta con la nozione di interessi procedimentali: quindi, interessi, collegati ad altre posizioni soggettive, che concernono fatti procedimentali e che, indirettamente, incidono sui beni della vita<sup>187</sup>.

La partecipazione al procedimento amministrativo permette ai soggetti legittimati di "*presentare memorie scritte e documenti*" e di "*prendere visione degli atti del procedimento*"<sup>188</sup>.

Conseguentemente, l'accesso ai documenti è una delle capacità che si riassumono nell'istituto partecipativo<sup>189</sup>.

---

<sup>181</sup> Si veda MOLITERNI, Alfredo, *La trasparenza amministrativa: recenti tendenze e prospettive future*, in riv. It. Sc. Giur. (Numero speciale su "I principi nell'esperienza giuridica" – Atti del Convegno della facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma, 14-15 Novembre 2014), 2014, pagg. 493 e ss.

<sup>182</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 28.

<sup>183</sup> Si veda SAVINO, Mario, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in Giorn. Dir. Amm., 2013, pag. 807 e ss; e PAJNO, Alessandro, *il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in Rassegna Astrid, 2013, n. 17, pagg. 17 e ss.

<sup>184</sup> Si veda ANAC, *Rapporto sul primo anno di attuazione della legge n. 190/2012*, Roma, 2013, pag. 8.

<sup>185</sup> La stessa legge Madia è intervenuta per semplificare e differenziare gli obblighi di pubblicazione.

<sup>186</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 29.

<sup>187</sup> Si veda CASETTA, Elio, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, pag. 463.

<sup>188</sup> Art. 10, l. 241/1990 che così recita "*i soggetti di cui all'articolo 7 e quelli intervenuti ai sensi dell'articolo 9 hanno diritto: a) di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall'articolo 24; b) di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento*".

<sup>189</sup> Si veda CASETTA, Elio, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, pag. 464.

L'accesso procedimentale è attribuito ai soggetti che partecipano ad un determinato procedimento, con il fine di meglio garantire la tutela delle loro ragioni attraverso la conoscenza di atti e documenti acquisiti al fascicolo<sup>190</sup>.

Quindi, all'interno del nostro ordinamento, è rilevabile l'esistenza di un legame funzionale tra accesso ai documenti, quindi principio di trasparenza, e diritto di partecipazione. Quest'ultimo ne esce, evidentemente, rafforzato.

Con riguardo al secondo tipo, occorre rilevare il carattere di autonomia del diritto di accesso, nel senso che il richiedente può servirsene anche a procedimento concluso, non essendo tale diritto necessariamente ancorato alla conoscenza di documenti amministrativi funzionali rispetto alla partecipazione. In altri termini, chi ha interesse ad esaminare documenti in possesso delle pubbliche amministrazioni può esercitare in via autonoma il diritto di accesso.

Procedendo con l'analisi della normativa, disposizioni principali sono quelle contenute nella l. n. 241/1990, e la normativa è, poi, completata dal d.p.r. 184/2006 in tema di modalità di esercizio del diritto.

Con riguardo alla legittimazione attiva del diritto di accesso endoprocedimentale, l'art. 10, l. 241/1990, richiamando gli artt. 7<sup>191</sup> e 9<sup>192</sup>, sancisce che sono legittimati ad esercitare il diritto di accesso tutti quei soggetti che abbiano titolo a partecipare al procedimento.

Negli altri casi, i soggetti attivi del diritto di accesso sono enunciati dall'art. 22, l. n. 241/1990, dunque *“tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso”*.

L'art. 24, comma 3, della medesima legge, rubricato “Esclusione dal diritto di accesso”, preclude la possibilità per il richiedente di accedere ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni nel caso in cui la sua richiesta sia preordinata ad un controllo generalizzato dell'agire amministrativo.

In merito ai soggetti passivi del diritto di accesso, l'art. 22, comma 1, lett. e) e l'art. 2, d.p.r. 184/2006<sup>193</sup> enunciano che esso si esercita nei confronti delle amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli

---

<sup>190</sup> Si veda CLARICH, Marcello, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, pag. 147.

<sup>191</sup> Art. 7 così recita *“ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall'articolo 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire. Ove parimenti non sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, l'amministrazione è tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizia dell'inizio del procedimento.*

*Nelle ipotesi di cui al comma 1 resta salva la facoltà dell'amministrazione di adottare, anche prima della effettuazione delle comunicazioni di cui al medesimo comma 1, provvedimenti cautelari”*.

<sup>192</sup> Art. 9 così recita *“qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno la facoltà di intervenire nel procedimento”*.

<sup>193</sup> L'art. 2, comma 1, così recita *“il diritto di accesso ai documenti amministrativi è esercitabile nei confronti di tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario, da chiunque abbia un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso”*.

enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi<sup>194</sup>. Esso si esercita anche nei confronti dei privati, però limitatamente alla loro attività di pubblico interesse<sup>195</sup>.

Sotto il profilo oggettivo, il diritto di accesso può avere ad oggetto i documenti amministrativi di cui all'art. 22, l. 241/1990. La definizione di “documento amministrativo”, enunciata all'interno della norma, è assai ampia, infatti ricomprende “*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*”. In altri termini, l'oggetto della richiesta non si limita ai soli atti scritti su supporto cartaceo, né ai soli provvedimenti finali<sup>196</sup> o unicamente agli atti amministrativi<sup>197</sup>.

La richiesta di accesso, ai sensi dell'art. 25, l. n. 241/1990, deve essere motivata e deve essere indirizzata all'amministrazione “*che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente*”. Va ribadito che il diritto di accesso documentale, la cui finalità è assicurare la trasparenza amministrativa e lo svolgimento imparziale di quest'ultima, non è configurato come azione popolare, quindi tale da permettere un “controllo generalizzato” sull'azione amministrativa. Quindi, la richiesta di ostensione di un determinato documento verrà concessa solo a chi abbia un collegamento, diretto o indiretto, con l'atto del quale si faccia richiesta e, comunque, nel caso in cui la conoscenza del documento sia indispensabile per tutelare una posizione giuridicamente rilevante.

L'onere motivazionale, in capo al richiedente, diventa, nel caso di specie, ampiamente rilevante perché permette alla pubblica amministrazione di verificare l'effettiva sussistenza delle condizioni per l'ostensione.

Oltre un'istanza di accesso adeguatamente motivata, si devono indicare gli estremi del documento o elementi idonei ad identificarlo. La richiesta, nel caso in cui la conoscenza del dato sia finalizzata alla difesa di propri interessi giuridici o nel caso in cui il documento contenga dati sensibili o giudiziari, dovrà giustificare la necessità all'ostensione per il richiedente.

Il diritto è esercitabile fin tanto che l'amministrazione ha l'obbligo di detenere i documenti di cui si stia facendo richiesta.

La legge si occupa, poi, della figura dei controinteressati. Ai sensi dell'art. 22, essi sono “*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*”<sup>198</sup>.

La presenza o meno di controinteressati, permette di operare una distinzione tra accesso informale e accesso formale.

---

<sup>194</sup> Art. 23, l. n. 241/1990 così recita “*il diritto di accesso di cui all'articolo 22 si esercita nei confronti delle amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi. Il diritto di accesso nei confronti delle autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo quanto previsto dall'articolo 24*”.

<sup>195</sup> Si veda CASSETTA, Elio, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, pag. 466.

<sup>196</sup> La richiesta di accesso può avere, infatti, ad oggetto atti interni o endoprocedimentali. Evenienza, quest'ultima, tipica nell'ipotesi di accesso procedimentale.

<sup>197</sup> Tra gli atti utilizzati ai fini dell'attività amministrativa rientrano, ad esempio, pure gli atti formati dai privati che confluiscono nel procedimento, quali i pareri legali, i progetti dei tecnici, i referti dei medici.

<sup>198</sup> Art. 22, comma 1, lett. c), l. n. 241/1990.

Con riguardo al primo tipo, nel caso in cui si riscontri che, in base alla natura del documento oggetto della richiesta di ostensione, non vi sia l'esistenza di controinteressati, l'istanza di accesso potrà essere avanzata in via informale mediante richiesta, anche orale, all'amministrazione<sup>199</sup>. In questa ipotesi, dunque, gli uffici amministrativi consentiranno l'accesso immediato, trattandosi di un procedimento a conclusione istantanea.

Ai sensi dell'art. 5, comma 6, d.p.r. 184/2006, nel caso in cui l'ufficio dell'amministrazione, destinatario di una richiesta di accesso, riscontri l'esistenza di controinteressati, invita l'interessato a presentare richiesta di accesso formale. Il richiedente avrà l'onere di presentare richiesta formale, altresì, ai sensi dell'art. 6, d.p.r. 184/2006 *“qualora non sia possibile l'accoglimento immediato della richiesta in via informale, ovvero sorgano dubbi sulla legittimazione del richiedente, sulla sua identità, sui suoi poteri rappresentativi, sulla sussistenza dell'interesse alla stregua delle informazioni e delle documentazioni fornite, sull'accessibilità del documento o sull'esistenza di controinteressati”*.

Conseguenza dell'accesso formale è che la pubblica amministrazione deve necessariamente iniziare un procedimento. La disciplina prevede la nomina di un responsabile del procedimento<sup>200</sup>.

Ricevuta la richiesta di ostensione iniziano a decorrere i termini per la conclusione del procedimento, cioè entro 30 giorni.

Occorre, preliminarmente, rilevare come la tutela della riservatezza dei terzi costituisca un limite al diritto di accesso. Inizialmente non veniva prevista, dalla legge, la partecipazione al procedimento di accesso dei controinteressati; lacuna colmata dal d.p.r. 184/2006. Quest'ultimo obbliga l'amministrazione a dare notizia ai soggetti controinteressati della richiesta di accesso, i quali, entro il termine di 10 giorni, possono opporsi, presentando memorie o documenti.

Importante, a questo punto, è la disciplina contenuta nella l. n. 241/1990, perché nel caso in cui si riscontri la collisione tra esigenze della riservatezza e diritto di accesso, richiede all'amministrazione di effettuare una ponderazione di interessi<sup>201</sup>. Quindi, potrebbero aversi diverse ipotesi: in primo luogo, l'amministrazione riscontrando che la conoscenza del documento sia necessaria per curare o difendere gli interessi giuridici dei richiedenti, dovrà garantire l'accesso a questi ultimi. In secondo luogo, ai sensi dell'art. 24, comma 7, l. 241/1990 il quale dispone che *“nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è*

---

<sup>199</sup> Art. 5, d.p.r. 184/2006 che precisa che *“qualora in base alla natura del documento richiesto non risulti l'esistenza di controinteressati il diritto di accesso può essere esercitato in via informale mediante richiesta, anche verbale, all'ufficio dell'amministrazione competente a formare l'atto conclusivo del procedimento o a detenerlo stabilmente.*

*Il richiedente deve indicare gli estremi del documento oggetto della inchiesta ovvero gli elementi che ne consentano l'individuazione, specificare e, ove occorra, comprovare l'interesse connesso all'oggetto della richiesta, dimostrare la propria identità e, ove occorra, i propri poteri di rappresentanza del soggetto interessato.*

*La richiesta, esaminata immediatamente e senza formalità, è accolta mediante indicazione della pubblicazione contenente le notizie, esibizione del documento, estrazione di copie, ovvero altra modalità idonea.*

*La richiesta, ove provenga da una pubblica amministrazione, è presentata dal titolare dell'ufficio interessato o dal responsabile del procedimento amministrativo ed è trattata ai sensi dell'articolo 22, comma 5, della legge.*

*La richiesta di accesso può essere presentata anche per il tramite degli Uffici relazioni con il pubblico.*

*La pubblica amministrazione, qualora in base al contenuto del documento richiesto riscontri l'esistenza di controinteressati, invita l'interessato a presentare richiesta formale di accesso”*.

<sup>200</sup> Art. 6, comma 6 *“responsabile del procedimento di accesso è il dirigente, il funzionario preposto all'unità organizzativa o altro dipendente addetto all'unità competente a formare il documento o detenerlo stabilmente”*.

<sup>201</sup> Si veda CASSETTA, Elio, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, pagg. 467 e ss.

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". Quindi, riscontrata la presenza di dati sensibili e giudiziari, l'accesso potrà essere consentito solo nei limiti in cui sia strettamente necessario.

Terza ipotesi, è la presenza dei c.d. dati «supersensibili», la presenza dei quali permette l'accesso soltanto nei termini dell'art. 60 del d.lgs. 196/2003, il quale dispone che *“quando il trattamento concerne dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi, è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale”*. In questo caso, spetterà sempre alla pubblica amministrazione decidere sul caso concreto.

In conclusione, in merito alle determinazioni che la pubblica amministrazione potrà assumere in ordine alla richiesta di accesso, essa potrà, innanzitutto, nel caso sia stata presentata richiesta informale non accoglibile, invitare il richiedente a presentare richiesta di accesso formale.

In secondo luogo, l'amministrazione potrebbe negare l'accesso e potrà farlo in due modi: emettendo un provvedimento di diniego di accesso nel termine di trenta giorni; rimanendo silente sul punto (c.d. silenzio – diniego)<sup>202</sup>.

Ai sensi dell'art. 24, comma 4, l. n. 241/1990, *“l'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento”*.

Infine, oltre al potere di differimento, l'amministrazione può limitare l'accesso, consentendo così un accesso parziale, limitato alle parti del documento per le quali non si rilevano problemi in ordine alla riservatezza dei terzi<sup>203</sup>.

Concludendo la disamina della disciplina dell'accesso documentale, occorre parlare della tutela giurisdizionale del diritto di accesso. Ai sensi dell'art. 25, comma 4, l. 241/1990 *“in caso di diniego dell'accesso, espresso o tacito, o di differimento dello stesso ai sensi dell'articolo 24, comma 4, il richiedente può presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale ai sensi del comma 5, ovvero chiedere, nello stesso termine e nei confronti degli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito, che sia riesaminata la suddetta determinazione. Qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore. Nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato tale richiesta è inoltrata presso la Commissione per l'accesso di cui all'articolo 27 nonché presso l'amministrazione resistente. Il difensore civico o la Commissione per l'accesso si pronunciano entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza. Scaduto infruttuosamente tale termine, il ricorso si intende respinto. Se il difensore civico o la Commissione per l'accesso ritengono illegittimo il diniego o il differimento, ne*

---

<sup>202</sup> Art. 25, comma 4, l. 241/1990 *“Decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta”*.

<sup>203</sup> Si veda CASSETTA, Elio, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, pagg. 467 e ss.

*informano il richiedente e lo comunicano all'autorità competente. Se questa non emana il provvedimento confermativo motivato entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico o della Commissione, l'accesso è consentito*".

La normativa riguardante il diritto di accesso ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni è completata dal d.lgs. 104/2010, il quale assegna al giudice amministrativo, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, la tutela giurisdizionale delle controversie aventi ad oggetto tale diritto. Viene previsto un processo abbreviato e l'azione può essere anche proposta in pendenza di un ricorso<sup>204</sup>.

## **5.2. Accesso civico**

Il grande merito della Legge sul procedimento amministrativo è stato quello di sancire la fine al principio di segretezza dei documenti amministrativi, passando da un sistema "opaco", incentrato sul principio di riservatezza, ad un sistema fondato sui principi di trasparenza e pubblicità dell'agire amministrativo. Espressione importante di quest'evoluzione è rappresentata dal diritto di accesso ai documenti detenuti da una pubblica amministrazione.

La trasparenza, dagli anni '90 fino ai giorni nostri, ha assunto rilievo sempre maggiore e diverse modifiche legislative sono state apportate all'istituto di accesso agli atti. Una prima modifica è stata operata tramite il d.lgs. 33/2013, emanato in attuazione di una delega conferita dalla l. 190/2012<sup>205</sup>, che introduceva nel nostro

---

<sup>204</sup> Art. 116, d.lgs. 104/2010 così recita *"Contro le determinazioni e contro il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi, nonché per la tutela del diritto di accesso civico connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza il ricorso è proposto entro trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio, mediante notificazione all'amministrazione e ad almeno un controinteressato. Si applica l'articolo 49. Il termine per la proposizione di ricorsi incidentali o motivi aggiunti è di trenta giorni.*

*In pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, il ricorso di cui al comma 1 può essere proposto con istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale, previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. L'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio.*

*L'amministrazione può essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente a ciò autorizzato.*

*Il giudice decide con sentenza in forma semplificata; sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione e, ove previsto, la pubblicazione dei documenti richiesti, entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni, dettando, ove occorra, le relative modalità".*

<sup>205</sup> Legge 6 novembre 2012, n. 190, "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", art. 1, comma 35: *"il governo è delegato ad adottare, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo per il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, mediante la modifica o l'integrazione delle disposizioni vigenti, ovvero mediante la previsione di nuove forme di pubblicità, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) ricognizione e coordinamento delle disposizioni che prevedono obblighi di pubblicità a carico delle pubbliche amministrazioni; b) previsione di forme di pubblicità sia in ordine all'uso delle risorse pubbliche sia in ordine allo svolgimento e ai risultati delle funzioni amministrative; c) precisazione degli obblighi di pubblicità di dati relativi ai titolari di incarichi politici, di carattere elettivo o comunque di esercizio di poteri di indirizzo politico, di livello statale, regionale e locale. Le dichiarazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria di cui alla lettera a) devono concernere almeno la situazione patrimoniale complessiva del titolare al momento dell'assunzione della carica, la titolarità di imprese, le partecipazioni azionarie proprie, del coniuge e dei parenti entro il secondo grado di parentela, nonché tutti i compensi cui dà diritto l'assunzione della carica; d) ampliamento delle ipotesi di pubblicità, mediante pubblicazione nei siti Web istituzionali, di informazioni relative ai titolari degli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, sia con riferimento a quelli che comportano funzioni di amministrazione e gestione, sia con riferimento agli incarichi di responsabilità degli uffici di diretta collaborazione; e) definizione di categorie di informazioni che le amministrazioni devono pubblicare e delle modalità di elaborazione dei relativi formati; f) obbligo di pubblicare tutti gli atti, i documenti e le informazioni di cui al presente comma anche in formato elettronico elaborabile e in formati di dati aperti. Per formanti di dati aperti si devono intendere almeno i dati resi disponibili e fruibili on-line in formati non proprietari, a condizioni tali da permetterne il più ampio riutilizzo anche a fini statistici e la redistribuzione senza ulteriori restrizioni d'uso, di riuso o di diffusione diverse dall'obbligo di citare la fonte e di rispettarne l'integrità; g) l'individuazione, anche mediante integrazione e coordinamento della disciplina vigente,*

ordinamento il c.d. accesso civico semplice. Poi, con il riordino della disciplina sulla trasparenza, operato dal d.lgs. n. 97/2016, è stato introdotto nel nostro ordinamento il c.d. accesso civico “generalizzato”. Questa nuova disposizione si ispira al *Freedom of Information Act*, il quale persegue tre obiettivi per assicurare il *right to know* dei cittadini: il controllo diffuso sulle pubbliche amministrazioni; la partecipazione consapevole dei cittadini alle decisioni pubbliche; infine, la legittimazione delle amministrazioni dovuta alla massima trasparenza<sup>206</sup>.

L’art. 5 del d.lgs. n. 33/2013, dunque, prevede due ipotesi di accesso: accesso civico “semplice” e accesso civico “generalizzato”.

### **5.2.1. Accesso civico “semplice” (ex art. 5, comma 1 d.lgs. 33/2013)**

Passando all’analisi della prima tipologia di accesso civico, occorre analizzare l’art. 5, comma 1, d.lgs. 33/2013 che così recita “*l’obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione*”.

Dalla lettura della norma risulta evidente come il novero dei legittimati, a cui si riconosce il diritto di accesso, viene ampliato notevolmente, essendo espressamente previsto che “chiunque” ha il diritto di richiedere alle amministrazioni l’esibizione dei documenti oggetto di pubblicazione, nel caso in cui quest’ultime non avessero dato seguito all’obbligo impostogli<sup>207</sup>.

La disciplina in esame interessa le amministrazioni e gli altri soggetti enunciati all’art. 2-*bis*, d.lgs. 33/2013<sup>208</sup>. Il fine perseguito dal legislatore, nel caso di specie, è quello di prevedere un diritto, quello appunto di accesso, corrispondente al dovere, in capo alle pubbliche amministrazioni, di pubblicazione, nel caso in cui tale obbligo non fosse adempiuto. Quindi, uno strumento di *enforcement* del dovere anzidetto in capo alle amministrazioni.

---

*della durata e dei termini di aggiornamento per ciascuna pubblicazione obbligatoria; h) individuazione, anche mediante revisione e integrazione della disciplina vigente, delle responsabilità e delle sanzioni per il mancato, ritardato o inesatto adempimento degli obblighi di pubblicazione”.*

<sup>206</sup> Si veda CLARICH, Marcello, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, pag. 148.

<sup>207</sup> Si veda CASSETTA, Elio, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, pag. 475.

<sup>208</sup> “*Ai fini del presente decreto, per “pubbliche amministrazioni” si intendono tutte le amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, ivi comprese le autorità portuali, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione.*

*La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica anche, in quanto compatibile: a) agli enti pubblici economici e agli ordini professionali; b) alle società in controllo pubblico come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell’articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124. Sono escluse le società quotate come definite dallo stesso decreto legislativo emanato in attuazione dell’articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124; c) alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell’ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell’organo d’amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni.*

*La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica, in quanto compatibile, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all’attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell’Unione europea, alle società in partecipazione pubblica come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell’articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici”.*

Peculiarità di tale istituto è la mancanza di un onere motivazionale in capo al soggetto richiedente, circostanza che viene giustificata dal fatto che l'oggetto della richiesta di ostensione sono proprio quei documenti che devono essere pubblicati, *ex lege*, dalle amministrazioni. Dunque, si tratta di documenti e atti pubblici, conoscibili e fruibili gratuitamente dalla collettività.

### **5.2.2. Accesso civico “generalizzato” (ex art. 5, comma 2 d.lgs. 33/2013, sostituito dall’art. 6, comma 1, d.lgs. n. 97 del 2016)**

*“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 politico, 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”<sup>209</sup>.*

Tale ultima tipologia è caratterizzata dalla circostanza di non essere condizionata alla titolarità di uno specifico interesse da parte del cittadino, come per l’accesso documentale, sia per l’ampio ambito oggettivo di applicazione, perché viene disciplinato che oggetto di istanza possono essere dati e documenti dell’amministrazione, di qualsiasi tipo. Unico limite è costituito dalla tutela di interessi, pubblici e privati, individuati dalla legge.

Quindi, l’accesso generalizzato può avere ad oggetto non solo i documenti amministrativi, ma anche i “dati”, intesi, dunque, come informazioni comunque in possesso della p.a.<sup>210</sup>.

Anche per l’istituto dell’accesso civico “generalizzato”, l’ambito soggettivo di applicazione è assai ampio. Va però rilevato che nella versione originaria del d.lgs. 33/2013 l’applicazione della normativa in commento veniva estesa ad enti pubblici economici, società pubbliche e altri soggetti privati finanziati o controllati dallo stato. Invece, il d.lgs. n. 97/2016 sembra voler restringere l’ambito applicativo della normativa, sancendo che tale disciplina si applica solo “*in quanto compatibile*” ai soggetti privati<sup>211</sup>. Come, poi, chiarito dall’ANAC, la clausola di compatibilità opera non già per delimitare l’ambito di applicazione soggettivo dell’istituto dell’accesso civico generalizzato, bensì per regolare l’estensione degli obblighi di pubblicazione<sup>212</sup>. Quindi,

---

<sup>209</sup> Art. 5, comma 2, d.lgs. 33/2013.

<sup>210</sup> Si vedano 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” di cui alla Delibera ANAC, 28 dicembre 2016, n. 1309, nelle quali si sottolinea che i dati, a differenza dei documenti, “*esprimono un concetto informativo più ampio, da riferire al dato conoscitivo come tale, indipendentemente dal supporto fisico su cui è incorporato e a prescindere dai vincoli derivanti dalle sue modalità di organizzazione e conservazione*”. Con riguardo alle “informazioni”, indicate tra gli elementi che possono essere oggetto di istanza, si sottolinea che, essendo esse da intendersi come “*rielaborazioni di dati detenuti dalle amministrazioni effettuati per propri fini contenuti in distinti documenti*”, si deve escludere che “*l’amministrazione sia tenuta a formare o raccogliere o altrimenti procurarsi informazioni che non siano già in suo possesso*”.

<sup>211</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L’accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 30.

<sup>212</sup> Nelle Linee Guida ANAC si precisa che la clausola di compatibilità si giustifica per la necessità di “*trovare adattamenti agli obblighi di pubblicazione in ragione delle caratteristiche organizzative e funzionali dei citati soggetti*”, mentre non sarebbe “*operante per quel che concerne l’accesso generalizzato, stante la ratio e la funzione*” di tale istituto.

per ciò che concerne l'accesso di cui trattasi, sussiste una presunzione di compatibilità rispetto a tutti i soggetti privati menzionati nell'art. 2-bis<sup>213</sup>.

### 5.3. Il procedimento per l'esercizio dell'accesso civico

La disciplina procedimentale dell'accesso civico è identica in entrambe le ipotesi.

Il procedimento di accesso deve essere concluso, con provvedimento espresso, nel termine di trenta giorni, decorrenti dalla presentazione della richiesta di ostensione.

L'istanza può essere, alternativamente, presentata, ai sensi del comma 3, art. 5 d.lgs. 33/2013: a) all'ufficio che detiene i dati, le informazioni o i documenti; b) all'Ufficio relazioni con il pubblico; c) ad altro ufficio indicato dall'amministrazione nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale; d) al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, ove l'istanza abbia a oggetto dati, informazioni o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria. La richiesta deve identificare i dati, le informazioni o i documenti richiesti e, come anticipato, non vi è alcun onere motivazionale in capo al richiedente.

Nel caso in cui vi sia la presenza di controinteressati, ai quali deriverebbe dall'accesso un pregiudizio concreto<sup>214</sup>, l'amministrazione destinataria della richiesta "*è tenuta a dare comunicazione agli stessi*" al fine di permettere loro di opporsi nei successivi dieci giorni, durante i quali il termine del procedimento è sospeso<sup>215</sup>.

L'amministrazione, decorso tale termine, avrà l'obbligo di provvedere espressamente, comunicando l'esito all'istante e agli eventuali controinteressati<sup>216</sup>.

Ai sensi del comma 6 dell'articolo in commento, nel caso in cui l'amministrazione accolga l'istanza di accesso, nonostante l'opposizione dei controinteressati, i dati e documenti oggetto di richiesta potranno essere trasmessi decorsi 15 giorni dalla ricezione della comunicazione di accoglimento da parte del controinteressato. Obiettivo è quello di permettere a quest'ultimo di far valere le proprie ragioni prima che si possa concretizzare il pregiudizio derivante dall'ostensione del documento<sup>217</sup>.

In caso di diniego, totale o parziale, o di mancata risposta nel termine previsto, l'istante potrà rivolgersi al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, presentando richiesta di riesame. Il RPCT, entro il termine di venti giorni, deciderà con provvedimento motivato. Nel caso in cui gli atti, oggetto della richiesta, siano di amministrazioni regionali o di enti locali, il richiedente dovrà presentare ricorso al difensore civico competente per ambito territoriale, il quale provvederà nel termine di trenta giorni. Nell'ipotesi in cui

---

<sup>213</sup> Secondo le Linee Guida ANAC "*è da ritenersi senza dubbio un istituto "compatibile" con la natura e le finalità dei soggetti elencati dall'art. 2-bis ai punti 2 e 3, considerato che l'attività svolta da tali soggetti è volta alla cura di interessi pubblici*".

<sup>214</sup> Ai sensi dell'art. 5-bis, comma 2 "*l'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) 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*".

<sup>215</sup> Art. 5, comma 5, d.lgs. n. 33/2013.

<sup>216</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 31.

<sup>217</sup> Ai sensi dell'art. 5, comma 9, il controinteressato, avverso la decisione di accoglimento, può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza o presentare ricorso al difensore civico, nel caso in cui si tratti di atti di Regioni e enti locali.

*“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”*<sup>218</sup>.

In entrambi i casi, quindi sia di richiesta di riesame al RPCT, sia di ricorso al difensore civico, nel caso in cui l’accesso abbia ad oggetto la «protezione dei dati personali», questi ultimi dovranno sentire il Garante per la protezione dei dati personali, che si pronuncerà nel termine di dieci giorni<sup>219</sup>.

Come previsto dai commi 7 e 8, dell’art. 5, avverso la decisione dell’ente, il riesame del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza o, ove esistente, del difensore civico, può essere proposto ricorso giurisdizionale ex art. 116 c.p.a.<sup>220</sup>.

Non viene, invece, previsto quest’ultimo rimedio nel caso in cui, ricevuta una richiesta di accesso, l’amministrazione non abbia provveduto. Contrariamente a quanto previsto per l’accesso documentale, il silenzio dell’amministrazione, nel caso di specie, non viene qualificato dal legislatore come “silenzio – diniego”. Dunque, occorrerebbe trovare un ulteriore rito per permettere al cittadino di veder riconosciuto il proprio *right to know*. Potrebbe ritenersi applicabile, in tali casi, il rito sul silenzio – inadempimento, ma una tale soluzione è poco soddisfacente, considerando l’importanza che l’istituto della trasparenza ha assunto nel nostro ordinamento<sup>221</sup>. Quindi, la soluzione più appropriata appare quella della proposizione del ricorso ex art. 116 c.p.a., essendo l’unico rito richiamato dal legislatore<sup>222</sup>. A tal riguardo, le Linee Guida ANAC precisano che *“in ogni caso, a fronte del rifiuto espresso, del differimento o dell’inerzia dell’amministrazione, il richiedente può attivare la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo, ai sensi dell’articolo 116 del codice del processo amministrativo”*.

Occorre ora analizzare l’art. 5-bis del d.lgs. n. 33/2013, rubricato “Esclusioni e limiti all’accesso civico”, nel quale si prevedono delle ipotesi nelle quali il principio di accessibilità totale viene ad essere, evidentemente, limitato.

Il legislatore prevede due macro – tipologie: la prima costituita dalle eccezioni relative<sup>223</sup>; la seconda dalle c.d. eccezioni assolute<sup>224</sup>.

Partendo dall’esame di queste ultime, esse sono tali da limitare notevolmente il potere discrezionale della pubblica amministrazione, nel senso che, in alcuni casi, non avrà altra scelta se non quella di rifiutare l’accesso. A tal proposito, il comma 3 così recita *“il diritto di cui all’articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato o negli altri casi di divieti di accesso o di divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui*

---

<sup>218</sup> Art. 5, comma 8, d.lgs. 33/2013.

<sup>219</sup> Ai sensi del comma 7, dell’art. 5, il quale, inoltre, precisa che i termini per l’adozione del provvedimento di riesame da parte del RPCT o del difensore civico sono sospesi.

<sup>220</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L’accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 32.

<sup>221</sup> Si veda CORRADO, Anna, *Il silenzio dell’amministrazione sull’istanza di accesso civico generalizzato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 5/2017, pagg. 9 e ss.

<sup>222</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L’accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 33.

<sup>223</sup> Commi 1 e 2 dell’art. 5-bis.

<sup>224</sup> Art. 5-bis, comma 3.

*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<sup>225</sup>”.*

In ipotesi diverse da quella appena esaminata, l'amministrazione potrà concedere l'accesso, ma esso sarà subordinato *“al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti”*. In tale ultima ipotesi rientra il richiamo, nonostante la natura diversa dell'accesso generalizzato rispetto a quello documentale, dell'art. 24, comma 1, l. n. 241/1990<sup>226</sup>. Tale rinvio solleva una serie di problemi interpretativi<sup>227</sup>. Tuttavia, il richiamo alle ipotesi dell'articolo menzionato non costituirebbe un'eccezione assoluta al diritto di accesso, bensì relativa, quindi tale da permettere all'amministrazione di operare un bilanciamento, secondo il principio di proporzionalità, sulla base del c.d. *harm test*<sup>228</sup>.

L'amministrazione, poi, dovrà rifiutare l'accesso nel caso in cui, in base al bilanciamento operato, ritenga che l'ostensione degli atti richiesti pregiudichi in “concreto” alcuni interessi pubblici e privati individuati dal legislatore<sup>229</sup>. Quindi, la presenza delle c.d. eccezioni relative impone alla pubblica amministrazione di: *“a) indicare chiaramente quale – tra gli interessi elencati all'art. 5 bis, c. 1 e 2 – viene pregiudicato; b) valutare se il pregiudizio prefigurato dipende direttamente dalla disclosure dell'informazione richiesta; c) valutare se il pregiudizio conseguente alla disclosure è un evento altamente probabile, e non soltanto possibile”*<sup>230</sup>.

Con riguardo al comma 1, dell'art. 5-bis, del d.lgs. 33/2013 gli interessi pubblici elencati sono *“a) sicurezza pubblica e 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 conduzioni di indagini*

---

<sup>225</sup> Ai sensi del quale *“il diritto di accesso è escluso: a) per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della legge 24 ottobre 1977, n. 801, e successive modificazioni, e nei casi di segreto o divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dal regolamento governativo di cui al comma 6 e delle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2 del presente articolo; b) nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano; c) nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione; d) nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psico – attitudinale relativi a terzi”*.

<sup>226</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 34.

<sup>227</sup> L'art. 24, comma 1, oltre al segreto di Stato, si riferisce ai procedimenti tributari, all'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, generali o di pianificazione, e, altresì, alle informazioni psico – attitudinali nei procedimenti selettivi; ancora, alla lett. a) sono richiamati anche casi di esclusioni disciplinati dal regolamento governativo di cui all'art. 24, comma 6, che però non è ancora stato adottato; al comma 2 si precisa che *“le singole pubbliche amministrazioni individuano le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso ai sensi del comma 1”*. Tuttavia, si deve escludere che, coerentemente con la disciplina del FOIA, le amministrazioni possano emanare regolamenti che individuino le categorie di provvedimenti sottratti all'accesso poiché la disciplina delle eccezioni in tema di accesso deve essere lasciata all'esclusiva disponibilità del legislatore.

Comunque, a conferma dell'impossibilità di estendere il sistema delle eccezioni previste dalla l. n. 241/1990 al sistema FOIA, va rilevato che molti degli interessi richiamati dal comma 6 dell'art. 24 coincidono con le eccezioni relative all'accesso generalizzato di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2. Quindi, come chiariscono le Linee Guida ANAC, par. 6.3, 7.5, tali interessi giustificano sicuramente *“l'esclusione del diritto di accesso documentale”*, mentre, con riguardo alla specifica disciplina del d.lgs. n. 33/2013 essi *“comportano eccezioni solo relative all'accesso generalizzato”*. Ciò, poi, ad eccezione dei casi in cui tali interessi non siano richiamati da divieti espliciti a livello legislativo, posto che, in questo caso si rientrerebbe nell'ipotesi del comma 3 dell'art. 5-bis (*“divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge”*).

<sup>228</sup> Si veda SAVINO, Mario, *Commento allo schema di Linee guida per l'attuazione dell'accesso “generalizzato” alle informazioni in possesso delle amministrazioni (c.d. modello FOIA)*, in ASTRID Rassegna, 2016, n. 21, pag. 5.

<sup>229</sup> Come chiarito nelle Linee guida ANAC, par. 5.2, *“il legislatore non opera, come nel caso delle eccezioni assolute, una generale e preventiva individuazione di esclusioni all'accesso generalizzato, ma rinvia a una attività valutativa che deve essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla disclosure generalizzata e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento”*.

<sup>230</sup> Linee Guida ANAC, par. 5.2.

sui reati e il loro perseguimento; g) il regolare svolgimento di attività ispettive”. Quanto, invece, alle limitazioni al diritto di accesso derivanti dalla presenza di interessi privati, esse interverranno per tutelare uno dei seguenti interessi “*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 di autore e i segreti commerciali*”.

Ovviamente, in tale ultimo ambito, profilo di maggiore criticità riguarda la *privacy*<sup>231</sup>. Il legislatore ha, infatti, precisato che, ai fini della tutela, occorrerà fare riferimento alla disciplina legislativa dettata in materia.

In questo ultimo caso, dovranno essere tenute in considerazione le opposizioni del controinteressato ai fini del rigetto o dell'accoglimento parziale dell'istanza. Esse costituiscono il presupposto affinché l'amministrazione possa valutare concretamente l'esistenza di un pregiudizio<sup>232</sup>.

La valutazione che spetterà all'ente per individuare il pregiudizio concreto, che potrebbe derivare al controinteressato dall'ostensione del documento, dovrà avere a base diversi parametri, tra cui “*la natura dei dati personali oggetto della richiesta di accesso o contenuti nei documenti ai quali si chiede di accedere nonché il ruolo ricoperto nella vita pubblica, la funzione pubblica esercitata o l'attività di pubblico interesse svolta dalla persona cui si riferiscono i predetti dati*”<sup>233</sup>.

## 6. Conclusioni

In conclusione, il cittadino ha a disposizione tre strumenti dei quali si può avvalere per conoscere documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni: l'accesso documentale *ex artt. 22 e ss della l. n. 241/1990*; l'accesso civico c.d. “semplice”, attraverso il quale viene previsto, a fronte dell'obbligo di pubblicazione in capo alle pubbliche amministrazioni, il diritto di richiedere documenti che non siano stato pubblicati; e, infine, l'accesso c.d. “generalizzato”, strumento attraverso il quale poter accedere a documenti, dati, informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione.

L'affermazione del Foia nell'ordinamento italiano si è caratterizzato per molteplici problematiche interpretative derivanti dalla genesi dell'accesso civico e, conseguentemente, dalla difficoltà di assicurare tra i diversi tipi di accesso un coordinamento<sup>234</sup>. Alcune delle problematiche che meritano attenzione sono, in primo luogo, quella di aver disciplinato nello stesso articolo, l'articolo 5, due istituti, quali l'accesso civico

---

<sup>231</sup> Come chiarito dal Garante per la protezione dei dati personali (parere del 3 marzo 2016, n. 92) il tema della trasparenza “*necessita di un approccio equilibrato per evitare che i diritti fondamentali alla riservatezza e alla protezione dei dati personali ... possano essere gravemente pregiudicati da una indiscriminata diffusione di documenti riportanti dati personali*”.

<sup>232</sup> Le Linee guida ANAC precisano che tali motivazioni costituiscono solo “*un indice della sussistenza*” del pregiudizio concreto alla protezione dei dati personali “*la cui valutazione però spetta all'ente e va condotta anche in caso di silenzio del controinteressato*”.

<sup>233</sup> Par. 8.1. delle Linee Guida ANAC si precisa che, ad esempio, andrebbe rifiutato l'accesso per quelle categorie di dati personali che, “*pur non rientrando nella definizione di dati sensibili e giudiziari, richiedono una specifica protezione quando dal loro utilizzo, in relazione alla natura dei dati o alle modalità del trattamento o agli effetti che può determinare, possano derivare rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali degli interessati (si pensi, ad esempio, ai dati genetici, biometrici, di profilazione, sulla localizzazione o sulla solvibilità economica, di cui agli artt. 17 e 37 del codice)*”

<sup>234</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 55.

semplice e generalizzato, completamente diversi tra loro<sup>235</sup>. In secondo luogo, la scelta operata nell'art. 2-bis di ricomprendere l'ambito di applicazione soggettivo tanto dell'accesso civico semplice quanto di quello generalizzato, per poi interpretare in maniera diversa l'estensione dei due istituti ai soggetti privati in sede di elaborazione delle Linee Guida ANAC<sup>236</sup>.

Si pensi, ancora, al richiamo ad opera dell'art. 5-bis, comma 3, del d.lgs. n. 33/2013 alle eccezioni dell'art. 24, comma 1 della l. n. 241/1990, il quale, in modo incompatibile con la *ratio* del FOIA, presuppone un potere regolamentare da parte delle amministrazioni.

Con riguardo alla disciplina secondaria, occorre rilevare che l'ANAC tende a non rilasciare pareri sulla concreta applicazione della normativa e, però, esercita la sua principale competenza in materia, tramite l'adozione di Linee Guida sulle eccezioni all'accesso generalizzato, attraverso un "approccio nozionistico – definitorio" degli interessi medesimi<sup>237</sup>.

Al di là dei profili problematici, non vi è dubbio che lo strumento dell'accesso generalizzato è destinato ad assumere un'importante rilevanza e ciò, da un lato, sia rispetto al citato fine di assicurare un "controllo diffuso" sull'agire amministrativo, e dall'altro, per assicurare una più concreta partecipazione democratica alle decisioni pubbliche<sup>238</sup>.

---

<sup>235</sup> Si veda GARDINI, Gianluca, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *www.Federalismi.it*, n. 1/2017, pag. 3, secondo il quale "la scelta di operare sull'impianto normativo già esistente, innestando su di esso il "nuovo accesso civico", è fallimentare in partenza: al netto di un innegabile miglioramento in termini di conoscibilità di dati pubblici, ciò che si ottiene emendando il vecchio d.lgs. 33/2013 è soprattutto sovrapposizione tra gli istituti, incertezza sugli obblighi, indeterminatezza dei limiti".

<sup>236</sup> Come detto precedentemente, le Linee Guida hanno distinto nettamente, con riguardo ai soggetti privati, l'operatività della clausola di compatibilità, precisano come solo la disciplina dell'accesso civico "generalizzato" "è da ritenersi senza dubbio un istituto "compatibile" con la natura e le finalità dei soggetti elencati dall'art. 2-bis" (par. 4.1).

<sup>237</sup> Si veda SAVINO, Mario, *Commento allo schema di Linee guida*, op. cit., pag. 5.

<sup>238</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 58.

## CAPITOLO II

### TRASPARENZA E RISERVATEZZA. RECENTI INTERVENTI NORMATIVI E PROFILI PROBLEMATICI.

#### 1. I limiti della trasparenza

Nell'ultimo ventennio le riforme della Pubblica Amministrazione sono state caratterizzate da una responsabilizzazione degli operatori pubblici e dall'importanza, via via crescente, attribuita ai principi fondamentali di trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa e di accessibilità agli atti detenuti dalle amministrazioni.

Un'attività amministrativa "trasparente" è alla base della legge n. 241/1990, la quale ha introdotto nell'ordinamento italiano il diritto di accesso ai documenti amministrativi.

L'inidoneità del c.d. accesso documentale a garantire l'effettiva realizzazione del principio di trasparenza, da intendersi come diritto civico e a tutela indifferenziata, ha fatto sì che nell'ultimo decennio si sia riconsiderata la nozione e la portata di tale principio. Va evidenziato come, in un primo momento, si ritenne che l'imposizione in via legislativa di obblighi di pubblicazione in capo alle pubbliche amministrazioni sarebbe stata idonea ad assicurare l'accessibilità totale ai documenti amministrativi<sup>1</sup>. Quindi, inizialmente il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 ha previsto alcune informazioni oggetto di pubblicazione sui siti istituzionali e successivamente il d.lgs. n. 33/2013 ha dato una chiara definizione del concetto di trasparenza, individuando specificatamente atti e documenti che le pubbliche amministrazioni sono tenute a pubblicare.

L'introduzione di tali obblighi di pubblicazione è stata accompagnata dalla previsione del c.d. accesso civico, cioè il riconoscimento del "*diritto di chiunque*" di richiedere i documenti che non siano stati pubblicati, indipendentemente dalla titolarità di uno specifico interesse<sup>2</sup>.

Infine, si riscontrava in maniera sempre più evidente la necessità di garantire in capo a tutti i cittadini un vero e proprio diritto di accesso civico generalizzato. Venne, così, introdotto nell'ordinamento italiano, ad opera del d.lgs. n. 97/2016, il diritto di "*chiunque*" di accedere, oltre ai dati e documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria, anche a quelli "*ulteriori*" comunque detenuti dalle pubbliche amministrazioni.

Occorre rilevare come il processo di affermazione del Foia nell'ordinamento italiano è stato accompagnato da numerose problematiche interpretative derivate dalla circostanza per cui, introducendo in Italia l'accesso civico generalizzato, il decreto lo aggiunge alle altre forme di accesso già presenti nell'ordinamento italiano<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 26 e ss.

<sup>2</sup> Ai sensi dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 33/2013 "*l'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione*".

<sup>3</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 55.

Infatti, il legislatore non definisce pregiudizialmente le differenti forme di accesso ma, anzi, utilizza lo stesso *nomen iuris* per entrambi i diritti, valorizzando il tratto caratterizzante di entrambe tali forme di accesso, cioè il riconoscimento in capo a “chiunque” di richiedere i documenti detenuti dalla pubblica amministrazione<sup>4</sup>.

Le linee guida Anac<sup>5</sup> hanno cercato di evitare sovrapposizioni tra istituti e colmare eventuali lacune. Dalla loro lettura emerge la distinzione fra accesso generalizzato e accesso civico. Quest’ultimo *“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”*<sup>6</sup>.

L’accesso generalizzato, invece, si caratterizza per essere un diritto *“autonomo e indipendente da presupposti obblighi di pubblicazione e come espressione, invece, di una libertà che incontra, quali unici limiti, da una parte, il rispetto della tutela degli interessi pubblici e/o privati indicati dall’art. 5 bis, commi 1 e 2, e dall’altra, il rispetto delle norme che prevedono specifiche esclusioni (art. 5 bis, comma 3)”*<sup>7</sup>.

Inoltre, l’accesso civico generalizzato va tenuto distinto dalla disciplina dell’accesso documentale di cui agli artt. 22 e ss. della l. 241/1990. L’obiettivo, in tale ultimo caso, è quello di garantire ai soggetti interessati *“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”*.

Quindi l’accesso documentale opera sulla base di norme e presupposti diversi rispetto all’accesso civico, sia semplice sia generalizzato. Tale distinzione è particolarmente rilevante per poter ponderare i diversi interessi in gioco, nel caso in cui sia indispensabile valutare caso per caso tali interessi. Infatti, *“tale bilanciamento è ben diverso nel caso dell’accesso 241 dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti”*. Mentre, nel caso dell’accesso generalizzato *“l’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”*.

L’ordinamento italiano, in sostanza, è ispirato ad una netta preferenza verso la trasparenza amministrativa. Di conseguenza, la conoscibilità degli atti può essere temperata unicamente da previsioni di eccezioni a salvaguardia di interessi pubblici e privati.

---

<sup>4</sup> Si veda GARDINI, Gianluca, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell’arte di rendere oscure le cose semplici*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 1/2017, pagg. 4 e ss.

<sup>5</sup> Si veda ANAC, Schema di linee guida, recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013

<sup>6</sup> Si veda ANAC, Schema di linee guida, recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013, p. 6

<sup>7</sup> Si veda ANAC, Schema di linee guida, recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013, p. 6.

Il profilo maggiormente problematico in tema di trasparenza è rappresentato, inevitabilmente, dall'esistenza di una serie di esclusioni e limiti, indicati all'art. 5 bis del d.lgs. n. 33/2013<sup>8</sup>. Dalla lettura di tale articolo è possibile operare una distinzione fra eccezioni assolute e relative.

Con riguardo alle c.d. eccezioni assolute l'ostensione del documento è esclusa. L'accesso è negato, in questo caso, in base ad una norma di rango primario che preventivamente e generalmente assume come prioritari, rispetto al diritto di accesso, determinati interessi pubblici e privati. Tali esclusioni riducono al massimo la discrezionalità dell'amministrazione, la quale sarà semplicemente tenuta a negare l'accesso<sup>9</sup>.

Le ipotesi in commento ricorrono nel caso di: segreto di Stato; negli altri casi di divieto di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990<sup>10</sup>. Quest'ultimo rinvio alla disciplina delle esclusioni della l. n. 241/1990 pone una serie di problemi interpretativi, derivanti prevalentemente dalla circostanza che i due istituti perseguono finalità diverse. Evidentemente, il rinvio deve essere letto alla luce delle finalità di ampia *disclosure* sottesa alla nuova normativa.

Si tratta di ipotesi nelle quali l'accesso non è escluso a priori, ma l'amministrazione potrà comunque procedere all'ostensione dei documenti alle condizioni e limiti imposti dalla legge. Quindi, dette esclusioni non costituiscono eccezioni assolute al diritto di accesso, potendo essere oggetto di valutazione, secondo il principio di proporzionalità, sulla base di un bilanciamento fondato sul c.d. *harm test*<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Art. 5 bis così recita: “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.

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.

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.

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.

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.

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.”

<sup>9</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 35.

<sup>10</sup> Si veda ANAC, Schema di linee guida, recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013, p. 10.

<sup>11</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 36.

Possono ricorrere ipotesi in cui spetta all'amministrazione, secondo una propria valutazione discrezionale basata sulla "tecnica del bilanciamento", rifiutare l'accesso nel caso in cui ritenga che l'ostensione degli atti oggetto di richiesta possa pregiudicare concretamente degli interessi pubblici e privati individuati dal legislatore. Tali limiti, elencati ai commi 1 e 2 dell'art. 5 *bis*, costituiscono le c.d. eccezioni relative o qualificate. In questo caso, chiariscono le Linee Guida Anac, *"il legislatore non opera, come nel caso delle eccezioni assolute, una generale e preventiva individuazione di esclusioni all'accesso generalizzato, ma rinvia ad un'attività valutativa che deve essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla disclosure generalizzata e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento"*<sup>12</sup>.

Come è evidente, uno dei profili maggiormente critici rispetto al riconoscimento di un'accessibilità totale è costituito dall'esigenza di tutelare in modo adeguato la *privacy*. A tal proposito il Garante per la protezione dei dati personali ha chiarito come il tema della trasparenza *"necessita di un approccio equilibrato per evitare che i diritti fondamentali alla riservatezza e alla protezione dei dati personali possano essere gravemente pregiudicati da una indiscriminata diffusione di documenti riportanti dati personali"*<sup>13</sup>. Il legislatore ha, poi, precisato come la tale tipo di tutela debba avvenire *"in conformità con la disciplina legislativa in materia"*, cui si deve rinviare per la definizione di "dato personale" e, inoltre, per la disciplina specifica sul trattamento.

### **1.1. Il segreto di Stato e il segreto d'ufficio**

Rispetto alle esigenze di conoscibilità un limite assoluto è rappresentato dal segreto di Stato. Quest'ultimo costituisce un limite perché, in sua presenza, la trasparenza amministrativa e i suoi strumenti non possono superarlo.

La legge n. 124 del 2007 su *"Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto"* cerca di collegare le ragioni che giustificano il segreto con le esigenze di trasparenza e tutela dei diritti<sup>14</sup>.

La definizione di segreto di Stato è contenuta nell'art. 39, il quale, al comma 1, che così recita *"Sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato"*.

Come si evince dall'articolo, il segreto costituisce un'eccezione giustificata per tutelare un interesse costituzionalmente rilevante. Dottrina e giurisprudenza individuano suddetti interessi nella difesa della sicurezza interna ed esterna dello Stato.

---

<sup>12</sup> Si veda ANAC, Schema di linee guida, recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013, p. 11.

<sup>13</sup> Si veda parere del 3 marzo 2016, n. 92.

<sup>14</sup> Si veda CARLONI, Enrico, *L'amministrazione aperta*, op. cit., pagg. 99 e ss.

La Corte costituzionale parla di sicurezza come “*necessità di protezione da ogni azione violenta o comunque non conforme allo spirito democratico che ispira il nostro assetto costituzionale dei supremi interessi che valgono per qualsiasi collettività organizzata a Stato*”<sup>15</sup>. Quindi, è solo nel momento in cui sia necessaria la salvaguardia di tali interessi che trova giustificazione il segreto “*in quanto mezzo o strumento necessario per raggiungere il fine della sicurezza*”<sup>16</sup>.

Occorre rilevare che, ai sensi dell’art. 39, comma 4, “*il vincolo derivante dal segreto di Stato è apposto e, ove possibile, annotato, su espressa disposizione del Presidente del Consiglio dei ministri, sugli atti, documenti o cose che ne sono oggetto, anche se acquisiti all’estero*”.

La legge n. 124 del 200, poi, prevede un limite temporale: la durata del vincolo non è più illimitata, ma fissata in quindici anni, prorogabili dal Presidente del Consiglio. Decorsi, dunque, quindici anni dall’apposizione del Segreto di Stato o dalla sua opposizione confermata<sup>17</sup> “*chiunque vi abbia interesse può chiedere al Presidente del Consiglio dei ministri di avere accesso alle informazioni, ai documenti, agli atti, alle attività, alle cose e ai luoghi coperti dal segreto di Stato*”<sup>18</sup>. È questa un’ipotesi particolare di accesso, oggetto di una disciplina distinta che, tuttavia, con riguardo ai requisiti di legittimazione presenta delle analogie con la disciplina del diritto di accesso ai documenti prevista dalla legge n. 241/1990. In questo senso, l’art. 10 del d.P.C.M. 8 aprile 2008, *Criteri per l’individuazione delle notizie, delle informazioni, dei documenti, degli atti, delle attività, delle cose e dei luoghi suscettibili di essere oggetto di segreto di Stato*, richiede, in capo all’istante, l’esistenza di “*un interesse diretto, concreto e attuale collegato all’oggetto dell’accesso, nonché meritevole di giuridico apprezzamento in relazioni alla qualità soggettiva del richiedente e alla finalità per la quale l’accesso sia richiesto*”<sup>19</sup>.

Il segreto di Stato in senso proprio, il c.d. segreto straordinario, non deve essere confuso con le classifiche di segretezza, il c.d. segreto ordinario, la cui definizione è contenuta nell’art. 42 della l. n. 124/2007. Queste ultime sono attribuite alle amministrazioni “*per circoscrivere la conoscenza di notizie, informazioni, documenti, atti, attività o cose ai soli soggetti che abbiano necessità di accedervi e siano a ciò abilitati in ragione delle proprie funzioni istituzionali*”<sup>20</sup>.

Occorre, inoltre, soffermarsi sul segreto d’ufficio. Tale istituto ha trovato una regolazione inizialmente nel R.D. n. 2960/1923, e, successivamente, nell’art. 15 del d.P.R. n. 3/1957<sup>21</sup>. Quest’ultimo è stato riformulato ad opera della l. n. 241/1990.

---

<sup>15</sup> Si veda Corte Costituzionale, sentenza 24 maggio 1977, n. 86

<sup>16</sup> Si veda Corte Costituzionale, sentenza 24 maggio 1977, n. 86

<sup>17</sup> Si veda ANAC, Schema di linee guida, recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013, p. 12.

<sup>18</sup> Art. 39, comma 7, della legge n. 124 del 2007

<sup>19</sup> Si veda CARLONI, Enrico, *L’amministrazione aperta*, op. cit., pag. 103.

<sup>20</sup> Art. 42, comma 1, della legge n. 124 del 2007

<sup>21</sup> Art. 15 del d.P.R. n. 3/1957 così recita “*l’impiegato deve mantenere il segreto d’ufficio. Non può trasmettere a chi non ne abbia diritto informazioni riguardanti provvedimenti od operazioni amministrative, in corso o concluse, ovvero notizie di cui sia venuto a conoscenza a causa delle sue funzioni, al di fuori delle ipotesi e delle modalità previste dalle norme sul diritto di accesso.*”

Il segreto d'ufficio viene inteso come dovere generale, in capo agli impiegati pubblici, di non divulgare notizie o informazioni che abbiano appreso nell'esercizio delle loro funzioni, o che ineriscano all'attività amministrativa conclusa o ancora in corso.

La predominanza, nel nostro ordinamento, del principio di trasparenza impone di trovare una giustificazione a tale istituto. Esso non può ricondursi ad un atto rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione, quindi ad un atto soggettivo, bensì deve avere il suo fondamento nella necessità di tutelare un diverso interesse, specificamente individuato dal legislatore.

Il segreto, occorre rilevare, come sia stato per lungo tempo un criterio generale, definitivamente entrato in crisi con la legge del 1990 sulla trasparenza. Quest'ultima travolge l'assetto preesistente alla sua entrata in vigore e collega il dovere del funzionario di divieto di divulgazione ad ipotesi determinate.

Di fatto, dopo la legge n. 241 del 1990, attraverso l'art. 28<sup>22</sup>, si procede alla riscrittura dell'art. 15 del testo unico degli impiegati pubblici. Dalla modifica dell'articolo, permane il segreto d'ufficio, come obbligo di non comunicare *“informazioni riguardanti provvedimenti od operazioni amministrative, in corso o concluse, ovvero notizie di cui sia venuto a conoscenza a causa delle sue funzioni”*<sup>23</sup>, ma tale dovere smette di essere una clausola indeterminata, idonea a giustificare il segreto, e viene ricondotto nell'ambito del diritto di accesso, il quale consente solo ipotesi specifiche di segreto<sup>24</sup>.

Quindi, il segreto d'ufficio diviene uno strumento a tutela di interessi pubblici e privati, previsti espressamente dall'art. 24 della legge sul procedimento.

Occorre soffermarci, allora, sui comportamenti attraverso i quali si esplica la violazione di tale dovere.

Dal dettato normativo sembrerebbe che il legislatore imponga un obbligo negativo, di “non agire”. Tuttavia, il segreto d'ufficio deve essere inteso come ricomprensivo tutte quelle ipotesi di pregiudizio agli interessi indicati dal legislatore. Di conseguenza, tale obbligo può consistere in un comportamento tanto negativo quanto positivo.

In capo al dipendente pubblico, si può dire, esiste, oltre a quello d'ufficio, anche un dovere alla trasparenza<sup>25</sup>.

---

*Nell'ambito delle proprie attribuzioni, l'impiegato preposto ad un ufficio rilascia copie ed estratti di atti e documenti di ufficio nei casi non vietati dall'ordinamento”.*

<sup>22</sup> Art. 28 della l. n. 241/1990 così recita: “l'articolo 15 del testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, è sostituito dal seguente; “Art. 15 – (Segreto d'ufficio) – L'impiegato deve mantenere il segreto d'ufficio. Non può trasmettere a chi non ne abbia diritto informazioni riguardanti provvedimenti od operazioni amministrative, in corso o concluse, ovvero notizie di cui sia venuto a conoscenza a causa delle sue funzioni, al di fuori delle ipotesi e delle modalità previste dalle norme sul diritto di accesso. Nell'ambito delle proprie attribuzioni, l'impiegato preposto ad un ufficio rilascia copie ed estratti di atti e documenti di ufficio nei casi non vietati dall'ordinamento””.

<sup>23</sup> Art. 15 del testo unico degli impiegati pubblici

<sup>24</sup> Si veda CARLONI, Enrico, *L'amministrazione aperta*, op. cit., pagg. 85 e ss.

<sup>25</sup> L'art. 23 del Ccnl del comparto dei ministeri, difatti, sancisce che *“nei rapporti con il cittadino”* il dipendente è tenuto a *“fornire tute le informazioni cui abbia titolo nel rispetto delle disposizioni in materia di trasparenza e di accesso all'attività amministrativa”*.

Una necessità di segreto d'ufficio, autonoma, può presentarsi nel corso dell'azione amministrativa. In questo caso soccorre l'istituto del differimento<sup>26</sup>, idoneo a "posticipare la trasparenza ad un momento successivo"<sup>27</sup>. Pertanto, si può affermare, in conclusione, che il segreto d'ufficio è caratterizzato da un aspetto strumentale, come strumento di protezione di altri interessi, e da uno sostanziale, inteso come riservatezza nella fase istruttoria "per non compromettere gli obiettivi dell'azione pubblica, ovvero la necessità di riservatezza sull'orientamento dei decisori prima dell'adozione della decisione"<sup>28</sup>.

## 1.2. Esclusioni derivanti dalla tutela di interessi pubblici e privati

La normativa dell'accesso civico generalizzato prevede delle ipotesi nelle quali occorre valutare caso per caso l'esistenza di un pregiudizio ad interessi pubblici o privati, considerati dal legislatore di particolare importanza e per tale ragione meritevoli di tutela.

L'art. 5 *bis* del d.lgs. n. 33/2013 elenca le c.d. eccezioni relative o qualificate, la cui presenza giustifica la possibilità di rigetto dell'istanza qualora l'ostensione del documento possa arrecare un danno concreto alla tutela degli interessi elencati in tale articolo.

Il comma 1, dell'articolo in commento, elenca gli interessi pubblici, vale a dire quelli inerenti: la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; la sicurezza nazionale; la difesa e le questioni militari; le relazioni internazionali; la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; il regolare svolgimento di attività ispettive<sup>29</sup>.

Inoltre, al comma 2, vengono elencati gli interessi privati, la cui presenza giustifica la mancata ostensione del documento. Tali interessi ricorrono nel caso di: protezione dei dati personali; libertà e segretezza della corrispondenza; interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi proprietà intellettuale, diritto d'autore e segreti commerciali<sup>30</sup>.

Il Legislatore, in questo caso, rimette la decisione, circa l'ostensione o meno del documento, all'attività di valutazione delle amministrazioni, non operando una preventiva elencazione di esclusioni all'accesso.

La pubblica amministrazione, dunque, accertata la mancanza di eccezioni assolute *ex art. 5 bis*, comma 3, sarà tenuta a valutare se, nel caso concreto, l'accesso agli atti possa determinare un danno concreto e probabile agli interessi summenzionati<sup>31</sup>. Dunque, "affinché l'accesso possa essere rifiutato, il pregiudizio agli interessi considerati dai commi 1 e 2 deve essere concreto quindi deve sussistere un preciso nesso di causalità tra

---

<sup>26</sup> Art. 9, comma 2, del d.P.R. n. 184 del 2006: "Il differimento dell'accesso è disposto ove sia sufficiente per assicurare una temporanea tutela agli interessi di cui all'articolo 24, comma 6, della legge, o per salvaguardare specifiche esigenze dell'amministrazione, specie nella fase preparatoria dei provvedimenti, in relazione a documenti la cui conoscenza possa compromettere il buon andamento dell'azione amministrativa."

<sup>27</sup> Si veda CARLONI, Enrico, *L'amministrazione aperta*, op. cit., pag. 88.

<sup>28</sup> Si veda MERLONI, Francesco, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, Milano, 2008

<sup>29</sup> Si veda ANAC, Schema di linee guida, recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013, p. 15.

<sup>30</sup> Si veda ANAC, Schema di linee guida, recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013, p. 21.

<sup>31</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 186.

*l'accesso e il pregiudizio. L'amministrazione, in altre parole, non può limitarsi a prefigurare il rischio di un pregiudizio in via generica e astratta, ma dovrà: a) indicare chiaramente quale – tra gli interessi elencati all'art. 5 bis, co. 1 e 2 – viene pregiudicato; b) valutare se il pregiudizio (concreto) prefigurato dipende direttamente dalla disclosure dell'informazione richiesta; c) valutare se il pregiudizio conseguente alla disclosure è un evento altamente probabile, e non soltanto possibile*<sup>32</sup>.

Un elemento da considerare, svolgendo l'attività valutativa, è relativo al pregiudizio concreto che l'ostensione del documento può arrecare. Tale pregiudizio deve essere identificato in relazione al contesto temporale nel quale l'istanza di accesso viene presentata. A conferma di quanto detto si possono prendere in riferimento i commi 4 e 5 dell'art. 5 bis, i quali prevedono, rispettivamente, il c.d. accesso parziale e il differimento.

In riferimento al primo istituto, la reiezione dell'istanza non è giustificata nel caso in cui le cause ostative dovessero riguardare alcuni dati o parti del documento, dunque l'amministrazione dovrà consentire l'accesso alle parti del documento per le quali non si riscontrano limitazioni<sup>33</sup>.

Il differimento dovrà essere disposto nel caso in cui i limiti all'accesso *“si applicano unicamente per il periodo nel quale la protezione è giustificata in relazione alla natura del dato”*<sup>34</sup>.

In sostanza, vengono forniti degli strumenti per poter favorire la scelta che meglio beneficia il diritto di accesso del richiedente, in una prospettiva di *full disclosure* che il Legislatore tende a perseguire.

## **2. La riservatezza e l'accesso civico**

La conoscibilità e la trasparenza si scontrano con il progressivo affermarsi di un limite, la *privacy*, posto a garanzia di interessi privati.

Tale limite viene disciplinato dalla legge n. 241/1990, la quale permette di escludere il diritto di accesso in caso di documenti riguardanti *“la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolare, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono”*<sup>35</sup>. Occorre notare che si tratta di un limite “relativo”, nel senso che può essere superato nel caso in cui le ragioni a sostegno dell'accesso siano legittime e di stesso rango rispetto a quelle poste a fondamento della riservatezza<sup>36</sup>. In tal senso, l'art. 24, comma 7, della l. 241/1990 enuncia che *“deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici”*.

Quindi, il diritto di accesso prevale sulla necessità di riservatezza del terzo, nel caso in cui ricorra l'ipotesi enunciata dal comma 7, salvo che si tratti di particolari categorie di dati. Questi ultimi sono i dati c.d. sensibili, individuati dall'art. 9 del regolamento (UE) 679/2016 come *“dati personali che rivelino l'origine razziale o*

---

<sup>32</sup> Si veda ANAC, Schema di linee guida, recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013, p. 11.

<sup>33</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 187.

<sup>34</sup> Art. 5 bis, comma 5 del d.lgs. 33/2013.

<sup>35</sup> Art. 24, comma 6, della legge n. 241/1990.

<sup>36</sup> Si veda CARLONI, Enrico, *L'amministrazione aperta*, op. cit., pagg. 90 e ss.

*etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona*". In questo caso, se *"la richiesta giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale"*<sup>37</sup> l'accesso è possibile.

La tutela è, quindi, affidata ad un meccanismo del c.d. bilanciamento normativo flessibile<sup>38</sup>.

La giurisprudenza sottolinea come tale bilanciamento sia effettuato dal Legislatore<sup>39</sup>, di modo tale che mai potrebbe essere effettuato dal funzionario responsabile, il quale assumerebbe una funzione che non gli compete se dovesse operare un bilanciamento discrezionale<sup>40</sup>.

Bisogna mettere in risalto che la valutazione suddetta riguarda tutti gli aspetti della riservatezza, e non solo il contrasto tra accesso e *privacy*. Infatti, tra i casi di limitazione o esclusione, la legge prevede ipotesi ampie, includendo la vita privata o la riservatezza delle persone fisiche, ma pure quella delle persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni e, inoltre, sono esplicitamente presi in riferimento gli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale.

L'art. 5 *bis*, comma 2, lett a), del d.lgs. n 33/2013 sancisce che l'accesso deve essere rifiutato nel caso in cui arrechi un pregiudizio concreto *"alla protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia"*. In tal caso, dunque, l'ente destinatario della richiesta di accesso, avente ad oggetto dati e documenti relativi a dati personali, dovrà valutare se l'ostensione dei dati o del documento possa causare un pregiudizio concreto. Nell'ipotesi in cui quest'ultimo si dovesse ritenere sussistente, dunque, si avrà il rigetto dell'istanza. Nel caso in cui, al contrario, si reputi di poter oscurare i dati personali eventualmente presenti e le altre informazioni la cui conoscenza possa causare un danno, l'ente potrà accogliere l'istanza di accesso<sup>41</sup>. Ovviamente, ai fini dell'accoglimento, dovranno essere prese in considerazione le ragioni allegare dal soggetto controinteressato, il cui intervento è necessario<sup>42</sup>.

Perciò, dal momento che la soluzione alla contrapposizione tra accesso e riservatezza è affidata ad un *"bilanciamento normativo flessibile"* bisogna prendere in riferimento, in primo luogo, un profilo oggettivo,

---

<sup>37</sup> Art. 60 del d.lgs. 196/2003

<sup>38</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 188.

<sup>39</sup> Si veda CARINGELLA, Francesco, *Ancora fitta la nebbia sull'accesso ai dati personali (sensibili e non)*, in nota alla decisione del Cons. Stato, sez. IV, 27 agosto 1998, in *Foro.it*, 1998, III, p. 609 e ss.

<sup>40</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 189.

<sup>41</sup> Si veda ANAC, Schema di linee guida, recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013, p. 21.

<sup>42</sup> Ai sensi dell'art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 33/2013 *"Fatti salvi i casi di pubblicazione obbligatoria, l'amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, ai sensi dell'articolo 5-bis, comma 2, è tenuta a dare comunicazione agli stessi, mediante invio di copia con 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 una motivata opposizione, anche per via telematica, alla richiesta di accesso. A decorrere dalla comunicazione ai controinteressati, il termine di cui al comma 6 è sospeso fino all'eventuale opposizione dei controinteressati. Decorso tale termine, la pubblica amministrazione provvede sulla richiesta, accertata la ricezione della comunicazione."*

attinente alla natura dei dati, e occorre operare, inoltre, su un piano soggettivo, in cui diviene utile l'apporto del controinteressato per poter graduare i vari interessi<sup>43</sup>.

## 2.1. I profili oggettivi

È utile considerare l'oggetto del diritto di accesso, rappresentato, ex art. 2, dai dati e documenti in possesso delle pubbliche amministrazioni e degli altri soggetti indicati nell'art. 2 bis. Appare evidente un difetto di coordinamento tra tale disposizione e altre norme del decreto che includono, oltre ai dati e documenti, anche le informazioni<sup>44</sup>.

Bisogna rilevare che, ai sensi dell'art. 5, comma 3, non si richiede una motivazione che giustifichi l'istanza, dunque, per il richiedente sarà sufficiente indicare specificamente quali sono i dati, documenti o informazioni di cui richiede l'ostensione. A questo proposito, ANAC ha messo in rilievo che *“le richieste, inoltre, non devono essere generiche, ma consentire l'individuazione del dato, del documento o dell'informazione, con riferimento, almeno, alla loro natura e al loro oggetto”*<sup>45</sup>. E ha, inoltre, precisato che non sono ammesse richieste meramente esplorative, cioè con lo scopo di venire a conoscenza di *“quali informazioni l'amministrazione dispone”* e, con riguardo alle richieste c.d. massive dispone che *“nei casi particolari in cui venga presentata una domanda di accesso per un numero manifestamente irragionevole di documenti, imponendo così un carico di lavoro tale da paralizzare, in modo molto sostanziale, il buon funzionamento dell'amministrazione, la stessa può ponderare, da un lato, l'interesse dell'accesso del pubblico ai documenti e, dall'altro, il carico di lavoro che ne deriverebbe, al fine di salvaguardare, in questi casi particolari e di stretta interpretazione, l'interesse ad un buon andamento dell'amministrazione”*.

Le innovazioni apportate dal d.lgs. n. 97/2016 al d.lgs. n. 33/2013 riguardano la previsione dell'art. 2, comma 1, il quale così recita *“le disposizioni del presente decreto disciplinano la libertà di accesso di chiunque ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni e dagli altri soggetti di cui all'art. 2-bis, garantita, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti, tramite l'accesso civico e tramite la pubblicazione di documenti, informazioni e dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni e le modalità per la loro realizzazione”*<sup>46</sup>.

Occorre evidenziare che il d.lgs. 33/2013 non presenta, al suo interno, una disposizione che identifichi la nozione di “dato”. Bisognerà, dunque, effettuare una ricostruzione prendendo in riferimento il panorama normativo e le indicazioni fornite da ANAC<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 190.

<sup>44</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 167.

<sup>45</sup> Si veda ANAC, Schema di linee guida, recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013, pagg. 8 e ss.

<sup>46</sup> Si veda art. 2 del d.lgs. n. 33/2013

<sup>47</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 169.

L'art. 4, primo comma, lett. b), c), d) ed e), del d.lgs. 196/2003 enunciava le nozioni, rispettivamente, di dati personali, dati identificativi, dati sensibili e dati giudiziari<sup>48</sup>. Era, dunque, il Legislatore che preventivamente indicava cosa si intendesse per dato.

In seguito al d.lgs. 101/2018, di adeguamento della disciplina nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679, l'art. 4 del c.d. Codice *privacy* è stato abrogato. Va sottolineato che il cambiamento è intervenuto sull'impianto normativo preesistente, modificando parti significative. Difatti, la modifica derivante dall'abrogazione dell'articolo suddetto ha riguardato un punto fondamentale nella tematica riguardante riservatezza e accesso, cioè l'ambito oggettivo.

Dunque, la definizione di dato è, ora, contenuta negli artt. 4, 9 e 10 del regolamento (UE) 679/2016.

Inoltre, prima di procedere all'analisi dei diversi articoli, bisogna osservare che l'art. 22, comma 2 del d.lgs. 101/2018 ha previsto che *“A decorrere dal 25 maggio 2018 le espressioni «dati sensibili» e «dati giudiziari» utilizzate ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettere d) ed e), del Codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo n. 196/ del 2003, ovunque ricorrano, si intendono riferite, rispettivamente, alle categorie particolari di dati di cui all'articolo 9 del regolamento (UE) 2016/679 e ai dati di cui all'articolo 10 del medesimo regolamento”*.

In primo luogo, si intende per “dato personale”, *“qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale”*<sup>49</sup>.

Il medesimo articolo, al n. 13, definisce i “dati genetici” come *“i dati personali relativi alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite di una persona fisica che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute di detta persona fisica, e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione”*<sup>50</sup>.

Inoltre, al n. 14 si considerano i “dati biometrici”, ovvero quei *“dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici”*<sup>51</sup>.

Infine, al n. 15, l'art. 4 si riferisce ai “dati relativi alla salute”, vale a dire *“i dati personali attinenti alla salute*

---

<sup>48</sup> Art. 4: *“Ai fini del presente Codice s'intende per: a) ...; b) “dato personale”, qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale; c) “dati identificativi”, i dati personali che permettono l'identificazione diretta dell'interessato; d) “dati sensibili”, i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare provvedimenti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere da a) a o) e da r) a u) del decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, o la qualità di imputato o indagato ai sensi degli articoli 60 e 61 del Codice di procedura penale”*.

<sup>49</sup> Art. 4, comma 1, n. 1, GDPR – Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (UE/2016/679)

<sup>50</sup> Art. 4, comma 1, n. 13, GDPR – Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (UE/2016/679)

<sup>51</sup> Art. 4, comma 1, n. 14, GDPR – Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (UE/2016/679)

*fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute*<sup>52</sup>.

In merito al secondo degli articoli menzionati precedentemente, l'art. 9, rubricato "Trattamento di categorie particolari di dati personali", esso impone il divieto di *"trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona"*<sup>53</sup>.

Per concludere, l'art. 10 del regolamento, che sostituisce la definizione di "dati giudiziari" contenuta nell'art. 4, comma 1, lett. e) del Codice *privacy*, sancisce che *"il trattamento dei dati personali relativi alle condanne penali e ai reati o a connesse misure di sicurezza sulla base dell'articolo 6, paragrafo 1, deve avvenire soltanto sotto il controllo dell'autorità pubblica o se il trattamento è autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri che preveda garanzie appropriate per i diritti e le libertà degli interessati. Un eventuale registro completo delle condanne penali deve essere tenuto soltanto sotto il controllo dell'autorità pubblica"*.

Per verificare il pregiudizio che potrebbe derivare al terzo dall'ostensione del documento e dalla conseguente conoscenza da parte di chiunque delle informazioni che lo riguardano, l'ente dovrà far riferimento a diversi parametri, tra cui anche la natura dei dati personali che siano oggetto di richiesta di accesso o che siano contenuti nel documento al quale si richiede di accedere.

La categoria ricomprensiva particolari dati personali, prima i c.d. dati sensibili, in relazione all'accesso presenta dei profili problematici, dovuti principalmente al difetto di coordinamento dell'art. 9 del regolamento con l'art. 60 del Codice *privacy*<sup>54</sup>. Bisogna prendere in considerazione, a questo punto, l'art. 24 della l. 241/1990 che, al comma 7, stabilisce che l'accesso deve essere garantito nel caso in cui la conoscenza dei documenti, oggetto di istanza, sia necessaria per *"curare o difendere i propri interessi giuridici"*<sup>55</sup>. Inoltre, si dispone che *"nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale"*.

L'art. 60 del Codice della *privacy*, nella sua formulazione precedente all'intervento del d.lgs. 101/2018, richiedeva che vi fosse una situazione *"di rango almeno pari ai diritti dell'interessato"*, e tale situazione giuridicamente rilevante dovesse essere tutelata attraverso la richiesta all'ostensione. Questa previsione era in linea con quanto disposto dall'art. 4, comma 1, lett d) del Codice *privacy*. Il novellato articolo, invece, prevede

---

<sup>52</sup> Art. 4, comma 1, n. 15, GDPR – Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (UE/2016/679)

<sup>53</sup> Art. 9, comma 1, GDPR – Regolamento generale sulla Protezione dei Dati (UE/2016/679)

<sup>54</sup> Art. 60 Codice della *privacy* così recita: *"Quando il trattamento concerne dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi, è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale"*.

<sup>55</sup> Si veda art. 24, comma 7, legge n. 241/1990

tale meccanismo, del c.d. pari rango, per i dati genetici, per quelli relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona.

Un confronto con il collegato art. 9 del regolamento sopra citato fa emergere come sembrerebbero esclusi da tale meccanismo i “dati biometrici”, con la conseguenza che, nel caso di richiesta di accesso, sarebbe sufficiente la necessità di curare o difendere un proprio interesse e l'indispensabilità per raggiungere tal fine<sup>56</sup>. Un ulteriore elemento problematico è rappresentato dal riferimento, nell'art. 24, comma 7, della l. n. 241/1990, all'art. 60 del d.lgs. 196/2003, il quale considera i dati relativi alla salute e vita sessuale, così com'era nell'abrogato art. 4 del Codice *privacy*.

Bisognerebbe ritenere, allora, che l'accesso ai documenti comprendenti dati sensibili e giudiziari venga permesso nei limiti in cui sia strettamente necessario e, in caso di dati genetici, relativi alla salute, vita sessuale o orientamento sessuale della persona, prendendo in riferimento la disciplina prevista dall'art. 60<sup>57</sup>.

## 2.2. I profili soggettivi

Ai fini dell'operazione di bilanciamento la disciplina in tema di accesso civico contempla la partecipazione di un soggetto portatore di un interesse contrario: il controinteressato. Esso agisce per tutelare interessi suoi propri e di cui è portatore e viene definito come il soggetto al quale potrebbe derivare una compromissione al suo diritto alla riservatezza dall'esercizio del diritto di accesso<sup>58</sup>.

Dunque, analogamente a quanto previsto per l'accesso documentale *ex lege* 241/1990, la legge prevede la presenza di interessi antagonisti e contrapposti a quelli dell'interessato, idonei a paralizzare la richiesta di ostensione di quest'ultimo.

A tal proposito, il comma 5, art. 5 prevede che *“Fatti salvi i casi di pubblicazione obbligatoria, l'amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, ai sensi dell'articolo 5-bis, comma 2, è tenuta a dare comunicazione agli stessi, mediante invio di copia con 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 una motivata opposizione, anche per via telematica, alla richiesta di accesso. A decorrere dalla comunicazione ai controinteressati, il termine di cui al comma 6 è sospeso fino all'eventuale opposizione dei controinteressati. Decorso tale termine, la pubblica amministrazione provvede sulla richiesta, accertata la ricezione della comunicazione”*<sup>59</sup>.

Dalla lettura dell'articolo emerge come la fattispecie dell'accesso civico generalizzato possa essere qualificata come una sorta di ibrido, nel senso che la previsione di una figura portatrice di interessi contrapposti a quelli del richiedente, quale quella del controinteressato, evidenzia una differenza con le altre ipotesi di c.d.

---

<sup>56</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pagg. 172 e ss.

<sup>57</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 175.

<sup>58</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 193.

<sup>59</sup> Art. 5, comma 5, d.lgs. 33/2013

informazione<sup>60</sup>, nelle quali l'interessato è titolare di un interesse sovraindividuale e, di conseguenza, non sarà onerato dal giustificare la propria richiesta di accesso attraverso ragioni idonee a dimostrare il collegamento con la propria situazione giuridica.

Dunque, nell'accesso civico generalizzato viene contemplata la figura del controinteressato e, di conseguenza, quest'ultimo deve essere coinvolto nel procedimento.

Preliminarmente bisogna sottolineare come i casi in cui venga in rilievo un soggetto titolare di un interesse antagonista rispetto a quello del richiedente sono eventuali, dal momento che sussisterà nei casi in cui, a seguito della valutazione compiuta dall'amministrazione destinataria della richiesta di accesso<sup>61</sup>, si possa configurare *“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”*<sup>62</sup>.

Rilevante è anche la consistente giurisprudenza formatasi sul punto. Il Consiglio di Stato aveva evidenziato che *“in materia di accesso agli atti della p.a., ai fini della qualifica di soggetto come controinteressato non basta che taluno venga chiamato in qualche modo in causa dal documento richiesto, ma occorre in capo a tale soggetto un quid pluris, vale a dire la titolarità di un diritto alla riservatezza sui dati racchiusi nello stesso documento, atteso che in materia di accesso la veste di controinteressato è una protezione del valore della*

---

<sup>60</sup> L'ordinamento conosce dei casi nei quali la specialità del sottostante bene oggetto di tutela ha indotto il Legislatore a garantire la conoscenza dei dati e documenti, oggetto di istanza, scardinandola dalla disciplina prevista dalla l. n. 241/1990. La particolarità sta nel fatto che, in queste ipotesi, l'accesso non è vincolato alla presenza di un interesse diretto, concreto e attuale, configurando un vero e proprio diritto all'informazione.

Uno degli istituti in commento è quello dell'informazione ambientale, prevista dal d.lgs. 195/2005, che si differenzia dalla normativa generale per due ordini di ragioni: in primo luogo, il diritto in questione non è sottoposto ad alcuna limitazione sul piano soggettivo; in secondo luogo, l'art. 3 del d.lgs. 195/2005 amplia il contenuto delle notizie accessibili alle *“informazioni relative all'ambiente”* (sul punto si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pagg 45 e ss.).

Altro caso da prendere in considerazione è costituito dal diritto di informazione concesso al consigliere comunale ex art. 43 del TUEL. Tale diritto è configurabile come generalizzato e indiscriminato volto ad entrare in possesso di qualsiasi atto dell'ente. Il diritto di cui è titolare il consigliere viene ricollegato alla cura di interessi pubblici (si vedano, inoltre, Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 1992, n. 504; Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2004, n. 2716).

In questi casi il Legislatore utilizza il termine di informazione, più generico, anziché quello di accesso.

<sup>61</sup> Si veda ANAC, Schema di linee guida, recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013, pag. 10, nelle quali si afferma che *“L'amministrazione, cioè, è tenuta a verificare, una volta accertata l'assenza di eccezioni assolute, se l'ostensione degli atti possa determinare un pregiudizio concreto e probabile agli interessi indicati dal legislatore.*

*Affinché l'accesso possa essere rifiutato, il pregiudizio agli interessi considerati dai commi 1 e 2 deve essere concreto quindi deve sussistere un preciso nesso di causalità tra l'accesso e il pregiudizio. L'amministrazione, in altre parole, non può limitarsi a prefigurare il rischio di un pregiudizio in via generica e astratta, ma dovrà:*

*a) indicare chiaramente quale – tra gli interessi elencati all'art. 5 bis, co. 1 e 2 – viene pregiudicato;*  
*b) valutare se il pregiudizio (concreto) prefigurato dipende direttamente dalla disclosure dell'informazione richiesta;*  
*c) valutare se il pregiudizio conseguente alla disclosure è un evento altamente probabile, e non soltanto possibile. Detta valutazione, proprio perché relativa alla identificazione di un pregiudizio in concreto, non può essere compiuta che con riferimento al contesto temporale in cui viene formulata la domanda di accesso: il pregiudizio concreto, in altri termini, va valutato rispetto al momento ed al contesto in cui l'informazione viene resa accessibile, e non in termini assoluti ed atemporali”*.

<sup>62</sup> Si veda art. 5 bis, comma 2, d.lgs. 33/2013.

riservatezza, e non già della mera oggettiva riferibilità di un dato alla sfera di un certo soggetto (legge 241/1990)”<sup>63</sup>.

In tal senso, anche il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana ha affermato che “*in materia di accesso agli atti amministrativi, per controinteressati devono intendersi coloro che per effetto dell’ostensione vedrebbero pregiudicato il loro diritto alla riservatezza e non quindi, più in generale, coloro cui il documento richiesto possa oggettivamente in qualche modo riferirsi, ma solo i titolari di una ben precisa e qualificata esigenza di riserbo. Ai sensi dell’art. 22, comma 1, lett. c) della legge n. 241 del 1990, infatti, per «controinteressati» in materia di accesso devono intendersi «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». La veste di controinteressato in materia di accesso è, perciò, una proiezione del valore della riservatezza*”<sup>64</sup>.

L’ambiguità rappresentata dalla necessità della notifica al controinteressato all’interno di un istituto, come quello dell’art. 5, comma 2, e dunque un accesso volto a favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche, è evidenziata dal fatto che la previsione riprende fedelmente quanto già previsto dall’art. 3 del d.P.R. 184/2006<sup>65</sup>. E, ancora, le criticità aumentano in ragione del fatto che, nel caso dell’accesso civico generalizzato, si prevede una “motivata opposizione” che i controinteressati sono tenuti a presentare entro dieci giorni. Tali aspetti critici, oltre ad essere idonei a trasformare l’accesso civico in una sottospecie dell’accesso documentale, fanno sì che il responsabile della trasparenza sia gravato da un notevole onere.

Una soluzione al conflitto tra riservatezza e trasparenza dovrebbe essere svolta alla luce di una lettura costituzionalmente orientata. Effettivamente “*la giurisprudenza costituzionale ha avuto modo, ... di occuparsi ripetutamente del temperamento di interessi di pari rango costituzionale ma confliggenti nel concreto dispiegarsi dei rapporti sociali, sottolineando che il giudizio di bilanciamento si snoda attraverso tre momenti logicamente distinti: innanzitutto, è costituzionalmente necessario che una legge persegua un fine legittimo, quale è, nel caso che ci occupa, la tutela di diritti costituzionalmente garantiti; inoltre, si fa obbligo al Legislatore di porre in essere una disciplina consequenziale e adeguata allo scopo di tutela prefissato; infine, nel caso in cui la tutela di un diritto costituzionale si rifletta su altri ambiti di pari rango, determinando la compressione o menomazione di altri diritti costituzionali, si richiede, come condizione di legittimità della disciplina legislativa, che questa accolga la soluzione meno costosa in termini di sacrificio del diritto*

---

<sup>63</sup> Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4308.

<sup>64</sup> Cons. giust. Amm. Sic., 8 luglio 2014, n. 395.

<sup>65</sup> D.P.R. 184/2006, art. 3 (*Notifica ai controinteressati*): “fermo quanto previsto dall’articolo 5, la pubblica amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetto controinteressati, di cui all’articolo 22, comma 1, lettera c), della legge, è tenuta a dare comunicazione agli stessi, mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento, o per via telematica per coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione. I soggetti controinteressati sono individuati tenuto anche conto del contenuto degli atti connessi, di cui all’articolo 7, comma 2. Entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione di cui al comma 1, i controinteressati possono presentare una motivata opposizione, anche per via telematica, alla richiesta di access. Decorso tale termine, la pubblica amministrazione provvede sulla richiesta, accertata la ricezione della comunicazione di cui al comma 1”.

*confliggente e che, in ogni caso la compressione del diritto antagonista non si spinga fino al punto di annullarlo e di violare, quindi, il suo contenuto essenziale*<sup>66</sup>.

### **2.3. Il procedimento di accesso civico**

La sequenza procedimentale, che trova il suo punto iniziale nella richiesta di accesso alla pubblica amministrazione, è disciplinata dall'art. 5, comma 6. Tale disciplina è applicabile sia all'accesso civico semplice, quando all'accesso civico generalizzato. Si sancisce che *“il procedimento di accesso civico deve concludersi con provvedimento espresso e motivato nel termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza con la comunicazione al richiedente e agli eventuali controinteressati. In caso di accoglimento, l'amministrazione provvede a trasmettere tempestivamente al richiedente i dati o i documenti richiesti, ovvero, nel caso in cui l'istanza riguardi dati, informazioni o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi del presente decreto, a pubblicare sul sito i dati, le informazioni o i documenti richiesti e a comunicare al richiedente l'avvenuta pubblicazione dello stesso, indicandogli il relativo collegamento ipertestuale. In caso di accoglimento della richiesta di accesso civico nonostante l'opposizione del controinteressato, salvi i casi di comprovata indifferibilità, l'amministrazione ne dà comunicazione al controinteressato e provvede a trasmettere al richiedente i dati o i documenti richiesti non prima di quindici giorni dalla ricezione della stessa comunicazione da parte del controinteressato. Il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso devono essere motivati con riferimento ai casi e ai limiti stabiliti dall'articolo 5-bis. Il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza può chiedere agli uffici della relativa amministrazione informazioni sull'esito delle istanze*<sup>67</sup>.

Come è evidente, la sequenza di atti successivi all'istanza di accesso può essere intesa come un vero e proprio procedimento amministrativo ad impulso di parte<sup>68</sup>.

Dunque, successivamente alla richiesta di ostensione vi sarà un flusso procedimentale che dovrà terminare con provvedimento espresso e motivato, nel termine di trenta giorni. Inoltre, nel caso in cui l'amministrazione dovesse ravvisare la presenza di eventuali controinteressati, sarà tenuta a dar loro comunicazione, di modo tale che tali soggetti, nel termine di dieci giorni, possano presentare opposizione. E, in quest'ultimo caso, il termine di conclusione del procedimento sarà sospeso.

Nel caso in cui, poi, l'amministrazione ritenga di poter procedere all'istanza di accesso in senso positivo, nonostante l'opposizione presentata dal soggetto, avrà l'onere di trasmettere al controinteressato una comunicazione e attendere un periodo, pari a quindici giorni, prima di poter procedere all'invio dei documenti.

Occorre mettere in chiaro che il comma 6 dell'articolo in commento espone il principio secondo cui il procedimento vada concluso nel termine di trenta giorni. Ma tale termine di conclusione è da intendersi in

---

<sup>66</sup> Si veda NEVOLA, Riccardo, *La tutela della privacy ed il problematico rapporto con il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in Riv. Amm., 2007, p. 663

<sup>67</sup> Art. 5, comma 6, d.lgs. n. 33/2013.

<sup>68</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 180.

senso stretto, vale a dire che opererà nel caso in cui non vi sia la presenza di soggetti controinteressati, perché, in caso contrario, è la stessa norma che prevede ipotesi di sospensione che, inevitabilmente, fanno sì che il procedimento si concluda oltre il termine indicato nell'*incipit* del comma 6.

Tuttavia, il comma 5 dell'art. 5<sup>69</sup> prevede, in modo esplicito, la sospensione del termine di trenta giorni per permettere ai controinteressati di poter presentare “*una motivata opposizione*”, ma non si rinviene una medesima disposizione con riguardo ai 15 giorni di attesa previsti nell'ultima parte del comma 6<sup>70</sup>.

Questo aspetto critico della norma potrebbe portare ad ipotesi difficili nelle quali rischierebbero di trovarsi i funzionari delle amministrazioni<sup>71</sup>.

La circolare n. 2/2017 della Funzione pubblica identifica la funzione di tale ultimo termine nella possibilità, attribuita al controinteressato, di poter attivare gli strumenti di tutela avverso il provvedimento di accoglimento dell'istanza di accesso<sup>72</sup>. E, inoltre, specifica che “*al fine di evitare contestazioni, è opportuno che la comunicazione di accoglimento della richiesta di accesso contenga l'espressa precisazione che la trasmissione al richiedente dei dati o documenti avviene qualora, decorsi quindici giorni, non siano stati notificati all'amministrazione ricorsi o richieste di riesame sulla medesima domanda di accesso*”<sup>73</sup>.

Avverso il provvedimento di accoglimento dell'istanza di accesso il controinteressato potrà presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza o al difensore civico e, inoltre, potrà proporre ricorso al TAR.

Dunque, la procedura di tutela tanto del controinteressato, in caso di accoglimento della richiesta, quanto dell'istante, in caso di rigetto totale o parziale o nel caso in cui sia scaduto inutilmente il termine di trenta giorni previsto per la conclusione del procedimento, è analogo.

Ai sensi del comma 7 dell'art. 5<sup>74</sup> la richiesta di riesame può essere presentata al RPCT, il quale, entro venti giorni, dovrà provvedere con atto motivato.

---

<sup>69</sup> “*Fatti salvi i casi di pubblicazione obbligatoria, l'amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, ai sensi dell'articolo 5-bis, comma 2, è tenuta a dare comunicazione agli stessi, mediante invio di copia con 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 una motivata opposizione, anche per via telematica, alla richiesta di accesso. A decorrere dalla comunicazione ai controinteressati, il termine di cui al comma 6 è sospeso fino all'eventuale opposizione dei controinteressati. Decorso tale termine, la pubblica amministrazione provvede sulla richiesta, accertata la ricezione della comunicazione*”.

<sup>70</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 198.

<sup>71</sup> Complica, ulteriormente, la questione del computo dei termini anche il fatto che sembra che si possa applicare, in tale caso, il principio della scissione soggettiva del procedimento notificatorio, in relazione al quale la notificazione si perfeziona per il notificante, alla data di consegna del plico all'ufficiale giudiziario, mentre per il destinatario con la conoscenza dell'atto. Dunque, nel caso in cui il controinteressato, per espletare la sua opposizione, utilizzi la raccomandata con ricevuta di ritorno, la p.a. dovrà sicuramente tenere conto di qualche giorno in più, oltre ai dieci già previsti dalla norma, prima di poter reputare l'opposizione non pervenuta.

<sup>72</sup> Si veda Circolare n. 2/2017 del Ministero per la semplificazione e pubblica amministrazione, paragrafo 6.3, pag. 11.

<sup>73</sup> Cfr. nota 72.

<sup>74</sup> “*Nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine indicato al comma 6, il richiedente può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, di cui all'articolo 43, che decide con provvedimento motivato, entro il termine di venti giorni. Se l'accesso è stato negato o differito a tutela degli interessi di cui all'articolo 5-bis, comma 2, lettera a), il suddetto responsabile provvede sentito il Garante per la protezione dei dati personali,*

Nell'ipotesi in cui i motivi di rigetto dell'istanza o di differimento della stessa siano individuati nella tutela degli interessi elencati all'art. 5 bis, comma 2, lett. a), il responsabile dovrà sentire, preliminarmente, il Garante per la protezione dei dati personali, il quale dovrà provvedere nel termine di dieci giorni<sup>75</sup>. In questo caso, il termine assegnato al RPCT è sospeso fino al ricevimento del parere del Garante<sup>76</sup>.

Il comma 8 dell'art. 5<sup>77</sup> prevede la possibilità, nel caso si tratti di atti delle amministrazioni delle Regioni o degli enti locali, di presentare ricorso al difensore civico. Analogamente a quanto previsto al comma 7, si potrebbe verificare l'eventualità in cui vi sia il coinvolgimento del Garante per la protezione dei dati personali. La disciplina prevista per la richiesta di riesame al responsabile per la prevenzione della corruzione e della trasparenza e quella prevista per il riesame al difensore civico presentano delle differenze.

Innanzitutto, il difensore civico ha a disposizione un termine più ampio per provvedere, pari a trenta giorni, a differenza del RPCT, il quale dispone di venti giorni. Inoltre, quest'ultimo può adottare un atto che incide sul provvedimento oggetto della richiesta di riesame, dunque potrà confermarlo o dichiararne l'illegittimità; al contrario, il difensore civico, nel caso in cui ritenga illegittimo l'atto, ne dovrà dare comunicazione all'amministrazione competente e dovrà procedere ad informare il richiedente. Successivamente, sarà l'amministrazione a decidere<sup>78</sup>.

Infine, un aspetto del procedimento di accesso civico da prendere in considerazione è rappresentato dalle conseguenze del mancato ingresso del controinteressato nel procedimento stesso.

Le Linee guida ANAC, in merito, hanno precisato che *“devono essere tenute in considerazione le motivazioni addotte dal soggetto controinteressato, che deve essere obbligatoriamente interpellato dall'ente destinatario*

---

*il quale si pronuncia 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”.*

<sup>75</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 200.

<sup>76</sup> Circolare n. 2/2017, par. 4.3, pag. 8 dice che *“nel caso in cui i dati o documento richiesti siano detenuti dal responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, che dunque è competente a decidere in sede di prima istanza, è necessario che l'amministrazione individui preventivamente un diverso ufficio (sovraordinato o, in mancanza, a livello apicale), eccezionalmente competente a decidere sulle domande di riesame. L'ufficio competente per il riesame deve essere indicato al richiedente in caso di rifiuto totale o parziale della richiesta”.*

<sup>77</sup> *“Qualora 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. Qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore. Il ricorso va altresì notificato all'amministrazione interessata. Il difensore civico si pronuncia entro trenta giorni dalla presentazione del ricorso. 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 di cui all'articolo 116 del Codice del processo amministrativo decorre dalla data di ricevimento, da parte del richiedente, dell'esito della sua istanza al difensore civico. Se l'accesso è stato negato o differito a tutela degli interessi di cui all'articolo 5-bis, comma 2, lettera a), il difensore civico provvede sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta. A decorrere dalla comunicazione al Garante, il termine per la pronuncia del difensore è sospeso, fino alla ricezione del parere del Garante e comunque per un periodo non superiore ai predetti dieci giorni”.*

<sup>78</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 201.

della richiesta di accesso generalizzato, ai sensi dell'art. 5, comma 5, del d.lgs. 33/2013. Tali motivazioni costituiscono un indice della sussistenza di un pregiudizio concreto, la cui valutazione però spetta all'ente e va condotta anche in caso di silenzio del controinteressato<sup>79</sup>.

Dunque, nel caso in cui il controinteressato non abbia presentato opposizione o non sia venuto a conoscenza del procedimento di accesso, per mancato ricevimento della comunicazione inviata, la pubblica amministrazione dovrà comunque operare il bilanciamento tra esigenze di riservatezza e interesse all'accesso. Di conseguenza, quindi, l'amministrazione, anche in assenza della "motivata opposizione" del controinteressato, prima di procedere all'ostensione del documento, dovrà comunque valutare la posizione di quest'ultimo.

Tuttavia, il d.lgs. n. 33/2013 prevede una comunicazione al controinteressato nel caso in cui questo abbia provveduto a notificare l'opposizione, ma rimane silente nel caso in cui esso sia rimasto contumace. Si dovrebbe concludere nel senso che, terminato il procedimento di accesso, la p.a. dovrebbe comunque inviare al soggetto rimasto silente la stessa comunicazione prevista al comma 6 dell'art. 5<sup>80</sup>.

### **3. Il regolamento europeo 679/2016**

La disamina relativa alla relazione tra trasparenza e riservatezza deve essere conclusa attraverso l'analisi della recente evoluzione, operata nell'ordinamento italiano, in conseguenza dell'adozione del "Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), entrato in vigore il 25 maggio 2018"<sup>81</sup>. La normativa sulla protezione dei dati personali viene, dunque, completamente rivoluzionata dall'emanazione nel 2016 del GDPR, il cui scopo è quello di normare, in tutti gli stati membri dell'unione, le regole per la protezione e la libera circolazione dei dati personali. Esso entra in vigore nel 2016 e diventa pienamente applicabile nel maggio 2018. Il regolamento cambia il panorama e le regole della protezione dei dati sia in termini di diritti che spettano alle persone, di obblighi per i titolari del trattamento e di sanzioni per le violazioni delle prescrizioni del regolamento.

Esemplificando, le motivazioni alla base della nuova disciplina possono essere ricondotte, in primo luogo, in conseguenza della diffusione di strumenti elettronici e informatici, all'esigenza di contrastare i rischi che potrebbero derivare in caso di trattamento dei dati; e, in secondo luogo, dalla necessità di prevedere una normativa uniforme e omogenea nel contesto dell'Unione europea<sup>82</sup>.

È utile prendere in considerazione i primi dieci *Considerando* della disciplina europea.

---

<sup>79</sup> Si veda ANAC, Schema di linee guida, recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013, pag. 21.

<sup>80</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 211.

<sup>81</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 125.

<sup>82</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 128

Il Considerando 1 enuncia, quale diritto fondamentale, la protezione delle persone fisiche in reazione al trattamento dei dati e, infatti, si dice che *“La protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale è un diritto fondamentale. L'articolo 8, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Carta») e l'articolo 16, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea («TFUE») stabiliscono che ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano”*<sup>83</sup>.

Tuttavia, nei Considerando 4, 5 e 6 si evidenziano le criticità che possono presentarsi nel rapporto tra trattamento e protezione dei dati personali, e si evince che *“Il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo. Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità. Il presente regolamento rispetta tutti i diritti fondamentali e osserva le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta, sanciti dai trattati, in particolare il rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni, la protezione dei dati personali, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione e d'informazione, la libertà d'impresa, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, nonché la diversità culturale, religiosa e linguistica”*<sup>84</sup>. *“L'integrazione economica e sociale conseguente al funzionamento del mercato interno ha condotto a un considerevole aumento dei flussi transfrontalieri di dati personali e quindi anche dei dati personali scambiati, in tutta l'Unione, tra attori pubblici e privati, comprese persone fisiche, associazioni e imprese. Il diritto dell'Unione impone alle autorità nazionali degli Stati membri di cooperare e scambiarsi dati personali per essere in grado di svolgere le rispettive funzioni o eseguire compiti per conto di un'autorità di un altro Stato membro”*<sup>85</sup>. Per concludere *“La rapidità dell'evoluzione tecnologica e la globalizzazione comportano nuove sfide per la protezione dei dati personali. La portata della condivisione e della raccolta di dati personali è aumentata in modo significativo. La tecnologia attuale consente tanto alle imprese private quanto alle autorità pubbliche di utilizzare dati personali, come mai in precedenza, nello svolgimento delle loro attività. Sempre più spesso, le persone fisiche rendono disponibili al pubblico su scala mondiale informazioni personali che le riguardano. La tecnologia ha trasformato l'economia e le relazioni sociali e dovrebbe facilitare ancora di più la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione e il loro trasferimento verso paesi terzi e organizzazioni internazionali, garantendo al tempo stesso un elevato livello di protezione dei dati personali”*<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), Considerando 1.

<sup>84</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), Considerando 4.

<sup>85</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), Considerando 5.

<sup>86</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), Considerando 6.

È evidente come la rapida evoluzione tecnologica e la globalizzazione sono idonee a dar vita a nuovi rischi. Tuttavia, la protezione dei dati personali non è assoluta, bensì deve essere rapportata con altri diritti fondamentali<sup>87</sup>. *“Tale evoluzione richiede un quadro più solido e coerente in materia di protezione dei dati nell'Unione, affiancato da efficaci misure di attuazione, data l'importanza di creare il clima di fiducia che consentirà lo sviluppo dell'economia digitale in tutto il mercato interno. È opportuno che le persone fisiche abbiano il controllo dei dati personali che le riguardano e che la certezza giuridica e operativa sia rafforzata tanto per le persone fisiche quanto per gli operatori economici e le autorità pubbliche”*<sup>88</sup>.

Con riguardo, invece, alla seconda ragione che ha indotto il Legislatore europeo all'emanazione del regolamento, essa è esplicitata nel Considerando 9, in base al quale *“Sebbene i suoi obiettivi e principi rimangano tuttora validi, la direttiva 95/46/CE non ha impedito la frammentazione dell'applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione, né ha eliminato l'incertezza giuridica o la percezione, largamente diffusa nel pubblico, che in particolare le operazioni online comportino rischi per la protezione delle persone fisiche. La compresenza di diversi livelli di protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche, in particolare del diritto alla protezione dei dati personali, con riguardo al trattamento di tali dati negli Stati membri può ostacolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione. Tali differenze possono pertanto costituire un freno all'esercizio delle attività economiche su scala dell'Unione, falsare la concorrenza e impedire alle autorità nazionali di adempiere agli obblighi loro derivanti dal diritto dell'Unione. Tale divario creatosi nei livelli di protezione è dovuto alle divergenze nell'attuare e applicare la direttiva 95/46/CE”*<sup>89</sup>. Dunque, per risolvere tale criticità, *“il livello di protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche con riguardo al trattamento di tali dati dovrebbe essere equivalente in tutti gli Stati membri”*<sup>90</sup> e, in conclusione *“Ove il presente regolamento preveda specificazioni o limitazioni delle sue norme ad opera del diritto degli Stati membri, gli Stati membri possono, nella misura necessaria per la coerenza e per rendere le disposizioni nazionali comprensibili alle persone cui si applicano, integrare elementi del presente regolamento nel proprio diritto nazionale”*<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 126.

<sup>88</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), Considerando 7.

<sup>89</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), Considerando 9.

<sup>90</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), Considerando 10.

<sup>91</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), Considerando 8.

In estrema sintesi e rinviando al paragrafo successivo un esame più esaustivo della disciplina, occorre rilevare come il regolamento europeo sviluppa l'adozione di un sistema di protezione dei dati, attraverso l'enunciazione di tre principi: il principio dell'*accountability* e i principi *privacy by design* e *privacy by default*. Con riguardo al primo, esso viene tradotto nel nostro ordinamento attraverso il termine "responsabilità", ma, è evidente come, essendo principio guida della nuova disciplina in materia di trattamento dei dati personali, abbia un significato più ampio rispetto al termine suddetto. E, infatti, mentre con la Direttiva 95/46 si enfatizzavano gli adempimenti formali e le relative conseguenze in caso di violazione, con il GDPR ciò che risulta rilevante è il comportamento dell'operatore in ordine alla prevenzione di violazioni e abusi.

Il principio di *accountability* prescrive agli enti una gestione aziendale che sia idonea ad assicurare la conformità alle regole enunciate dal Regolamento e dalla legislazione nazionale e che prenda in considerazione i rischi connessi all'attività svolta.

Con riguardo alla c.d. *privacy by design*, quest'ultima richiede di permeare l'attività imprenditoriale in *compliance* con i principi generali della normativa in materia di *privacy*. L'obbligo, che scaturisce dall'applicazione di quest'ultimo, è fondato sulla valutazione del rischio che le aziende dovranno operare al momento della progettazione del sistema.

La *privacy by default*, vale a dire la protezione per impostazione predefinita, impone che per impostazione base le aziende devono trattare solo i dati personali necessari e sufficienti per gli scopi previsti e per il tempo necessario al perseguimento di tali fini. Dunque, il sistema del trattamento deve essere progettato di modo tale che sia garantita la non eccessività dei dati raccolti, di modo che l'interessato abbia un elevato livello di protezione anche nel caso in cui non si attivi per limitare la raccolta dei dati.

Di seguito si analizzeranno i soggetti della riservatezza e gli ulteriori elementi innovativi del regolamento europeo.

### **3.1. Le figure soggettive che intervengono nel trattamento dei dati personali**

I soggetti della riservatezza possono essere considerati come quelle figure che intervengono, o possono intervenire, nell'attività di trattamento dei dati personali<sup>92</sup>.

Bisogna, anzitutto, parlare della figura del titolare del trattamento, definito come "*la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri*"<sup>93</sup>. Dunque, il *data controller* è il soggetto che determina le finalità e le modalità del trattamento.

---

<sup>92</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 142.

<sup>93</sup> Art. 4 (Definizioni), n. 7

Si pone in evidenza come tale definizione sia sostanzialmente analoga a quella vigente prima delle modifiche apportate ad opera del d.lgs. 101/2018<sup>94</sup>.

Quindi, la figura del titolare è individuata in base alle attività svolte<sup>95</sup>, vale a dire, anche insieme ad un contitolare, l'adozione di politiche e la predisposizione di misure adeguate a garantire ed essere in grado di far sì che il trattamento sia conforme alla normativa europea.

Altra figura rilevante è costituita dal responsabile del trattamento, ovvero *“la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento”*<sup>96</sup>.

Il *data processor* è un soggetto, diverso rispetto al titolare del trattamento, che deve fornire garanzie per assicurare il rispetto delle disposizioni del regolamento europeo, nonché garantire la tutela dei diritti dell'interessato.

La normativa europea prevede specifici obblighi a carico del responsabile del trattamento, differenti rispetto quelli cui sono assoggettati i titolari. Il responsabile viene designato dal titolare del trattamento e il contratto o l'atto giuridico che li vincola deve specificare *“la materia disciplinata e la durata del trattamento, la natura e la finalità del trattamento, il tipo di dati personali e le categorie di interessati, gli obblighi e i diritti del titolare del trattamento”*<sup>97</sup>. Ulteriori elementi di tale atto sono indicati nell'art. 28, paragrafo 3.

In ogni caso, la norma di riferimento principale, in relazione al responsabile, si ha nell'art. 28 del regolamento<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> Art. 4, comma 1, lett. f) del d.lgs. 196/2003: *“la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione o organismo cui competono, anche unitamente ad altro titolare, le decisioni in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati, ivi compreso il profilo della sicurezza”*.

<sup>95</sup> Si ricorda che nel testo della direttiva 95/46/CE, nella traduzione era stato utilizzato il termine di *“responsabile del trattamento”* per individuare la figura competente a porre in essere le decisioni riguardo le finalità e gli strumenti del trattamento dei dati personali, e di *“incaricato del trattamento”* per specificare il soggetto competente ad elaborare i dati per conto del responsabile. E, nel testo della legge 675/1996 e del d.lgs. 196/2003, a parità di ruoli e funzioni, il *“responsabile del trattamento”* era individuato nel *“titolare del trattamento”*, mentre l'incaricato era diventato il *“responsabile del trattamento”* il quale era definito come *“la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo preposti dal titolare al trattamento di dati personali”*. Questa criticità, derivante dalla divergenza del testo normativo, aveva dato luogo ad equivoci rispetto alle funzioni e competenze, accresciute dal fatto che il d.lgs. 196/2003 aveva introdotto figure non presenti nella normativa europea e degli altri stati, quali gli *“incaricati del trattamento”*. Essi erano *“le persone fisiche autorizzate a compiere operazioni di trattamento dal titolare o dal responsabile”*. Tali soggetti erano, in sostanza, figure nominate dal titolare o dal responsabile tra i loro collaboratori.

<sup>96</sup> Art. 4 (Definizioni), n. 8.

<sup>97</sup> Art. 28 (Responsabile del trattamento), paragrafo 3.

<sup>98</sup> Art. 28 (Responsabile del trattamento) *“1. Qualora un trattamento debba essere effettuato per conto del titolare del trattamento, quest'ultimo ricorre unicamente a responsabili del trattamento che presentino garanzie sufficienti per mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate in modo tale che il trattamento soddisfi i requisiti del presente regolamento e garantisca la tutela dei diritti dell'interessato. 2. Il responsabile del trattamento non ricorre a un altro responsabile senza previa autorizzazione scritta, specifica o generale, del titolare del trattamento. Nel caso di autorizzazione scritta generale, il responsabile del trattamento informa il titolare del trattamento di eventuali modifiche previste riguardanti l'aggiunta o la sostituzione di altri responsabili del trattamento, dando così al titolare del trattamento l'opportunità di opporsi a tali modifiche. 3. I trattamenti da parte di un responsabile del trattamento sono disciplinati da un contratto o da altro atto giuridico a norma del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che vincoli il responsabile del trattamento al titolare del trattamento e che stipuli la materia disciplinata e la durata del trattamento, la natura e la finalità del trattamento, il tipo di dati personali e le categorie di interessati, gli obblighi e i diritti del titolare del trattamento. Il contratto o altro atto giuridico prevede, in particolare, che il responsabile del trattamento: a) tratti i dati personali soltanto su istruzione documentata del titolare del trattamento, anche in caso di trasferimento di dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale, salvo che lo richieda il diritto dell'Unione o nazionale cui è soggetto il responsabile del trattamento; in tal caso, il responsabile del trattamento informa il titolare del trattamento circa tale obbligo giuridico prima del*

Il GDPR prevede, inoltre, un soggetto che, sotto l'autorità del titolare o del responsabile, tratta i dati<sup>99</sup>. Tale figura si può ricavare dal combinato disposto dell'art. 29, ai sensi del quale, *“Il responsabile del trattamento, o chiunque agisca sotto la sua autorità o sotto quella del titolare del trattamento, che abbia accesso a dati personali non può trattare tali dati se non è istruito in tal senso dal titolare del trattamento, salvo che lo richieda il diritto dell'Unione o degli Stati membri”*, e dell'art. 4, n. 10, che fornisce la definizione di «terzo», ma all'interno della quale sono menzionate *“le persone autorizzate al trattamento dei dati personali sotto l'autorità diretta del titolare o del responsabile”*.

A tal proposito, il d.lgs. 101/2018 ha aggiunto l'art. 2 *quaterdecies* al d.lgs. 196/2003<sup>100</sup>, il quale prevede la figura dei soggetti “designati”, cioè quei soggetti persone fisiche, interni alla struttura e adeguatamente istruiti in ordine al trattamento e alla normativa in materia di riservatezza<sup>101</sup>.

---

*trattamento, a meno che il diritto vieti tale informazione per rilevanti motivi di interesse pubblico; b) garantisca che le persone autorizzate al trattamento dei dati personali si siano impegnate alla riservatezza o abbiano un adeguato obbligo legale di riservatezza; c) adotti tutte le misure richieste ai sensi dell'articolo 32; d) rispetti le condizioni di cui ai paragrafi 2 e 4 per ricorrere a un altro responsabile del trattamento; e) tenendo conto della natura del trattamento, assista il titolare del trattamento con misure tecniche e organizzative adeguate, nella misura in cui ciò sia possibile, al fine di soddisfare l'obbligo del titolare del trattamento di dare seguito alle richieste per l'esercizio dei diritti dell'interessato di cui al capo III; f) assista il titolare del trattamento nel garantire il rispetto degli obblighi di cui agli articoli da 32 a 36, tenendo conto della natura del trattamento e delle informazioni a disposizione del responsabile del trattamento; g) su scelta del titolare del trattamento, cancelli o gli restituisca tutti i dati personali dopo che è terminata la prestazione dei servizi relativi al trattamento e cancelli le copie esistenti, salvo che il diritto dell'Unione o degli Stati membri preveda la conservazione dei dati; e h) metta a disposizione del titolare del trattamento tutte le informazioni necessarie per dimostrare il rispetto degli obblighi di cui al presente articolo e consenta e contribuisca alle attività di revisione, comprese le ispezioni, realizzati dal titolare del trattamento o da un altro soggetto da questi incaricato.*

*Con riguardo alla lettera h) del primo comma, il responsabile del trattamento informa immediatamente il titolare del trattamento qualora, a suo parere, un'istruzione violi il presente regolamento o altre disposizioni, nazionali o dell'Unione, relative alla protezione dei dati. 4. Quando un responsabile del trattamento ricorre a un altro responsabile del trattamento per l'esecuzione di specifiche attività di trattamento per conto del titolare del trattamento, su tale altro responsabile del trattamento sono imposti, mediante un contratto o un altro atto giuridico a norma del diritto dell'Unione o degli Stati membri, gli stessi obblighi in materia di protezione dei dati contenuti nel contratto o in altro atto giuridico tra il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento di cui al paragrafo 3, prevedendo in particolare garanzie sufficienti per mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate in modo tale che il trattamento soddisfi i requisiti del presente regolamento. Qualora l'altro responsabile del trattamento ometta di adempiere ai propri obblighi in materia di protezione dei dati, il responsabile iniziale conserva nei confronti del titolare del trattamento l'intera responsabilità dell'adempimento degli obblighi dell'altro responsabile. 5. L'adesione da parte del responsabile del trattamento a un codice di condotta approvato di cui all'articolo 40 o a un meccanismo di certificazione approvato di cui all'articolo 42 può essere utilizzata come elemento per dimostrare le garanzie sufficienti di cui ai paragrafi 1 e 4 del presente articolo. 6. Fatto salvo un contratto individuale tra il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento, il contratto o altro atto giuridico di cui ai paragrafi 3 e 4 del presente articolo può basarsi, in tutto o in parte, su clausole contrattuali tipo di cui ai paragrafi 7 e 8 del presente articolo, anche laddove siano parte di una certificazione concessa al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento ai sensi degli articoli 42 e 43. 7. La Commissione può stabilire clausole contrattuali tipo per le materie di cui ai paragrafi 3 e 4 del presente articolo e secondo la procedura d'esame di cui all'articolo 93, paragrafo 2. 8. Un'autorità di controllo può adottare clausole contrattuali tipo per le materie di cui ai paragrafi 3 e 4 del presente articolo in conformità del meccanismo di coerenza di cui all'articolo 63. 9. Il contratto o altro atto giuridico di cui ai paragrafi 3 e 4 è stipulato in forma scritta, anche in formato elettronico. 10. Fatti salvi gli articoli 82, 83 e 84, se un responsabile del trattamento viola il presente regolamento, determinando le finalità e i mezzi del trattamento, è considerato un titolare del trattamento in questione”.*

<sup>99</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 145.

<sup>100</sup> Art. 2 *quaterdecies* del d.lgs. 196/2003: *“il titolare o il responsabile del trattamento possono prevedere, sotto la propria responsabilità e nell'ambito del proprio assetto organizzativo, che specifici compiti e funzioni connessi al trattamento di dati personali siano attribuiti a persone fisiche, espressamente designate, che operano sotto la loro autorità. Il titolare o il responsabile del trattamento individuano le persone che operano sotto la propria autorità diretta”*.

<sup>101</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 146.

Il Garante ha precisato che, seppur la figura dell'«incaricato» del trattamento non sia prevista espressamente dal regolamento europeo, non se ne ipotizza una sua esclusione data la menzione, all'interno dell'art. 4, n. 10, di “*persone autorizzate al trattamento*”<sup>102</sup>.

Dunque, in linea con la normativa europea, si può affermare che la figura dei soggetti “designati” coincide con quella dei soggetti autorizzati al trattamento e, inoltre, a quella degli incaricati del trattamento ex art. 30, ora abrogato.

Caratteristico del regolamento è stata l'introduzione, all'interno delle figure soggettive che intervengono nel trattamento, della figura del Responsabile per la protezione dei dati, nella versione inglese *Data Protection Officer* – DPO. La normativa applicabile a tale soggetto è contenuta negli artt. 37 – 39 del regolamento<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Garante per la protezione dei dati personali, Guida all'applicazione del regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali, Edizione aggiornata a febbraio 2018, pag. 21.

<sup>103</sup> Art. 37 (Designazione del responsabile della protezione dei dati): “1. Il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento designano sistematicamente un responsabile della protezione dei dati ogniqualvolta: a) il trattamento è effettuato da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico, eccettuate le autorità giurisdizionali quando esercitano le loro funzioni giurisdizionali; b) le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento consistono in trattamenti che, per loro natura, ambito di applicazione e/o finalità, richiedono il monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala; oppure c) le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento consistono nel trattamento, su larga scala, di categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9 o di dati relativi a condanne penali e a reati di cui all'articolo 10. 2. Un gruppo imprenditoriale può nominare un unico responsabile della protezione dei dati, a condizione che un responsabile della protezione dei dati sia facilmente raggiungibile da ciascuno stabilimento. 3. Qualora il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento sia un'autorità pubblica o un organismo pubblico, un unico responsabile della protezione dei dati può essere designato per più autorità pubbliche o organismi pubblici, tenuto conto della loro struttura organizzativa e dimensione. 4. Nei casi diversi da quelli di cui al paragrafo 1, il titolare del trattamento, il responsabile del trattamento o le associazioni e gli altri organismi rappresentanti le categorie di titolari del trattamento o di responsabili del trattamento possono o, se previsto dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, devono designare un responsabile della protezione dei dati. Il responsabile della protezione dei dati può agire per dette associazioni e altri organismi rappresentanti i titolari del trattamento o i responsabili del trattamento. 5. Il responsabile della protezione dei dati è designato in funzione delle qualità professionali, in particolare della conoscenza specialistica della normativa e delle prassi in materia di protezione dei dati, e della capacità di assolvere i compiti di cui all'articolo 39. 6. Il responsabile della protezione dei dati può essere un dipendente del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento oppure assolvere i suoi compiti in base a un contratto di servizi. 7. Il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento pubblica i dati di contatto del responsabile della protezione dei dati e li comunica all'autorità di controllo.”

Art. 38 (Posizione del responsabile della protezione dei dati): “1. Il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento si assicurano che il responsabile della protezione dei dati sia tempestivamente e adeguatamente coinvolto in tutte le questioni riguardanti la protezione dei dati personali. 2. Il titolare e del trattamento e il responsabile del trattamento sostengono il responsabile della protezione dei dati nell'esecuzione dei compiti di cui all'articolo 39 fornendogli le risorse necessarie per assolvere tali compiti e accedere ai dati personali e ai trattamenti e per mantenere la propria conoscenza specialistica. 3. Il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento si assicurano che il responsabile della protezione dei dati non riceva alcuna istruzione per quanto riguarda l'esecuzione di tali compiti. Il responsabile della protezione dei dati non è rimosso o penalizzato dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento per l'adempimento dei propri compiti. Il responsabile della protezione dei dati riferisce direttamente al vertice gerarchico del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento. 4. Gli interessati possono contattare il responsabile della protezione dei dati per tutte le questioni relative al trattamento dei loro dati personali e all'esercizio dei loro diritti derivanti dal presente regolamento. 5. Il responsabile della protezione dei dati è tenuto al segreto o alla riservatezza in merito all'adempimento dei propri compiti, in conformità del diritto dell'Unione o degli Stati membri. 6. Il responsabile della protezione dei dati può svolgere altri compiti e funzioni. Il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento si assicura che tali compiti e funzioni non diano adito a un conflitto di interessi”.

Art. 39 (Compiti del responsabile della protezione dei dati): “1. Il responsabile della protezione dei dati è incaricato almeno dei seguenti compiti: a) informare e fornire consulenza al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento nonché ai dipendenti che eseguono il trattamento in merito agli obblighi derivanti dal presente regolamento nonché da altre disposizioni dell'Unione o degli Stati membri relative alla protezione dei dati; b) sorvegliare l'osservanza del presente regolamento, di altre disposizioni dell'Unione o degli Stati membri relative alla protezione dei dati nonché delle politiche del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento in materia di protezione dei dati personali, compresi l'attribuzione delle responsabilità, la sensibilizzazione e la formazione del personale che partecipa ai trattamenti e alle connesse attività di controllo; c) fornire, se richiesto, un parere in merito alla valutazione d'impatto sulla protezione dei dati e sorvegliarne lo svolgimento ai sensi dell'articolo 35; d) cooperare con l'autorità di controllo; e e) fungere da punto di contatto per l'autorità di controllo per questioni connesse al trattamento, tra cui la consultazione preventiva di cui all'articolo 36, ed effettuare, se del caso, consultazioni relativamente a qualunque altra questione.

Questo soggetto è designato dal titolare e dal responsabile del trattamento a determinate condizioni elencate all'interno dell'art. 37, paragrafo 1. Ne è prevista l'obbligatorietà nel caso di in cui *“il trattamento è effettuato da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico, eccettuate le autorità giurisdizionali quando esercitano le loro funzioni giurisdizionali”*. Esso è *“un dipendente del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento oppure assolvere i suoi compiti in base a un contratto di servizi”*.

I soggetti che possono ricoprire tale funzione devono essere dotati di elevate qualità professionali, specificamente in relazione alla normativa e prassi in tema di protezione dei dati e all'abilità di espletare i compiti che gli vengono attribuiti.

Il DPO deve essere informato, tempestivamente e con modalità idonee, ad opera del titolare e del responsabile del trattamento, riguardo qualsiasi questione che vada ad incidere sulla protezione dei dati e, inoltre, deve avere a disposizione gli strumenti necessari per poter assolvere alle proprie funzioni.

Altresì, altro elemento caratterizzante di tale figura concerne il fatto che il titolare e il responsabile devono assicurare l'indipendenza del responsabile della protezione dei dati, ovverosia devono garantire che egli non riceva istruzioni per l'espletamento dei compiti affidatigli<sup>104</sup>. Difatti, tale circostanza è confermata dal fatto che tale figura non può essere assoggettato a conseguenze penalizzate in conseguenza dell'adempimento dei suoi compiti.

Pertanto, il RPD è una figura dotata di autonomia e indipendenza nell'espletamento delle sue funzioni.

Con riguardo ai compiti del responsabile, elencati all'art. 39 del regolamento, comprendono quelli di informazione e assistenza nei confronti del titolare, del responsabile e dei dipendenti preposti al trattamento e, altresì, è investito di compiti di sorveglianza in relazione all'osservanza delle norme in materia di protezione dei dati. In aggiunta, il DPO collabora con il Garante per la protezione dei dati personali e, in conclusione, emette pareri, nel caso in cui sia richiesto, in relazione alla valutazione di impatto ex art. 35 del regolamento. Va ricordato che il titolare o il responsabile del trattamento conservano la loro responsabilità in ordine all'osservanza della normativa e, infatti, ai sensi dell'art. 24, paragrafo 1, è compito del titolare attuare le *“misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al presente regolamento”*. E, inoltre, a conferma di ciò il Garante ha rilevato come possa essere fonte di responsabilità del titolare e del responsabile la scelta del responsabile per la protezione dei dati. Infatti, l'Autorità di controllo ha indicato che *“nell'atto di designazione o nel contratto di servizi devono risultare succintamente indicate anche le motivazioni che hanno indotto l'ente a individuare, nella persona fisica selezionata, il proprio RPD, al fine di consentire la verifica del rispetto dei requisiti previsti dall'art. 37, par. 5 del RGPD, anche mediante rinvio agli esiti delle procedure di selezione interna o esterna*

---

2. *Nell'eseguire i propri compiti il responsabile della protezione dei dati considera debitamente i rischi inerenti al trattamento, tenuto conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del medesimo”*.

<sup>104</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 132.

effettuata”<sup>105</sup>. La responsabilità del DPO, eventualmente, potrebbe essere ricondotta a responsabilità contrattuale, nel caso in cui si rilevino violazioni del regolamento dovute a pareri o ad attività che siano idonee ad essere fuorvianti<sup>106</sup>.

### 3.2. Le innovazioni del GDPR

Bisogna, ora, dare uno sguardo generale agli istituti innovativi contenuti all’interno del regolamento.

#### 3.2.1. La c.d. *accountability*

La principale novità del regolamento europeo è, indubbiamente, quella inerente al principio di responsabilizzazione, la c.d. *accountability*, enunciato dall’art. 5, comma 2, a norma del quale “*il titolare del trattamento è competente per il rispetto del paragrafo 1<sup>107</sup> e in grado di provarlo*”. Il Garante per la protezione dei dati personali, nella Guida all’applicazione del regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali rileva come “*il regolamento pone con forza l’accento sulla «responsabilizzazione» di titolari e responsabili – ossia, sull’adozione di comportamenti proattivi e tali da dimostrare la concreta adozione di misure finalizzate ad assicurare l’applicazione del regolamento. Si tratta di una grande novità per la protezione dei dati in quanto viene affidato ai titolari il compito di decidere autonomamente le modalità, le garanzie e i limiti del trattamento dei dati personali – nel rispetto delle disposizioni normative e alla luce di alcuni criteri specifici indicati nel regolamento*”<sup>108</sup>.

Inoltre, anche il Considerando 74<sup>109</sup> mette in risalto il fatto che il titolare del trattamento è tenuto a predisporre misure idonee e valide a dimostrare la *compliance* al regolamento.

---

<sup>105</sup> Nuove FAQ sul Responsabile della protezione dei dati in ambito pubblico, domanda n. 4. <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/7322110>.

<sup>106</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 133

<sup>107</sup> Il paragrafo 1 dell’art. 5 elenca i principi applicabili al trattamento dei dati e, dunque, “*i dati personali sono: a) trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell’interessato «liceità, correttezza e trasparenza»; b) raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità; un ulteriore trattamento dei dati personali ai fini dell’archiviazione del pubblico interesse, di ricerca scientifica storica o a fini statistici non è, conformemente all’articolo 89, paragrafo 1, considerato incompatibile con le finalità iniziali («limitazione delle finalità»); c) adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati («minimizzazione dei dati»); d) esatti e, se necessario, aggiornati; devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare tempestivamente i dati inesatti rispetto alle finalità per le quali sono trattati («esattezza»); e) conservati in una forma che consenta l’identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati; i dati personali possono essere conservati per periodi più lunghi a condizioni che siano trattati esclusivamente ai fini di archiviazione per pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, conformemente all’articolo 89, paragrafo 1, salva l’attuazione di misure tecniche e organizzative adeguate richieste dal presente regolamento a tutela dei diritti e delle libertà dell’interessato («limitazione della conservazione»); f) trattati in maniera da garantire un’adeguata sicurezza dei dati personali, compresa la protezione, mediante misure tecniche e organizzative adeguate, da trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, dalla distruzione o dal danno accidentali («integrità e riservatezza»)*”.

<sup>108</sup> Garante per la protezione dei dati personali, Guida all’applicazione del regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali, Edizione aggiornata a febbraio 2018, p. 24.

<sup>109</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), Considerando 74: “*È opportuno stabilire la responsabilità generale del titolare del trattamento per qualsiasi trattamento di dati personali che quest’ultimo abbia effettuato direttamente o che altri abbiano effettuato per suo conto. In particolare, il titolare del trattamento dovrebbe essere tenuto a mettere in atto misure adeguate ed efficaci ed essere in grado di dimostrare la conformità delle attività di trattamento con il presente regolamento, compresa l’efficacia delle*

Il tema in esame, cioè il fatto di dimostrare l'adeguamento al regolamento europeo, è frequente nel testo normativo: l'art. 7, infatti, rubricato "Condizioni per il consenso" sancisce che, nel caso in cui il trattamento sia fondato sul consenso, il titolare del trattamento deve essere nella condizione di provare che l'interessato ha prestato il proprio consenso al trattamento suddetto<sup>110</sup>; l'art. 24, rubricato "Responsabilità del titolare del trattamento", al paragrafo 1 "*Tenuto conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al presente regolamento. Dette misure sono riesaminate e aggiornate qualora necessario*" ed inoltre, al paragrafo 3 "*L'adesione ai codici di condotta di cui all'articolo 40 o a un meccanismo di certificazione di cui all'articolo 42 può essere utilizzata come elemento per dimostrare il rispetto degli obblighi del titolare del trattamento*"; art. 28, rubricato "Responsabile del trattamento", impone al responsabile del trattamento, nel contratto che lo vincola al titolare del trattamento a mettere "*a disposizione del titolare del trattamento tutte le informazioni necessarie per dimostrare il rispetto degli obblighi di cui al presente articolo*"; ancora, sul tema vi è l'art. 32, rubricato "Sicurezza del trattamento", a norma del quale "*L'adesione a un codice di condotta approvato di cui all'articolo 40 o a un meccanismo di certificazione approvato di cui all'articolo 42 può essere utilizzata come elemento per dimostrare la conformità ai requisiti di cui al paragrafo 1 del presente articolo*"; l'art. 35, "Valutazione d'impatto sulla protezione dei dati", in cui, al paragrafo 7 dispone che "*la valutazione contiene almeno: ... d) le misure previste per affrontare i rischi, includendo le garanzie, le misure di sicurezza e i meccanismi per garantire la protezione dei dati personali e dimostrare la conformità al presente regolamento*".

Quindi, come si può evincere, con riguardo alla sicurezza del trattamento, non sono più previsti degli adempimenti predefiniti da osservare. Infatti, la lista di cui al paragrafo 1 dell'art. 32 è una lista aperta. Sarà il titolare del trattamento a dover adottare delle misure idonee per poter garantire la conformità del trattamento ai principi enunciati nel regolamento europeo. E, tali misure saranno adottate sulla base di una valutazione,

---

*misure. Tali misure dovrebbero tener conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché del rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche*".

<sup>110</sup> Art. 7 (Condizioni per il consenso): "*qualora il trattamento sia basato sul consenso, il titolare del trattamento deve essere in grado di dimostrare che l'interessato ha prestato il proprio consenso al trattamento dei propri dati personali.*

*Se il consenso dell'interessato è prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni, la richiesta di consenso è presentata in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro. Nessuna parte di una tale dichiarazione che costituisca una violazione del presente regolamento è vincolante.*

*L'interessato ha il diritto di revocare il proprio consenso in qualsiasi momento. La revoca del consenso non pregiudica la liceità del trattamento basata sul consenso prima della revoca- prima di esprimere il proprio consenso, l'interessato è informato di ciò. Il consenso è revocato con la stessa facilità con cui è accordato.*

*Nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione del contratto*".

operata da ciascun titolare o da ciascun responsabile del trattamento, di cui criteri base sono l'art. 24, la c.d. *data protection by design e by default* e, infine, l'art. 32, rubricato "Sicurezza del trattamento".

### 3.2.2. *Privacy by design e privacy by default*

Altra importante novità del GDPR sono gli artt. 25 e 35 che, sempre in un'ottica di responsabilizzazione, scardinano l'operato del titolare del trattamento da un semplice adempimento di misure e obblighi prefissati dalla legge. Ora, in totale autonomia, tale soggetto dovrà predisporre le misure tecniche e organizzative, sulla base di una valutazione preliminare all'attività, per la protezione dei dati personali<sup>111</sup>.

L'art. 25, al paragrafo 1 specifica il principio del *data protection by design* "tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati" e, al paragrafo 2 di *data protection by default* "il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento. Tale obbligo vale per la quantità dei dati personali raccolti, la portata del trattamento, il periodo di conservazione e l'accessibilità. In particolare, dette misure garantiscono che, per impostazione predefinita, non siano resi accessibili dati personali a un numero indefinito di persone fisiche senza l'intervento della persona fisica".

L'art. 35, in relazione alla valutazione d'impatto sulla protezione dei dati (DPIA), sancisce che "Quando un tipo di trattamento, allorché prevede in particolare l'uso di nuove tecnologie, considerati la natura, l'oggetto, il contesto e le finalità del trattamento, può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento effettua, prima di procedere al trattamento, una valutazione dell'impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali. Una singola valutazione può esaminare un insieme di trattamenti simili che presentano rischi elevati analoghi. Il titolare del trattamento, allorquando svolge una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati, si consulta con il responsabile della protezione dei dati, qualora ne sia designato uno. ... La valutazione contiene almeno: a) una descrizione sistematica dei trattamenti previsti e delle finalità del trattamento, compreso, ove applicabile, l'interesse legittimo perseguito dal titolare del trattamento; b) una valutazione della necessità e proporzionalità dei trattamenti in relazione alle finalità; c) una valutazione dei rischi per i diritti e le libertà degli interessati di cui al paragrafo 1; e d) le misure previste per affrontare i rischi, includendo le garanzie, le misure di sicurezza e i meccanismi per

---

<sup>111</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 134.

*garantire la protezione dei dati personali e dimostrare la conformità al presente regolamento, tenuto conto dei diritti e degli interessi legittimi degli interessati e delle altre persone in questione. ... Se necessario, il titolare del trattamento procede a un riesame per valutare se il trattamento dei dati personali sia effettuato conformemente alla valutazione d'impatto sulla protezione dei dati almeno quando insorgono variazioni del rischio rappresentato dalle attività relative al trattamento”.*

Tale norma prevede, inoltre, che il Garante ha il compito di provvedere a redigere un elenco nel quale figurano le tipologie di trattamenti soggetti a tale valutazione e, altresì, uno dei trattamenti sottratti alla valutazione d'impatto sulla protezione dei dati. Il Garante, in ottemperanza a tale obbligo, ha pubblicato l'Elenco delle tipologie di trattamenti soggetti al requisito di una valutazione di impatto sulla protezione dei dati ai sensi dell'art. 35, comma 4, del regolamento (UE) n. 2016/679<sup>112</sup>, prendendo in considerazione, inoltre, le “*Linee guida in materia di valutazione d'impatto sulla protezione dei dati e determinazione della possibilità che il trattamento «possa presentare un rischio elevato» ai fini del regolamento (UE)”*.

Dunque, in capo al titolare vige un duplice obbligo. In primo luogo, deve controllare e monitorare la conformità alla normativa europea all'inizio della sua attività di trattamento, quindi nel momento in cui predispone le misure tecniche e organizzative volte alla protezione dei dati; e, in secondo luogo, è tenuto a monitorare tale *compliance*, anche in ragione del principio di *accountability*, per tutta la durata del trattamento.

---

<sup>112</sup> I trattamenti sono i seguenti: “1. Trattamenti valutativi o di scoring su larga scala, nonché trattamenti che comportano la profilazione degli interessati nonché lo svolgimento di attività predittive effettuate anche on-line o attraverso app, relativi ad «aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato». 2. Trattamenti automatizzati finalizzati ad assumere decisioni che producono «effetti giuridici» oppure che incidono «in modo analogo significativamente» sull'interessato, comprese le decisioni che impediscono di esercitare un diritto o di avvalersi di un bene o di un servizio o di continuare ad esser parte di un contratto in essere (ad es. screening dei clienti di una banca attraverso l'utilizzo di dati registrati in una centrale rischi). 3. Trattamenti che prevedono un utilizzo sistematico di dati per l'osservazione, il monitoraggio o il controllo degli interessati, compresa la raccolta di dati attraverso reti, effettuati anche on-line o attraverso app, nonché il trattamento di identificativi univoci in grado di identificare gli utenti di servizi della società dell'informazione inclusi servizi web, tv interattiva, ecc. rispetto alle abitudini d'uso e ai dati di visione per periodi prolungati. Rientrano in tale previsione anche i trattamenti di metadati ad es. in ambito telecomunicazioni, banche, ecc. effettuati non soltanto per profilazione, ma più in generale per ragioni organizzative, di previsioni di budget, di upgrade tecnologico, miglioramento reti, offerta di servizi antifrode, antispam, sicurezza etc. 4. Trattamenti su larga scala di dati aventi carattere estremamente personale (v. WP 248, rev. 01): si fa riferimento, fra gli altri, ai dati connessi alla vita familiare o privata (quali i dati relativi alle comunicazioni elettroniche dei quali occorre tutelare la riservatezza), o che incidono sull'esercizio di un diritto fondamentale (quali i dati sull'ubicazione, la cui raccolta mette in gioco la libertà di circolazione) oppure la cui violazione comporta un grave impatto sulla vita quotidiana dell'interessato (quali i dati finanziari che potrebbero essere utilizzati per commettere frodi in materia di pagamenti). 5. Trattamenti effettuati nell'ambito del rapporto di lavoro mediante sistemi tecnologici (anche con riguardo ai sistemi di videosorveglianza e di geolocalizzazione) dai quali derivi la possibilità di effettuare un controllo a distanza dell'attività dei dipendenti (si veda quanto stabilito dal WP 248, rev. 01, in relazione ai criteri numeri 3, 7 e 8). 6. Trattamenti non occasionali di dati relativi a soggetti vulnerabili (minori, disabili, anziani, infermi di mente, pazienti, richiedenti asilo). 7. Trattamenti effettuati attraverso l'uso di tecnologie innovative, anche con particolari misure di carattere organizzativo (es. IoT; sistemi di intelligenza artificiale; utilizzo di assistenti vocali on-line attraverso lo scanning vocale e testuale; monitoraggi effettuati da dispositivi wearable; tracciamenti di prossimità come ad es. il wi-fi tracking) ogniquale volta ricorra anche almeno un altro dei criteri individuati nel WP 248, rev. 01. 8. Trattamenti che comportano lo scambio tra diversi titolari di dati su larga scala con modalità telematiche. 9. Trattamenti di dati personali effettuati mediante interconnessione, combinazione o raffronto di informazioni, compresi i trattamenti che prevedono l'incrocio dei dati di consumo di beni digitali con dati di pagamento (es. mobile payment). 10. Trattamenti di categorie particolari di dati ai sensi dell'art. 9 oppure di dati relativi a condanne penali e a reati di cui all'art. 10 interconnessi con altri dati personali raccolti per finalità diverse. 11. Trattamenti sistematici di dati biometrici, tenendo conto, in particolare, del volume dei dati, della durata, ovvero della persistenza, dell'attività di trattamento. 12. Trattamenti sistematici di dati genetici, tenendo conto, in particolare, del volume dei dati, della durata, ovvero della persistenza, dell'attività di trattamento”.

Ovviamente, nel caso in cui dovesse rilevare delle criticità, il trattamento andrà aggiustato e modificato in ragione delle modifiche che potrebbero essere apportate all'attività di cui è titolare.

La valutazione deve essere effettuata, si precisa, in riferimento al rischio nel quale potrebbe incorrere l'interessato di cui si trattano i dati. Indubbiamente essa dovrà essere condotta anche in riferimento alla sicurezza del trattamento, ma ciò su cui è necessario porre l'accento sono gli effetti complessivi dello stesso e eventuali possibili conseguenze negative<sup>113</sup>.

Nello specifico, il Considerando 75, evidenzia che *“I rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche, aventi probabilità e gravità diverse, possono derivare da trattamenti di dati personali suscettibili di cagionare un danno fisico, materiale o immateriale, in particolare: se il trattamento può comportare discriminazioni, furto o usurpazione d'identità, perdite finanziarie, pregiudizio alla reputazione, perdita di riservatezza dei dati personali protetti da segreto professionale, decifratura non autorizzata della pseudonimizzazione, o qualsiasi altro danno economico o sociale significativo; se gli interessati rischiano di essere privati dei loro diritti e delle loro libertà o venga loro impedito l'esercizio del controllo sui dati personali che li riguardano; se sono trattati dati personali che rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché dati genetici, dati relativi alla salute o i dati relativi alla vita sessuale o a condanne penali e a reati o alle relative misure di sicurezza; in caso di valutazione di aspetti personali, in particolare mediante l'analisi o la previsione di aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti, al fine di creare o utilizzare profili personali; se sono trattati dati personali di persone fisiche vulnerabili, in particolare minori; se il trattamento riguarda una notevole quantità di dati personali e un vasto numero di interessati”*<sup>114</sup>.

### **3.2.3. Il Registro delle attività di trattamento ex art. 30 del Regolamento**

Un ulteriore obbligo, a carico del titolare in relazione alle operazioni di trattamento di cui è responsabile e per il responsabile con riferimento alle categorie di trattamento<sup>115</sup> svolte per conto del titolare, è costituito dalla tenuta del registro delle attività di trattamento, disciplinato all'art. 30 del regolamento<sup>116</sup>. Tale adempimento,

---

<sup>113</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 137.

<sup>114</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), Considerando 75.

<sup>115</sup> Il Garante ha precisato che *“b) nel campo «descrizione delle categorie di interessati e delle categorie di dati personali» andranno specificato sia le tipologie di interessati (es. clienti, fornitori, dipendenti) sia quelle di dati personali oggetto di trattamento (es. dati anagrafici, dati sanitari, dati biometrici, dati genetici, dati relativi a condanne penali o reati, ecc.)”* in <https://www.garanteprivacy.it/home/faq/registro-delle-attivita-di-trattamento>.

<sup>116</sup> Art. 30 (Registri delle attività di trattamento): *“Ogni titolare del trattamento e, ove applicabile, il suo rappresentante tengono un registro delle attività di trattamento svolte sotto la propria responsabilità. Tale registro contiene tutte le seguenti informazioni: a) il nome e i dati di contatto del titolare del trattamento e, ove applicabile, del contitolare del trattamento, del rappresentante del titolare del trattamento e del responsabile della protezione dei dati; b) le finalità del trattamento; c) una descrizione delle categorie di interessati e delle categorie di dati personali; d) le categorie di destinatari a cui i dati personali sono stati o saranno comunicati, compresi i destinatari di paesi terzi od organizzazioni internazionali; e) ove applicabile, i trasferimenti di dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale, compresa l'identificazione del paese terzo o dell'organizzazione internazionale e,*

occorre rilevare, come non sia pienamente innovativo, dal momento che sembra somigliare al “Documento programmatico di sicurezza”, previsto dall’allegato B del Codice della privacy.

La tenuta di tali registri non ha carattere di obbligatorietà per le “*imprese o organizzazioni con meno di 250 dipendenti, a meno che il trattamento che esse effettuano possa presentare un rischio per i diritti e le libertà dell'interessato, il trattamento non sia occasionale o includa il trattamento di categorie particolari di dati di cui all'articolo 9, paragrafo 1, o i dati personali relativi a condanne penali e a reati di cui all'articolo 10*”.

Altresì, “*Su richiesta, il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento e, ove applicabile, il rappresentante del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento mettono il registro a disposizione dell'autorità di controllo*”<sup>117</sup>. Quindi, la tenuta del registro è fondamentale per il titolare e il responsabile per due ordini di ragioni: in primo luogo, per una corretta *compliance* alla normativa europea in questione; e, in secondo luogo, in un’ottica di *accountability*, per una loro eventuale responsabilità.

E il Garante ha, appunto, sottolineato che il Registro delle attività di trattamento è “*uno strumento fondamentale non soltanto ai fini dell'eventuale supervisione da parte del Garante, ma anche allo scopo di disporre di un quadro aggiornato dei trattamenti in essere all'interno di un'azienda o di un soggetto pubblico – indispensabile per ogni valutazione e analisi del rischio. Il registro deve avere forma scritta, anche elettronica, e deve essere esibito su richiesta al Garante. La tenuta del registro dei trattamenti non costituisce un adempimento formale bensì parte integrante di un sistema di corretta gestione dei dati personali. Per tale motivo, si invitano tutti i titolari di trattamento e i responsabili, a prescindere dalle dimensioni dell'organizzazione, a compiere i passi necessari per dotarsi di tale registro e, in ogni caso, a compiere un'accurata ricognizione dei trattamenti svolti e delle rispettive caratteristiche – ove già non condotta. I contenuti del registro sono fissati, come detto, nell'art. 30; tuttavia, niente vieta a un titolare o responsabile di inserire ulteriori informazioni se lo si riterrà opportuno proprio nell'ottica della complessiva valutazione di impatto dei trattamenti svolti*”<sup>118</sup>.

---

*per i trasferimenti di cui al secondo comma dell'articolo 49, la documentazione delle garanzie adeguate; f) ove possibile, i termini ultimi previsti per la cancellazione delle diverse categorie di dati; g) ove possibile, una descrizione generale delle misure di sicurezza tecniche e organizzative di cui all'articolo 32, paragrafo 1. 2. Ogni responsabile del trattamento e, ove applicabile, il suo rappresentante tengono un registro di tutte le categorie di attività relative al trattamento svolte per conto di un titolare del trattamento, contenente: a) il nome e i dati di contatto del responsabile o dei responsabili del trattamento, di ogni titolare del trattamento per conto del quale agisce il responsabile del trattamento, del rappresentante del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento e, ove applicabile, del responsabile della protezione dei dati; b) le categorie dei trattamenti effettuati per conto di ogni titolare del trattamento; c) ove applicabile, i trasferimenti di dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale, compresa l'identificazione del paese terzo o dell'organizzazione internazionale e, per i trasferimenti di cui al secondo comma dell'articolo 49, la documentazione delle garanzie adeguate; d) ove possibile, una descrizione generale delle misure di sicurezza tecniche e organizzative di cui all'articolo 32, paragrafo 1. 3. I registri di cui ai paragrafi 1 e 2 sono tenuti in forma scritta, anche in formato elettronico. 4. Su richiesta, il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento e, ove applicabile, il rappresentante del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento mettono il registro a disposizione dell'autorità di controllo. 5. Gli obblighi di cui ai paragrafi 1 e 2 non si applicano alle imprese o organizzazioni con meno di 250 dipendenti, a meno che il trattamento che esse effettuano possa presentare un rischio per i diritti e le libertà dell'interessato, il trattamento non sia occasionale o includa il trattamento di categorie particolari di dati di cui all'articolo 9, paragrafo 1, o i dati personali relativi a condanne penali e a reati di cui all'articolo 10”.*

<sup>117</sup> Art. 30, paragrafo 4.

<sup>118</sup> Garante per la protezione dei dati personali, Guida all’applicazione del regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali, Edizione aggiornata a febbraio 2018, pag. 26-27

### 3.2.4. La procedura di *data breach*

Bisogna, ora, esaminare a quali obblighi è tenuto il titolare del trattamento nel caso in cui vi sia una violazione dei dati personali, c.d. *data breach*. Innanzitutto, per violazione di dati personali si intende “*la violazione di sicurezza che comporta accidentalmente o in modo illecito la distruzione, la perdita, la modifica, la divulgazione non autorizzata o l'accesso ai dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati*”.

La normativa è contenuta all'interno degli artt. 33 e 34 del Regolamento<sup>119</sup>. Con riguardo alla prima delle due norme, essa prevede la notifica all'Autorità di controllo. Tale comunicazione dovrà intervenire entro 72 ore e comunque “*senza giustificato ritardo*” dalla avvenuta violazione di dati personali di cui il titolare sia venuto a conoscenza<sup>120</sup>. Tale procedura si attiva al ricorrere di due presupposti: in caso sia avvenuta la violazione di sicurezza e, inoltre, se da tale violazione possano derivare rischi per i diritti e le libertà degli interessati. Dunque, la notifica non ha il carattere della necessità ma sarà subordinata ad una valutazione in capo al titolare del trattamento che, un'altra volta, dovrà giudicare la situazione, a conferma del principio di responsabilizzazione alla base del regolamento europeo.

L'art. 34 del regolamento prevede, inoltre, un'ulteriore notifica da effettuare nei confronti dell'interessato, nel caso in cui “*la violazione dei dati personali è suscettibile di presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà*” di quest'ultimo. Quest'ultima non dovrà intervenire nel caso ricorrano le condizioni previste dall'art. 34, paragrafo 3.

---

<sup>119</sup> Art. 33 (Notifica di una violazione dei dati personali all'autorità di controllo): “*1. In caso di violazione dei dati personali, il titolare del trattamento notifica la violazione all'autorità di controllo competente a norma dell'articolo 55 senza ingiustificato ritardo e, ove possibile, entro 72 ore dal momento in cui ne è venuto a conoscenza, a meno che sia improbabile che la violazione dei dati personali presenti un rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche. Qualora la notifica all'autorità di controllo non sia effettuata entro 72 ore, è corredata dei motivi del ritardo. 2. Il responsabile del trattamento informa il titolare del trattamento senza ingiustificato ritardo dopo essere venuto a conoscenza della violazione. 3. La notifica di cui al paragrafo 1 deve almeno: a) descrivere la natura della violazione dei dati personali compresi, ove possibile, le categorie e il numero approssimativo di interessati in questione nonché le categorie e il numero approssimativo di registrazioni dei dati personali in questione; b) comunicare il nome e i dati di contatto del responsabile della protezione dei dati o di altro punto di contatto presso cui ottenere più informazioni; c) descrivere le probabili conseguenze della violazione dei dati personali; d) descrivere le misure adottate o di cui si propone l'adozione da parte del titolare del trattamento per porre rimedio alla violazione dei dati personali e anche, se del caso, per attenuarne i possibili effetti negativi. 4. Qualora e nella misura in cui non sia possibile fornire le informazioni contestualmente, le informazioni possono essere fornite in fasi successive senza ulteriore ingiustificato ritardo. 5. Il titolare del trattamento documenta qualsiasi violazione dei dati personali, comprese le circostanze a essa relative, le sue conseguenze e i provvedimenti adottati per porvi rimedio. Tale documentazione consente all'autorità di controllo di verificare il rispetto del presente articolo*”.

Art. 34 (Comunicazione di una violazione dei dati personali all'interessato): “*1. Quando la violazione dei dati personali è suscettibile di presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento comunica la violazione all'interessato senza ingiustificato ritardo. 2. La comunicazione all'interessato di cui al paragrafo 1 del presente articolo descrive con un linguaggio semplice e chiaro la natura della violazione dei dati personali e contiene almeno le informazioni e le misure di cui all'articolo 33, paragrafo 3, lettere b), c) e d). 3. Non è richiesta la comunicazione all'interessato di cui al paragrafo 1 se è soddisfatta una delle seguenti condizioni: a) il titolare del trattamento ha messo in atto le misure tecniche e organizzative adeguate di protezione e tali misure erano state applicate ai dati personali oggetto della violazione, in particolare quelle destinate a rendere i dati personali incomprensibili a chiunque non sia autorizzato ad accedervi, quali la cifratura; b) il titolare del trattamento ha successivamente adottato misure atte a scongiurare il sopraggiungere di un rischio elevato per i diritti e le libertà degli interessati di cui al paragrafo 1; c) detta comunicazione richiederebbe sforzi sproporzionati. In tal caso, si procede invece a una comunicazione pubblica o a una misura simile, tramite la quale gli interessati sono informati con analoga efficacia. 4. Nel caso in cui il titolare del trattamento non abbia ancora comunicato all'interessato la violazione dei dati personali, l'autorità di controllo può richiedere, dopo aver valutato la probabilità che la violazione dei dati personali presenti un rischio elevato, che vi provveda o può decidere che una delle condizioni di cui al paragrafo 3 è soddisfatta*”.

<sup>120</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 141.

Si evidenzia, in aggiunta, che, ai fini dell'attivazione della procedura di *data breach* e, dunque, della notifica al Garante e l'eventuale comunicazione all'interessato, non è rilevante se la violazione sia attribuibile ad un comportamento posto in essere da terzi o se essa sia avvenuta accidentalmente. Verificatosi tale evento, spetterà al titolare valutare le eventuali conseguenze e, se ritenesse sussistente il rischio, dovrà obbligatoriamente notificare la violazione al Garante e, nel caso, all'interessato.

Sempre in prospettiva di *accountability* si prevede che *“Il titolare del trattamento documenta qualsiasi violazione dei dati personali, comprese le circostanze a essa relative, le sue conseguenze e i provvedimenti adottati per porvi rimedio. Tale documentazione consente all'autorità di controllo di verificare il rispetto del presente articolo”*<sup>121</sup> e *“Nel caso in cui il titolare del trattamento non abbia ancora comunicato all'interessato la violazione dei dati personali, l'autorità di controllo può richiedere, dopo aver valutato la probabilità che la violazione dei dati personali presenti un rischio elevato, che vi provveda o può decidere che una delle condizioni di cui al paragrafo 3 è soddisfatta”*<sup>122</sup>.

Si raccomanda, al riguardo, che *“Tutti i titolari di trattamento dovranno in ogni caso documentare le violazioni di dati personali subite, anche se non notificate all'autorità di controllo e non comunicate agli interessati, nonché le relative circostanze e conseguenze e i provvedimenti adottati (si veda art. 33, paragrafo 5); tale obbligo non è diverso, nella sostanza, da quello attualmente previsto dall'art. 32-bis, comma 7, del Codice. Si raccomanda, pertanto, ai titolari di trattamento di adottare le misure necessarie a documentare eventuali violazioni, essendo peraltro tenuti a fornire tale documentazione, su richiesta, al Garante in caso di accertamenti”*<sup>123</sup>.

### **3.3. Responsabilità e sanzioni**

Altra norma da analizzare è l'art. 82, rubricata Diritto al risarcimento e responsabilità, del regolamento che ha sostituito l'art. 15 del Codice privacy<sup>124</sup>. La norma in questione dispone che *“1. chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento. 2. Un titolare del trattamento coinvolto nel trattamento risponde per il danno cagionato dal suo trattamento che violi il presente regolamento. Un responsabile del trattamento risponde per il danno causato dal trattamento solo se non ha adempiuto gli obblighi del presente regolamento specificatamente diretti ai responsabili del trattamento o ha agito in modo difforme o contrario rispetto alle legittime istruzioni del titolare del trattamento. 3. Il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento è esonerato dalla responsabilità, a norma del paragrafo 2 se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile”*.

---

<sup>121</sup> Art. 33, paragrafo 5.

<sup>122</sup> Art. 34, paragrafo 4.

<sup>123</sup> Garante per la protezione dei dati personali, Guida all'applicazione del regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali, Edizione aggiornata a febbraio 2018, pag. 28.

<sup>124</sup> Art. 15 (Danni cagionati per effetto del trattamento), titolo abrogato dall'art. 27, comma 1, lett. a) del d.lgs. 101/2018: *“1. Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile. 2. Il danno non patrimoniale è risarcibile anche in caso di violazione dell'articolo 11”*.

Dal testo della disposizione in esame emerge una duplice responsabilità: in capo al titolare del trattamento, il quale risponde per il danno causato dal trattamento posto in essere in violazione del regolamento europeo; ed in caso al responsabile del trattamento, il quale sarà responsabile nel caso in cui non abbia adempiuto agli obblighi previsti dalla normativa europea o nel caso in cui non abbia ottemperato alle direttive impartitegli dal titolare.

Questi ultimi, nel caso in cui dimostrino che l'evento dannoso non è *"in alcun modo imputabile"* al loro operato, saranno esonerati da responsabilità. In riferimento a quest'ultima previsione, nel testo abrogato dell'art. 15 si faceva specifico riferimento all'art. 2050 del Codice civile, il quale ultimo prevedeva l'inversione dell'onere della prova, di modo tale che, nel caso di danno patrimoniale, era la pubblica amministrazione a dover provare di aver posto in essere tutte le misure idonee onde evitare il danno. Anche se l'articolo in commento non viene menzionato, il meccanismo resta sostanzialmente invariato, di modo tale che titolare e responsabile del trattamento saranno esonerati da responsabilità solo nel caso in cui provino che il danno non è a loro imputabile<sup>125</sup>. Infine, bisogna analizzare il sistema sanzionatorio previsto dal GDPR. Norma principale è l'art. 83<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> Occorre dare conto, inoltre, dell'art. 79 del regolamento (Diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo nei confronti del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento): *"1. Fatto salvo ogni altro ricorso amministrativo o extragiudiziale disponibile, compreso il diritto di proporre reclamo a un'autorità di controllo ai sensi dell'articolo 77, ogni interessato ha il diritto di proporre un ricorso giurisdizionale effettivo qualora ritenga che i diritti di cui gode a norma del presente regolamento siano stati violati a seguito di un trattamento. 2. Le azioni nei confronti del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento sono promosse dinanzi alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento ha uno stabilimento. In alternativa, tali azioni possono essere promosse dinanzi alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui l'interessato risiede abitualmente, salvo che il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento sia un'autorità pubblica di uno Stato membro nell'esercizio dei pubblici poteri"*.

<sup>126</sup> Art. 83 (Condizioni generali per infliggere sanzioni amministrative pecuniarie): *"1. Ogni autorità di controllo provvede affinché le sanzioni amministrative pecuniarie inflitte ai sensi del presente articolo in relazione alle violazioni del presente regolamento di cui ai paragrafi 4, 5 e 6 siano in ogni singolo caso effettive, proporzionate e dissuasive. 2. Le sanzioni amministrative pecuniarie sono inflitte, in funzione delle circostanze di ogni singolo caso, in aggiunta alle misure di cui all'articolo 58, paragrafo 2, lettere da a) a h) e j), o in luogo di tali misure. Al momento di decidere se infliggere una sanzione amministrativa pecuniaria e di fissare l'ammontare della stessa in ogni singolo caso si tiene debito conto dei seguenti elementi: a) la natura, la gravità e la durata della violazione tenendo in considerazione la natura, l'oggetto o a finalità del trattamento in questione nonché il numero di interessati lesi dal danno e il livello del danno da essi subito; b) il carattere doloso o colposo della violazione; c) le misure adottate dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento per attenuare il danno subito dagli interessati; d) il grado di responsabilità del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento tenendo conto delle misure tecniche e organizzative da essi messe in atto ai sensi degli articoli 25 e 32; e) eventuali precedenti violazioni pertinenti commesse dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento; f) il grado di cooperazione con l'autorità di controllo al fine di porre rimedio alla violazione e attenuarne i possibili effetti negativi; g) le categorie di dati personali interessate dalla violazione; h) la maniera in cui l'autorità di controllo ha preso conoscenza della violazione, in particolare se e in che misura il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento ha notificato la violazione; i) qualora siano stati precedentemente disposti provvedimenti di cui all'articolo 58, paragrafo 2, nei confronti del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento in questione relativamente allo stesso oggetto, il rispetto di tali provvedimenti; j) l'adesione ai codici di condotta approvati ai sensi dell'articolo 40 o ai meccanismi di certificazione approvati ai sensi dell'articolo 42; e k) eventuali altri fattori aggravanti o attenuanti applicabili alle circostanze del caso, ad esempio i benefici finanziari conseguiti o le perdite evitate, direttamente o indirettamente, quale conseguenza della violazione. 3. Se, in relazione allo stesso trattamento o a trattamenti collegati, un titolare del trattamento o un responsabile del trattamento viola, con dolo o colpa, varie disposizioni del presente regolamento, l'importo totale della sanzione amministrativa pecuniaria non supera l'importo specificato per la violazione più grave. 4. In conformità del paragrafo 2, la violazione delle disposizioni seguenti è soggetta a sanzioni amministrative pecuniarie fino a 10 000 000 EUR, o per le imprese, fino al 2 % del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore: a) gli obblighi del titolare del trattamento e del responsabile del trattamento a norma degli articoli 8, 11, da 25 a 39, 42 e 43; b) gli obblighi dell'organismo di certificazione a norma degli articoli 42 e 43; c) gli obblighi dell'organismo di controllo a norma dell'articolo 41, paragrafo 4; 5. In conformità del paragrafo 2, la violazione delle disposizioni seguenti è soggetta a sanzioni amministrative pecuniarie fino a 20 000 000 EUR, o per le imprese, fino al 4 % del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore: a) i principi di base del trattamento, comprese le condizioni relative al consenso, a norma degli articoli 5, 6, 7 e 9; b) i diritti degli interessati a norma degli articoli da 12 a 22; c) i trasferimenti di dati*

Quest'ultima prevede differenti importi sanzionatori a seconda della gravità della violazione posta in essere<sup>127</sup>. Alla luce della gravità delle sanzioni previste, la norma attribuisce all'Autorità di controllo il potere di adattare al caso concreto, operando una valutazione<sup>128</sup>, di cui elementi da prendere in considerazione sono la natura, la gravità e la durata della violazione, il carattere doloso o colposo della stessa, la presenza di eventuali precedenti pertinenti a violazioni commesse dal titolare o dal responsabile, il grado di cooperazione di questi con l'autorità di controllo al fine di porre rimedio alla violazione o di attuarne i possibili effetti negativi<sup>129</sup>.

#### 4. Il d.lgs. n. 101/2018

È stato pubblicato in *Gazzetta Ufficiale*, il 4 settembre 2018, il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, recante "Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)". Quest'ultimo incide profondamente sul d.lgs. 196/2003 apportando modifiche e, prevalentemente, abrogando molte delle disposizioni contenute al suo interno.

---

*personali a un destinatario in un paese terzo o un'organizzazione internazionale a norma degli articoli da 44 a 49; d) qualsiasi obbligo ai sensi delle legislazioni degli Stati membri adottate a norma del capo IX; e) l'inosservanza di un ordine, di una limitazione provvisoria o definitiva di trattamento o di un ordine di sospensione dei flussi di dati dell'autorità di controllo ai sensi dell'articolo 58, paragrafo 2, o il negato accesso in violazione dell'articolo 58, paragrafo 1. 6. In conformità del paragrafo 2 del presente articolo, l'inosservanza di un ordine da parte dell'autorità di controllo di cui all'articolo 58, paragrafo 2, è soggetta a sanzioni amministrative pecuniarie fino a 20 000 000 EUR, o per le imprese, fino al 4 % del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore. 7. Fatti salvi i poteri correttivi delle autorità di controllo a norma dell'articolo 58, paragrafo 2, ogni Stato membro può prevedere norme che dispongano se e in quale misura possono essere inflitte sanzioni amministrative pecuniarie ad autorità pubbliche e organismi pubblici istituiti in tale Stato membro. 8. L'esercizio da parte dell'autorità di controllo dei poteri attribuiti dal presente articolo è soggetto a garanzie procedurali adeguate in conformità del diritto dell'Unione e degli Stati membri, inclusi il ricorso giurisdizionale effettivo e il giusto processo. 9. Se l'ordinamento giuridico dello Stato membro non prevede sanzioni amministrative pecuniarie, il presente articolo può essere applicato in maniera tale che l'azione sanzionatoria sia avviata dall'autorità di controllo competente e la sanzione pecuniaria sia irrogata dalle competenti autorità giurisdizionali nazionali, garantendo nel contempo che i mezzi di ricorso siano effettivi e abbiano effetto equivalente alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalle autorità di controllo. In ogni caso, le sanzioni pecuniarie irrogate sono effettive, proporzionate e dissuasive. Tali Stati membri notificano alla Commissione le disposizioni di legge adottate a norma del presente paragrafo al più tardi entro il 25 maggio 2018 e comunicano senza ritardo ogni successiva modifica".*

<sup>127</sup> Nello specifico, è considerata in modo meno gravoso la violazione degli obblighi previsti dagli artt. 8, 11, da 25 a 39, 42 e 43. Vale a dire: art. 8 (Condizioni applicabili al consenso dei minori in relazione ai servizi della società di informazione); art. 11 (Trattamento che non richiede l'identificazione); art. 25 (Protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione per impostazione predefinita); art. 26 (Contitolari del trattamento); art. 27 (Rappresentanti di titolari del trattamento o dei responsabili del trattamento o del responsabile del trattamento); art. 28 (Responsabile del trattamento); art. 29 (Trattamento sotto l'autorità del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento); art. 30 (Registri delle attività del trattamento); art. 31 (Cooperazione con l'autorità di controllo); art. 32 (Sicurezza del trattamento); art. 33 (Notifica di una violazione dei dati personali all'autorità di controllo); art. 34 (Comunicazione di una violazione dei dati personali all'interessato); art. 35 (Valutazione d'impatto sulla protezione dei dati); art. 36 (Consultazione preventiva); art. 37 (Designazione del responsabile della protezione dei dati); art. 38 (Posizione del responsabile della protezione dei dati); art. 39 (Compiti del responsabile della protezione dei dati). La sanzione più gravosa viene applicata, ai sensi del paragrafo 5 dell'art. 83, in caso di violazione dei principi posti alla base del trattamento, comprese le condizioni relative al consenso a norma degli artt. 5, 6, 7 e 9, di violazione dei diritti degli interessati a norma degli artt. da 12 a 22, violazione degli artt. da 44 a 49.

<sup>128</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 153.

<sup>129</sup> Art. 83, paragrafo 2.

A seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 101/2018, il Codice *privacy* non è più il testo a cui fare riferimento in relazione alla disciplina dei soggetti della riservatezza<sup>130</sup>. Quest'ultimi sono, ora, esclusivamente disciplinati dal regolamento europeo, così come lo sono gli adempimenti e le misure di sicurezza.

Dunque, la normativa applicabile in materia di riservatezza vede come norma principale il regolamento europeo, il c.d. GDPR, e, quali fonti subordinate, il decreto di adeguamento e il d.gs. 196/2003.

Ciò è confermato dall'art. 22 del d.lgs. 101/2018, ai sensi del quale *“il presente decreto e le disposizioni dell'ordinamento nazionale si interpretano e si applicano alla luce della disciplina dell'Unione europea in materia di protezione dei dati personali e assicurano la libera circolazione dei dati personali tra Stati membri ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, del Regolamento (UE) 2016/679”*. Inoltre, quanto detto emerge dall'art. 2 del Codice *privacy*, a norma del quale *“Il presente Codice reca disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle disposizioni del regolamento”* e, dunque, discostandosi dal testo previgente<sup>131</sup>, indica che la garanzia che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e libertà fondamentali è compito del regolamento, di cui il Codice è un adeguamento<sup>132</sup>.

Una prima criticità emerge dall'esame dell'art. 2 *ter* del d.lgs. 196/2003<sup>133</sup>, il quale prevede che condizione affinché possano essere trattati i dati c.d. comuni, ovvero quelli diversi dai dati sensibili, genetici e biometrici, è necessaria una norma di legge o di regolamento al quale la legge rinvii.

Occorre rilevare come tale problematica emerga dal momento che nell'assetto normativo precedente si permetteva il trattamento dei dati diversi da quelli sensibili e giudiziari a condizione che l'attività fosse connessa all'esercizio di funzioni istituzionali<sup>134</sup>. Quindi, nel testo previgente del combinato disposto degli artt. 19 e 18, l'ente poteva legittimamente svolgere la propria attività di trattamento, nel caso in cui trattava

---

<sup>130</sup> Ad eccezione dei soggetti “designati” di cui all'art. 2 *quaterdecies* e poco altro.

<sup>131</sup> Il quale disponeva che il Codice *“garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato ...”*.

<sup>132</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 156.

<sup>133</sup> Introdotto dall'art. 2, comma 1, lett. *f*) del d.lgs. 101/2018, rubricato “Base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri”, il quale così dispone: *“1. La base giuridica prevista dall'articolo 6, paragrafo 3, lettera b), del regolamento è costituita esclusivamente da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento. 2. La comunicazione fra titolari che effettuano trattamenti di dati personali, diversi da quelli ricompresi nelle particolari categorie di cui all'articolo 9 del Regolamento e di quelli relativi a condanne penali e reati di cui all'articolo 10 del Regolamento, per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri è ammessa se prevista ai sensi del comma 1. In mancanza di tale norma, la comunicazione è ammessa quando è comunque necessaria per lo svolgimento di compiti di interesse pubblico e lo svolgimento di funzioni istituzionali e può essere iniziata se è decorso il termine di quarantacinque giorni dalla relativa comunicazione al Garante, senza che lo stesso abbia adottato una diversa determinazione delle misure da adottarsi a garanzia degli interessati. 3. La diffusione e la comunicazione di dati personali, trattati per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri, a soggetti che intendono trattarli per altre finalità sono ammesse unicamente se previste ai sensi del comma 1. 4. Si intende per: a) “comunicazione”, il dare conoscenza dei dati personali a uno o più soggetti determinati diversi dall'interessato, dal rappresentante del titolare nel territorio dell'Unione europea, dal responsabile o dal suo rappresentante nel territorio dell'Unione europea, dalle persone autorizzate, ai sensi dell'articolo 2-*quaterdecies*, al trattamento dei dati personali sotto l'autorità diretta del titolare o del responsabile, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione, consultazione o mediante interconnessione; b) “diffusione”, il dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione”*.

<sup>134</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 157.

interamente dati diversi dai sensibili e giudiziari, trovando la base giuridica di tale potere nell'espletamento delle funzioni istituzionali di cui era titolare. Ai sensi dell'art. 19, comma 2 *“La comunicazione da parte di un soggetto pubblico ad altri soggetti pubblici è ammessa quando è prevista da una norma di legge o di regolamento. In mancanza di tale norma la comunicazione è ammessa quando è comunque necessaria per lo svolgimento di funzioni istituzionali e può essere iniziata se è decorso il termine di cui all'articolo 39<sup>135</sup>, comma 2, e non è stata adottata la diversa determinazione ivi indicata”*.

Nel caso in cui, al contrario, la comunicazione avesse avuto come destinatario un soggetto privato o un ente pubblico economico, o nel caso di diffusione, era necessaria una norma di legge o di regolamento.

Il nuovo assetto normativo previsto dall'art. 2 *ter* richiede, come presupposto per poter trattare dati diversi da quelli sensibili e giudiziari<sup>136</sup>, *“esclusivamente”* una norma di legge o di regolamento.

Al comma 1 del medesimo articolo viene fatto espresso richiamo all'art. 6, paragrafo 3 del regolamento, il quale prevede che *“La base su cui si fonda il trattamento dei dati di cui al paragrafo 1, lettere c) ed e), deve essere stabilita: a) dal diritto dell'Unione; o b) dal diritto dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento. La finalità del trattamento è determinata in tale base giuridica o, per quanto riguarda il trattamento di cui al paragrafo 1, lettera e), è necessaria per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento”*. Quindi, dalla lettura del testo della norma emerge come, a differenza dell'abrogato artt. 19, comma 2, la legittimazione del trattamento derivante dall'esercizio di funzioni istituzionali parrebbe venire meno.

Una prima soluzione praticabile, per dirimere tale problematica, potrebbe essere quella di richiedere il consenso all'interessato, via che si presume percorribile dal momento che si è avuta l'abrogazione dell'art. 18<sup>137</sup>, il quale ultimo vietava alle amministrazioni di raccogliere il consenso. Conseguenza di tale rimedio sarebbe il fatto di subordinare al consenso dell'interessato, portatore di interessi privati, l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri. È evidente come questa possibilità non sia praticabile.

---

<sup>135</sup> Art. 39 del Codice privacy, abrogato, *“1. Il titolare del trattamento è tenuto a comunicare previamente al Garante le seguenti circostanze: a) comunicazione di dati personali da parte di un soggetto pubblico ad altro soggetto pubblico non prevista da una norma di legge o di regolamento, effettuata in qualunque forma anche mediante convenzione; b) trattamento di dati idonei a rivelare lo stato di salute previsto dal programma di ricerca biomedica o sanitaria di cui all'articolo 110, comma 1, primo periodo. 2. I trattamenti oggetto di comunicazione ai sensi del comma 1 possono essere iniziati decorsi quarantacinque giorni dal ricevimento della comunicazione salvo diversa determinazione anche successiva del Garante. 3. La comunicazione di cui al comma 1 è inviata utilizzando il modello predisposto e reso disponibile dal Garante, e trasmessa a quest'ultimo per via telematica osservando le modalità di sottoscrizione con firma digitale e conferma del ricevimento di cui all'articolo 38, comma 2, oppure mediante telefax o lettera raccomandata”*.

<sup>136</sup> Questi sono ora definiti *“categorie particolari di dati ex art. 9 e “dati relativi a condanne penali e reati” ex art. 10 del regolamento.*

<sup>137</sup> Art. 18 (Principi applicabili a tutti i trattamenti effettuati da soggetti pubblici): *“1. Le disposizioni del presente capo riguardano tutti i soggetti pubblici, esclusi gli enti pubblici economici. 2. Qualunque trattamento di dati personali da parte di soggetti pubblici è consentito soltanto per lo svolgimento delle funzioni istituzionali. 3. Nel trattare i dati il soggetto pubblico osserva i presupposti e i limiti stabiliti dal presente codice, anche in relazione alla diversa natura dei dati, nonché dalla legge e dai regolamenti. 4. Salvo quanto previsto nella Parte II per gli esercenti le professioni sanitarie e gli organismi sanitari pubblici, i soggetti pubblici non devono richiedere il consenso dell'interessato. 5. Si osservano le disposizioni di cui all'articolo 25 in tema di comunicazione e diffusione”*.

Parrebbe, però, costituire una eccezione al principio dell'obbligatorietà di una norma di legge o regolamento, similmente a quanto si verificava nel previgente assetto normativo, il dettato normativo dell'art. 2 *ter*, comma 2, secondo il quale *“La comunicazione fra titolari che effettuano trattamenti di dati personali, diversi da quelli ricompresi nelle particolari categorie di cui all'articolo 9 del Regolamento e di quelli relativi a condanne penali e reati di cui all'articolo 10 del Regolamento, per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri è ammessa se prevista ai sensi del comma 1. In mancanza di tale norma, la comunicazione è ammessa quando è comunque necessaria per lo svolgimento di compiti di interesse pubblico e lo svolgimento di funzioni istituzionali e può essere iniziata se è decorso il termine di quarantacinque giorni dalla relativa comunicazione al Garante, senza che lo stesso abbia adottato una diversa determinazione delle misure da adottarsi a garanzia degli interessati”*. Ma, non sfugge che il caso indicato dalla norma sia molto specifico, ovvero si dovrà trattare di una comunicazione, tra soggetti pubblici, di dati, per il perseguimento di funzioni istituzionali, senza che vi sia una norma di legge o regolamento che si ponga come base giuridica a tale attività.

Le perplessità, derivanti dal testo dell'articolo, riguardano proprio il fatto che quest'ultimo permette, nel caso in cui si tratti di una “comunicazione”, di svincolarsi dalla previsione normativa vigente, invece, nel caso di trattamenti diversi dalla “comunicazione”.

Prendendo, nello specifico, in considerazione i Considerando 41<sup>138</sup> e 45<sup>139</sup> si potrebbe affermare che, verificata la funzione istituzionale e la sussistenza di un obbligo, in capo al titolare, o l'indispensabilità del trattamento per l'espletamento del compito di pubblico interesse o nell'esercizio di poteri pubblici, le norme generali

---

<sup>138</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), Considerando 41: *“Qualora il presente regolamento faccia riferimento a una base giuridica o a una misura legislativa, ciò non richiede necessariamente l'adozione di un atto legislativo da parte di un parlamento, fatte salve le prescrizioni dell'ordinamento costituzionale dello Stato membro interessato. Tuttavia, tale base giuridica o misura legislativa dovrebbe essere chiara e precisa, e la sua applicazione prevedibile, per le persone che vi sono sottoposte, in conformità della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (la «Corte di giustizia») e della Corte europea dei diritti dell'uomo”*.

<sup>139</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), Considerando 45: *“È opportuno che il trattamento effettuato in conformità a un obbligo legale al quale il titolare del trattamento è soggetto o necessario per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri sia basato sul diritto dell'Unione o di uno Stato membro. Il presente regolamento non impone che vi sia un atto legislativo specifico per ogni singolo trattamento. Un atto legislativo può essere sufficiente come base per più trattamenti effettuati conformemente a un obbligo giuridico cui è soggetto il titolare del trattamento o se il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri. Dovrebbe altresì spettare al diritto dell'Unione o degli Stati membri stabilire la finalità del trattamento. Inoltre, tale atto legislativo potrebbe precisare le condizioni generali del presente regolamento che presiedono alla liceità del trattamento dei dati personali, prevedere le specificazioni per stabilire il titolare del trattamento, il tipo di dati personali oggetto del trattamento, gli interessati, i soggetti cui possono essere comunicati i dati personali, le limitazioni della finalità, il periodo di conservazione e altre misure per garantire un trattamento lecito e corretto. Dovrebbe altresì spettare al diritto dell'Unione o degli Stati membri stabilire se il titolare del trattamento che esegue un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri debba essere una pubblica autorità o altra persona fisica o giuridica di diritto pubblico o, qualora sia nel pubblico interesse, anche per finalità inerenti alla salute, quali la sanità pubblica e la protezione sociale e la gestione dei servizi di assistenza sanitaria, di diritto privato, quale un'associazione professionale”*.

sull'attività e sui procedimenti amministrativi possono considerarsi una base giuridica sufficiente e adeguata da porre come base del trattamento interno dei dati c.d. comuni<sup>140</sup>.

Per la centralità rivestita nel nuovo sistema europeo sulla protezione dei dati, il sistema sanzionatorio è stato uno degli aspetti sul quale il d.lgs. 101/2018 ha inciso maggiormente andando a modificare la normativa indicata dal Codice *privacy*.

Occorre ricordare che l'art. 84 del regolamento concede agli Stati membri di prevedere, nello specifico per le violazioni non soggette a sanzioni amministrative pecuniarie elencate all'art. 83, ulteriori sanzioni, a condizione che siano effettive, proporzionali e dissuasive. Proprio in base a tale disposizione si sono apportate le modifiche maggiormente significative al d.lgs. 196/2003<sup>141</sup>.

Il nuovo art. 166 del Codice *privacy* prevede ora quanto segue: *“1. Sono soggette alla sanzione amministrativa di cui all'articolo 83, paragrafo 4, del Regolamento le violazioni delle disposizioni di cui agli articoli 2-quinquies, comma 2, 2-quinquiesdecies, 92, comma 1, 93, comma 1, 123, comma 4, 128, 129, comma 2, e 132-ter. Alla medesima sanzione amministrativa è soggetto colui che non effettua la valutazione di impatto di cui all'articolo 110, comma 1, primo periodo, ovvero non sottopone il programma di ricerca a consultazione preventiva del Garante a norma del terzo periodo del predetto comma. 2. Sono soggette alla sanzione amministrativa di cui all'articolo 83, paragrafo 5, del Regolamento le violazioni delle disposizioni di cui agli articoli 2-ter, 2-quinquies, comma 1, 2-sexies, 2-septies, comma 8, 2-octies, 2-terdecies, commi 1, 2, 3 e 4, 52, commi 4 e 5, 75, 78, 79, 80, 82, 92, comma 2, 93, commi 2 e 3, 96, 99, 100, commi 1, 2 e 4, 101, 105 commi 1, 2 e 4, 110-bis, commi 2 e 3, 111, 111-bis, 116, comma 1, 120, comma 2, 122, 123, commi 1, 2, 3 e 5, 124, 125, 126, 130, commi da 1 a 5, 131, 132, 132-bis, comma 2, 132-quater, 157, nonché delle misure di garanzia, delle regole deontologiche di cui rispettivamente agli articoli 2-septies e 2-quater. 3. Il Garante è l'organo competente ad adottare i provvedimenti correttivi di cui all'articolo 58, paragrafo 2, del Regolamento, nonché ad irrogare le sanzioni di cui all'articolo 83 del medesimo Regolamento e di cui ai commi 1 e 2. 4. Il procedimento per l'adozione dei provvedimenti e delle sanzioni indicati al comma 3 può essere avviato, nei confronti sia di soggetti privati, sia di autorità pubbliche ed organismi pubblici, a seguito di reclamo ai sensi dell'articolo 77 del Regolamento o di attività istruttoria d'iniziativa del Garante, nell'ambito dell'esercizio dei poteri d'indagine di cui all'articolo 58, paragrafo 1, del Regolamento, nonché in relazione ad accessi, ispezioni e verifiche svolte in base a poteri di accertamento autonomi, ovvero delegati dal Garante. 5. L'Ufficio del Garante, quando ritiene che gli elementi acquisiti nel corso delle attività di cui al comma 4 configurino una o più violazioni indicate nel presente titolo e nell'articolo 83, paragrafi 4, 5 e 6, del Regolamento, avvia il procedimento per l'adozione dei provvedimenti e delle sanzioni di cui al comma 3 notificando al titolare o al responsabile del trattamento le presunte violazioni, nel rispetto delle garanzie*

---

<sup>140</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 160.

<sup>141</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pag. 161.

previste dal Regolamento di cui al comma 9, salvo che la previa notifica della contestazione non risulti incompatibile con la natura e le finalità del provvedimento da adottare. 6. Entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 5, il contravventore può inviare al Garante scritti difensivi o documenti e può chiedere di essere sentito dalla medesima autorità. 7. Nell'adozione dei provvedimenti sanzionatori nei casi di cui al comma 3 si osservano, in quanto applicabili, gli articoli da 1 a 9, da 18 a 22 e da 24 a 28 della legge 24 novembre 1981, n. 689; nei medesimi casi può essere applicata la sanzione amministrativa accessoria della pubblicazione dell'ordinanza-ingiunzione, per intero o per estratto, sul sito internet del Garante. I proventi delle sanzioni, nella misura del cinquanta per cento del totale annuo, sono riassegnati al fondo di cui all'articolo 156, comma 8, per essere destinati alle specifiche attività di sensibilizzazione e di ispezione nonché di attuazione del Regolamento svolte dal Garante. 8. Entro il termine di cui all'articolo 10, comma 3, del decreto legislativo n. 150 del 2011 previsto per la proposizione del ricorso, il trasgressore e gli obbligati in solido possono definire la controversia adeguandosi alle prescrizioni del Garante, ove impartite, e mediante il pagamento di un importo pari alla metà della sanzione irrogata. 9. Nel rispetto dell'articolo 58, paragrafo 4, del Regolamento, con proprio regolamento pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, il Garante definisce le modalità del procedimento per l'adozione dei provvedimenti e delle sanzioni di cui al comma 3 ed i relativi termini, in conformità ai principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione, nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione. 10. Le disposizioni relative a sanzioni amministrative previste dal presente codice e dall'articolo 83 del Regolamento non si applicano in relazione ai trattamenti svolti in ambito giudiziario”<sup>142</sup>.

---

<sup>142</sup> Art. 166 del Codice privacy, come modificato dall'art. 15, comma 1, lett. a) del d.lgs. 101/2018.

## CAPITOLO III

### LA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

#### 1. L'accesso civico generalizzato ai dati relativi alle importazioni di prodotti alimentari. Le sentenze del Consiglio di Stato, sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546 e 9 ottobre 2019, n. 6897

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, ha accolto l'appello della Confederazione Nazionale Coldiretti avverso la sentenza del TAR Lazio<sup>1</sup>, la quale aveva respinto il ricorso proposto contro il diniego alla richiesta di accesso civico generalizzato ad opera del Ministero della Salute, avente ad oggetto "Richiesta di accesso ai dati dei flussi commerciali del latte e dei prodotti lattiero caseari oggetto di scambio intracomunitario e provenienti dall'estero".

In esito al giudizio di secondo grado, attraverso il quale era stato annullato il diniego opposto dal Ministero della Salute, quest'ultimo ha accolto solo parzialmente l'istanza e, di conseguenza, la ricorrente ha proposto il ricorso per ottemperanza, richiedendo l'esecuzione della sentenza in esame.

Il Consiglio di Stato ha accolto anche tale ultimo ricorso, disponendo che non può essere opposto un diniego alla richiesta di accesso relativa a dati concernenti l'importazione delle imprese controinteressate che non abbiano espresso il loro consenso all'accesso, prospettando il rischio di un pregiudizio generico e astratto. Al contrario, l'Amministrazione "*dovrà: a) indicare chiaramente quale – tra gli interessi elencati all'art. 5 bis, co. 1 e 2 – viene pregiudicato; b) valutare se il pregiudizio (concreto) prefigurato dipende direttamente dalla disclosure dell'informazione richiesta; c) valutare se il pregiudizio conseguente alla disclosure è un evento altamente probabile, e non soltanto possibile*". Altresì, nel caso di specifiche ragioni di riservatezza, si riconosce all'amministrazione di tenerne conto "*mediante parziale oscuramento dei dati*"<sup>2</sup>.

La pronuncia in esame riveste una posizione di particolare importanza. In primo luogo, il diritto di accesso generalizzato viene interpretato in modo estensivo, dunque come strumento di partecipazione dei cittadini all'azione della pubblica amministrazione e, quindi, di cooperazione dei cittadini con le Istituzioni pubbliche, secondo il modello di "cittadinanza attiva".

Inoltre, il diritto di accesso in questione, ispirato al Foia americano, viene esercitato da un'associazione di categoria, nell'ipotesi in esame, la Coldiretti, la più grande associazione di imprese agricole italiane, per poter salvaguardare l'interesse generale del cittadino, ma anche un interesse degli operatori rappresentati dalla Coldiretti.

#### 1.1. La vicenda

La Confederazione Nazionale Coldiretti avanzava, ai sensi dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013, due diverse richieste di accesso a due Direzioni Generali del Ministero della salute, con medesimo oggetto.

---

<sup>1</sup> Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), 16 marzo 2018, n. 2994

<sup>2</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 9 ottobre 2019, n. 6897.

In particolare, nel 2017 la Coldiretti presentava alla Direzione Generale della Sanità animale e dei farmaci veterinari e alla Direzione Generale per la Prevenzione sanitaria del Ministero della Salute due distinte istanze per accedere ai *“dati e ai documenti relativi alle importazioni di latte e dei prodotti lattiero caseari provenienti da Paesi comunitari ed extracomunitari”*<sup>3</sup>. Entrambe le Direzioni rifiutavano l’accesso.

La Direzione Generale della Sanità animale e dei farmaci veterinari, nello specifico, rifiutava la richiesta di ostensione data l’ampiezza della domanda e la non individuazione di soggetti controinteressati, richiedendo alla Coldiretti di *“circostanziare l’istanza, individuando specificamente i dati e/o documenti di interesse”*, di modo tale che, ai sensi dell’art. 5 bis del d.lgs. 33/2013 e secondo le Linee Guida dell’ANAC, si potessero informare eventuali controinteressati ai quali sarebbe potuto derivare un pregiudizio dall’accesso. In proposito, la Direzione concludeva per l’ostensione di un *“report contenente le informazioni aggregate per Paese estero di spedizione e per provincia di destinazione in Italia, senza i riferimenti delle ditte individuali e dei soggetti giuridici nazionali ed esteri”*.

Al contrario, la Direzione Generale per la Prevenzione sanitaria rigettava la richiesta eccependo la propria incompetenza in materia di latte e di prodotti lattiero caseari.

La Coldiretti, poi, presentava una richiesta di accesso più circostanziata relativa a *“dati di importazione del secondo trimestre dell’anno 2017, di latte e prodotti lattiero caseari provenienti da Paesi non aderenti all’Unione europea ovvero oggetto di scambio intracomunitario”*, la quale ultima veniva ugualmente rigettata in ragione della problematica relativa ai dati personali e alla protezione di interessi e segreti economici e commerciali delle ditte, per i possibili effetti anticoncorrenziali derivanti dall’accesso ai documenti.

Infine, ai sensi dell’art. 5 del d.lgs. 33/2013 la Confederazione Nazionale Coldiretti presentava ricorso al responsabile della trasparenza, chiedendo l’ostensione della documentazione già oggetto dell’istanza di accesso civico, ottenendo un ulteriore diniego.

Dunque, la Coldiretti ricorreva al Tar Lazio richiedendo l’annullamento della nota della Direzione generale della sanità animale e dei farmaci veterinari del Ministero della Salute e della nota della Direzione generale della prevenzione sanitaria. Altresì, richiedeva l’annullamento della nota del Responsabile della trasparenza del Ministero della salute e della risposta del responsabile contro il ricorso diretto a contestare la legittimità delle due risposte all’istanza di accesso. Con motivi aggiunti, successivamente, ricorreva anche avverso la risposta alla nuova richiesta di accesso.

Il Tar Lazio concludeva ritenendo non meritevole di tutela la domanda di accesso, quindi confermando la validità del rigetto, asserendo che il consumatore era già in grado di conoscere la provenienza del latte lavorato o il tipo di latte usato in ragione dell’esistenza dell’art. 2 del D.m. 9 dicembre 2016, il quale è relativo *“all’indicazione dell’origine in etichetta della materia prima per il latte e i prodotti lattieri caseari, in attuazione del regolamento (UE) n. 1169/2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai*

---

<sup>3</sup> TAR Lazio, Sez. III, 16 marzo 2018, n. 2994

consumatori” e, a norma del quale, l’etichetta deve presentare “l’indicazione di origine del latte o del latte usato come ingrediente nei prodotti lattiero – caseari di cui all’allegato”<sup>4</sup>.

Di conseguenza, la Coldiretti proponeva appello contro la sentenza di primo grado, lamentando il fatto che il diniego alla domanda di accesso, opposto dall’amministrazione, ledeva il diritto dei consumatori di poter conoscere la provenienza dei prodotti tramite il confronto tra le importazioni di latte e di prodotti lattiero caseari da parte di una determinata azienda e le etichette apposte sui prodotti di quest’ultima. Quindi, asseriva la Coldiretti, risultavano lesi “sia il diritto del consumatore ad essere informato, sia il buon andamento e lo sviluppo di un mercato largamente rappresentato dalla medesima Confederazione Nazionale Coldiretti”<sup>5</sup>.

I Giudici di Palazzo Spada, con sentenza del 6 marzo 2019, n. 1546, hanno deliberato sulla questione assumendo, rispetto al TAR Lazio, una posizione opposta, dunque accogliendo il ricorso presentato dalla ricorrente.

Il Consiglio di Stato si è pronunciato affermando la fondatezza dell’istanza della Coldiretti e, operando un *excursus* sulle recenti riforme del diritto di accesso, è giunto ad una lettura particolarmente estensiva dell’istituto, giudicandolo come espressione di cittadinanza attiva ed espressione della cura dei beni comuni. Difatti, statuisce che “il nuovo accesso civico risponde pienamente ai sopraindicati principi del nostro ordinamento nazionale di trasparenza e imparzialità dell’azione amministrativa e di partecipazione diffusa dei cittadini alla gestione della «Cosa pubblica», ai sensi degli articoli 1 e 2 della Costituzione, nonché, ovviamente, dell’art. 97 Cost., secondo il principio di sussidiarietà di cui all’art.118 della Costituzione”<sup>6</sup>.

L’interpretazione operata attraverso la sentenza del Consiglio di Stato viene condivisa e affermata anche dai giudici in sede di ottemperanza<sup>7</sup>. La Coldiretti agiva per l’esecuzione della sentenza in ragione del fatto che l’Amministrazione aveva accolto solo parzialmente l’istanza<sup>8</sup>, successivamente ad un parere, richiesto dalla

---

<sup>4</sup> Art. 2, Decreto ministeriale, 9 dicembre 2016.

<sup>5</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546

<sup>6</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546, par. 14.

<sup>7</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 9 ottobre 2019, n. 6897. La Coldiretti “a) lamenta la contraddittorietà del provvedimento, nella parte in cui dispone diversamente a seconda del fatto che il controinteressato abbia, o meno, dato il proprio consenso all’ostensione documentale. Così facendo l’amministrazione compulsata avrebbe trasformato il diritto di accesso in un diritto condizionato all’arbitrario consenso altrui ed avrebbe fatto dipendere una caratteristica del documento (la sua accessibilità) dalla soggettiva volontà dell’uno o dell’altro controinteressato; b) contesta che sussistano le esigenze di tutela della riservatezza delle ditte individuali, del know-how riservato e delle informazioni commerciali valorizzate dall’Amministrazione quali ragione ostative all’accesso, vertendo questo sulle sole informazioni relative (i) al nominativo del soggetto importatore, (ii) al tipo di prodotto importato e (iii) al relativo paese di provenienza - e non riguardando, al contrario, il nominativo del soggetto fornitore, il prezzo di acquisto o gli accordi commerciali intercorrenti tra fornitore e importatore; c) censura la scelta dell’Amministrazione di richiedere un parere all’Autorità Garante della Concorrenza e del mercato in merito ai potenziali riflessi sulla concorrenza dell’ostensione dei dati per cui è causa, avendo il Consiglio di Stato già ritenuto – nella sentenza ottemperanda – che la legittimazione ad agire di Coldiretti non è inficiata dal possibile conflitto fra l’interesse di singoli associati e quello azionato dalla Confederazione in giudizio, proprio in ragione del fatto che la divulgazione dei dati presso i consumatori “... può favorire un corretto e regolato confronto concorrenziale”.

<sup>8</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 9 ottobre 2019, n. 6897 “In questa sede, Coldiretti lamenta la nullità della nota n. 10549-P-15/4/2019, con la quale il Ministero ha inteso dare esecuzione alla sentenza di cui al punto che precede, accogliendo parzialmente l’istanza. La nota consente l’accesso ai dati e documenti richiesti “... limitatamente ai soggetti che in qualità di controinteressati hanno espresso il consenso” (in numero di 9), e lo nega invece relativamente ai controinteressati (in numero di 1024) che tale consenso non hanno espresso “... stante la necessità di evitare un pregiudizio concreto alla tutela dei seguenti interessi privati: la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia, nonché gli interessi economici e commerciali di persone fisiche o giuridiche”.

medesima, dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato in relazione agli eventuali riflessi concorrenziali che potessero scaturire dall’accesso ai dati<sup>9</sup>.

## 1.2. L’evoluzione del diritto di accesso

Per poter comprendere le ragioni per le quali tale pronuncia del Consiglio di Stato sia un’ulteriore progressione in tema di trasparenza, è utile operare una ricostruzione storica e sistematica dell’istituto.

È indubbio che il diritto di accesso agli atti di cittadini ed imprese rappresenti una necessaria conseguenza dei principi di trasparenza e partecipazione, i quali devono permeare l’*agere* amministrativo alla stregua dei principi fondamentali di legalità, tutela dei diritti della persona, uguaglianza e non discriminazione. In merito, vi è un’importante sentenza della Corte Costituzionale, del 23 gennaio 2019, n. 20 attraverso la quale si è enfatizzato il concetto della conoscibilità delle risorse pubbliche sia in relazione all’art. 1 Cost. che, in secondo luogo, all’art. 97 Cost., asserendo che i principi di pubblicità e trasparenza sono riferiti, oltre che a tutti gli aspetti rilevanti della vita pubblica e istituzionale, anche al buon andamento dell’amministrazione e ai dati che quest’ultima possiede e controlla.

Dunque, con la legge n. 241 del 1990 si opera, nel nostro ordinamento, una sorta di rivoluzione copernicana, poiché si supera il principio di segretezza per passare ad una nuova concezione, cioè ad un’attività amministrativa trasparente. Il legislatore nazionale, difatti, all’art. 22, comma 1, lett. a), l. n. 241/1990 prevede “*il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi*” e tale previsione viene configurata “*come principio generale dell’attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l’imparzialità e la trasparenza*”<sup>10</sup>.

In tale prima configurazione del diritto di accesso, però, non è sufficiente che il cittadino sia semplicemente curioso, ma è necessario che esso sia titolare di un interesse differenziato e meritevole di tutela.

Il principio di trasparenza, si evidenzia, garantisce la partecipazione all’azione amministrativa e, inoltre, viene configurato come mezzo per poter tutelare la concorrenza e prevenire la corruzione. Quindi, il legislatore ha individuato il diritto di accesso tra i vari strumenti per raggiungere le finalità suddette.

Accanto, poi, all’accesso documentale, sono state introdotte due ulteriori forme di accesso: l’accesso civico semplice e l’accesso civico c.d. generalizzato.

Con riguardo al primo, esso consente a chiunque di poter richiedere l’accesso alle informazioni e ai dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni, sui quali vige un obbligo di pubblicazione, nel caso in cui esse non abbiano ottemperato a tale obbligo.

Invece, con previsione più generale al fine di “*favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito*

---

<sup>9</sup> Richiesta di parere del Ministero della Salute, sul caso Coldiretti, all’A.G.C.M., si veda Bollettino 24 giugno 2019, n. 25, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>10</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546, par. 9

*pubblico*<sup>11</sup>, viene previsto il diritto di accesso generalizzato, cioè il diritto di accedere ai dati e documenti detenuti dalle amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione.

Dunque, il diritto di accesso viene introdotto nell'ordinamento italiano, per la prima volta, con la legge n. 241/1990. E, inizialmente, tale legge era l'unico strumento per poter attuare il principio di trasparenza, ma poi, con l'introduzione del diritto di accesso civico, partecipazione dei privati e l'imparzialità della pubblica amministrazione vengono perseguiti attraverso quest'ultimo, il quale viene elevato a "*principio generale dell'attività amministrativa*"<sup>12</sup>.

Successivamente, con il d.lgs. n. 33/2013, il c.d. decreto trasparenza, i confini della trasparenza e i relativi obblighi di pubblicità sono stati estesi. Si afferma, di conseguenza, una nuova concezione di trasparenza, finalizzata al corretto esercizio dei diritti e doveri di cittadinanza. Il decreto trasparenza, aveva previsto inizialmente solo l'accesso semplice, perlopiù ritenuto uno strumento sanzionatorio e con finalità di controllo nei confronti delle amministrazioni che avessero violato gli obblighi di pubblicazione imposti a loro carico dalla legge<sup>13</sup>.

Tale intervento normativo, però, non è stato esente da critiche per due ordini di ragioni. In primo luogo, non si riusciva a limitare la regola del segreto, la quale veniva disapplicata solo da specifici interventi legislativi. E, in secondo luogo, si era rilevata la ristretta capacità della nuova disciplina di poter dare effettivamente attuazione ad una reale cultura della trasparenza.

Dunque, data l'inadeguatezza di tale contesto, è intervenuto il d.lgs. n. 97/2016, data la evidente necessità di riconoscere a chiunque un vero e proprio diritto di accesso c.d. generalizzato. Infatti "*allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis*"<sup>14</sup>.

Quindi, la trasparenza amministrativa, nell'ordinamento italiano, si fonda su tre diversi diritti: accesso documentale, accesso semplice e accesso generalizzato<sup>15</sup>.

*"La ricostruzione del predetto quadro normativo consente ... di evidenziare che il nuovo accesso civico, che attiene alla cura dei beni comuni ai fini d'interesse generale, si affianca senza sovrapposizioni alle forme di pubblicazione on line del 2013 ed all'accesso agli atti amministrativi del 1990, consentendo, del tutto coerentemente con la ratio che lo ha ispirato e che lo differenzia dall'accesso qualificato previsto dalla citata legge generale sul procedimento, l'accesso alla generalità degli atti e delle informazioni, senza onere di*

---

<sup>11</sup> Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013

<sup>12</sup> Si veda PROIETTI, Roberto, *Le novità in tema di procedimento e provvedimento*, supplemento al fascicolo n. 47/2005 di Diritto & Giustizia, 2005.

<sup>13</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 17.

<sup>14</sup> Art. 5, comma 2, d.lgs. 33/2013

<sup>15</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 29.

*motivazione, a tutti i cittadini singoli ed associati, in guisa da far assurgere la trasparenza a condizione indispensabile per favorire il coinvolgimento dei cittadini nella cura della “Cosa pubblica”, oltreché mezzo per contrastare ogni ipotesi di corruzione e per garantire l'imparzialità e il buon andamento dell'Amministrazione”<sup>16</sup>.*

Quindi, l'istituzione di questa nuova forma di accesso rappresenta il punto di arrivo di un'evoluzione iniziata con la legge del 1990, e la quale, ora, trova espresso riconoscimento nell'art. 1 del d.lgs. 33/2013, il quale sancisce che *“la trasparenza è intesa 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”*.

Ed è proprio in base a questa ricostruzione ed interpretazione degli istituti in esame che il Consiglio di Stato, nella sentenza in commento, ha accolto l'appello proposto dalla Confederazione Nazionale Coldiretti.

Infatti, come rilevato precedentemente, il Collegio ha ritenuto che il diritto di accesso, in tutte le sue estrinsecazioni, deve *“favorire il coinvolgimento dei cittadini nella cura della «Cosa pubblica»”* in attuazione degli articoli 1 e 2, 97 della Costituzione, e, altresì, in base al principio di sussidiarietà enunciato all'art. 118 della Costituzione, favorire la *“autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale”*. Di conseguenza, dunque, al modello solidaristico enunciato dall'art. 2 Cost. si affianca un nuovo modello di “cittadinanza attiva”.

### **1.3. La questione relativa al perseguimento di un interesse privato attraverso l'esercizio del diritto di accesso**

È importante, a questo punto, rilevare come il Giudice abbia esaminato la correlazione fra titolarità soggettiva del diritto di accesso civico e *status* di cittadino.

Occorre evidenziare come l'accesso civico generalizzato può essere esercitato da chiunque, senza essere subordinato alla dimostrazione di un determinato interesse da parte del cittadino e, inoltre, tale tipologia di accesso si caratterizza per il fatto che l'istante non è tenuto a motivare la propria richiesta<sup>17</sup>. Tale strumento ha la *“finalità di consentire una pubblicità diffusa e integrale dei dati, dei documenti e delle informazioni che sono considerati, in base alle norme, come pubblici e quindi conoscibili. ... Tale controllo è, quindi, funzionale a consentire la partecipazione dei cittadini al dibattito pubblico e finalizzato ad assicurare un diritto a conoscere in piena libertà anche dati “ulteriori” e cioè diversi da quelli pubblicati, naturalmente senza travalicare i limiti previsti dal legislatore e posti a tutela di eventuali interessi pubblici o privati che potrebbero confliggere con la volontà di conoscere espressa dal cittadino. Per facilitare il raggiungimento di tale obiettivo la disciplina prevista per l'accesso civico generalizzato dispone che questo non sia sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente; l'istanza non deve essere*

---

<sup>16</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546, par. 17.

<sup>17</sup> Si veda MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini*, op. cit., pag. 28.

*motivata; deve esclusivamente limitarsi a indicare i dati, le informazioni o i documenti che si intendono conoscere*<sup>18</sup>.

Nel caso di specie, il Ministero contestava la legittimazione a proporre domanda di accesso in capo alla Coldiretti. Difatti, ad operare la richiesta di ostensione era un'associazione di categoria posta a tutela di interessi economici di produttori agricoli, e non un singolo cittadino. E, inoltre, tale posizione ha fatto sorgere un ulteriore quesito, cioè se vi possa essere un conflitto di interessi con gli iscritti alla Confederazione Nazionale Coldiretti, i quali potrebbero essere pregiudicati dalla richiesta di ostensione. Inoltre, la Confederazione agiva sulla base di un interesse economico.

Il Ministero rilevava, altresì, *“possibili effetti anticoncorrenziali derivanti dall’ostensione dei dati ed una possibile conseguente lesione degli interessi e dei segreti economici e commerciali delle ditte coinvolte. Ciò in quanto le informazioni per cui è causa, avendo ad oggetto direttamente le fonti di approvvigionamento, potrebbero consentire di desumere le capacità produttive e di programmazione del singolo operatore”*.

Con riguardo alla prima questione, relativa alla legittimazione dell'associazione a proporre domanda di accesso, il Consiglio di stato ha ribadito come tale diritto spetti a “chiunque”. Di conseguenza, i giudici di Palazzo Spada affermano la legittimazione della Coldiretti a presentare istanza di accesso a documenti e informazioni, *“a maggior ragione se riguardanti un mercato in cui essa rappresenta la maggioranza degli operatori economici perseguendone, per finalità statutaria, la tutela e lo sviluppo, posto che la completa informazione dei consumatori (oltre a costituire un diritto di questi ultimi, sancito dal Codice del consumo) può favorire un corretto e regolato confronto concorrenziale, nonché un aumento dei consumi interni ed un ulteriore sviluppo di quel mercato. Ciò è vero e dirimente anche laddove dovesse tradursi in un danno per alcuni dei singoli operatori associati, posto che l’eventuale pregiudizio dei singoli non può andare a detrimento delle finalità associative statutariamente condivise”*<sup>19</sup>.

Dunque, è stata espressamente affermata la legittimazione del soggetto appellante, in ragione del fatto che l'istituto dell'accesso civico generalizzato risponde alla regola di *full disclosure*, quindi assicura il bene “conoscenza” senza che vi sia la necessità di dover dimostrare, in capo all'istante, la titolarità di un interesse giuridicamente rilevante<sup>20</sup>.

Altresì, dalla sentenza si evince come il Consiglio di stato abbia operato un bilanciamento tra interessi contrapposti e abbia concluso nel senso che le esigenze di tutela dei consumatori prevalgono sull'eventuale danno agli operatori associati.

Inoltre, in linea con la *ratio* del d.lgs. 33/2013, la tutela di un interesse privato è compatibile con quella dell'interesse pubblico, essendo, di conseguenza, possibile perseguire il primo, acquisendo e diffondendo

---

<sup>18</sup> Tar Campania, Sez. VI, 9 maggio 2019, n. 2486, par. 7.

<sup>19</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546, par. 19.1.

<sup>20</sup> La significativa differenza fra la disciplina relativa all'accesso documentale e quella dell'accesso civico risiede nella necessità, in capo all'amministrazione, di operare un bilanciamento di interessi, nel caso di accesso civico generalizzato, confrontando l'interesse generale e astratto all'ostensione del dato con il pregiudizio concreto di una lesione che potrebbe derivare all'interesse, pubblico o privato, dalla pubblicazione e divulgazione (si veda Consiglio di Stato, sez. VI, 31 gennaio 2018, n. 651).

informazioni, per tutelare anche il secondo. Questa interpretazione è, evidentemente, connessa con l'esigenza di estendere le informazioni relative alla provenienza del latte lavorato o al tipo di latte usato, proprio perché *“le informazioni prescritte nelle etichette sono ben minori di quelle a cui si chiede di accedere e soprattutto non consentono di tracciare i prodotti lattiero caseari dei quali il latte importato sia ingrediente”*. Dunque, le indicazioni riportate nelle etichette risultano essere limitate rispetto a quelle alle quali la Coldiretti chiede di accedere<sup>21</sup>.

Successivamente alla pronuncia dei giudici di legittimità con cui si stabiliva *“l'obbligo dell'Amministrazione intimata di dare corso, senza alcun indugio, alla seconda domanda di accesso civico dell'Associazione appellante, previa attivazione e conclusione, nei termini di legge, della procedura di confronto con i potenziali controinteressati, i quali, in relazione alla specificità del caso, potranno essere interpellati preliminarmente in via generale secondo modalità telematiche. L'Amministrazione potrà, se del caso, tenere conto (mediante il parziale oscuramento dei dati) solo di eventuali specifiche ragioni di riservatezza dei controinteressati”*<sup>22</sup>, e al fine di ottemperare alla citata pronuncia, il Ministero della Salute ha richiesto un parere all'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato in relazione al possibile pregiudizio che potesse derivare alla concorrenza in conseguenza della diffusione dei dati richiesti. Difatti, il Ministero chiede *“se la diffusione dei dati richiesti dalla Coldiretti possa compromettere la concorrenza sul mercato oltreché la credibilità e la produttività delle aziende, tenuto conto che tali dati hanno un ruolo fondamentale nella strategia aziendale e che la loro diffusione ad aziende concorrenti potrebbe essere gravemente lesiva degli interessi economici e commerciali, considerato pure che la Coldiretti non è solo un sindacato agricolo, rappresentante di coltivatori diretti, imprese e società agricole, cooperative di trasformazione e consorzi di imprese, ma è anche azionista, con propri rappresentanti nei consigli di amministrazione, di numerose aziende di trasformazione private e cooperative ed agisce quindi anche da concorrente delle aziende delle quali chiede dati e informazioni riservate e che, pertanto, esiste il concreto rischio che le informazioni diffuse [dal Ministero] vengano utilizzate in modo strumentale, distorto o parziale da parte di uno o più concorrenti”*<sup>23</sup>.

L'Autorità, nel rendere il parere richiesto, assume una posizione intermedia. In relazione agli effetti concorrenziali, essa rileva che oggetto di istanza siano delle informazioni commerciali sensibili, non aggregate e, dunque, idonee a limitare le *“naturali incertezze inerenti il confronto competitivo tra imprese”*. Quindi, l'autorità, ispirandosi ad una giurisprudenza comunitaria consolidata<sup>24</sup>, afferma che vi possa essere un

---

<sup>21</sup> Al contrario, il TAR del Lazio considerava non meritevole di tutela la domanda di accesso della Coldiretti e rigettava il ricorso sul presupposto che il consumatore fosse in grado di conoscere la provenienza del latte lavorato o il tipo di latte usato attraverso l'art. 2 del D.M. 9 dicembre 2016, il quale è relativo alla *“Indicazione dell'origine in etichetta della materia prima per il latte e i prodotti lattiero caseari, in attuazione del regolamento (UE) n. 1169/2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori”* e a norma del quale l'etichetta deve fornire *“l'indicazione di origine del latte o del latte usato come ingrediente nei prodotti lattiero – caseari di cui all'allegato”*.

<sup>22</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546, par. 21.

<sup>23</sup> Richiesta di parere del Ministero della Salute, sul caso Coldiretti, all'A.G.C.M., si veda Bollettino 24 giugno 2019, n. 25, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>24</sup> Corte di Giustizia UE, C-8/08, sent. 4 giugno 2009, *T-Mobile Netherlands*

possibile pregiudizio nel caso in cui tali dati siano scambiati tra imprese concorrenti, dal momento che non vi sono “specifiche, rigorose, predeterminate e trasparenti misure volte a circoscrivere e tracciare l’impiego da parte di Coldiretti dei Dati al fine di garantire che questi non siano impiegati da essa in quanto impresa ovvero interlocutrice e/o facilitatrice di contatti tra imprese terze (siano o meno queste sue associate)”. Altresì, ha sottolineato l’obbligo “per l’Amministrazione di avviare, al ricevimento della domanda, il procedimento in contraddittorio con gli eventuali controinteressati al fine di tutelare i loro diritti. Qualora, nel contesto di tale procedura d’interpello, i controinteressati sollevassero la potenziale rilevanza sotto il profilo concorrenziale, nei termini sopra indicati, della comunicazione dei Dati a Coldiretti, siffatta obiezione dovrebbe essere tenuta in considerazione quale specifica ragione di riservatezza, al fine di evitare ogni pregiudizio alle condizioni concorrenziali del settore di riferimento”. Quest’ultimo sancito dal Consiglio di stato nella citata sentenza n. 1546/2019<sup>25</sup>.

Occorre evidenziare una criticità in relazione al parere dell’AGCM. L’Autorità, pur conformandosi alla normativa vigente, precide del tutto da essa. Difatti, l’art. 5 bis del d.lgs. 33/2013<sup>26</sup> prevede espressamente i casi in cui è ammesso il diniego ad una richiesta di ostensione. Al contrario, nel parere emesso, seppur tali eccezioni siano state richiamate dalla sentenza del Consiglio di Stato, vengono rilevati ulteriori motivi che giustifichino un eventuale diniego all’istanza di accesso presentata dalla Coldiretti. Infatti, l’Autorità, afferma “come quelle richieste siano informazioni commerciali sensibili, non aggregate e pertanto tali da consentire a chi ne entri in possesso di veder ridotte in maniera significativa le naturali incertezze inerenti il confronto competitivo tra imprese; ciò in quanto il loro contenuto attiene, tra l’altro, a fonti di approvvigionamento e relative dipendenze operative, attività produttive e loro programmazione, con la possibilità di desumerne anche le stesse capacità installate di un determinato operatore. Tenuto conto delle caratteristiche del settore economico di riferimento e della predetta natura dei Dati, in linea con una consolidata giurisprudenza di riferimento (cfr., ex multis, Corte di Giustizia UE, C-8/08, sent. 4 giugno 2009, T- Mobile Netherlands),

---

<sup>25</sup> Richiesta di parere del Ministero della Salute, sul caso Coldiretti, all’A.G.C.M., si veda Bollettino 24 giugno 2019, n. 25, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>26</sup> Art. 5 bis così recita: “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) a conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; g) il regolare svolgimento di attività ispettive.

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.

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.

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.

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. 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.”.

*appare dunque certa una rilevanza degli stessi in una prospettiva antitrust nel caso in cui questi fossero scambiati tra operatori concorrenti*<sup>27</sup>.

Inoltre, bisogna aggiungere che i Dati summenzionati, rispetto a quelli oggetti di istanza di accesso da parte della Confederazione Nazionale Coldiretti, risultano eccedenti. Infatti, si tratta, in questo caso, di una interpretazione errata, dal momento che le informazioni di cui la Coldiretti richiede l'accesso *“non riguardano l'organizzazione aziendale, il modo di effettuare la commercializzazione di beni o servizi, il tipo di procedimento di fabbricazione ovvero i nominativi dei fornitori esteri”*<sup>28</sup>.

#### **1.4. Il tema dei controinteressati**

Un ulteriore punto critico della sentenza in esame concerne l'individuazione dei controinteressati.

Il Ministero, difatti, solleva tale problematica sia in merito al pregiudizio che potrebbe derivare ai soggetti in questione dall'ostensione dei dati, dunque relativo alla tutela di interessi privati quali gli interessi economici e commerciali e la protezione dei dati personali; e, inoltre, in ragione dell'attività eccessivamente onerosa in capo al Ministero in ordine all'individuazione dei controinteressati, ritenuti di numero elevato.

Procedendo per ordine, l'art. 5, comma 5, del d.lgs. 33/2013, sancisce che *“Fatti salvi i casi di pubblicazione obbligatoria, l'amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, ai sensi dell'articolo 5-bis, comma 2, è tenuta a dare comunicazione agli stessi”*. E, il richiamato art. 5 bis elenca gli interessi privati la cui presenza giustifica il diniego alla richiesta di ostensione. Quindi, la necessità di un contraddittorio si rinviene nelle esigenze di tutela di detti interessi.

Le linee guida ANAC, prevedono che *“laddove la richiesta di accesso generalizzato possa incidere su interessi connessi alla protezione dei dati personali, o alla libertà e segretezza della corrispondenza oppure agli interessi economici e commerciali, l'amministrazione deve darne comunicazione ai soggetti titolari di tali interessi”*<sup>29</sup>. In quest'ultimo caso il soggetto potrà presentare una motivata opposizione all'istanza, entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione.

Quindi, affinché vi possa essere un diniego all'accesso, il pregiudizio agli interessi elencati ai commi 1 e 2 dell'art. 5 bis deve essere concreto e deve, quindi, esistere un nesso di causalità fra l'istanza e il pregiudizio suddetto. In altri termini, l'amministrazione sarà onerata di *“a) indicare chiaramente quale – tra gli interessi elencati all'art. 5 bis, co. 1 e 2 – viene pregiudicato; b) valutare se il pregiudizio (concreto) prefigurato dipende direttamente dalla disclosure dell'informazione richiesta; c) valutare se il pregiudizio conseguente*

---

<sup>27</sup> Richiesta di parere del Ministero della Salute, sul caso Coldiretti, all'A.G.C.M., si veda Bollettino 24 giugno 2019, n. 25, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>28</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 9 ottobre 2019, n. 6897, par. 4.3.

<sup>29</sup> ANAC, delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, *“Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 comma 2 del d.lgs. 33/2013 – art. 5-bis, comma 6, del d.lgs. n. 33 del 14 marzo 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»”*.

*alla disclosure è un evento altamente probabile, e non soltanto possibile*”, non potendo limitarsi a rilevare il rischio in via generica e astratta.

Sul punto, il Consiglio di stato ha confermato l’erroneità del rifiuto opposto alla Coldiretti, in ragione del fatto che il pregiudizio rilevato era solo *“ipotetico e agevolmente rimovibile mediante la richiesta iniziale di segnalare specifiche ed ipotetiche circostanze ostative, purché riferite a profili diversi rispetto alle informazioni già obbligatoriamente riportate in etichetta”*<sup>30</sup>. Inoltre, il Consiglio ribadisce che l’Amministrazione avrà il potere di tener conto, mediante parziale oscuramento dei dati, *“solo di eventuali specifiche ragioni di riservatezza dei controinteressati, puntualmente motivate e circostanziate, eventualmente ritenute meritevoli di protezione, ma con riferimento a profili diversi ed ulteriori rispetto a quelli già implicitamente superate dai vigenti obblighi di pubblicazione di informazione dei consumatori”*<sup>31</sup>.

Con riguardo alla seconda questione, occorre dare la definizione di istanze massive, ovverosia le richieste volte ad ottenere un numero elevato di dati e/o documenti la cui ostensione comporta per l’amministrazione un carattere manifestamente oneroso e sproporzionato.

Nel caso di specie, il Ministero della Salute, nell’individuazione dei soggetti controinteressati, eccedeva la sussistenza di oneri eccessivi e sproporzionati, in ragione del fatto che gli operatori del settore alimentare fossero molteplici. Ma, il Consiglio di stato sul punto rileva che *“neppure può ritenersi che la domanda comporti oneri eccessivi e sproporzionati per l’Amministrazione. La stessa mira infatti ad ottenere dati disaggregati senza alcuna previa rielaborazione, la cui messa a disposizione (al contrario del report offerto dall’Amministrazione) non implica particolari oneri organizzativi o gestionali dell’Amministrazione (l’Associazione, nella prima domanda aveva anche proposto un diretto collegamento telematico alla banca dati ...)”*<sup>32</sup>.

Come si evince dalla sentenza, nella prima domanda proposta dalla Coldiretti, quest’ultima aveva richiesto l’accesso ai *database* dell’amministrazione, non comportando per la stessa alcun pregiudizio al buon funzionamento dal momento che i dati erano già raccolti nella banca dati in questione.

La direttiva europea 96/9/CE, definisce banca dati, all’art. 1, nel modo che segue *“una raccolta di opere, dati o altri elementi indipendenti, sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo”*<sup>33</sup>.

Il Consiglio di Stato ha, dunque, confermato *“... l’obbligo dell’Amministrazione intimata di dare corso, senza alcun indugio, alla seconda domanda di “accesso civico” dell’Associazione appellante, previa attivazione e conclusione, nei termini di legge, della procedura di confronto con i potenziali controinteressati, i quali, in relazione alla specificità del caso, potranno essere interpellati preliminarmente in via generale secondo modalità telematiche. L’Amministrazione potrà, se del caso, tenere conto (mediante il parziale oscuramento*

---

<sup>30</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546, par. 19.7.

<sup>31</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546, par. 21.

<sup>32</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546, par. 19.6.

<sup>33</sup> Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 96/9/CE, art. 1, n. 2, relativa alla tutela delle banche dati (pubblicata in G.U.C.E.L. n. 77 del 27 marzo 1996)

*dei dati) solo di eventuali specifiche ragioni di riservatezza dei controinteressati, puntualmente motivate e circostanziate, eventualmente ritenute meritevoli di protezione, ma con riferimento a profili diversi ed ulteriori rispetto a quelli già implicitamente superati dai vigenti obblighi di informazione dei consumatori”<sup>34</sup>.*

Sempre con riguardo al tema dei controinteressati, la Coldiretti successivamente ricorreva per l’ottemperanza della sentenza in ragione del fatto che il Ministero aveva accolto parzialmente l’istanza dell’associazione.

Difatti, il Ministero della Salute aveva consentito l’accesso ai dati e documenti richiesti “*«... limitatamente ai soggetti che in qualità di controinteressati hanno espresso il consenso» (in numero di 9), e lo nega invece relativamente ai controinteressati (in numero di 1024) che tale consenso non hanno espresso «... stante la necessità di evitare un pregiudizio concreto alla tutela dei seguenti interessi privati: la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia, nonché gli interessi economici e commerciali di persone fisiche o giuridiche»*”. In merito, dalla sentenza si evince quanto segue “*è significativo il fatto che il provvedimento ministeriale abbia negato in radice il diritto ad accedere a qualsiasi dato relativo all’importazione di tutti i soggetti controinteressati che non avevano prestato il proprio consenso all’accesso, senza tuttavia distinguere tra quanti avessero presentato opposizione e quanti si fossero astenuti dal farlo: il mancato accesso ai dati riferiti a quest’ultima categoria si pone in ancora più frontale contrasto con il giudicato perché, trattandosi di controinteressati che non hanno nemmeno avuto cura di indicare ragioni di riservatezza, risulta oltremodo vanificato il vincolo conformativo che obbligava il Ministero a tenere conto “solo di eventuali specifiche ragioni di riservatezza .. puntualmente motivate e circostanziate”, come tali dovendosi intendere le ragioni ostantive allegare e illustrate dai soggetti direttamente interessati”<sup>35</sup>*. E, inoltre, il Ministero non ha neppure preso in considerazione la possibilità di consentire l’accesso “*mediante parziale oscuramento dei dati*”. Tale accorgimento tecnico avrebbe potuto permettere l’ostensione del documento anche solo in modo parziale.

Il Consiglio di Stato, in tal modo, ha ribadito il diritto di accesso in capo alla Coldiretti e il conseguente obbligo dell’amministrazione di provvedere.

## **2. L’accesso civico generalizzato in materia di appalti nella sentenza del Consiglio di Stato,**

### **Adunanza plenaria, 2 aprile 2020, n. 10**

L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato pone fine al contrasto interpretativo concernente la questione sull’applicabilità dell’istituto dell’accesso civico generalizzato, di cui al d.lgs. n. 33/2013, agli atti delle procedure di appalto, anche alla fase esecutiva del contratto.

Il Collegio ha rilevato come la normativa appalti non rappresenti “*un buco nero della trasparenza*”, ma deve essere letta in chiave integrativa con quella prevista nel Decreto Trasparenza. Infatti, “*... il rapporto tra queste due discipline generali e quelle settoriali – si pensi, tra le più importanti, all’accesso civico di cui all’art. 10 del d.lgs. n. 267 del 2000 e a quello ambientale di cui all’art. 3 del d.lgs. n. 195 del 2005 – non può essere*

<sup>34</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546

<sup>35</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 9 ottobre 2019, n. 6897.

*letto unicamente e astrattamente, secondo un criterio di specialità e, dunque, di esclusione reciproca, ma secondo un canone ermeneutico di completamento/inclusione, in quanto la logica di fondo sottesa alla reazione tra le discipline non è quella della separazione, ma quella dell'integrazione dei diversi regimi, pur nelle loro differenze, in vista della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo che rifugge in sé da una segregazione assoluta "per materia" delle singole discipline*<sup>36</sup>.

La portata innovativa che deve essere riconosciuta alla decisione in esame è stata quella di apportare un rilevante contributo all'interpretazione dell'istituto come strumento di conoscenza a disposizione di chiunque, del *quisque de populo*.

La questione giuridica alla base di tale sentenza è stata quella della necessità di un'innovazione interpretativa e culturale, per poter dare alla disciplina nazionale in materia di trasparenza e accesso una lettura conforme al dettato comunitario e delle spinte "pro – trasparenza" che arrivano dall'esperienza di altri Paesi<sup>37</sup>.

Dunque, la pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in materia di accesso applicato alle procedure dei contratti pubblici, è una decisione che riveste importanza per aver risolto, *in primis*, il contrasto interpretativo insorto circa l'applicabilità in tale materia dell'istituto in questione e, inoltre, perché offre una lettura dell'istituto "*... che porta la trasparenza su corretti binari interpretativi*".

## **2.1. La vicenda**

La società Diddi s.r.l. ha proposto ricorso innanzi al TAR Toscana contro la nota dell'Azienda USL Toscana Centro con la quale si negava l'istanza di accesso della stessa, avente ad oggetto i documenti relativi all'esecuzione del "*Servizio Integrato Energia per le Pubbliche Amministrazioni*".

L'appellante, a supporto di tale istanza, aveva affermato di essere titolare di un interesse, qualificato e differenziato, avendo essa partecipato alla gara volta all'affidamento del servizio suddetto, classificandosi al secondo posto in graduatoria. La società richiedeva l'ostensione dei documenti al fine di verificare se, nell'esecuzione del contratto, si potessero rinvenire eventuali inadempienze dell'appaltatore, le quali sarebbero state idonee a determinare l'obbligo dell'amministrazione di risolvere il contratto e, di conseguenza, ad affidare il servizio alla Diddi s.r.l., secondo le regole dello scorrimento della graduatoria.

L'istanza, occorre sottolineare, non ha inteso richiamarsi esclusivamente alla disciplina dell'accesso documentale o quella dell'accesso civico generalizzato.

La motivazione al diniego opposto alla società è la seguente "*la documentazione richiesta concerne una serie di dati inerenti ad aspetti relativi all'esecuzione del rapporto contrattuale scaturito dalla gara in oggetto, e perciò ricompresi nel concetto più generale di atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici*", nei confronti dei quali operano i limiti stabiliti dalla l. n. 241/1990, tra cui la titolarità di un interesse qualificato in capo all'istante. Secondo l'Azienda, tale interesse non sussiste in capo alla società.

---

<sup>36</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 25.1

<sup>37</sup> Si veda CORRADO, Anna, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), p.49

L'Azienda, correttamente, ha esaminato, poi, l'istanza anche in relazione alla normativa dell'accesso civico generalizzato, ritenendo, anche in questo caso, di non dover accogliere l'istanza in ragione del fatto che tale disciplina non trova applicazione nella materia dei contratti pubblici.

La società Diddi s.r.l., ai sensi dell'art. 116 c.p.a., ha proposto ricorso avverso il diniego, articolando due motivi. In primo luogo, la società ha affermato l'illegittimità della mancata ostensione dei documenti richiesti perché ritiene di essere titolare di un interesse qualificato e concreto a conoscere inadempienze verificatesi nella fase dell'esecuzione dell'appalto. In secondo luogo, lamenta l'erroneità del diniego anche con riferimento alla disciplina dell'accesso civico generalizzato, in ragione del fatto che tale istituto permetterebbe a chiunque di accedere ai documenti e dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni.

Il TAR Toscana, con sentenza n. 577 del 17 aprile 2019, ha respinto il ricorso. Secondo il giudice, la società avrebbe presentato un'istanza che, data la sua formulazione, si tradurrebbe in *“una indagine esplorativa tesa alla ricerca di una qualche condotta inadempiente dell'attuale aggiudicataria, di per sé inammissibile, non risultando da alcuna fonte di provenienza delle amministrazione interessate né avendo la ricorrente altrimenti fornito alcun elemento o indicato concrete circostanze in tal senso”*<sup>38</sup>.

In merito all'applicabilità dell'accesso civico previsto dall'art. 5 del d.lgs. 33 del 2013, il primo giudice ritiene che, dal combinato disposto dell'art. 53 del d.lgs. 50 del 2016, il quale rinvia alla disciplina di cui agli artt. 22 e ss della l. n. 241/1990, e dell'art. 5 bis, comma 3, del d.lgs. n. 33/2013, deriverebbe una *“disciplina complessa”*. In particolare, *“per quanto riguarda gli atti e i documenti della fase pubblicitica del procedimento, oltre all'accesso ordinario è consentito anche l'accesso civico generalizzato, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche nonché per promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, mentre, per quanto attiene agli atti e ai documenti della fase esecutiva del rapporto contrattuale, l'accesso ordinario è consentito, ..., nel rispetto delle condizioni e dei limiti individuati dalla giurisprudenza, che nel caso di specie non sarebbero stati rispettati”*<sup>39</sup>.

Avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, la società, come detto, propone ricorso, ribadendo la propria legittimazione a richiedere tanto l'accesso documentale, quanto quello civico generalizzato e la violazione delle disposizioni della l. n. 241 del 1990 e del d.lgs. n. 33/2013 da parte del primo giudice.

La III Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 8501 del 16 dicembre 2019, ravvisando un contrasto giurisprudenziale in relazione alle questioni insorte nel giudizio, ha rimesso all'Adunanza plenaria tre quesiti: *“a) se sia configurabile, o meno, in capo all'operatore economico, utilmente collocato nella graduatoria dei concorrenti, determinata all'esito della procedura di evidenza pubblica per la scelta del contraente, la titolarità di un interesse giuridicamente protetto, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva delle prestazioni, in vista della eventuale sollecitazione del potere*

---

<sup>38</sup> Sentenza Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sentenza n. 577, 17 aprile 2019

<sup>39</sup> Si veda Nota 38

dell'amministrazione di provocare la risoluzione per inadempimento dell'appaltatore e il conseguente interpello per il nuovo affidamento del contratto, secondo la regole dello scorrimento della graduatoria; b) se la disciplina dell'accesso civico generalizzato, di cui al d. lgs. n. 33 del 2013, come modificato dal d. lgs. n. 97 del 2016, sia applicabile, in tutto o in parte, in relazione ai documenti relativi alle attività delle amministrazioni disciplinate dal codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, inerenti al procedimento di evidenza pubblica e alla successiva fase esecutiva, ferme restando le limitazioni ed esclusioni oggettive previste dallo stesso codice; c) se, in presenza di una istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale di cui alla l. n. 241 del 1990, o ai suoi elementi sostanziali, la pubblica amministrazione, una volta accertata la carenza del necessario presupposto legittimante della titolarità di un interesse differenziato in capo al richiedente, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, sia comunque tenuta ad accogliere la richiesta, qualora sussistano le condizioni dell'accesso civico generalizzato, di cui al d. lgs. n. 33 del 2013; e se di conseguenza il giudice, in sede di esame del ricorso avverso il diniego di una istanza di accesso motivata con riferimento alla disciplina ordinaria, di cui alla l. n. 241 del 1990 o ai suoi presupposti sostanziali, abbia il potere-dovere di accertare la sussistenza del diritto del richiedente, secondo i più ampi parametri di legittimazione attiva stabiliti dalla disciplina dell'accesso civico generalizzato<sup>40</sup>.

Per poter comprendere pienamente le questioni sollevate dalla III Sezione del Consiglio di stato e le radici del problema, occorre preliminarmente illustrare la disciplina dell'accesso civico generalizzato e, inoltre, la normativa dettata dall'art. 53, d.lgs. 50/2016.

## 2.2. L'accesso civico generalizzato

L'istituto dell'accesso civico viene introdotto, nell'ordinamento italiano, ad opera del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33<sup>41</sup>, il c.d. Decreto trasparenza, che, ispirandosi al modello statunitense del *Freedom Of Information Act*<sup>42</sup> permette il passaggio dal c.d. *need to know* al c.d. *right to know*: dall'accesso ex l. n. 241/1990, dunque dal bisogno di conoscere per poter tutelare un interesse individuale, ad un vero e proprio diritto, al fine di garantire la massima trasparenza dell'attività amministrativa<sup>43</sup>.

Quindi, attraverso il Decreto trasparenza si opera una estensione del concetto di trasparenza amministrativa, prevedendo obblighi di pubblicazione di dati, documenti e informazioni ad opera delle pubbliche amministrazioni.

---

<sup>40</sup> Ordinanza n. 8501 del 16 dicembre 2019

<sup>41</sup> D.lgs. 14/03/2013, n. 33 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*.

<sup>42</sup> Per una disamina si veda GARDINI, Gianluca, MAGRI, Marco, *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un Bilancio a tre anni dall'introduzione*, Rimini, 2019.

<sup>43</sup> Si veda il Parere del Consiglio di Stato n. 515/2016, nel quale è stato evidenziato come "il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (from need to right to know, nella definizione inglese F.O.I.A.) rappresenta per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine ... della Pubblica Amministrazione trasparente come una «casa di vetro»".

Successivamente, sulla base della delega di cui all'art. 7, comma 1, lett. h) della l. 124/2015, la c.d. Legge Madia, è stato introdotto, ad opera dell'art. 6 del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97<sup>44</sup>, l'accesso civico generalizzato. Con l'introduzione di tale istituto si è operata una stratificazione degli strumenti a disposizione del cittadino, infatti, esso è stato aggiunto alle altre due forme di accesso già previste dall'ordinamento: l'accesso civico c.d. semplice, che prevede forme di pubblicazione *online* di dati, documenti e informazioni; e, l'accesso documentale previsto dalla legge n. 241/1990<sup>45</sup>.

L'accesso civico generalizzato, come si evince dal dettato normativo, consente a chiunque “*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'art. 5-bis*”<sup>46</sup>. Dunque, si prevede l'accesso all'insieme degli atti, documenti e informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, senza onere, per l'istante, di motivazione, con il fine di elevare la trasparenza a presupposto necessario per permettere il coinvolgimento dei cittadini alla salvaguardia della “*cosa pubblica*” e come strumento per poter contrastare eventuali ipotesi di corruzione, nonché per dare attuazione ai principi di imparzialità e buon andamento dell'Amministrazione<sup>47</sup>.

L'art. 5, comma 2, come detto sopra, il quale disciplina l'accesso civico generalizzato, prevede la possibilità per i cittadini di accedere ai dati e documenti, detenuti presso le pubbliche amministrazioni, “*ulteriori*” rispetto a quelli oggetto dell'obbligo, in capo alle stesse, di pubblicazione sui siti istituzionali. La disciplina, inoltre, prevede che tale tipo di accesso non sia sottoposto ad alcuna limitazione sul piano soggettivo, sancendo il diritto di “*chiunque*”; l'istanza, altresì, non dovrà essere motivata dall'istante e, di conseguenza, non si richiede, come per l'accesso documentale, la titolarità di un “*interesse diretto, concreto e attuale*”. Dunque, il cittadino dovrà esclusivamente indicare, nella propria richiesta, i dati, le informazioni o i documenti ai quali intende accedere.

---

<sup>44</sup> D.lgs. 25/05/2016, n. 97 in tema di *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'art. 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*.

<sup>45</sup> Occorre evidenziare che, nonostante alcune analogie di tipo “*testuale*” tra la disciplina dell'accesso agli atti amministrativi prevista dalla l. n. 241/1990 e quella relativa all'accesso civico generalizzato, di cui al d.lgs. 33/2013, quest'ultimo istituto si trova su un piano diverso rispetto al primo, che, al contrario, richiede in capo all'istante una posizione giuridica qualificata tutelata dall'ordinamento.

Tali istituti, pur condividendo la stessa disciplina processuale, non si devono considerare sovrapponibili: il primo è funzionale alla tutela di interessi individuali di un soggetto che si trova in una posizione differenziata rispetto agli altri e in ragione della quale ha il diritto di accedere ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni; il secondo, invece, è un diritto che spetta a chiunque e per il quale non viene, dunque, prevista alcuna limitazione sul piano soggettivo. Inoltre, tale ultimo tipo non richiede neppure la dimostrazione della sussistenza di un interesse attuale e concreto e una motivazione alla richiesta di accesso. Esso ha la finalità di consentire una pubblicità diffusa e integrale dei dati, documenti e informazioni che sono considerati come conoscibili.

<sup>46</sup> Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013

<sup>47</sup> Si veda sul punto Consiglio di Stato, sezione III, 6 marzo 2019, n. 1546. Il Consiglio di Stato aveva evidenziato, nel parere reso sul d.lgs. 97/2016, che “*La trasparenza si pone, allora, non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, destinata sempre più ad assumere i contorni di una “casa di vetro”, nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall'articolo 2 della Costituzione, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri. In sostanza, la trasparenza viene a configurarsi, ad un tempo, come un mezzo per porre in essere una azione amministrativa più efficace e conforme ai canoni costituzionali e come un obiettivo a cui tendere, direttamente legato al valore democratico della funzione amministrativa*”.

L'accessibilità alla generalità dei documenti detenuti dalle amministrazioni è mitigata dalla previsione di eccezioni, poste a tutela di interessi pubblici e privati, ai quali, dall'ostensione del documento, potrebbe derivare un pregiudizio "concreto".

L'articolo da prendere in riferimento sul punto è l'art. 5 bis, nel quale, al comma 1, vengono elencati determinati interessi pubblici, la cui presenza, nel caso in cui a questi possa derivare un "pregiudizio concreto", giustifica la reiezione dell'istanza di ostensione. Gli interessi pubblici, elencati dalla norma, sono quelli 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"<sup>48</sup>.

Parimenti, al comma 2, vengono previsti i limiti all'accesso nel caso in cui il rifiuto dell'istanza sia funzionale a tutelare i 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."<sup>49</sup>.

Quelli appena elencati sono definiti quali limiti c.d. relativi, ovverosia delle eccezioni in cui il legislatore "non opera ... una generale e preventiva individuazione di esclusioni all'accesso generalizzato, ma rinvia a una attività valutativa che deve essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla disclosure generalizzata e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento. L'amministrazione, cioè, è tenuta a verificare, una volta accertata l'assenza di eccezioni assolute, se l'ostensione degli atti possa determinare un pregiudizio concreto e probabile agli interessi indicati dal legislatore."<sup>50</sup>

Accanto alle eccezioni relative o qualificate, l'ordinamento prevede anche dei limiti c.d. assoluti, elencati al comma 3 dell'articolo in commento, il quale dispone che "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'art. 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990"<sup>51</sup>. In tal caso, quindi, l'accesso non è permesso, in ragione di una valutazione preventiva e generale operata a monte dal legislatore, "per tutelare interessi prioritari e fondamentali"<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Art. 5-bis, comma 1, d.lgs. 33/2013

<sup>49</sup> Art. 5-bis, comma 2, d.lgs. 33/2013

<sup>50</sup> Si veda ANAC, Schema di linee guida, recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013, p. 10.

<sup>51</sup> Art. 5-bis, comma 3, d.lgs. 33/2013

<sup>52</sup> Si veda ANAC, Schema di linee guida, recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013, p. 10.

In conclusione, l'accesso in questione viene definito come strumento reattivo, nel senso che non implica e non è funzionale all'adempimento da parte dell'amministrazione degli obblighi di pubblicazione imposti a suo carico dalla legge ma, invece, è finalizzato ad attuare di *“forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico”*<sup>53</sup>.

### **2.3. L'accesso ex art. 53 d.lgs. 50/2016**

Con il fine di meglio comprendere la decisione dell'Adunanza Plenaria occorre considerare, ora, anche la disciplina specifica dell'accesso in relazione alla materia dei contratti pubblici.

La norma di riferimento è l'art. 53 del d.lgs. 50/2016<sup>54</sup>, rubricato *“Accesso agli atti e riservatezza”*. In particolare, esso dispone che: *“1. Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241. Il diritto di accesso agli atti del processo di asta elettronica può essere esercitato mediante l'interrogazione delle registrazioni di sistema informatico che contengono la documentazione in formato elettronico dei detti atti ovvero tramite l'invio ovvero la messa a disposizione di copia autentica degli atti. 2. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito: ...; c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione; d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione. 3. Gli atti di cui al comma 2, fino alla scadenza dei termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti. ... 5. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione: a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali; b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale”*<sup>55</sup>.

Come si evince dal testo normativo, vengono previsti dei casi di esclusione assoluta del diritto di accesso, temporalmente limitati, nel senso che viene previsto l'istituto del differimento, relativi al *“nominativo dei soggetti che nelle procedure aperte hanno presentato offerte o, nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito e che hanno manifestato il loro interesse e in relazione alle offerte stesse, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle*

---

<sup>53</sup> Art. 5, d.lgs. 33/2013

<sup>54</sup> D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, relativo al *Codice dei contratti pubblici*.

<sup>55</sup> Art. 53, Accesso agli atti e riservatezza, Codice dei contratti pubblici.

*medesime offerte; in relazione alle offerte e al procedimento di verifica dell'anomalia, fino all'aggiudicazione*"<sup>56</sup>. Dunque, queste ultime costituiscono casi di esclusione finalizzati a favorire la competizione tra gli operatori che partecipano alla gara e, altresì, garantire il buon andamento della procedura di gara. Si prevedono, di conseguenza, specifici termini, fino alla scadenza dei quali gli atti suddetti "*non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti*"<sup>57</sup>. Quindi, affinché si possa procedere con l'ostensione del documento si dovrà attendere che la gara sia conclusa, nei casi elencati al comma 2, lett. c) e d), o che sia spirato il termine per la presentazione delle offerte, nei casi elencati alle lett. a) e b) del medesimo comma.

Ulteriori limitazioni sono elencate dall'articolo in questione al comma 5<sup>58</sup>. In questo caso l'esclusione del diritto di accesso è assoluta e potrà essere derogata solo in presenza di un accesso documentale c.d. difensivo "*del concorrente in ordine alle informazioni contenute nell'offerta o nelle giustificazioni di altro concorrente per la tutela in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto, in linea, del resto, con quanto prevede in generale l'art. 23, comma 6, della l. n. 241 del 1990 per la prevalenza dell'accesso documentale c.d. difensivo*"<sup>59</sup>.

Occorre, ora, analizzare la *ratio* sottesa ai vari casi di esclusione in questione. Con riguardo alle eccezioni di cui alle lett. a) e d), l'intento del legislatore è quello di tutela della riservatezza aziendale, con lo scopo di evitare che l'istituto in questione possa permettere agli operatori economici in concorrenza di acquisire informazioni idonee a porre questi ultimi in una posizione di indebito vantaggio. Invece, le eccezioni di cui alle lett. b) e c) rispondono all'esigenza di preservare il diritto di difesa dell'amministrazione. Difatti, si prevede la non ostensione "*di atti che, quando riferibili ad un contenzioso attuale o potenziale con l'appaltatore, sono investiti da specifiche esigenze di riservatezza volte a tutelare le ragioni di ordine patrimoniale della stazione appaltante, la quale deve negare l'accesso per tutelare se stessa di fronte al privato che intenda accedere «ad atti interni che riguardino la sfera delle libere valutazioni dell'amministrazione in ordine alla convenienza delle scelte da adottare (Ad. plen., 13 settembre 2007, n. 11)»*"<sup>60</sup>.

La formulazione dell'art. 53 del d.lgs. 50/2016 ha fatto sì che nascesse un contrasto giurisprudenziale, poiché una parte della dottrina ha considerato il dettato dell'articolo come limitativo della conoscenza in materia di appalti, richiamando, tale norma, la disciplina prevista dalla legge n. 241/1990, dunque comportando la

---

<sup>56</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 27.

<sup>57</sup> Art. 53, comma 2, d.lgs. n. 50/2016

<sup>58</sup> Art. 53, comma 5: "*5. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione: a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali; b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale*".

<sup>59</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 27.5.

<sup>60</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 27.8.

necessità di un interesse qualificato a sostegno dell'istanza di accesso<sup>61</sup>; invece, un altro orientamento individua nella norma delle espresse limitazioni puntuali, quindi “*condizioni, modalità o limiti*”, richiamate dall'art. 5 *bis* del d.lgs. 33/2013, da ritenersi come eccezioni assolute all'ostensione degli atti di gara<sup>62</sup>.

Bisogna, allora, comparare le due diverse forme di accesso in questione: l'accesso documentale e l'accesso generalizzato. Occorre comprendere che, con riferimento alla materia dei contratti pubblici, l'applicazione della normativa in tema di accesso generalizzato deve essere esaminata alla luce delle finalità e dei presupposti a cui soggiace, evidentemente diversi rispetto a quelli propri dell'accesso documentale.

L'accesso documentale è finalizzato alla tutela di un interesse individuale del richiedente, il quale si trova in una posizione differenziata rispetto alla generalità dei cittadini, previa dimostrazione di un “*interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*”. Quindi, lo scopo sotteso a tale forma di accesso ex l. n. 241/1990 è quello “*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*”<sup>63</sup>.

Il secondo diritto in questione, al contrario, è esercitabile da chiunque, senza preventivamente dimostrare l'esistenza di un interesse attuale e concreto, per tutelare situazioni rilevanti, e, inoltre, senza dover motivare la propria richiesta di ostensione<sup>64</sup>, con la finalità, dunque, di consentire “*forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico*”<sup>65</sup>.

Come è evidente, mentre l'accesso documentale, in forza della legge 241/1990 esclude l'utilizzo di tale istituto allo scopo di operare un controllo generalizzato sull'operato della pubblica amministrazione, al contrario, l'accesso civico generalizzato, oltre a quello c.d. semplice, è previsto proprio per tale finalità.

I due diritti, di conseguenza, sussistono parallelamente, operando sulla base di finalità, norme e presupposti differenti.

E, ancora, il diritto di accesso documentale è basato su una concezione soggettiva, nel senso che centrale nella disciplina è la posizione del richiedente, il quale, al fine di poter accedere ai documenti richiesti, sarà onerato di dimostrare la propria legittimazione, il proprio interesse e dovrà debitamente motivare l'istanza di ostensione. Inoltre, tale tipo di diritto permette un accesso più in profondità rispetto a quello generalizzato, proprio perché volto a tutelare situazioni giuridiche rilevanti. Difatti, in materia di contratti pubblici, l'unica deroga prevista nei casi di eccezioni assolute, elencate al comma 6, è proprio la presenza dell'accesso

---

<sup>61</sup> Si veda TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, op. cit., pagg. 67 e ss.

<sup>62</sup> Si veda CORRADO, Anna, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), p.52.

<sup>63</sup> Linee Guida ANAC, sopra citate, pag. 6.

<sup>64</sup> Si veda CORRADO, Anna, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), p.53.

<sup>65</sup> Art. 5, comma 2, d.lgs. 33/2013

documentale c.d. difensivo, volto alla “*tutela in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto*”<sup>66</sup>.

L’accesso generalizzato, invece, è fondato su una prospettazione oggettiva, nel senso che, per ottenere l’ostensione dei documenti richiesti, non è necessaria la dimostrazione di una legittimazione o interesse alla conoscenza del documento e, altresì, non è richiesta neppure una motivazione dell’istanza, essendo sufficiente l’indicazione dei dati, documenti o informazioni ai quali si richiede di accedere. Dunque, nel caso in cui oggetto di richiesta di accesso siano documenti per i quali non si riscontrano le limitazioni previste dall’ordinamento a tutela di interessi pubblici o privati, tali saranno accessibili in ragione della loro idoneità ad assicurare la trasparenza amministrativa. La conseguenza sarà che, diversamente dall’accesso *ex l. n. 241/1990* più penetrante, quello in questione si caratterizzerà per una conoscenza meno radicale, ma più estesa, potendo il cittadino accedere alla generalità dei documenti, informazioni o dati detenuti dall’amministrazione per poter operare un controllo sull’attività amministrativa e le decisioni sulla spesa pubblica<sup>67</sup>.

#### **2.4. Il dibattito giurisprudenziale**

Come sopra rilevato, si è registrato in giurisprudenza un contrasto giurisprudenziale in relazione all’interpretazione dell’art. 5 *bis* del d.lgs. 33/2013, ovvero se esso vada letto nel senso di ostacolare la conoscenza generalizzata dei cittadini in merito alle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, in ragione del fatto che si ritiene che la norma idonea ad assicurare la trasparenza nelle procedure sia rinvenibile nell’art. 53. In merito, dunque, alla possibilità di ammettere l’accesso civico generalizzato nel settore dei contratti pubblici e, quindi, all’interpretazione da dare all’art. 5 *bis*, comma 3, si sono registrate due diverse posizioni del Consiglio di Stato che sono culminate nella sentenza della sez. III, 5 giugno 2019, n. 3780 e nelle sentenze gemelle della sez. V, 2 agosto 2019, n. 5502 e 5503. Tali sentenze hanno cristallizzato il dibattito che già si era registrato in materia: parte della giurisprudenza aveva ammesso la più ampia trasparenza anche nel settore dei contratti pubblici, escluse le limitazioni previste dall’art. 5 *bis*; altra parte, al contrario, riteneva che potesse applicarsi alla materia in questione il solo accesso documentale, escludendo del tutto l’applicazione della normativa in materia di accesso civico generalizzato.

L’ordinanza di rimessione espone chiaramente il dibattito giurisprudenziale scaturito dalla questione in esame. Occorre, dunque, prendere in considerazione in due orientamenti.

In base al primo orientamento, espresso dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 3780 del 5 giugno 2019, l’art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, rinviando agli artt. 22 e ss. della l. n. 241/1990, non conduce ad una totale esclusione dell’istituto dell’accesso civico generalizzato nella materia dei contratti pubblici. Tale argomentazione si giustifica proprio in base all’interpretazione dell’art. 5 *bis*, comma 3, il quale parla di “*specifiche condizioni, modalità e limiti*” e, dunque, attiene a specifici casi in cui norme speciali o l’art. 24,

---

<sup>66</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 27.5.

<sup>67</sup> Si veda CORRADO, Anna, *L’accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), p.54.

comma 1 della legge 241/1990<sup>68</sup> prevedono determinate restrizioni. Di conseguenza, *“ciò non implicherebbe, però, che intere materie siano sottratte all’accesso civico generalizzato ... dovendosi distinguere, nell’ambito delle eccezioni assolute previste dall’art. 5-bis, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, tra materie sottratte interamente e singoli casi sottratte nell’ambito di materie altrimenti aperte all’accesso generalizzato. Mentre il riferimento alla disciplina degli artt. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990 costituirebbe il mero frutto di un mancato coordinamento del legislatore tra le due normative”*<sup>69</sup>. Quindi, in base all’orientamento della III Sezione, bisogna preferire un’interpretazione fedele al principio di buon andamento e imparzialità dell’attività amministrativa, dunque conforme all’art. 97 Cost., e, altresì, avvalorare l’impatto “orizzontale” dell’accesso civico generalizzato, il quale può essere limitato solo da norme speciali, le quali devono essere interpretate restrittivamente.

L’Adunanza plenaria aderisce a questo primo orientamento per le ragioni che seguono. Innanzitutto, occorre osservare che l’istituto dell’accesso civico generalizzato, introdotto nel nostro ordinamento ad opera del d.lgs. n. 97 del 2016, viene 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”*<sup>70</sup>. Inoltre, è un diritto che spetta a “chiunque” e non è sottoposto ad alcun onere motivazionale in relazione all’interesse alla conoscenza del documento di cui si sia fatta richiesta.

Come ha avuto modo di evidenziare il Consiglio di Stato nel parere n. 515 del 24 febbraio 2016 *“il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (from need to right to know, nella definizione inglese F.O.I.A.) rappresenta per l’ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine ... della Pubblica Amministrazione trasparente come una «casa di vetro»”*<sup>71</sup>. L’introduzione dell’accesso generalizzato risponde proprio alla volontà del legislatore di voler superare il limite cui è assoggettato l’istituto dell’accesso documentale, il quale non può essere preordinato ad un controllo generalizzato sull’attività dell’amministrazione, come enuncia l’art. 24, comma 3 della legge n. 241 del 1990. L’accesso civico di “terza generazione” è un necessario corollario del principio di trasparenza, il quale ultimo si esplica della conoscibilità dei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni. Il suddetto principio rappresenta la base della democrazia amministrativa in uno stato di diritto, assicurando, allo stesso tempo, il buon funzionamento dell’amministrazione tramite la conoscibilità dei processi decisionali e l’assenza di corruzione.

---

<sup>68</sup> Art. 24, comma 1: *“1. Il diritto di accesso è escluso: a) per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della legge 24 ottobre 1977, n. 801, e successive modificazioni, e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dal regolamento governativo di cui al comma 6 e dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2 del presente articolo; b) nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano; c) nei confronti dell’attività della pubblica amministrazione diretta all’emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione; d) nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi”*.

<sup>69</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 20.1

<sup>70</sup> Art. 5, comma 2, d.lgs. 33/2013

<sup>71</sup> Parere del Consiglio di Stato, n. 515 del 24 febbraio 2016, par. 11.2

Con riguardo, dunque, alla questione in esame, l'Adunanza plenaria, consapevole della *“infelice formulazione”* dell'art. 5 bis del d.lgs. 33/2013, *“ne ritiene preferibile una lettura unitaria ... evitando di scomporla e di trarne con ciò stesso dei nuovi, autonomi l'uno dagli altri, limiti, perché una lettura sistematica, costituzionalmente e convenzionalmente orientata, impone un necessario approccio restrittivo (ai limiti) secondo una interpretazione tassativizzante”*<sup>72</sup>. Quindi, interpretando l'articolo in questione in senso contrario rispetto a quanto detto, porterebbe a non ammettere la totalità della materia dei contratti pubblici da una disciplina, quella dell'accesso civico generalizzato, il cui scopo è quello di garantire il rispetto del principio di trasparenza, direttamente individuabile dalla Costituzione. Infatti, *“un diverso ragionamento interpretativo, che identificasse interi ambiti di materia esclusi dall'applicazione dell'accesso civico generalizzato, avallerebbe il rischio, ben avvertito in dottrina, che i casi del comma 3 dell'art. 5-bis del d.lgs.33 del 2013, letti in modo frazionato e non sistematico, si trasformino in un “buco nero” della trasparenza – frutto anche di un sistema di limiti che si apre ad altri che rinviano ad ulteriori con un potenziale circolo vizioso e un regressus ad infinitum – ove è risucchiato l'accesso generalizzato, con un ritorno all'opacità dell'azione amministrativa per effetto di una interpretazione che trasforma l'eccezione in regola e conduce fatalmente alla creazione in via pretoria di quelli che, con felice espressione, sono stati definiti “segreti di fatto” accanto ai “segreti di diritto”, espressamente contemplati dalla legge”*<sup>73</sup>.

Entrambe le discipline, si rileva, contenute nel d.lgs. 50/2016 e nel d.lgs. 33/2013 hanno lo scopo di attuare lo stesso principio e, di conseguenza, non si trova ragione per cui l'una dovrebbe escludere l'altra.

Inoltre, non condividendo tale posizione, si introdurrebbe nell'ordinamento il limite della materia, non espressamente previsto dal legislatore, il quale costituirebbe un'eccezione assoluta, la quale *“non può essere rimessa alla discrezionalità della pubblica amministrazione o all'opera dell'esegeta”*<sup>74</sup>. E, con riferimento all'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, neanche si può individuare in quest'ultimo la base normativa per poter introdurre tale eccezione. L'articolo in questione, difatti, sancisce che *“il diritto di accesso sia semplicemente differito, in relazione al nominativo dei soggetti che nelle procedure aperte hanno presentato offerte o, nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito e che hanno manifestato il loro interesse e in relazione alle offerte stesse, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime offerte; in relazione alle offerte e al procedimento di verifica dell'anomalia, fino all'aggiudicazione”*<sup>75</sup>. Tale limitazione temporale in relazione all'accesso generalizzato, in conclusione, non può essere idonea a determinare l'esclusione dell'intera materia dall'applicazione della normativa in tema di accesso, la quale *“riacquista la sua naturale vix expansiva una volta venute meno le ragioni che giustificano siffatti limiti, condizioni o modalità di accesso”*<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 20.1

<sup>73</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 25.4

<sup>74</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 25.5

<sup>75</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 27

<sup>76</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 28

Quindi, secondo l'interpretazione data dal Collegio, nel caso in cui non si ricada in una "materia" totalmente sottratta in modo esplicito, vi potranno essere solo casi nei quali il legislatore abbia inteso porre delle limitazioni, modalità o limiti<sup>77</sup>.

Un diverso orientamento, che abbraccia una soluzione meno favorevole alla conoscenza diffusa, si rinviene nelle sentenze del Consiglio di Stato, sezione V, nello specifico nella n. 5503 del 2 agosto 2019, attraverso la quale, negando l'accesso civico generalizzato agli atti di gara, si afferma che *"La previsione dell'art. 5-bis, comma 3 si distingue da quella dei comma 1 e 2, ... perché è disposizione volta a fissare, non i limiti relativi all'accesso generalizzato consentito a "chiunque", bensì le eccezioni assolute, a fronte delle quali la trasparenza recede.*

*Anche la tecnica redazionale del comma si distingue da quella dei comma precedenti, poiché se è vero che l'art. 5-bis, comma 3, non sottrae al bilanciamento materie direttamente individuate dalla norma medesima (a differenza degli interessi, pubblici e privati, che sono individuati dal primo e dal secondo comma), resta che utilizza l'espressione generica di casi, che fanno eccezione assoluta, in modo da rinviare, per la loro individuazione, ad altre disposizioni di legge, direttamente o indirettamente, richiamate dallo stesso comma 3 (sicché l'ampiezza dell'eccezione dipende dalla portata della normativa cui l'art. 5-bis, comma 3, rinvia). In particolare, sono sottratti al bilanciamento ed esclusi senz'altro dall'accesso generalizzato: i casi di segreto di Stato ed i casi di divieti di accesso o di divulgazione previsti dalla legge, i casi elencati nell'art. 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990 (che, al suo interno, ricomprende intere materie), i casi in cui "l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti" ... la previsione in questione assume significato autonomo e decisivo se riferita alle discipline speciali vigenti in tema di accesso e, per quanto qui rileva, al primo inciso del primo comma dell'art. 53. Ne consegue che il richiamo testuale alla disciplina degli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990 n. 241 va inteso come rinvio alle condizioni, modalità e limiti fissati dalla normativa in tema di accesso documentale, che devono sussistere ed operare perché possa essere esercitato il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici"*<sup>78</sup>.

Ciò che emerge da tale sentenza è che bisognerebbe effettuare un coordinamento, volta per volta, andando a valutare se la disciplina specifica di settore consenta l'integrazione o abbia portata derogatoria in relazione alla normativa in materia di accesso generalizzato.

Nello specifico, in materia di contratti pubblici, data l'autosufficienza di quest'ultima, se ne afferma la prevalenza e l'idoneità di soddisfare le esigenze di trasparenza, di modo tale che *"questa disciplina attua specifiche direttive europee di settore che, tra l'altro, si preoccupano già di assicurare la trasparenza e la pubblicità negli affidamenti pubblici, nel rispetto di altri principi di rilevanza eurounitaria, in primo luogo il principio di concorrenza, oltre che di economicità, efficacia ed imparzialità"*<sup>79</sup>. Inoltre, il ruolo attribuito

<sup>77</sup> Si veda CORRADO, Anna, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), p.55.

<sup>78</sup> Consiglio di Stato, sez. V, n. 5503 del 2 agosto 2019, par. 7.1 e 8.2

<sup>79</sup> Consiglio di Stato, sez. V, n. 5503 del 2 agosto 2019, par. 9.4

all'ANAC, di vigilanza e controllo, e l'accesso civico c.d. semplice, sarebbero idonei a garantire il perseguimento del principio di trasparenza.

La conclusione dell'orientamento appena esaminate sarebbe nel senso che l'accesso civico generalizzato è escluso in riferimento agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici. L'esclusione, si dice, scaturirebbe *“non ad incompatibilità morfologica o funzionale, ma al delineato rapporto positivo tra norme, che non è compito dell'interprete variamente atteggiare, richiedendosi allo scopo, per l'incidenza in uno specifico ambito di normazione speciale, un intervento esplicito del legislatore”*<sup>80</sup>.

Occorre, inoltre, rilevare come si riscontra una terza posizione in giurisprudenza nell'ammettere l'accesso civico generalizzato nella specifica materia dei contratti pubblici.

Tale terzo orientamento opera una distinzione in base ai documenti in concreto richiesti. Dunque, viene ammesso, in relazione agli atti e documenti della fase pubblicistica del procedimento, sia l'accesso documentale che l'accesso civico generalizzato, proprio per favorire quelle forme di controllo enunciate all'art. 5, comma 2 del d.lgs. 33/2013. Al contrario, con riguardo agli atti e documenti propri della fase esecutiva, l'unico accesso ritenuto praticabile è quello ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge 241/1990, dunque l'accesso documentale, ovviamente nel rispetto delle condizioni e dei limiti<sup>81</sup>.

## **2.5. Le questioni rimesse alla Adunanza Plenaria**

Bisogna, a questo punto, prendere in considerazione, sinteticamente, la questione che ha dato luogo alla rimessione. La vicenda ha avuto inizio da una istanza di accesso, formulata dalla società Diddi s.r.l., la quale aveva partecipato alla gara per l'affidamento del Servizio Integrato Energia per le pubbliche amministrazioni e che si classificava al secondo posto. L'istanza era generica, nel senso che non si indicava specificamente la disciplina in ragione della quale veniva proposta, dunque se si trattasse di accesso documentale ex art. 22 della legge 241 del 1990 o se si stesse formulando ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 33/2013. Attraverso la richiesta si richiedeva all'amministrazione di venire a conoscenza dei documenti relativi alla fase esecutiva del contratto da parte dell'aggiudicataria.

L'amministrazione, in base alla giustificazione per cui *“la documentazione richiesta concerne una serie di dati inerenti ad aspetti relativi all'esecuzione del rapporto contrattuale scaturito dalla gara in oggetto, e perciò ricompresi nel concetto più generale di atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici”*, ha negato l'accesso agli atti richiesti. Dunque, l'ostensione veniva rifiutata in base all'assunto secondo cui si necessitava la titolarità di una posizione qualificata che non veniva rilevata in capo alla società richiedente. Inoltre, l'amministrazione procedeva ad esaminare la richiesta anche in base alla normativa sull'accesso generalizzato, avendo l'istante presentato una domanda “generica”. Altresì, però, la respingeva asserendo che l'istituto in questione non trova applicazione in materia di contratti pubblici.

Sulla base del contrasto giurisprudenziale poc'anzi esaminato, dunque, la III sezione del Consiglio di Stato ha rimesso la questione all'Adunanza plenaria, attraverso l'ordinanza del 16 dicembre 2019, n. 8501.

---

<sup>80</sup> Consiglio di Stato, sez. V, n. 5503 del 2 agosto 2019, par. 10.

<sup>81</sup> TAR Toscana, 17 aprile 2019, n. 577

Le questioni oggetto di rimessione concernevano, oltre al contrasto giurisprudenziale suddetto, ulteriori due questioni relative, in primo luogo alla posizione della pubblica amministrazione nell'esaminare le istanze di accesso che le pervengono e, in conseguenza, i poteri del giudice amministrativo nel caso si instauri un contenzioso; in secondo luogo, l'ampiezza del diritto a conoscere in relazione alla fase esecutiva del contratto per eventualmente, in base alle regole dello scorrimento della graduatoria di cui all'art. 140 del d.lgs. 163 del 2006, subentrare nel contratto<sup>82</sup>.

Dunque, la III Sezione del Consiglio di Stato ha chiesto all'Adunanza Plenaria di pronunciarsi sui seguenti quesiti: *“a) se sia configurabile, o meno, in capo all'operatore economico, utilmente collocato nella graduatoria dei concorrenti, determinata all'esito della procedura di evidenza pubblica per la scelta del contraente, la titolarità di un interesse giuridicamente protetto, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva delle prestazioni, in vista della eventuale sollecitazione del potere dell'amministrazione di provocare la risoluzione per inadempimento dell'appaltatore e il conseguente interpello per il nuovo affidamento del contratto, secondo la regole dello scorrimento della graduatoria;*  
*b) se la disciplina dell'accesso civico generalizzato, di cui al d. lgs. n. 33 del 2013, come modificato dal d. lgs. n. 97 del 2016, sia applicabile, in tutto o in parte, in relazione ai documenti relativi alle attività delle amministrazioni disciplinate dal codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, inerenti al procedimento di evidenza pubblica e alla successiva fase esecutiva, ferme restando le limitazioni ed esclusioni oggettive previste dallo stesso codice;*  
*c) se, in presenza di una istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale di cui alla l. n. 241 del 1990, o ai suoi elementi sostanziali, la pubblica amministrazione, una volta accertata la carenza del necessario presupposto legittimante della titolarità di un interesse differenziato in capo al richiedente, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, sia comunque tenuta ad accogliere la richiesta, qualora sussistano le condizioni dell'accesso civico generalizzato, di cui al d. lgs. n. 33 del 2013; e se di conseguenza il giudice, in sede di esame del ricorso avverso il diniego di una istanza di accesso motivata con riferimento alla disciplina ordinaria, di cui alla l. n. 241 del 1990 o ai suoi presupposti sostanziali, abbia il potere-dovere di accertare la sussistenza del diritto del richiedente, secondo i più ampi parametri di legittimazione attiva stabiliti dalla disciplina dell'accesso civico generalizzato”<sup>83</sup>.*

## **2.6. La decisione**

Per un'analisi esaustiva della sentenza in esame, va evidenziato che l'Adunanza plenaria, in via preliminare, ha preso in considerazione un profilo processuale concernente l'intervento volontario *ad opponendum* esercitato in giudizio dal Comune di Chiaromonte Gulfi (RG), il quale era parte in un giudizio innanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana rinviato in attesa della decisione dell'Adunanza in commento data la medesima questione di diritto. Di conseguenza, essendo comune ad entrambi i giudizi la

---

<sup>82</sup> Si veda CORRADO, Anna, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), p. 56 e ss.

<sup>83</sup> Ordinanza n. 8501 del 6 dicembre 2019

medesima questione, il Comune aveva ritenuto di avere la titolarità per poter partecipare nel giudizio innanzi alla plenaria in cui si definisce la regola di diritto da applicare. Il Comune in questione, dunque, asseriva che la funzione nomofilattica esperita dall'Adunanza Plenaria fosse idonea a permettere l'intervento *“di tutti i soggetti interessati dalla risoluzione di analoghe controversie sulla medesima questione di diritto”*<sup>84</sup>. Richiamando la disciplina in tema di *Norme integrative per i giudizi* avanti alla Corte costituzionale dell'8 gennaio 2020, detto Ente riteneva di essere titolare di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio.

L'Adunanza dichiarava l'intervento *ad opponendum* inammissibile. In merito, ribadiva i principi già enunciati nella sentenza n. 23 del 4 novembre 2016, ritenendo, dunque, non applicabili le norme richiamate dal Comune alla fattispecie, asserendo che *“non è sufficiente a consentire l'intervento la sola circostanza che l'interventore sia parte di un giudizio in cui venga in rilievo una questio iuris analoga a quella oggetto del giudizio nel quale intende intervenire”*<sup>85</sup>; inoltre, l'interesse deve essere individuato tenendo conto del *petitum* e della *causa petendi*, i quali non dovranno differire nei due processi. Secondo l'opinione del giudice *“laddove si ammettesse la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le questiones iuris controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di interesse del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocedurale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, scisse dall'oggetto dello specifico giudizio cui l'intervento si riferisce ... l'intervento ad adiuvandum o ad opponendum può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale”*<sup>86</sup>. In questo modo l'Adunanza Plenaria ha confermato l'orientamento consolidatosi sul punto attraverso le sentenze del Consiglio di Stato<sup>87</sup>.

In merito, invece, all'esame delle questioni l'Adunanza ha ritenuto di dover esaminare, secondo un corretto ordine logico – giuridico, preliminarmente il terzo quesito postole, affermando che esso sia logicamente antecedente alle altre questioni. Dunque, l'ordine delle questioni, anche nel presente elaborato, sarà il seguente: *“a) se, in presenza di una istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale della l. n. 241 del 1990, o ai suoi elementi sostanziali, la pubblica amministrazione, una volta accertata la carenza del necessario presupposto legittimante della titolarità di un interesse differenziato in capo al richiedente, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, sia comunque tenuta ad accogliere la richiesta, qualora sussistano le condizioni dell'accesso civico generalizzato, previste dal d. lgs. n. 33 del 2013, e se di conseguenza il giudice, in sede di esame del ricorso avverso il diniego di una istanza di accesso motivata con riferimento alla disciplina ordinaria, di cui alla l. n. 241 del 1990 o ai suoi presupposti sostanziali, abbia il potere-dovere di accertare la sussistenza del diritto del richiedente, secondo i più ampi parametri di legittimazione attiva stabiliti dalla disciplina dell'accesso civico generalizzato.*

<sup>84</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 4.1.4.

<sup>85</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 4.2.3.

<sup>86</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 4.2.5 e 4.3.

<sup>87</sup> Consiglio di Stato, sezione IV, 29 febbraio 2016, n. 853; Consiglio di Stato, sezione V, 2 Agosto 2011, n. 4557

b) se sia configurabile, o meno, in capo all'operatore economico, utilmente collocato nella graduatoria dei concorrenti, determinata all'esito della procedura di evidenza pubblica per la scelta del contraente, la titolarità di un interesse giuridicamente protetto, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva delle prestazioni, in vista della eventuale sollecitazione del potere dell'amministrazione di provocare la risoluzione per inadempimento dell'appaltatore e il conseguente interpello per il nuovo affidamento del contratto, secondo la regole dello scorrimento della graduatoria;

c) se la disciplina dell'accesso civico generalizzato, di cui al d. lgs. n. 33 del 2013, come modificato dal d. lgs. n. 97 del 2016, sia applicabile, in tutto o in parte, in relazione ai documenti relativi alle attività delle amministrazioni disciplinate dal codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, inerenti al procedimento di evidenza pubblica e alla successiva fase esecutiva, ferme restando le limitazioni ed esclusioni oggettive previste dallo stesso codice”<sup>88</sup>.

### **2.6.1. Il ruolo dell'amministrazione**

Nel caso di specie, il quesito ha avuto origine dalla richiesta ostensiva presentata dalla Diddi s.r.l., la quale, non facendo riferimento ad alcuna normativa in tema di accesso, dunque non riferendosi espressamente all'accesso documentale o all'accesso civico generalizzato, si presentava “*incipite*”. Con l'istanza, la società, si limitava ad affermare la sussistenza dei presupposti legittimanti l'accesso documentale, avendo partecipato alla gara per l'affidamento del Servizio Integrato Energia per le pubbliche amministrazioni.

Detta istanza, dunque, formulata in modo indistinto, veniva presentata sia per far valere, in primo luogo, l'interesse “egoistico” della ricorrente, al fine di subentrare nel contratto nel caso in cui si fossero verificate delle inadempienze da parte dell'aggiudicataria; e, in secondo luogo, per rappresentare un interesse più generale, qualificabile come collaborativo, con lo scopo di valutare il corretto svolgimento dell'appalto in questione.

In merito, quindi, al terzo quesito, l'Adunanza ha ribadito come l'accesso documentale può concorrere con l'istanza di accesso civico generalizzato e la richiesta di ostensione può essere presentata dal privato sia con riferimento all'una che all'altra forma di accesso prevista dall'ordinamento. L'art. 5, comma 11, del d.lgs. 33/2013, infatti, prevede chiaramente il concorso tra le differenti forme di accesso e la stessa giurisprudenza del Consiglio ha ammesso che “*nulla infatti, nell'ordinamento, preclude il cumulo anche contestuale di differenti istanze di accesso*”<sup>89</sup>.

Inoltre, “*il solo riferimento dell'istanza ai soli presupposti dell'accesso documentale non preclude alla pubblica amministrazione di esaminare l'istanza anche sotto il profilo dell'accesso civico generalizzato, laddove l'istanza contenga sostanzialmente tutti gli elementi utili a vagliarne l'accoglimento sotto il profilo*

---

<sup>88</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 7.2.

<sup>89</sup> Sul punto si veda Consiglio di Stato, sezione V, 2 agosto 2019, n. 5503

*“civico”, salvo che il privato abbia inteso espressamente far valere e limitare il proprio interesse ostensivo solo all’uno o all’altro aspetto”<sup>90</sup>.*

Occorre, però, tenere ben distinte le due forme di accesso per poter operare un bilanciamento fra i vari interessi in gioco, da operare caso per caso. Tale bilanciamento, evidentemente, è diverso per le due fattispecie in esame. Come si è avuto modo di chiarire precedentemente, l’accesso documentale ex l. 241/1990 permette una conoscenza più in profondità mentre, l’accesso generalizzato, data la finalità di controllo diffuso ad opera dei cittadini sull’operato della pubblica amministrazione, consente una conoscibilità meno penetrante ma più estesa, proprio perché comporta un’ampia diffusione di dati, documenti e informazioni.

Come ha avuto modo di evidenziare l’ANAC, nel caso in cui l’amministrazione, in relazione agli stessi dati, documenti e informazioni, abbia rifiutato una richiesta ostensiva ex l. 241/1990, giustificando il diniego con la necessità di tutelare interessi pubblici o privati, per coerenza sistematica e per tutelare posizioni individuali, *“si deve ritenere che le stesse esigenze di tutela dell’interesse pubblico o privato sussistano anche in presenza di una richiesta di accesso generalizzato, presentata da altri soggetti”<sup>91</sup>*. Ma, ovviamente, non si esclude che una richiesta di accesso, con riferimento alla normativa sull’accesso documentale, non accoglibile per insussistenza dei presupposti legittimanti, ben possa essere accolta valutandola sotto il profilo dell’accesso civico generalizzato, fermi i limiti di cui all’art. 5 bis, commi 1 e 2 del d.lgs. 33/2013.

Quindi, l’Azienda appellata, pur sulla base di argomenti sui quali bisogna dissentire, ha correttamente esaminato l’istanza della Diddi s.r.l. sia sotto il profilo relativo all’accesso documentale, che in base all’accesso civico generalizzato. Difatti, *“a fronte di una istanza, come quella dell’odierna appellante, ... la pubblica amministrazione ha il dovere di rispondere, in modo motivato, sulla sussistenza o meno dei presupposti per riconoscere i presupposti dell’una e dell’altra forma di accesso, laddove essi siano stati comunque, e sostanzialmente, rappresentati nell’istanza”<sup>92</sup>*. Quanto detto dall’Adunanza riveste specifica importanza se si prende in considerazione il fatto che la richiesta di accesso civico generalizzato non richiede la sussistenza di un interesse qualificato e, neppure, deve essere motivata. Ma tale circostanza non è idonea a precludere l’accesso dal momento che *“l’interesse e i motivi rappresentati, indistintamente ed eventualmente, al fine di sostenere l’esistenza di un interesse uti singulus, ai fini dell’art. 22 della l. n. 241 del 1990, ben possono essere considerati dalla pubblica amministrazione per valutare l’esistenza dei presupposti atti a riconoscere l’accesso generalizzato uti civis, quantomeno per il limitato profilo ... del c.d. public interest test”<sup>93</sup>*.

Si può affermare, in conseguenza, che solo nel caso in cui il richiedente abbia, espressamente, inteso limitare l’interesse all’accesso ad un determinato profilo, documentale o civico, l’amministrazione dovrà circoscrivere il suo esame a quello specifico profilo, non avendo l’onere di valutare l’istanza anche sotto il profilo dell’ulteriore forma di accesso. Quindi, nel caso di una richiesta di accesso ai documenti con esclusivo riferimento alla disciplina generale della l. n. 241/1990, o ai suoi elementi sostanziali, accertata la carenza

---

<sup>90</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 8.4.

<sup>91</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 9.3

<sup>92</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 9.6

<sup>93</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 9.7

della titolarità di un interesse differenziato, l'amministrazione non potrà valutare la richiesta sotto il profilo dell'accesso civico generalizzato. Al contrario, se l'amministrazione si dovesse pronunciare anche sul diverso profilo si configurerebbe una sorta di diniego difensivo "in prevenzione". Conseguentemente, il giudice amministrativo *"in sede di esame del ricorso avverso il diniego di una istanza di accesso motivata con riferimento alla disciplina ordinaria, di cui alla l. n. 241 del 1990 o ai suoi presupposti sostanziali, è precluso di accertare la sussistenza del diritto del richiedente secondo i più ampi parametri di legittimazione attiva stabiliti dalla disciplina dell'accesso civico generalizzato, stante l'impossibilità di convertire, in sede di ricorso giurisdizionale, il titolo dell'accesso eventualmente rappresentato all'amministrazione sotto l'uno o l'altro profilo"*<sup>94</sup>.

Trova conferma, dunque, l'orientamento giurisprudenziale che ritiene preclusa la possibilità di poter convertire, nel corso della causa, il titolo della formalizzata *actio ad exhibendum*, violando, argomentando a contrario, il divieto di *mutatio libelli*<sup>95</sup> e di introduzione di *ius novorum*<sup>96</sup>.

Quindi, si afferma che il rapporto tra le differenti forme di accesso deve essere letto secondo un criterio di integrazione, al fine di meglio soddisfare l'interesse conoscitivo, ma, inoltre, si sottolinea che tale interesse deve essere rappresentato e fatto valere, in primo luogo, in sede procedimentale dall'istante, non potendo il giudice, successivamente, pronunciarsi, ai sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.a., su un potere non ancora esercitato dall'amministrazione. Pertanto, il giudizio in materia di accesso non potrà essere la sede idonea per esaminare questo rapporto per la prima volta, *"perché è il procedimento la sede prima, elettiva, immancabile, nella quale la composizione degli interessi, ...deve essere compiuta da parte del soggetto pubblico competente, senza alcuna inversione tra procedimento e processo"*<sup>97</sup>.

Secondo quanto affermato dall'Adunanza plenaria *"la pubblica amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell'accesso civico generalizzato, a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l'istanza solo con specifico riferimento ai profili della l. n. 241 del 1990, senza che il giudice amministrativo, adito ai sensi dell'art. 116*

---

<sup>94</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 11.3.

<sup>95</sup> È stato di recente affermato che *"Siffatta ricostruzione incentrata sulla coesistenza di più modelli legali di accesso comporta una prima conseguenza, di ordine procedurale, ed anche processuale, concernente la qualificazione dell'istanza di accesso, in prima battuta, da parte dell'amministrazione interpellata e, quindi, da parte del giudice chiamato a pronunciarsi sul diniego o sul silenzio. Nel caso in cui l'opzione dell'istante sia espressa per un determinato modello, resta precluso alla pubblica amministrazione - fermi i presupposti di accoglibilità dell'istanza - di diversamente qualificare l'istanza stessa al fine di individuare la disciplina applicabile; in correlazione, l'opzione preclude al privato istante la conversione in sede di riesame o di ricorso giurisdizionale (cfr., per l'inammissibilità dell'immutazione in corso di causa dell'actio ad exhibendum, pena la violazione del divieto di mutatio libelli e di ius novorum, ... Un tale rigore resta peraltro di fatto temperato dall'ammissibilità ... della presentazione cumulativa di un'unica istanza, ai sensi di diverse discipline, con evidente aggravio per l'amministrazione (del quale l'interprete non può che limitarsi a dare atto), dal momento che dovrà applicare e valutare regole e limiti differenti. Nulla infatti, nell'ordinamento, preclude il cumulo anche contestuale di differenti istanze di accesso"* cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2019, n. 5022.

<sup>96</sup> Si veda sul punto Consiglio di Stato, sezione IV, 28 marzo 2017, n. 1406; Consiglio di Stato, sezione V, 20 marzo 2019, n. 1817; Consiglio di Stato, sezione V, 2 agosto 2019, n. 5503

<sup>97</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 11.9

*c.p.a., possa mutare il titolo dell'accesso, definito dall'originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla pubblica amministrazione all'esito del procedimento*<sup>98</sup>.

### **2.6.2. Gli ambiti conoscitivi della fase esecutiva**

La seconda questione posta all'attenzione dell'Adunanza Plenaria concerne la posizione dell'operatore economico, utilmente collocato nella graduatoria, determinata all'esito della gara pubblica per la scelta del contraente, e, nello specifico, se esso possa avere accesso agli atti della fase esecutiva delle prestazioni per poter accertare un eventuale inadempimento dell'appaltatore e, di conseguenza, subentrare, secondo le regole dello scorrimento della graduatoria, nel contratto.

Tale questione riveste particolare importanza dal momento che è finalizzata a stabilire se il soggetto collocato al secondo posto, al termine della procedura ad evidenza pubblica, possa vantare un diritto alla conoscenza degli atti della fase esecutiva, nel caso in cui vi sia interesse da parte di quest'ultimo al subentro. Nello specifico, occorre chiarire se, per poter affermare la legittimazione della seconda classificata, fosse necessario che al momento della richiesta di ostensione sussistessero ipotesi di grave inadempimento, nel caso da rappresentare nell'istanza, o se l'accesso *ex lege* 241/1990 sia comunque ammesso, proprio per porre il soggetto istante nella posizione di verificare se vi siano state delle ipotesi di inadempimento e, quindi, se ricorresse la possibilità per il nuovo affidamento del contratto secondo le regole dello scorrimento della graduatoria.

L'Adunanza Plenaria, condividendo le osservazioni esposte dal giudice rimettente, ritiene che *“gli operatori economici, che abbiano preso parte alla gara, sono legittimati ad accedere agli atti della fase esecutiva, con le limitazioni di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, purché abbiano un interesse attuale, concreto e diretto a conoscere tali atti”*<sup>99</sup>. Quindi, l'istituto dell'accesso documentale trova piena applicazione, ricorrendone le condizioni disciplinate dagli artt. 22 e ss della l. 241 del 1990, anche agli atti della fase esecutiva del contratto, nel caso in cui sia finalizzato a dare prova dell'inadeguatezza dell'offerta vincitrice della gara, attraverso la prova dell'inadempimento. Inoltre, l'accesso in questione viene espressamente previsto dall'art. 53, comma 1, citato.

L'accesso documentale, altresì, secondo l'orientamento consolidato dell'Adunanza Plenaria, neppure può essere negato nel caso in cui riguardi atti aventi natura privatistica. Difatti, *“non rileva ... che la fase esecutiva del rapporto negoziale sia tendenzialmente disciplinata da disposizioni privatistiche, poiché anche e, si direbbe, soprattutto questa fase rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell'indizione della gara e/o dell'affidamento della commessa, che anzi trova la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di realizzazione dell'opera o del servizio; e lo stesso accesso documentale, ... costituisce ... «principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza»*<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 38

<sup>99</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 12.1

<sup>100</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 12.5

Di conseguenza, gli operatori economici ben possono esercitare il loro diritto di accesso agli atti dell'attività di pubblico interesse, non rilevando la natura pubblicistica o privatistica di questi ultimi, dal momento che trattasi di attività finalizzata alla cura in concreto dell'interesse pubblico. E, evidentemente, anche nella fase esecutiva si possono rilevare diversi interessi pubblici, come tali da tutelare, cioè quelli della trasparenza, non discriminazione e concorrenza. Difatti, come rileva la stessa Adunanza *“non vi è dubbio che la fase dell'esecuzione, se si eccettuano le varianti in corso d'opera ammesse dalla legge e le specifiche circostanze sopravvenute tali da incidere sullo svolgimento del rapporto contrattuale, deve rispecchiare e rispettare l'esito della gara condotto secondo le regole della trasparenza, della non discriminazione e della concorrenza”*<sup>101</sup>.

Attraverso queste argomentazioni, l'Adunanza afferma l'esistenza di situazioni giuridicamente tutelate in capo agli operatori economici, che abbiano partecipato o meno alla gara, che abbiano interesse a conoscere eventuali illegittimità o inadempimenti posti in essere nella fase di approvazione del contratto e fino alla completa esecuzione, per poter far valere vizi originari dell'offerta, nel giudizio promosso contro l'aggiudicazione, ma, altresì, in relazione all'esecuzione dello stesso, per poter, nel caso, subentrare nel contratto.

Secondo i giudici *“l'esecuzione del pubblico contratto o della pubblica concessione ... non è una “terra di nessuno”, un rapporto rigorosamente privatistico tra la pubblica amministrazione e il contraente escludente qualsivoglia altro rapporto o interesse, ma è invece soggetta, oltre al controllo dei soggetti pubblici, anche alla verifica e alla connessa conoscibilità da parte di eventuali soggetti controinteressati al subentro o, se del caso alla riedizione della gara”*<sup>102</sup>.

Dunque, l'interesse alla corretta esecuzione del contratto sarà configurabile come concreto e attuale tutte le volte in cui la fase dell'esecuzione non sia fedele a quella dell'aggiudicazione, ispirata ai principi di trasparenza, imparzialità e concorrenza, o nel caso in cui si manifestino dei vizi che rendano *ab origine* illegittima l'aggiudicazione o, ancora, nei casi di risoluzione pubblicistica o privatistica. L'interesse e la conseguente legittimazione alla conoscenza della fase esecutiva del contratto emergeranno tutte le volte in cui le regole concorrenziali, in tale fase, vengano distorte.

Tali argomentazioni inducono a concludere, quindi, che l'interesse a conoscere lo svolgimento del rapporto contrattuale sussiste, ma, come precisano i giudici, *“occorre, però, ai fini dell'accesso, che l'interesse dell'istante, pur in astratto legittimato, possa considerarsi concreto, attuale, diretto e, in particolare, che preesista all'istanza di accesso e non ne sia, invece, conseguenza; in altri termini, che l'esistenza di detto interesse ... sia anteriore all'istanza di accesso documentale che, quindi, non deve essere impiegata e piegata a costruire ad hoc, con finalità esplorativa, le premesse affinché sorga ex post”*<sup>103</sup>. Interpretando in modo contrario, l'accesso documentale finirebbe per assolvere ad una funzione che la legge espressamente vieta, ai sensi dell'art. 24, comma 4, della l. n. 241 del 1990, a tale istituto, ovverosia un controllo generalizzato

---

<sup>101</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 13.1

<sup>102</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 14.1

<sup>103</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 15

sull'attività delle pubbliche amministrazioni. *“Se l'accesso documentale soddisfa ... un bisogno di conoscenza (c.d. need to know) strumentale alla difesa di una situazione giuridica, che peraltro non necessariamente deve sfociare in un esito contenzioso ... questa situazione giuridica deve necessariamente precedere e, per di più, motivare l'accesso stesso”*<sup>104</sup>.

In sintesi, l'accesso documentale è consentito nel caso in cui sia indispensabile ad ottenere la documentazione atta a dimostrare o ad avvalorare la tesi che nella procedura vi sia stata una illegittimità o un inadempimento, ma non è permesso l'accesso con finalità esplorative per rilevare se, eventualmente, si sia verificato un inadempimento, il quale potrebbe consentire all'istante di provocare la risoluzione del contratto e, eventualmente, subentrare nello stesso<sup>105</sup>.

Secondo, quindi, la decisione dell'Adunanza Plenaria *“è ravvisabile un interesse concreto e attuale, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, e una conseguente legittimazione, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente alla gara, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e quindi allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, purché tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale”*<sup>106</sup>.

Nel caso di specie, però, l'Adunanza ha rilevato come non sussistesse in capo alla Diddi s.r.l. un interesse, da intendersi nel senso sopra descritto, alla conoscenza degli atti oggetto di istanza. La società, infatti, si limitava ad allegare che *“eventuali inadempienze rispetto ai suddetti obblighi comporterebbero con ogni probabilità la risoluzione del contratto per inadempimento, ed il conseguente affidamento del servizio alla scrivente società, nella sua qualità di mandante dell'ATI seconda in graduatoria”*<sup>107</sup>. In tale circostanza si rileva come la richiesta di accesso sia finalizzata alla conoscenza di documenti con la finalità di verificare, in un modo ipotetico, eventuale e dubitativo, il subentro nel contratto. Quindi, *“si rivela, così, nella fattispecie in esame, un'istanza di accesso con finalità meramente esplorativa, finalizzata ad acclarare se un inadempimento vi sia, che presupporrebbe, in capo agli altri operatori economici, un inammissibile ruolo di vigilanza sulla regolare esecuzione delle prestazioni contrattuali e sull'adempimento delle proprie obbligazioni da parte dell'aggiudicatario. ... questa Adunanza plenaria, proprio con riguardo all'accesso documentale, ha precisato che essere titolare di una situazione giuridicamente tutelata non è una condizione sufficiente perché l'interesse rivendicato possa considerarsi «diretto, concreto e attuale», poiché è anche necessario che la documentazione cui si chiede di accedere sia collegata a quella posizione sostanziale, impedendone o ostacolandone il soddisfacimento”*<sup>108</sup>.

---

<sup>104</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 15.3

<sup>105</sup> Si veda CORRADO, Anna, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), p. 64 e ss

<sup>106</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 38

<sup>107</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 16

<sup>108</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 16.2 e 16.5

### 2.6.3. Applicabilità dell'accesso civico generalizzato alla materia dei contratti pubblici

L'interpretazione prospettata nel paragrafo precedente è destinata a perdere spessore in conseguenza dell'esame dell'ultimo quesito posto all'Adunanza Plenaria. Infatti, quest'ultima ha ammesso la conoscibilità degli atti di gara, anche nella fase esecutiva del contratto, in favore del *quisque de populo*, tramite l'istituto dell'accesso civico generalizzato.

Dunque, il partecipante alla procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente che voglia conoscere gli atti della fase esecutiva ben potrà attivare l'istituto dell'accesso civico generalizzato, fermi i limiti assoluti e il bilanciamento, ad opera della pubblica amministrazione, degli interessi pubblici e privati da tutelare.

Il terzo quesito, preso in esame dall'Adunanza Plenaria, concerne l'applicabilità della disciplina dell'accesso civico generalizzato anche in relazione alla materia dei contratti pubblici, con lo scopo di accedere ai documenti riguardanti il procedimento ad evidenza pubblica e la successiva fase esecutiva, ferme le limitazioni previste dal legislatore.

Riprendendo in esame la norma relativa all'accesso civico generalizzato, l'Adunanza ha, anzitutto, evidenziato come esso non sia sottoposto ad alcun limite in ordine alla legittimazione soggettiva e non vi sia alcun onere motivazionale inerente l'interesse alla conoscenza, essendo, quello in esame, un diritto tutelato “*allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico*”<sup>109</sup>. L'intento del legislatore, nell'introdurre tale istituto, è quello di superare il limite relativo all'accesso documentale, il quale non può essere esercitato per operare un controllo generalizzato sull'attività delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 24, comma 3, della l. 241/1990. Infatti, mentre tramite l'accesso documentale vengono presi in considerazione e tutelati interessi individuali e, di conseguenza, la trasparenza sarà “occasionalmente protetta”<sup>110</sup>, proprio perché assume rilevanza il c.d. *need to know* dell'istante, strumentale ad una situazione giuridica pregressa, nel caso dell'accesso generalizzato, al contrario, ci si trova in presenza di un istituto finalizzato a garantire il controllo democratico sull'attività dell'amministrazione, in cui il c.d. *right to know* va assicurato sempre, eccezion fatta per le ipotesi previste dall'art. 5 bis, commi 1 e 2, del d.lgs. 33/2013.

Secondo la Plenaria, “*il principio di trasparenza, che si esprime anche nella conoscibilità dei documenti amministrativi, rappresenta il fondamento della democrazia amministrativa in uno Stato di diritto, ... ma costituisce anche un caposaldo del principio di buon funzionamento della pubblica amministrazione, quale “casa di vetro” improntata ad imparzialità, intesa non quale mera conoscibilità, garantita dalla pubblicità, ma anche come intelligibilità dei processi decisionali e assenza di corruzione*”<sup>111</sup>.

Sulla base di queste argomentazioni, l'Adunanza ha chiarito come l'accesso civico generalizzato è espressione di un diritto fondamentale che contribuisce al miglior soddisfacimento di altri diritti fondamentali che

<sup>109</sup> Art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013

<sup>110</sup> Si veda GARDINI, Gianluca, MAGRI, Marco, *Il FOIA italiano: vincitori e vinti*, op. cit.

<sup>111</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 22.6

l'ordinamento riconosce alla persona. Difatti, *“il diritto di accesso civico è precondizione ... per l'esercizio di ogni altro diritto fondamentale nel nostro ordinamento perché solo conoscere consente di determinarsi, in una visione nuova del rapporto tra potere e cittadino che, improntata ad un aperto e ... dialettico confronto tra l'interesse pubblico e quello privato, fuoriesce dalla logica binaria e conflittuale autorità/libertà”*<sup>112</sup>.

La natura fondamentale del diritto in questione, secondo il Consiglio di Stato, si desume dagli artt. 1, 2, 97 e 117 Cost., ma, altresì, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea all'art. 42 e, inoltre, all'art. 10 CEDU. Quest'ultimo sancisce la libertà di espressione in capo ad ogni persona e chiarisce che tale diritto ricomprende *“la libertà di ricevere ... informazioni ... senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche”*<sup>113</sup>. Inoltre, al successivo comma si precisa che l'esercizio delle libertà suddette *“può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica”*<sup>114</sup> al fine di tutelare interessi pubblici o privati.

Dunque, si può affermare che, attraverso l'intervento dell'Adunanza Plenaria, l'accesso civico generalizzato risponde al particolare intento del legislatore di voler introdurre nell'ordinamento italiano un diritto idoneo a consentire la partecipazione al dibattito pubblico e volto alla conoscenza di dati e decisioni delle pubbliche amministrazioni per poter, quindi, consentire quel controllo democratico alla base dell'istituto in questione.

In conclusione, l'accesso generalizzato deve essere inteso come corollario di libertà e come espressione di cittadinanza attiva, limitato da specifiche ipotesi espressamente previste dalla legge e da interpretarsi in modo restrittivo<sup>115</sup>.

La Plenaria, dopo aver ricostruito la natura dell'accesso civico generalizzato, ha preso in considerazione il tema dei limiti previsti dall'art. 5 *bis* del d.lgs. 33/2013.

Occorre chiarire, preliminarmente, che l'amministrazione non può adottare regolamenti che siano idonei a limitare l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato, né, inoltre, possono essere applicati all'istituto i regolamenti utilizzati per limitare la portata dell'accesso documentale, ad eccezione delle ipotesi previste dall'art. 24, comma 1, della l. 241 del 1990, le quali costituiscono eccezioni assolute che, appunto, limitano la portata dell'accesso generalizzato. L'articolo prevede che *“il diritto di accesso è escluso: a) per i documenti coperti da segreto di Stato ... ; b) nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano; c) nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione; d) nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi”*<sup>116</sup>. Queste ultime, ai sensi

---

<sup>112</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 23.2

<sup>113</sup> Art. 10, comma 1, CEDU

<sup>114</sup> Art. 10, comma 2, CEDU

<sup>115</sup> Si veda CORRADO, Anna, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), p. 69.

<sup>116</sup> Art. 24, comma 1, della l. 241 del 1990

dell'art. 10 CEDU e dell'art. 117 Cost., sono assoggettate alla riserva di legge e vengono previste dall'art. 5 bis del d.lgs. 33/2013 *“per garantire un livello di protezione massima a determinati interessi, ritenuti di particolare rilevanza per l'ordinamento giuridico”*. Quindi, nel caso in esame, l'amministrazione eserciterà un potere vincolato nel caso in cui rilevi l'esistenza, in relazione alla singola istanza, di una delle eccezioni previste, proprio perché *“il legislatore ha operato già a monte una valutazione assiologica e li ha ritenuti superiori rispetto alla conoscibilità diffusa di dati e documenti amministrativi”*<sup>117</sup>.

Successivamente, l'Adunanza ha chiarito come, in relazione ai limiti assoluti, le eccezioni previste dall'art. 5 bis, nella parte in cui sancisce che *“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'art. 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990”*, non devono essere intese come se si riferissero ad interi ambiti di materie, e dunque idonee ad esentare l'accesso civico generalizzato da quest'ultime, ma occorre dare una lettura unitaria dell'articolo, senza evitare di scomporlo e, conseguentemente, dar vita a nuovi, autonomi limiti. Al contrario, il risultato sarebbe quello di prevalenza del principio di specialità e, quindi, l'esclusione di quella determinata materia dalla disciplina dell'accesso.

Continua l'Adunanza chiarendo che *“l'art. 5 bis, comma 3, del d.lgs. n. 33 del 2013 ha ...inteso rammentare che vi sono appunto casi di eccezioni assolute. ... per tali casi ... il rispetto delle specifiche restrizioni fissate dalla legge all'accesso, per la ratio sottesa, preclude la conoscibilità generalizzata (ma giammai – va ribadito – per interi ambiti di materie)”*<sup>118</sup>.

Quindi, la relazione tra le discipline generali dell'accesso ex l. 241/1990 e dell'accesso generalizzato e, successivamente, il rapporto tra queste discipline generali e quelle di settore deve essere letto in chiave di completezza, inclusione, *“in quanto la logica di fondo sottesa alla reazione tra le discipline non è quella della separazione, ma quella dell'integrazione dei diversi regimi, pur nelle loro differenze, in vista della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo che rifugge in sé da una segregazione assoluta “per materia” delle singole discipline”*<sup>119</sup>.

Come, inoltre, ribadisce l'Adunanza Plenaria, *“un diverso ragionamento interpretativo, che identificasse interi ambiti di materia esclusi dall'applicazione dell'accesso civico generalizzato, avallerebbe il rischio, ben avvertito in dottrina, che i casi del comma 3 dell'art. 5-bis del d. lgs. n. 33 del 2013, letti in modo frazionato e non sistematico, si trasformino in un “buco nero” della trasparenza – frutto anche di un sistema di limiti che si apre ad altri che rinviano ad ulteriori con un potenziale circolo vizioso e un regressus ad infinitum – ove è risucchiato l'accesso generalizzato, con un ritorno all'opacità dell'azione amministrativa per effetto di una interpretazione che trasforma l'eccezione in regola e conduce fatalmente alla creazione in via pretoria*

---

<sup>117</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 24.3.

<sup>118</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 24.9 e ss.

<sup>119</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 25.1

*di quelli che, con felice espressione, sono stati definiti “segreti di fatto” accanto ai “segreti di diritto”, espressamente contemplati dalla legge*<sup>120</sup>.

In conclusione, non è possibile introdurre il limite della “materia”, non espressamente previsto dal legislatore e, di conseguenza, in violazione dell’art. 10 CEDU, in quanto si aprirebbe la strada per l’affermazione di una eccezione alla discrezionalità dell’amministrazione o all’opera dell’esegeta.

Soffermandoci ora sulla questione specificamente posta all’Adunanza Plenaria, ovverosia se l’accesso civico generalizzato sia applicabile anche alla materia dei contratti pubblici, occorre prendere in considerazione l’art. 53 del d.lgs. n. 50/2016. In relazione a quest’ultimo la Plenaria afferma che in tale norma non possa rinvenirsi la base normativa all’accezione assoluta suddetta, dunque un’esclusione dell’intera materia in questione dalla disciplina relativa all’accesso generalizzato. Infatti, al comma 2, l’articolo prevede delle ipotesi di differimento dell’accesso nel caso in cui la procedura di gara è ancora in corso. In relazione ai casi previsti, dunque, si ha una *“esclusione assoluta del diritto di accesso, per quanto temporalmente limitata, incompatibile con il diritto di accesso civico generalizzato”*<sup>121</sup>, finalizzata a garantire il principio di concorrenza, la *par condicio* dei partecipanti alla procedura di gara e di buon andamento di quest’ultima<sup>122</sup>.

Con riguardo, invece, al comma 5 del medesimo articolo le ipotesi ivi elencate sono configurabili come limitazioni assolute. Dunque, *“sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione: a) alle informazioni fornite nell’ambito dell’offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente, segreti tecnici o commerciali; b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all’applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell’esecuzione e dell’organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale”*<sup>123</sup>. Queste ultime rappresentano, appunto, “i casi” nei quali già il legislatore, a monte, ha operato il bilanciamento tra l’interesse alla conoscibilità e gli altri interessi rilevanti.

Dunque, la previsione contenuta nell’art. 53 *“non può comportare ex se l’esclusione dell’intera materia dall’applicazione dell’accesso civico generalizzato, che riacquista la sua naturale vix expansiva una volta venute meno le ragioni che giustificano siffatti limiti, condizioni o modalità di accesso”*<sup>124</sup>. Di conseguenza, in presenza di una richiesta ostensiva, quest’ultima dovrà essere valutata in relazione alle eccezioni relative previste ai commi 1 e 2 dell’art. 5 *bis* del d.lgs. 33/2013, nel caso in cui siano venute meno le limitazioni

---

<sup>120</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 25.4

<sup>121</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 27.2

<sup>122</sup> Si veda CORRADO, Anna, *L’accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), p. 72

<sup>123</sup> Art. 53, comma 5, d.lgs. n. 50/2016

<sup>124</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 28

temporali o le ragioni a fondamento dei limiti imposti dalla normativa. Quindi, l'Adunanza afferma che *“se dunque i limiti previsti per l'accesso ai documenti amministrativi di cui agli artt. 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990 e quelli dettati dalle singole discipline settoriali non possono essere superati ricorrendo strumentalmente all'istituto dell'accesso civico generalizzato, deve ritenersi che, una volta venute meno le ragioni di questi limiti, tra cui quelli appena accennati dell'art. 53 del codice dei contratti pubblici, sul piano sia temporale sia contenutistico, l'accesso civico generalizzato opera di diritto, senza che sia necessaria nel nostro ordinamento una specifica disposizione di legge che ne autorizzi l'operatività anche in specifiche materie, come quella dei contratti pubblici, con la conseguenza che l'accesso civico generalizzato, ferme le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33 del 2013, è ammissibile in ordine agli atti della fase esecutiva”*<sup>125</sup>.

Inoltre, si rileva come specificamente nella materia dei contratti pubblici, caratterizzata dall'alto rischio di ipotesi corruttive e sulla quale maggiormente si è soffermata la disciplina anticorruzione, le esigenze sottese all'istituto dell'accesso civico generalizzato *“assumono ... una particolare e più pregnante connotazione, perché costituiscono la «fisiologica conseguenza» dell'evidenza pubblica, in quanto che ciò che è pubblicamente evidente, per definizione, deve essere pubblicamente conoscibile, salvi, ovviamente, i limiti di legge e solo di legge”*<sup>126</sup>. Di conseguenza, sarebbe irragionevole sottrarre alla disciplina relativa alla trasparenza, la materia in tema di appalti.

La normativa applicabile all'accesso civico generalizzato, si chiarisce, tramite il rinvio dell'art. 5 bis, comma 3, concerne le specifiche limitazioni previste dall'art. 53 previste per tutelare la procedura di gara e i vari partecipanti alla stessa.

A parere dell'Adunanza l'accesso civico generalizzato opera sia nella fase dell'aggiudicazione che in quella esecutiva e conferma, altresì che *“l'esecuzione del contratto non è una terra di nessuno, lasciata all'arbitrio dei contraenti e all'indifferenza dei terzi, ma sottoposta all'attività di vigilanza da parte dell'ANAC, trattandosi di una fase rilevante per l'ordinamento giuridico, come dimostrano le funzioni pubbliche di vigilanza e controllo previste, nella cui cornice trova spazio, in funzione si direbbe complementare e strumentale, anche l'accesso generalizzato dei cittadini”*<sup>127</sup>.

L'accesso civico generalizzato, quale corollario della trasparenza, assolve alla finalità di conoscenza diffusa, a sua volta, posta a garanzia della legalità nei contratti pubblici, tanto nella fase pubblicistica dell'aggiudicazione, quanto in quella privatistica dell'esecuzione.

In conclusione, deve ritenersi finalmente riconosciuto l'accesso generalizzato anche in relazione agli atti di gara, fermi, ovviamente, i limiti previsti a tutela di interessi pubblici e privati<sup>128</sup>.

---

<sup>125</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 28.1

<sup>126</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 30

<sup>127</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 31.5

<sup>128</sup> Si veda CORRADO, Anna, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), p. 74

Il rilievo della decisione in esame è rinvenibile nel fatto di aver chiarito un altro aspetto importante relativo al bilanciamento, ad opera della pubblica amministrazione, tra la conoscibilità e quello inerente alla riservatezza. Secondo il parere dell'Adunanza, *“la circostanza che l'accesso possa ... soccombere di fronte alle ragioni normativamente connesse alla riservatezza dei dati dei concorrenti non può condurre ad un'aprioristica esclusione dell'accesso”*<sup>129</sup>.

Occorre, a tal proposito, operare una distinzione fra eccezioni assolute e relative. Con l'enunciazione delle prime l'amministrazione non sarà dotata di discrezionalità, avendo già preliminarmente il legislatore operato il bilanciamento valoriale tra i vari interessi in gioco e avendo sancito la priorità di alcuni rispetto ad altri. Al contrario, con riguardo ai limiti relativi, non sussistendo tale operazione preliminare ad opera del legislatore, sarà la pubblica amministrazione che dovrà effettuare un *“adeguato e proporzionato bilanciamento degli interessi coinvolti”*<sup>130</sup>. Quindi, le eccezioni qualificate necessitano di un bilanciamento *“da parte della pubblica amministrazione, in concreto, tra l'interesse pubblico alla conoscibilità e il danno all'interesse-limite, pubblico o privato, alla segretezza e/o alla riservatezza, secondo i criteri utilizzati anche in altri ordinamenti, quali il cd. test del danno (harm test), utilizzato per esempio in Germania, o il c.d. public interest test o public interest override, tipico dell'ordinamento statunitense o di quello dell'Unione europea ... in base al quale occorre valutare se sussista un interesse pubblico al rilascio delle informazioni richieste rispetto al pregiudizio per l'interesse-limite contrapposto”*<sup>131</sup>.

Viene sostenuto, di conseguenza che il bilanciamento in questione venga posto in essere in un'ottica di proporzionalità, in base al c.d. *harm test*, che vada a tutelare l'interesse, pubblico o privato, senza depotenziare l'interesse pubblico a conoscere.

Si impone alla pubblica amministrazione, perciò, in base al canone di proporzionalità, di prendere in considerazione tutti gli interessi coinvolti, per poter pervenire ad una soluzione che comporti il minor sacrificio possibile per le posizioni alla base di detta valutazione.

L'Adunanza evidenzia, inoltre, che riconoscere l'accesso in questione non vuol dire che si dia adito ad abusi dello stesso, essendo *“doveroso evitare e respingere: richieste manifestamente onerose o sproporzionate e, cioè, tali da comportare un carico irragionevole di lavoro idoneo a interferire con il buon andamento della pubblica amministrazione; richieste massive uniche (v., sul punto, Circolare FOIA n. 2/2017, par. 7, lett. d; Cons. St., sez. VI, 13 agosto 2019, n. 5702), contenenti un numero cospicuo di dati o di documenti, o richieste massive plurime, che pervengono in un arco temporale limitato e da parte dello stesso richiedente o da parte di più richiedenti ma comunque riconducibili ad uno stesso centro di interessi; richieste vessatorie o pretestuose, dettate dal solo intento emulativo, da valutarsi ovviamente in base a parametri oggettivi”*<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 35

<sup>130</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 35.4

<sup>131</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 35.1

<sup>132</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 36.6

In conclusione, la decisione dell'Adunanza Plenaria è chiara e non lascia spazio ad interpretazioni: *“la disciplina dell’accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all’art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all’esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l’eccezione del comma 3 dell’art. 5-bis del d. lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l’art. 53 e con le previsioni della l. n. 241 del 1990, che non esenta in toto la materia dall’accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell’accesso con le eccezioni relative di cui all’art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza”*<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 38

## CONCLUSIONI

Una considerazione conclusiva si impone, alla luce delle considerazioni sin qui svolte.

In Italia, fino al 2016, la sola modalità di accesso prevista dall'ordinamento era rappresentata dall'accesso qualificato, non essendo presente nella normativa altra maniera per il cittadino di venire a conoscenza di documenti, dati o informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni. Dunque, la previsione relativa all'accesso documentale escludeva l'accesso generalizzato. Successivamente, sono stati previsti in capo alle amministrazioni degli obblighi di pubblicazione relativi ad una serie di atti, tra il 2009 e il 2013, con lo scopo di bilanciare i limiti previsti all'accesso qualificato. Nel 2013, quindi, come strumento coercitivo nei confronti delle pubbliche amministrazioni, è stato introdotto nell'ordinamento italiano l'accesso civico, previsto dall'art. 5, comma 1, del d.lgs. 33/2013, il quale rappresenta lo strumento per il privato per far sì che le amministrazioni diano seguito agli obblighi suddetti.

Solo, poi, nel 2016, aderendo al paradigma FOIA, in Italia viene introdotto l'accesso civico generalizzato, ovvero una determinata forma di accesso che permette ai cittadini di conoscere i documenti, dati e informazioni in possesso delle amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione. L'introduzione di tale ultima forma di accesso, tuttavia, si aggiunge alle altre, mantenendo inalterata la disciplina previgente. Quest'ultima circostanza ha fatto sì che nell'ordinamento italiano l'affermazione del FOIA si è contraddistinta per molteplici incertezze interpretative. In primo luogo, l'aver inserito nel medesimo articolo, l'art. 5 del d.lgs. 33/2013, la normativa relativa a due istituti ampiamente differenti tra loro, cioè l'accesso civico c.d. semplice e l'accesso generalizzato, ha determinato incertezze in relazione agli obblighi, l'indeterminatezza dei limiti e, altresì, una sovrapposizione tra i due istituti; in secondo luogo, incompatibilmente con la *ratio* del FOIA, l'art. 5 *bis* richiama le eccezioni previste dall'art. 24, comma 1, della l. n. 241/1990, previsione che prevede un potere regolamentare in capo alle amministrazioni con lo scopo di determinare le categorie di atti esclusi dell'accesso.

Il mancato coordinamento, inoltre, tra la disciplina dell'accesso civico generalizzato e le discipline settoriali, le quali non richiamano espressamente il nuovo istituto, dà adito ad incertezze, come è stato il caso rimesso all'attenzione dell'Adunanza Plenaria sopra esaminato.

Ancora, altra problematica concerne la disciplina secondaria. A riguardo, l'ANAC, non rilasciando pareri sulla concreta applicazione della normativa in questione da parte delle pubbliche amministrazioni, ha comunque adottato le Linee Guida relative alle eccezioni all'accesso generalizzato, scegliendo di operare un approccio nozionistico – definitorio degli interessi sensibili, senza esemplificare l'operato delle singole amministrazioni in relazione a situazioni concrete di conflitto.

L'ANAC, poi, anche in relazione agli obblighi di pubblicazione dovrebbe supportare le amministrazioni nella soluzione di problemi o questioni che queste ultime potrebbero riscontrare in sede di ottemperanza di detti obblighi, predisponendo, in caso, degli schemi o modelli per poter garantire agli enti di fornire dei dati di qualità, ma anche per semplificare l'operato delle pubbliche amministrazioni.

L'ordinamento italiano, poi, è caratterizzato da previsioni abbastanza stratificate in relazione ai rimedi esperibili. Sintetizzando, nei casi di diniego alle richieste di accesso qualificato sono contemplati CADA, difensori civici e giudice amministrativo; invece, per l'accesso civico generalizzato è possibile ricorrere al responsabile per la prevenzione della corruzione e della trasparenza, difensori civici e giudice amministrativo. In relazione a quest'ultimo tipo di accesso, contrariamente, ad esempio, al modello francese, non viene previsto un organo con specifiche funzioni di vigilanza. Una possibile soluzione sarebbe, prendendo in riferimento tale ordinamento, affidare ad un organo funzioni simili a quelle della *Commission d'accès aux documents administratifs – CADA*, oppure, prevedere la figura di un difensore civico a livello nazionale con compiti di supervisione in relazione all'accesso *tout court*.

Al di là, però, dei profili critici che hanno caratterizzato l'affermazione di tale modello nell'ordinamento italiano, la rilevanza dello strumento dell'accesso civico generalizzato è destinata a crescere sia in relazione allo scopo di garantire un controllo generalizzato sull'attività dei poteri pubblici, sia per favorire una partecipazione dei cittadini alle decisioni pubbliche.

Il presente elaborato vuole mettere in luce le innovazioni apportate dalle sentenze sopra citate alla disciplina in materia di diritto di accesso.

Nello specifico, le sentenze del Consiglio di Stato, sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546 e 9 ottobre 2019, n. 6897 hanno operato una rilevante innovazione in materia di trasparenza, partecipazione e accesso alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni.

Infatti, l'aver accolto un'istanza di accesso generalizzato, presentata da un'Associazione di categoria, con lo scopo di conoscere i dati relativi all'importazione di latte e di prodotti lattiero caseari provenienti da paesi europei ed extraeuropei, rappresenta una rilevante conquista del principio di trasparenza.

Il Consiglio di Stato, con tale importante pronuncia, si è espresso sul fondamento dell'istituto dell'accesso civico generalizzato. Quest'ultimo, secondo le affermazioni dei giudici, è espressione dei principi enunciati dall'ordinamento nazionale, quali quello di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa “*e di partecipazione diffusa dei cittadini alla gestione della «Cosa pubblica», ai sensi degli articoli 1 e 2 della Costituzione, nonché, ovviamente, dell'art. 97 Cost., secondo il principio di sussidiarietà di cui all'art.118 della Costituzione*”<sup>1</sup>.

Dunque, tramite l'esercizio del diritto di accesso civico generalizzato si assicura la conoscenza degli atti e delle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni. E, tale conoscenza è posta fondamento dello scopo che il legislatore vuole perseguire attraverso l'introduzione di tale istituto. Infatti, “*allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni*”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546, par. 14.

<sup>2</sup> Art. 5, comma 2, d.lgs. 33/2013

Tramite l'interpretazione data dal Consiglio di Stato, in conclusione, l'accesso civico *ex art. 5, comma 2, d.lgs. 33/2013*, diviene uno strumento caratterizzato *“dalla spontanea cooperazione dei cittadini con le Istituzioni pubbliche mediante la partecipazione alle decisioni e alle azioni che riguardano la cura dei beni comuni, anziché dei pur rispettabili interessi privati, e che quindi cospirano alla realizzazione dell'interesse generale della società assumendo a propria volta una valenza pubblicistica, nella consapevolezza che la partecipazione attiva dei cittadini alla vita collettiva può concorrere a migliorare la capacità delle istituzioni di dare risposte più efficaci ai bisogni delle persone e alla soddisfazione dei diritti sociali che la Costituzione riconosce e garantisce”*<sup>3</sup>.

In conclusione, nel caso di specie, è legittima la richiesta di accesso, presentata dalla società Coldiretti, concernente documenti e informazioni relativi ad un mercato di cui essa rappresenta la maggioranza degli operatori economici e il cui compito è proprio di perseguire la tutela e lo sviluppo di detto mercato, *“posto che la completa informazione dei consumatori (oltre a costituire un diritto di questi ultimi, sancito dal Codice del consumo) può favorire un corretto e regolato confronto concorrenziale, nonché un aumento dei consumi interni ed un ulteriore sviluppo di quel mercato. Ciò è vero e dirimente anche laddove dovesse tradursi in un danno per alcuni dei singoli operatori associati, posto che l'eventuale pregiudizio dei singoli non può andare a detrimento delle finalità associative statutariamente condivise”*<sup>4</sup>.

Con riguardo, invece, alla sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 2 aprile 2020, n. 10 si sancisce l'operatività dell'istituto dell'accesso civico generalizzato anche alla materia dei contratti pubblici.

L'organo di nomofilachia, preliminarmente, ha chiarito il rapporto che intercorre tra l'accesso documentale, previsto agli artt. 22 e ss. della l. n. 241/1990, e l'accesso civico generalizzato, disciplinato al comma 2, dell'art. 5 del d.lgs. 33/2013.

I giudici amministrativi, dopo aver ammesso il concorso tra le diverse forme di accesso e, dunque, la non sussistenza di un principio di specialità tra gli istituti, e, inoltre, dopo aver ricostruito la *ratio* dell'intervento legislativo del 2016, con il quale viene introdotto nell'ordinamento nazionale l'istituto dell'accesso civico, in attuazione del c.d. FOIA, hanno stabilito che, nel caso di istanza del privato formulata in modo generico e, quindi, non riferendosi specificamente ad una determinata disciplina, l'amministrazione dovrà procedere all'esame della stessa sia sotto il profilo dell'accesso documentale che dell'accesso civico.

Ulteriore punto rilevante della decisione concerne il quesito circa la sussistenza di un interesse diretto, concreto e attuale in capo al richiedente, condizione per poter esercitare l'accesso disciplinato dall'art. 22, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990, con specifico riferimento agli atti della fase esecutiva del contratto pubblico. L'Adunanza Plenaria, prendendo in riferimento l'art. 53 d.lgs. n. 50/2016, il quale disciplina l'accesso agli atti e la riservatezza in materia di contratti pubblici, sancisce che si possa configurare l'interesse suddetto anche nella fase esecutiva del contratto pubblico. I giudici, infatti, affermano che è *“evidente l'esistenza di situazioni*

---

<sup>3</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546, par. 15.

<sup>4</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546, par. 19.1.

*giuridicamente tutelate in capo agli operatori economici, che abbiano partecipato alla gara e, in certe ipotesi che non abbiano partecipato alla gara, interessati a conoscere illegittimità o inadempimenti manifestatisi dalla fase di approvazione del contratto sino alla sua completa esecuzione, non solo per far valere vizi originari dell'offerta nel giudizio promosso contro aggiudicazione, ma anche con riferimento alla sua esecuzione, per potere, una volta risolto il rapporto con l'aggiudicatario, subentrare nel contratto o ottenere la riedizione della gara con chance dei aggiudicarsela”<sup>5</sup>.*

Infine, l'Adunanza riconosce l'operatività dell'istituto dell'accesso civico generalizzato anche al settore dei contratti pubblici. I giudici, operando un'interpretazione integratrice tra le diverse discipline, hanno riconosciuto all'istituto in questione valenza di diritto fondamentale, idoneo a spiegare i suoi effetti senza la necessità di previsioni legislative in tal senso.

Il Collegio, in conclusione, con la sentenza in esame, pone fine al dibattito sorto in giurisprudenza in seguito a contrapposti orientamenti delle sezioni del Consiglio di Stato, enunciando i seguenti principi di diritto: *“a) la pubblica amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell'accesso civico generalizzato, a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l'istanza solo con specifico riferimento ai profili della l. n. 241 del 1990, senza che il giudice amministrativo, adito ai sensi dell'art. 116 c.p.a., possa mutare il titolo dell'accesso, definito dall'originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla pubblica amministrazione all'esito del procedimento;*

*b) è ravvisabile un interesse concreto e attuale, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, e una conseguente legittimazione, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente alla gara, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e quindi allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, purché tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale;*

*c) la disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione del comma 3 dell'art. 5-bis del d. lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l'art. 53 e con le previsioni della l. n. 241 del 1990, che non esenta in toto la materia dall'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza”<sup>6</sup>.*

---

<sup>5</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 13.3

<sup>6</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, par. 38.

Con il d.lgs. 25 maggio 2014, n. 97, che modifica il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, l'Italia introduce una riforma importante. Attraverso tale normativa, l'ordinamento si conforma allo standard europeo e internazionale. Attraverso l'emanazione del suddetto decreto, l'Italia aderisce al modello FOIA, presente già a livello europeo e in molti ordinamenti. Viene, dunque, riconosciuto il c.d. *right to know*, un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino, introdotto sulla base della constatazione del fallimento della disciplina precedente relativa alla trasparenza, la quale era risultata insoddisfacente a rendere le pubbliche amministrazioni trasparenti come “*case di vetro*”.

Allineandosi al modello FOIA, quindi, l'Italia ha compiuto il primo passo per favorire una effettività del nuovo diritto.

Alcuni punti critici ancora si riscontrano, ma è indubbio che ci si stia muovendo verso una interpretazione di trasparenza amministrativa sempre più ampia. Il diritto alla conoscibilità, negli anni, si è ampliato e definito. Infatti, si rileva una vera e propria rivoluzione globale delle discipline in materia di accesso ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, fondata sulla consapevolezza dell'esistenza di uno stretto legame tra democrazia, conoscibilità e libertà.

## BIBLIOGRAFIA

ANAC, delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, “*Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5 comma 2 del d.lgs. 33/2013 – art. 5-bis, comma 6, del d.lgs. n. 33 del 14 marzo 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»*”

ARENA, Gregorio, *La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *L’accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1991

BOBBIO, Norberto, *La democrazia e il potere invisibile*, in Riv. It. Sc. Pol., 1980

CAIANIELLO, Vincenzo, *Il cittadino dello stato*, Relazione XXXVI Convegno di Varenna, 20 – 22 Settembre, 1990, Milano, Giuffrè, 1993

CARINGELLA, Francesco, *Ancora fitta la nebbia sull’accesso ai dati personali (sensibili e non)*, in nota alla decisione del Cons. Stato, sez. IV, 27 agosto 1998, in *Foro.it*, 1998, III

CARLONI, Enrico, *il diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in Dir. Amm., n. 4, 2016

CARLONI, Enrico, *L’amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell’open government*, Santarcangelo di Romagna, 2014

CASSETTA, Elio, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017

Circolare n. 2/2017 del Ministero per la semplificazione e pubblica amministrazione

CLARICH, Marcello, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013

CLARICH, Marcello, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019

*Code des relations entre le public et l’administration*

*Code général des collectivités territoriales*

Codice dei contratti pubblici

CORRADO, Anna, *Il silenzio dell'amministrazione sull'istanza di accesso civico generalizzato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 5/2017

CORRADO, Anna, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

CORSO, Guido, TERESI, Francesco, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Rimini, Maggioli, 1991

CURTIN, Deirdre, HILLEBRANDT, Maarten, *Transparency in the EU: constitutional overtones, institutional dynamics and the escape hatch of secrecy*, Cheltenham, 2016

D.lgs. 14/03/2013, n. 33 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*.

D.lgs. 25/05/2016, n. 97 in tema di *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'art. 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*

DE CAPITANI, Emilio, *Unione europea e segreto di stato*, in [www.atrid-online.it](http://www.atrid-online.it), 2010

Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 96/9/CE, relativa alla tutela delle banche dati (pubblicata in G.U.C.E.L. n. 77 del 27 marzo 1996)

Garante per la protezione dei dati personali, *Guida all'applicazione del regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali*, Edizione aggiornata a febbraio 2018

GARDINI, Gianluca, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in [www.Federalismi.it](http://www.Federalismi.it), n. 1/2017

GARDINI, Gianluca, MAGRI, Marco, *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un Bilancio a tre anni dall'introduzione*, Rimini, 2019

*l'Ordonnance n. 2005-650 du 6 juin 2005 realtive à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la reutilization des informations publique*

Legge 7 Agosto 1990, n. 241

*Loi n. 2000-321 du 12 avril 2000 realtive aux droits des citoyens dans leurs realtions avec l'administration*

*Loi n. 78-753 du 17 julliet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des realations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratifs, social et fiscal*

*Loi n. 79-587 du 11 julliet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à la amélioration des relations entre l'administration et le public*

MATTARELLA, Bernardo Giorgio, SAVINO, Mario, *L'accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Napoli, 2018

MERLONI, Francesco, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, Milano, 2008

MOLITERNI, Alfredo, *La trasparenza amministrativa: recenti tendenze e prospettive future*, in riv. It. Sc. Giur. (Numero speciale su "I principi nell'esperienza giuridica" – Atti del Convegno della facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma, 14-15 Novembre 2014), 2014

NEVOLA, Riccardo, *La tutela della privacy ed il problematico rapporto con il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in Riv. Amm., 2007

Nuove FAQ sul Responsabile della protezione dei dati in ambito pubblico.  
<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/7322110>.

PAJNO, Alessandro, *il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in Rassegna Astrid, 2013

PASTORI, Giorgio, *La disciplina generale del procedimento amministrativo*, in Atti del XXXII Convegno di Varenna, 18 – 20 settembre 1986, Milano, Giuffrè, 1989

PROIETTI, Roberto, *Le novità in tema di procedimento e provvedimento*, supplemento al fascicolo n. 47/2005 di Diritto & Giustizia, 2005

Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)

Relazione della Commissione Cassese di studio per l'attuazione della legge n. 241, in *Le autonomie*, 1992

Relazione illustrativa al d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97

Relazione illustrativa al d.lgs. 33/2013

Richiesta di parere del Ministero della Salute, sul caso Coldiretti, all'A.G.C.M., si veda Bollettino 24 giugno 2019, n. 25, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

ROSSI, Lenor, VINAGRE E SILVA, Patricia, *Public access to Documents in the EU*, Oxford – Portland, 2017

SAVINO, Mario, *Commento allo schema di Linee guida per l'attuazione dell'accesso "generalizzato" alle informazioni in possesso delle amministrazioni (c.d. modello FOIA)*, in *ASTRID Rassegna*, 2016, n. 21

SAVINO, Mario, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013

TESSARO, Tiziano, BERTIN, Margherita, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy. La corretta applicazione della disciplina tra diritto di accesso, obblighi di pubblicazione e tutela della riservatezza*, Santarcangelo di Romagna, 2019

TURATI, Filippo, *Atti del parlamento italiano*, Camera dei Deputati, sess. 1904 – 1908, 17 giugno 1908

VIRGA, Giovanni, *Contraddittorio, partecipazione ed accesso agli atti del procedimento*, relazione tenuta al Corso "Attività, informazione e riforma della pubblica amministrazione", Bologna, marzo 1996

## GIURISPRUDENZA

Cons. giust. Amm. Sic., 8 luglio 2014, n. 395.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 22 aprile 1999, n. 4

Consiglio di Stato, sez. consultiva atti normativi, parere n. 515/2016 del 24 febbraio 2016

Consiglio di Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546

Consiglio di Stato, Sez. III, 9 ottobre 2019, n. 6897

Consiglio di Stato, sez. IV, 12 maggio 1993, n. 530, pag. 609

Consiglio di Stato, sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4308

Consiglio di Stato, sez. V, 2 agosto 2019, n. 5022

Consiglio di Stato, sez. V, n. 5503 del 2 agosto 2019

Consiglio di Stato, sez. V, n. 78 dell'8 febbraio 1994

Consiglio di Stato, sez. VI, 20 novembre 2013, n. 5515

Consiglio di Stato, sez. VI, 9 aprile 2018, n. 2158

Consiglio di Stato, sezione IV, 29 febbraio 2016, n. 853

Consiglio di Stato, sezione V, 2 Agosto 2011, n. 4557

Corte Costituzionale, sentenza 24 maggio 1977, n. 86

Corte di Giustizia UE, C-8/08, sent. 4 giugno 2009, *T- Mobile Netherlands*

Ordinanza n. 8501 del 16 dicembre 2019

Parere del Consiglio di Stato n. 515/2016

Tar Campania, Sez. VI, 9 maggio 2019, n. 2486

TAR Puglia, Bari, sez. I, 24 maggio 2018, n. 741

TAR Toscana, 17 aprile 2019, n. 577

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), 16 marzo 2018, n. 2994

Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sentenza n. 577, 17 aprile 2019