

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2022 - Anno XLIII

L'ACCESSO CIVICO GENERALIZZATO COME NUOVA FORMA DI CONTROLLO: SPUNTI RICOSTRUTTIVI

(il Signor de La Palisse quando finì di vivere morì. O no?)¹

dell'Avv. Cristiano Maninchedda, funzionario della Presidenza del Consiglio.

1. Premessa: l'accesso civico generalizzato 2. Il controllo democratico (introduzione). 2.1 Il controllo parlamentare. 2.2 L'accesso agli atti degli enti locali. 3: L'accesso civico generalizzato: ricostruzione dell'istituto. 3.1: natura giuridica dell'istituto e Adunanza Plenaria n. 10/2020. 3.2 le ricostruzioni alla luce dei canoni costituzionali: diritto fondamentale e sue relazioni con il bilancio dello Stato. 4. I limiti: cenni alla tutela della privacy ed al ruolo delle tecnologie digitali. 5. Conclusioni.

1. Premessa: l'accesso civico generalizzato

Con il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 è stato introdotto l'istituto del c.d. accesso civico generalizzato, novellando il d. lgs n. 33 del 2013, nell'ambito del principio generale di trasparenza dell'attività amministrativa.

Il presente contributo non vuole tendere ad una trattazione compiuta di tutti gli aspetti dell'istituto; ma solo ad una panoramica generale con l'intento di aggiungere qualche osservazione dandone una elaborazione sistematica.

Al riguardo si deve premettere che l'accesso civico generalizzato sembra avere una triplice natura: esso, infatti, costituisce sia una delle manifestazioni del principio di trasparenza, sia l'oggetto di un diritto (di accesso, per l'appunto, ma c'è chi evoca anche la figura dell'interesse legittimo), sia una forma di controllo.

¹Le considerazioni espresse nel presente contributo non impegnano ad alcun titolo l'Amministrazione di appartenenza.

In questa premessa si esaminerà l'istituto nell'ottica del terzo profilo, quello del controllo².

L'art. 5, commi 2 e 3, di tale articolato normativo prevede, in particolare, che *"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."* (comma 2).

L'esercizio del diritto di cui ai commi 1 e 2 non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente. L'istanza di accesso civico identifica i dati, le informazioni o i documenti richiesti e non richiede motivazione.." (comma 3).

L'ordinamento italiano, come è noto, in realtà contemplava già prima del 2016 due tipi di accesso documentale:

- quello classico, previsto dalla legge n. 241/90, in base al cui art. 22, comma 1, per diritto di accesso si intende *"il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi"*, a condizione di averne legittimazione e cioè di avere un *"interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso"*;
- l'obbligo di pubblicazione sul sito web istituzionale dell'amministrazione di determinati atti previsti dalla legge, cui corrisponde specularmente il diritto di *"chiunque"* di conoscere detti atti e di accedere ai siti di cui sopra, con la connessa tutela giurisdizionale (artt. 2, 3, 5 comma 1 e 50 del d. lgs n. 33 del 2013).

Fra queste due forme di accesso e quella introdotta dai citati commi 2 e 3 dell'art. 5, e dall'art. 5 bis, la differenza fondamentale – salvo quanto sarà ulteriormente chiarito nel prosieguo – è la seguente:

l'accesso documentale classico necessita, per essere esercitato, di avere una legittimazione specifica e cioè un *"interesse diretto, concreto e attuale"*; l'accesso civico generalizzato, invece, *"non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente"*, in quanto *"chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione"*;

² Per una ricostruzione dell'accesso civico nell'ambito dei controlli esistenti nel nostro ordinamento, si consenta il rinvio allo scritto dell'autore del presente articolo in "APPUNTI PER UN MANUALE DI SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE", 2021, ed. Elabora, capitolo "Il sistema dei controlli in Italia".

fra l'accesso civico semplice (pubblicazione) e quello generalizzato, invece, è che il primo corrisponde ad un obbligo di *"trasparenza di tipo proattivo", ossia realizzata mediante la pubblicazione obbligatoria sui siti web di determinati enti dei dati e delle notizie indicati dalla legge (D.Lgs. n. 33 del 2013)* mentre il secondo realizza *"una trasparenza di tipo reattivo", cioè in risposta alle istanze di conoscenza avanzate dagli interessati"* (cfr. Consiglio di Stato sent. n. 6410/2018).

Nella consapevolezza della **maggioranza del dibattito, specie sui limiti** dell'accesso civico generalizzato, sembrano da evidenziarsi sinteticamente **alcuni profili, alcuni desumibili in via logica immediata, ed altri offerti dalle ricostruzioni giurisprudenziali**. Alcuni di essi riguardano i presupposti, altri i limiti non previsti dalla lettera dell'art. 5 bis ma dalle clausole generali dell'ordinamento. Si accenna ora brevemente che, fra i limiti espressi posti dall'art. 5 bis del d. lgs n. 33 del 2013, non si può non citare quello derivante dalla tutela della riservatezza dei terzi, che rende necessari elementi di contraddittorio con gli stessi, oltre ai limiti posti dai casi di segreto previsti da norme primarie (segreto di Stato, etc.)

Quanto ai **profili desumibili in via logica**, si noti che, nonostante l'apparente semplicità del riconoscimento, ex art. 5, comma 2, citato, della legittimazione a *"chiunque"*, è evidente che la funzionalità del controllo ad esigenze democratiche, vale a dire sul *"perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico"*, sembra implicare che solo il cittadino italiano (anche per la chiara dizione normativa di accesso **"civico"**) possa esercitare tale tipo di controllo, funzionale *in primis* al diritto di elettorato attivo, non esercitabile da altri ed ulteriori soggetti: tuttavia, anticipando quello che verrà espresso nelle conclusioni, si può aggiungere che tale diritto di accesso appare estensibile, anche allo straniero in possesso di permesso di soggiorno e, forse, anche al cittadino dell'Unione.

L'aggancio al requisito della cittadinanza si argomenta dal fatto che il controllo circa il *"perseguimento delle funzioni istituzionali"* è previsto nei confronti di qualunque Amministrazione, sia essa statale, regionale o locale (o di altro tipo, visto il sistema pluralista dell'organizzazione amministrativa italiana) e, dunque, presumerebbe la possibilità di essere titolare di posizioni soggettive passive ed attive nei confronti di ogni Amministrazione: ciò anche perchè, quanto all' *"utilizzo delle risorse pubbliche"*, il sistema italiano è fondato sul principio tendenziale della **fiscaltà generale** e sull'**unicità dell'Erario**, di modo che l'unico soggetto che sembra pienamente legittimato a controllare l'impiego delle risorse è quello che in teoria tali risorse alimenta *in toto*, tramite il

pagamento delle imposte, e che, oltretutto, sempre in teoria può essere destinatario di qualunque redistribuzione erariale.

Basta notare le differenze con l'accesso agli atti degli enti locali di cui *infra* per opinare – a scampo di interpretazioni tautologiche – che il soggetto legittimato all'accesso civico generalizzato non può che essere il cittadino italiano *pleno iure*.

Ad avviso di chi scrive si condivide la lettura secondo cui l'accesso civico generalizzato fornisce ulteriore testimonianza di una nuova impostazione dei rapporti fra Amministrazione e singolo individuo, considerato non più "suddito" nei confronti del potere pubblico ma, appunto, "cittadino".

D'altra parte la parola "chiunque" non può essere interpretata in modo tautologico: basti pensare al fatto che, visto che l'accesso ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni è qualificato come diritto, anche se l'art. 5, comma 2, citato, nulla dice al riguardo, è evidente che l'esercizio dello stesso è riservato a chi ha la **capacità di agire**., in base al generale principio ex art. 2, cod. civ..

Una diversa conclusione appare però da trarre in merito al surriferito scopo di "*di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico*": atteso che la pubblicità del dibattito – specie nell'era di Internet e dei social – non appare confinabile nell'ambito dei confini nazionali ed atteso che l'Italia deve rispettare il diritto internazionale, specie pattizio, ed è membro dell'Unione europea, i cui cittadini tutti godono di posizioni soggettive tutelabili in ogni Stato membro. Perciò la nozione di "*partecipazione al dibattito pubblico*" che ne scaturisce sembra legittimare l'accesso civico di soggetti stranieri legittimati in base al diritto internazionale o europeo. Resta fermo che – in tal caso – dovrà probabilmente valutarsi tale legittimazione³ e, comunque, il rispetto dei limiti fissati dalla legge nonchè, come si vedrà, dalla giurisprudenza in via interpretativa, ed in particolare in quest'ultimo caso dal divieto di abuso del diritto.

Quanto agli **indirizzi giurisprudenziali**, premesso che, in generale, la giurisprudenza amministrativa ha tendenzialmente escluso l'applicabilità dell'istituto al settore degli appalti, oggetto di disciplina speciale, giova da subito evidenziare che – con la sentenza n. 10/2020 – l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha modificato tale prospettiva, come più avanti si esporrà.

³ Ciò sembrerebbe porsi in contrasto con il comma 3 dell'art. 5, del d. lgs. n. 33/2013, secondo cui "*l'esercizio del diritto di cui ai commi 1 e 2 non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente*": tuttavia tale disposizione va letta in un'ottica più ampia: ad esempio, potrebbe doversi valutare anche la "condizione di parità" con cui i cittadini italiani godono dell'accesso alle informazioni negli Stati i cui cittadini presentino domanda di accesso civico in Italia (arg. ex art. 11 Cost.).

Si vuole ora premettere una prospettiva ricostruttiva dell'accesso civico in chiave di diritto pubblico soggettivo, anche in prospettiva storica.

2. Il controllo democratico (introduzione).

Le tipologie di controllo classiche presentano la caratteristica di essere esercitate da un soggetto, od organo, pubblico e riconducibile, strutturalmente, funzionalmente o in via ausiliaria, alla funzione amministrativa o ad un potere pubblico: ciò in quanto tali tipologie sono configurate, come situazione giuridica soggettiva, quali **poteri, intestati ad un soggetto od organo ben individuato**, nei confronti di altri soggetti.

Meritano ora menzione tre casi, uno tradizionale e gli altri due di recente introduzione, in cui alla verifica della rispondenza dell'attività amministrativa all'interesse pubblico sono facultizzati soggetti, al di fuori della p.a. e del Potere esecutivo *lato sensu*, legittimati dal carattere democratico dell'ordinamento: in una parola, dall'essere rappresentanti elettivi dei cittadini o cittadini *tout court*.

Tali ipotesi sono caratterizzate, in particolare, dall'essere collegate ad interessi diffusi ed indifferenziati nella popolazione, ed allo stesso tempo propri di ciascun individuo, al contrario delle tipologie di controllo classiche.

Nel primo caso, che è necessario citare (sinteticamente) per simmetria con il secondo, tale legittimazione è indiretta: deriva da mandato elettorale ed è connaturata con questo.

Nel secondo caso, specifico per gli enti locali, tale legittimazione può derivare sia da mandato elettorale sia direttamente dalla qualità di cittadino.

Nel terzo caso è il cittadino stesso che (singolarmente o in forma associata, in quelle formazioni sociali che con terminologia anglosassone sono definite anche *watchdogs*) esercita una forma di controllo nei confronti delle pubbliche amministrazioni in generale.

E' evidente che gli istituti che si tratteranno non ricadono nel modulo classico del controllo.

Sembra opportuno sottolineare la diversità della filosofia sottesa ai due differenti meccanismi di controllo:

- nel modulo classico (il cui esempio più rappresentativo è dato dal controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti), il controllo viene esercitato sulla base di parametri che presuppongono conoscenze specialistiche e risorse umane ed organizzative di rilievo, ed quindi affidato ad un organo pubblico *ad hoc*;

- negli istituti che si tratteranno il controllo, come vedremo, è prodromico all'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, *in primis* quelli elettorali, ed in generale, come prevedono il testo unico degli enti locali ed il d. lgs n. 33 del 2013, è finalizzato a favorire la partecipazione al dibattito pubblico.

In questo ultimo ambito si tratteggeranno sinteticamente dapprima una forma di controllo politico sull'operato dei vertici dell'Amministrazione (par. 2.1.), in secondo luogo una forma di controllo, introdotta dal testo unico degli enti locali che consente l'accesso agli atti degli enti locali da parte dei cittadini e, in connessione al mandato elettorale, ai consiglieri comunali e provinciali in relazione agli atti dell'ente di rispettiva investitura (par. 2.2); infine si tratterà dell'accesso civico generalizzato (Cap. 3 e ss.).

2.1. Il controllo parlamentare e delle assemblee elettive.

Come è noto, oltre alla funzione legislativa e di indirizzo politico, il Parlamento è titolare anche di una funzione di controllo sull'attività del Governo. In quest'ambito si avvale di due strumenti definiti di "sindacato ispettivo":

1. le **interrogazioni**, vale a dire domande rivolte al Governo da uno o più parlamentari, per sapere (ad esempio) se un dato fatto sia vero, se il Governo abbia informazioni in merito e se intenda intervenire.
2. le **interpellanze**, domande scritte e motivate rivolte da singoli parlamentari per conoscere i motivi della condotta del Governo su determinate questioni e sui provvedimenti che l'esecutivo intende adottare.

Inoltre la Costituzione prevede un potere di **inchiesta** parlamentare: l'art. 82 stabilisce che "*ciascuna Camera può disporre inchieste su materie di pubblico interesse nominando commissioni formate in modo da rispecchiare la proporzione dei vari gruppi*". Nella maggior parte dei casi, le Commissioni di inchiesta sono composte insieme da deputati e senatori e sono istituite con legge. Le Commissioni parlamentari d'inchiesta operano con "*gli stessi poteri e le stesse limitazioni dell'autorità giudiziaria*".

Esistono, infine, altri strumenti per acquisire informazioni: le singole Commissioni permanenti di ciascuna Assemblea, nelle materie di competenza, possono svolgere **indagini conoscitive**, con l'audizione di ministri, funzionari dello Stato, esperti, rappresentanti delle categorie interessate etc., per acquisire valutazioni, conoscenze e studi.

Analoghi istituti esistono per le assemblee rappresentative degli enti territoriali.

In tutti questi casi – comunque – le forme di controllo sull'apparato pubblico, a differenza delle precedenti, sono finalizzate o prodromiche alla formulazione di un **giudizio di natura politica**, riconducibile al *munus* dei parlamentari.

2.2 L'accesso agli atti degli enti locali.

Circa il tema del controllo politico giova ora richiamare l'accesso agli atti degli enti locali.

Il T.U.E.L., ribadendo analoghe previsioni della precedente legge n. 142/1990, prevede:

1. all'art. 10 il principio di pubblicità, salvo limitate eccezioni, degli atti delle amministrazioni comunali e provinciali e, specularmente, il diritto di accesso dei cittadini a detti atti;
2. all'art. 43 il diritto dei consiglieri comunali e provinciali di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato. Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge.

Riguardo all'art. 10 di cui sopra la norma prevede che sia l'ente locale, nell'ambito della sua autonomia, a stabilire con regolamento le modalità dell'accesso.

In estrema sintesi si segnala, per completezza, che, riguardo a tale previsione normativa, sono sorti due filoni di pensiero contrastanti.

Secondo il primo la norma dettata dal T.U.E.L. non si discosterebbe da quella generale dell'accesso agli atti di cui alla legge n. 241/1990. Si noti, al riguardo, che quest'ultima legge e la n. 142/1990 sono coeve, per cui si può ipotizzare anche un possibile difetto di coordinamento nel momento della loro emanazione.

Per il secondo indirizzo si dovrebbe invece valorizzare la specialità della previsione del T.U.E.L., in modo da attribuire la legittimazione all'esercizio dell'accesso non già in presenza di un un "*interesse diretto, concreto e attuale*" dell'istante (richiesto, come si vedrà *infra*, dalla legge n. 241/1990), ma in base ad un semplice interesse *uti civis*.

Quanto all'accesso dei consiglieri comunali e provinciali esso viene ricostruito come espressione del principio democratico delle autonomie locali e della rappresentanza della collettività: in una parola, esso è connesso all'esercizio del mandato elettorale, in modo da esercitare il voto

in assemblea con piena cognizione di causa circa l'operato dell'amministrazione locale.

Tuttavia è stato affermato che tale diritto dei consiglieri non può giustificare atteggiamenti ostruzionistici o emulativi, specie dei consiglieri di minoranza, nei confronti degli uffici, in quanto diretti dalla Giunta, espressione della maggioranza assembleare.

Pertanto *"gli unici limiti all'esercizio del diritto di accesso dei consiglieri comunali possono rinvenirsi, per un verso, nel fatto che esso deve avvenire in modo da comportare il minor aggravio possibile per gli uffici comunali (attraverso modalità che ragionevolmente sono fissate nel regolamento dell'ente) e, per altro verso, che esso non deve sostanziarsi in richieste assolutamente generiche ovvero meramente emulative, fermo restando tuttavia che la sussistenza di tali caratteri deve essere attentamente e approfonditamente vagliata in concreto al fine di non introdurre surrettiziamente inammissibili limitazione al diritto stesso"* (Cons. St. n. 6963/2010).

Ad avviso di chi scrive, per alcuni aspetti, l'accesso agli atti degli enti locali può considerarsi uno dei referenti culturali, se non un lontano antesignano, della disciplina dell'accesso civico generalizzato.

3. L'accesso civico generalizzato: ricostruzione dell'istituto.

Il confronto concettuale sull'istituto dell'accesso civico si è sviluppato su vari versanti, sia cercando dapprima di definirne il perimetro, altre volte indagando sul tema della natura giuridica, dei rapporti con altri istituti, o del sistema della disciplina e delle forme di tutela.

In primo luogo detto confronto si è incentrato sui limiti posti dal legislatore all'accesso⁴, per poi focalizzarsi sui rapporti con la tutela della privacy⁵ e, parallelamente, per cercare di darne un inquadramento di teoria generale⁶.

4 Cfr. in particolare A. BERTI *"Il dedalo delle limitazioni assolute dell'accesso civico generalizzato"*; con metodica opposta vds. R. SICA *"Sull'accesso civico generalizzato" a dati od informazioni detenute dalla Pubblica Amministrazione*, in *Il diritto amministrativo*. Recentissimamente vds. M. CORASANITI *"I limiti del diritto di accesso sulla base della legge 241/1990 e dei dd. lgs. n. 33/2013 e 97/2016"*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*.

5 R. POCCHIA *"La trasparenza degli atti amministrativi tra obbligo di pubblicità e tutela della privacy: l'ordinanza di ingiunzione del garante privacy nei confronti della Regione Lombardia (PROVV. n. 296/2021)"*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*; v. anche C. DEODATO *"La difficile convivenza dell'accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?"*, in *"www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/dottrina"*, 2017.

6 Vds. F. GORGERINO *"L'accesso come diritto fondamentale e strumento di democrazia: prospettive per la riforma della trasparenza amministrativa"*, in *Federalismi*; vds. anche T. TESSARO *"Analogie e similitudini tra trasparenza amministrativa e bilancio come beni pubblici: profili di diritto positivo e future prospettive"*, in *Rivista della Corte dei conti*.

Giova altresì evidenziare che l'accesso civico verte – in realtà – su informazioni contenuti negli atti, la cui gestione deve avvenire (o dovrebbe) in via digitale da parte della P.A., e ciò appare ascrivibile alla più generale tematica degli spazi di libertà consentiti al soggetto di diritto nella dimensione digitale⁷.

Per comodità di esposizione si darà conto brevemente dell'evoluzione dei principi elaborati in giurisprudenza, per poi passare ad una sintetica analisi della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 10/2020.

Quanto agli **indirizzi giurisprudenziali**, premesso che, in generale, fino a tale ultima sentenza la giurisprudenza amministrativa tendeva ad escludere l'applicabilità dell'istituto al settore degli appalti⁸, almeno prima della fase dell'aggiudicazione, fra i principi emersi, allo stato, possono citarsi i seguenti.

Ad avallare quanto sopra ipotizzato dallo scrivente sul presupposto della cittadinanza, secondo il T.A.R. del Lazio (sentt. n. 8302 e 8303 del 2018), il presupposto fondamentale per l'ammissibilità dell'accesso civico, semplice o generalizzato, ex d.lgs. n. 33/2013, emerge valorizzando “ - *in chiave selettiva e delimitativa dell'accesso civico in questione - le finalità per le quali tale strumento è stato previsto dal legislatore e rese esplicite nell'art. 5, comma 2, attraverso il riferimento all'obiettivo 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”* .

Da ciò discende che, sempre secondo le pronunce ora citate, “*per quanto il testo normativo non richieda l'esplicitazione della motivazione della richiesta di accesso, **deve intendersi implicita la rispondenza della stessa al soddisfacimento di un interesse che presenti una “valenza pubblica” e non resti confinato ad un bisogno conoscitivo esclusivamente privato e individuale**, che, lungi dal favorire la consapevole partecipazione del cittadino al dibattito pubblico, rischierebbe di compromettere le stesse istanze alla base dell'introduzione dell'istituto, facendone un mero “doppione” di quello ex l. n. 241/90 (TAR Lazio, Sez. I, 8.3.18, n. 2628)* .

Ne consegue che non è possibile presentare generica istanza di accesso contemporaneamente, sulla medesima documentazione, ex l. n. 241/90 e ex d.lgs. n. 33/2013...” (cfr. da ultimo, in senso conforme, T.A.R. Lecce n. 242/2019).

⁷ Sul punto vds. ad es. M. GIULIANO “REGOLARE L'INFOSFERA”, in Contratto e Impr., 2021, 3, 885 (commento alla normativa).

⁸ Cfr. sul punto A. ALTIERI, “L'istituto dell'accesso civico generalizzato nelle procedure di affidamento e negli appalti pubblici”, in Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici, 2019.

Con riguardo ad un caso di specie, seguendo le stesse direttrici di fondo, si è affermato che l'accesso pubblico generalizzato di cui all'art. 5 d.lgs. n.33/2013 ha l'esclusiva finalità di "favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico", non già di rendere pubblici colloqui privati –inavvertitamente fatti oggetto di registrazione – che esulano dall'esercizio di funzioni istituzionali (Consiglio di Stato, sentenza n. 3907/2018).

Sempre avuto riguardo alle suddette finalità, secondo il T.A.R. Lombardia (sentenza n. 1951/2017) ***"l'istituto, che costituisce uno strumento di tutela dei diritti dei cittadini e di promozione della partecipazione degli interessati all'attività amministrativa (cfr. art. 1 D.lgs. 33/2013, come modificato dall'art. 2 D.lgs. 97/2016), non può, ad avviso del Collegio, essere utilizzato in modo disfunzionale rispetto alla predetta finalità ed essere trasformato in una causa di intralcio al buon funzionamento dell'amministrazione. La valutazione dell'utilizzo secondo buona fede va operata caso per caso, al fine di garantire – in un delicato bilanciamento – che, da un lato, non venga obliterata l'applicazione dell'istituto, dall'altro lo stesso non determini una sorta di effetto "boomerang" sull'efficienza dell'Amministrazione.. – omissis – ..Sotto un profilo generale il Collegio ritiene debba essere richiamato il principio di buona fede e del correlato divieto di abuso del diritto. Il dovere di buona fede, previsto dall'art. 1175 del c.c., alla luce del parametro di solidarietà, sancito dall'art. 2 della Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, si pone, secondo i più recenti approdi di dottrina e giurisprudenza, non più solo come criterio per valutare la condotta delle parti nell'ambito dei rapporti obbligatori, ma anche come canone per individuare un limite alle richieste e ai poteri dei titolari di diritti, anche sul piano della loro tutela processuale"***.

Appare agevole, in quest'ultima decisione citata, cogliere il parallelismo col principio giurisprudenziale secondo cui (par. 2.2) il diritto di accesso dei consiglieri degli enti locali non può giustificare atteggiamenti ostruzionistici o emulativi.

3.1: natura giuridica dell'istituto e Adunanza Plenaria n. 10/2020.

La novità dell'istituto ha condotto la riflessione dottrinale anche sul versante della natura giuridica e della situazione giuridica soggettiva dell'accesso civico, vista la presenza di interesse pubblico (legato alle finalità di controllo *"sul perseguimento delle funzioni istituzionali e*

sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico" (art. 5, comma 2, d. lgs. n. 33/2013)) e di interesse privato, o, meglio, del singolo.

Sulla base di questa duplicità di interessi, che postula l'iscrizione dell'accesso civico alla categoria del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo, vi è chi considera preponderante la natura pubblica dell'interesse⁹, e chi ne sottolinea la riconduzione alla figura del diritto soggettivo, anche fondamentale¹⁰.

Vi è anche chi approccia il problema partendo da un'ottica processuale (ed in particolare dell'esperibilità di un'azione di accertamento a tutela dell'accesso civico)¹¹.

Circa l'ottica processuale, a questo punto, giova ricordare che secondo l'art. 50 del d. lgs. n. 33/2013, le controversie relative agli obblighi di trasparenza previsti dalla normativa vigente sono disciplinate dal decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

Quest'ultimo prevede:

- all'art. 133 (comma 1, lett. a) n. 6)) la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge delle controversie in materia di diritto di accesso ai documenti amministrativi e violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa;
- all'art. 7, comma 5, che nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'*articolo 133*, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, **anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi**.

Ciò chiaramente non facilita un'individuazione univoca della situazione giuridica soggettiva con cui si identifica il diritto di accesso; tuttavia vi è chi¹² valorizza, con argomento a contrario, il dato fornito dalle limitazioni assolute e relative all'accesso civico generalizzato.

In effetti se l'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013 prevede un diritto pieno di accedere sia ai documenti oggetto del dovere di pubblicazione sia a tutti i documenti "ulteriori" rispetto ai primi, il successivo art. 5 bis prevede sia limiti "assoluti" all'accesso (comma 3), su cui il giudizio di prevalenza degli interessi è predeterminato dal legislatore, sia limiti "relativi" (commi 1 e 2), dove residua lo spazio per l'esercizio del potere discrezionale

⁹ Vds. R. SICA, "Sull' "accesso civico generalizzato" a dati od informazioni detenute dalla Pubblica Amministrazione", in *Il diritto amministrativo*, rivista giuridica.

¹⁰ Vds. F. GORGERINO, citato.

¹¹ Vds. A. CORRADO "L'accesso civico e i poteri del giudice amministrativo: alla ricerca di una azione in materia di accesso generalizzato", in www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/dottrina, 2020.

¹² Si richiamano A. CORRADO, cit. e G. SANNA, "Il nuovo accesso civico universale è veramente una forma di controllo diffuso degli atti della p.a.?", in www.salvisiuribus.it, 2019.

dell'Amministrazione, dovendo quest'ultima effettuare la ponderazione dei contrapposti interessi in gioco.

In quest'ultimo caso, dunque, sembrano emergere, in capo agli accedenti, situazioni di interesse legittimo.

Tuttavia si è dell'opinione che sia stata saggia la previsione della giurisdizione esclusiva del G.A.: in un'ottica dell'effettività e della concentrazione delle tutele, prima della individuazione della situazione soggettiva conta – per l'appunto – la sua tutela giurisdizionale.

In questo contesto si è inserita la sentenza n. 10/2020 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che ha espresso tre principi di diritto, di cui si vuole riportare, per pertinenza, il terzo, vale a dire:

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.

Come si è anticipato (nota n. 7) tale principio di diritto configura un'estensione applicativa dell'istituto dell'accesso civico.

Soprattutto, però, ai fini dell'inquadramento della natura giuridica dello stesso, giova riportare alcuni passaggi chiave della motivazione della sentenza.

In particolare, secondo il Supremo Consesso amministrativo, l'accesso civico si presenta da un lato come diritto fondamentale (**dei cittadini**, vds. *infra*, nonché quanto prima anticipato), preconditione per l'esercizio di qualsiasi altro diritto, e, dall'altro lato, come coesistente al principio di trasparenza in funzione di contrasto alla corruzione.

Secondo la sentenza "*proprio nella distanza che intercorre tra bisogno di conoscenza e desiderio di conoscenza sta del resto il tratto distintivo che, al di là di ulteriori aspetti, connota l'accesso documentale rispetto a quello civico generalizzato, nel quale la conoscenza si atteggia quale **diritto fondamentale (c.d. right to know), in sé, che è premessa autonoma e fondamentale per l'esercizio di qualsivoglia altro diritto.*** 22.1. Come è stato esattamente osservato, l'accesso civico generalizzato introdotto nel corpus normativo del d. lgs. n. 33 del 2013 dal d. lgs. n. 97 del 2016, in attuazione della delega contenuta nell'art. 7

della l. n. 124 del 2015, come diritto di "chiunque", non sottoposto ad alcun limite quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e senza alcun onere di motivazione circa l'interesse alla conoscenza, viene riconosciuto e 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» (art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 33 del 2013).

22.2. **L'esplicita precisazione del legislatore evidenzia proprio la volontà di superare quello che era e resta il limite connotato all'accesso documentale che, come si è detto, non può essere preordinato ad un controllo generalizzato sull'attività delle pubbliche amministrazioni** (art. 24, comma 3, della l. n. 241 del 1990).

22.3. **Nell'accesso documentale ordinario, "classico", si è dunque al cospetto di un accesso strumentale alla protezione di un interesse individuale, nel quale è l'interesse pubblico alla trasparenza ad essere, come taluno ha osservato, "occasionalmente protetto" per il c.d. need to know, per il bisogno di conoscere, in capo al richiedente, strumentale ad una situazione giuridica pregressa. Per converso, nell'accesso civico generalizzato si ha un accesso dichiaratamente finalizzato a garantire il controllo democratico sull'attività amministrativa, nel quale il c.d. right to know, l'interesse individuale alla conoscenza, è protetto in sé, se e in quanto non vi siano contrarie ragioni di interesse pubblico o privato, ragioni espresse dalle cc.dd. eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33 del 2013".**

...omissis... "anche nel nostro ordinamento l'evoluzione della visibilità del potere, con la conseguente accessibilità generalizzata dei suoi atti sul modello del FOIA, è la storia del lento cammino verso la democrazia e, con il progressivo superamento degli arcana imperii di tacitiana memoria, garantisce la necessaria democraticità del processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica (Corte cost., 7 maggio 2002, n. 155).

22.6. Il principio di trasparenza, che si esprime anche nella conoscibilità dei documenti amministrativi, rappresenta il fondamento della democrazia amministrativa in uno Stato di diritto, se è vero che la democrazia, secondo una celebre formula ricordata dallo stesso parere n. 515 del 24 febbraio 2016, è il governo del potere pubblico in pubblico, 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.

22.7. La stessa Corte costituzionale, ancor di recente (sent. n. 20 del 21 febbraio 2019), ha rimarcato che **il diritto dei cittadini ad accedere ai dati in possesso della pubblica amministrazione, sul modello del c.d. FOIA (Freedom of information act), risponde a principi di pubblicità e trasparenza, riferiti non solo, quale principio democratico (art. 1 Cost.), a tutti gli aspetti rilevanti dalla vita pubblica e istituzionale, ma anche, ai sensi dell'art. 97 Cost., al buon funzionamento della pubblica amministrazione** (v. anche sentt. n. 69 e n. 177 del 2018 nonché sent. n. 212 del 2017)".

...omissis..."23. Il FOIA si fonda sul riconoscimento del c.d. "diritto di conoscere" (right to know) alla stregua di un diritto fondamentale, al pari di molti altri ordinamenti europei ed extraeuropei, come del resto si evince espressamente anche dall'art. 1, comma 3, del d. lgs. n. 33 del 2013, secondo cui le disposizioni dello stesso decreto, tra le quali anzitutto quelle dettate per l'accesso civico, costituiscono livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost..

23.1. Non solo, peraltro, l'accesso civico generalizzato, nel quale la trasparenza si declina come "accessibilità totale" (Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20), è un diritto fondamentale, in sé, ma contribuisce, nell'ottica del legislatore (v., infatti, art. 1, comma 2, del d. lgs. n. 33 del 2013), al miglior soddisfacimento degli altri diritti fondamentali che l'ordinamento giuridico riconosce alla persona.

23.2. Bene si è osservato che **il diritto di accesso civico è precondizione, in questo senso, 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, perciò stesso, dialettico confronto tra l'interesse pubblico e quello privato, fuoriesce dalla logica binaria e conflittuale autorità/libertà.

23.3. Come questo Consiglio di Stato ha già rilevato nel più volte citato parere n. 515 del 24 febbraio 2016, la trasparenza si pone 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'art. 2 della Costituzione, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri».

23.4. La luce della trasparenza feconda il seme della conoscenza tra i cittadini e concorre, da un lato, al buon funzionamento della pubblica

amministrazione ma, dall'altro, anche al soddisfacimento dei diritti fondamentali della persona, se è vero che organizzazione amministrativa e diritti fondamentali sono strettamente interrelati, come questo Consiglio di Stato ha già affermato (v., ex plurimis, Cons. St., Ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7 nonché Cons. St., sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460), sulla scorta dell'insegnamento secondo cui «non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione» (Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383).

23.5. La natura fondamentale del diritto di accesso civico generalizzato, oltre che essere evincibile dagli artt. 1, 2, 97 e 117 Cost e riconosciuta dall'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per gli atti delle istituzioni europee, deve però collocarsi anche in una prospettiva convenzionale europea, laddove essa rinviene un sicuro fondamento nell'art. 10 CEDU, come hanno rilevato le citate Linee guida dell'ANAC, nel par. 2.1, e le Circolari FOIA n. 2/2017 (par. 2.1) e n. 1/2019 (par. 3)".

3.2 le ricostruzioni alla luce dei canoni costituzionali: diritto fondamentale e sue relazioni con il bilancio dello Stato.

Circa la sentenza citata si vuole ora riportare, in modo più diffuso anche se certamente non esaustivo, la posizione di chi¹³, commentando l'Adunanza Plenaria e valorizzando la configurazione dell'accesso civico come diritto fondamentale, sottolinea che la stessa evidenza, a fronte della strumentalità dell'accesso documentale rispetto ad altra posizione soggettiva da tutelare, l'accesso civico generalizzato «*dichiaratamente finalizzato a garantire il controllo democratico sull'attività amministrativa, nel quale il c.d. right to know, l'interesse individuale alla conoscenza, è protetto in sé, se e in quanto non vi siano contrarie ragioni di interesse pubblico o privato, ragioni espresse dalle cc.dd. eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33 del 2013*».

Premesso che, come sopra riportato, di questo «*diritto di conoscere*», «*riconosciuto alla stregua di un diritto fondamentale, al pari di molti altri ordinamenti europei ed extraeuropei*», l'Adunanza Plenaria ha messo in rilievo i fondamenti, a partire dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, agli articoli 1, 2, 97, 118 e 117, comma 2, Cost. si sottolinea che le disposizioni del d.lgs. n. 33 del 2013, «*tra le quali anzitutto quelle dettate per l'accesso civico, costituiscono livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai fini di*

¹³ F. GORGERINO "L'accesso come diritto fondamentale e strumento di democrazia: prospettive per la riforma della trasparenza amministrativa", cit..

trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione».

Le ragioni d'essere del principio di trasparenza, strumentali e finali – mezzo per garantire (o stimolare) la buona amministrazione e diritto in sé all'accesso ai dati detenuti dagli apparati pubblici – tendono pertanto a fondersi in quanto espressione di un'unica necessaria conoscenza civica che *«concorre, da un lato, al buon funzionamento della pubblica amministrazione ma, dall'altro, anche al soddisfacimento dei diritti fondamentali della persona, se è vero che organizzazione amministrativa e diritti fondamentali sono strettamente interrelati».*

Pertanto, ne consegue che la maggiore applicazione di questa concezione complessiva della trasparenza è il diritto di accesso civico, che l'autore definisce (in accordo con chi scrive, come già evidenziato) **autentico diritto pubblico di libertà**, *«precondizione, in questo senso, 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, perciò stesso, dialettico confronto tra l'interesse pubblico e quello privato, fuoriesce dalla logica binaria e conflittuale autorità/libertà».*

Un'altra interessante ricostruzione¹⁴ merita ora di essere menzionata, in quanto pone in luce una declinazione del principio di trasparenza nel confronto con i principi costituzionali in tema di bilanci pubblici.

Tale confronto appare suggerito dal fatto che l'accesso civico è stato introdotto, fra l'altro, *"allo scopo di favorire **forme diffuse di controllo** ... sull'utilizzo delle risorse pubbliche"*, vale a dire quelle risorse che vengono prelevate e redistribuite con le manovre di bilancio, snodo fondamentale dell'indirizzo politico degli Esecutivi, su cui, però (e questa è una notevole differenza), il controllo non viene esercitato direttamente dai cittadini, ma dai loro rappresentanti nelle Assemblee elettive.

La premessa del citato autore è che *"il bilancio assolve una fondamentale funzione di "accountability", perché "necessariamente servente al controllo retro-spettivo dell'utilizzo dei fondi pubblici" (Corte cost. n. 49/2018), quale "onere inderogabile per chi è chiamato ad amministrare una determinata collettività e a sottoporsi al giudizio finale, afferente al confronto tra il programmato ed il realizzato" (Corte cost. n. 184/2016).* Le stesse esigenze di trasparenza e verificabilità stanno, verosimilmente, alla base della introduzione di una nuova forma – definita come tale dallo stesso legislatore – di controllo, funzionale, in una logica di accountability, all'uso ottimale delle risorse messe a disposizione dalla collettività

¹⁴ T. TESSARO *"Analogie e similitudini tra trasparenza amministrativa e bilancio come beni pubblici: profili di diritto positivo e future prospettive"*, cit..

amministrata: è il caso, in particolare, della normativa sulla trasparenza (d.lgs. n. 33/2013 e d.lgs. n. 97/2016), attuativa della legge 190/2012, in cui la previsione normativa di una verifica – *rectius*, espressamente, di un controllo – diffusa dell'uso delle risorse pubbliche, è consacrata nell'esigenza di pubblicazione sul sito *web* di provvedimenti amministrativi, oltre che di forme di accesso ai documenti amministrativi".

Sia il bilancio che la trasparenza avrebbero, secondo tale ricostruzione, il carattere del "bene pubblico": ciò in base alla tendenza, da parte della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, a individuare nuovi beni pubblici, il cui tratto distintivo sembra quello di essere astretti alla finalità dell'esercizio di diritti fondamentali dei cittadini, ovverosia "quei beni che esprimono utilità funzionali all'esercizio di diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona, che devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico anche a beneficio delle generazioni future".

Nel caso del bilancio ciò ricorrerebbe in quanto "l'equilibrio dei bilanci è *"prodromico al buon andamento e all'imparzialità dell'azione amministrativa"*, in relazione agli artt. 81 e 97, primo comma, Cost., strettamente integrato nel contesto di fondamentali principi del diritto del bilancio che, pur presidiando interessi di rilievo costituzionale tra loro distinti, risultano coincidenti sotto l'aspetto della garanzia della sana ed equilibrata gestione finanziaria: consentendo quindi l'efficacia delle politiche pubbliche, anche con riguardo a specifiche finalità di legge (Corte cost. n. 70/2012) e permettendo la realizzazione del principio costituzionale *"di solidarietà sociale per il pieno sviluppo della persona umana attraverso la rimozione degli ostacoli alla libertà e all'uguaglianza di ordine economico"* (Corte cost. n. 18/2019). La sua finalità è quindi, in secondo luogo, quella di un'autentica uguaglianza sostanziale".

Anche la trasparenza amministrativa appare, per l'Autore citato, un bene pubblico, poichè *"essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali"*; la norma la configura come integrante *"il diritto ad una buona amministrazione"* e la individua come principio caratterizzante un nuovo modello più evoluto di amministrazione, *"aperta"* e *"al servizio del cittadino"* (art. 1, c. 2)", in "stretto collegamento, anche in questo caso, con il precetto del buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione contemplato dall'art. 97 della Costituzione, evidenziato dal rispetto di fondamentali adempimenti di trasparenza e pubblicità dei dati sul sito *web* dell'ente, dichiaratamente funzionali (art. 1, c. 15, l. n. 190/2012) al corretto uso delle risorse pubbliche (e quindi indirettamente all'equilibrio e sostenibilità del bilancio)".

Le due ricostruzioni appaiono notevolmente interessanti: hanno anche il pregio di evidenziare l'avvenuto cambiamento ordinamentale nei rapporti fra Amministrazione (e potere pubblico in genere) e singolo individuo, considerato non più "suddito" ma, appunto, "cittadino".

Da ciò sembra discendere l'*ubi consistam* della nozione di trasparenza e dell'istituto dell'accesso civico: **il controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e la promozione della partecipazione al dibattito pubblico possono ora avvenire *omisso medio*.**

In particolare questo significa che ciò può avvenire da un lato senza la intermediazione dei rappresentanti elettivi, in modo da potere – eventualmente – collaborare in modo partecipato con l'azione dei pubblici poteri; dall'altro lato ciò comporta la possibilità per il cittadino di poter esprimere un giudizio politico sull'operato degli stessi, prima, e/o a prescindere dalle campagne elettorali e ciò anche *bypassando* la pur importante opera divulgativa e di intermediazione dei *mass media*, in primis la stampa ma anche, in prospettiva, dei *social media*.

4. I limiti: cenni alla tutela della privacy ed al ruolo delle tecnologie digitali..

Occorre ora soffermarci brevemente sui limiti posti dalla legge all'accesso civico per effettuare poche riflessioni.

L'art. 5 bis del d. lgs. n. 33 del 2013 prevede:

- al comma 3 i c.d. limiti **assoluti**, vale a dire le esclusioni dell'operatività dell'istituto, ed in particolare i "*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*". In questo caso i poteri pubblici non possono ostendere il materiale richiesto con l'accesso civico;
- ai commi 1 e 2, i limiti **relativi**, attinenti ad interessi fondamentali dello Stato (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) o dei privati (la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; la libertà e la segretezza della corrispondenza; gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali)

In questo secondo caso l'accesso civico è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi contemplato: ciò postula una valutazione della fattispecie ed un bilanciamento degli interessi in gioco da parte della P.A. cui la richiesta è rivolta.

Tuttavia è stato notato¹⁵ che ciò comporta che il richiedente debba operare uno sforzo di diligenza ulteriore per vedersi accogliere la richiesta, trovandosi praticamente onerato del dover motivare la propria istanza, pur in contrasto con l'art. 5 del d. lgs. n. 33, in modo da fornire alla p.a. indicazioni utili ed idonee ad orientarla nel giudizio di bilanciamento che è chiamata a svolgere tra gli interessi contrapposti.

Tale bilanciamento appare espressione di discrezionalità amministrativa: al riguardo il legislatore, nella consapevolezza dell'estrema genericità della formulazione dei limiti in questione, ha demandato all'ANAC, d'intesa con il Garante per la privacy, l'adozione di linee guida volte a meglio definire le esclusioni ed i limiti all'accesso civico generalizzato: l'ANAC, con determinazione n. 1309 del 28 dicembre 2016, ha specificato che quando l'amministrazione intende rigettare l'istanza deve motivare in merito alla effettiva presenza di un pregiudizio attuale, concreto derivante dalla concessione dell'accesso.

Va evidenziato che c'è chi¹⁶ ha criticato la contraddittorietà degli indirizzi in materia, quelli dell'ANAC, di quelli forniti dalla circolare del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione (n.2 del 30 maggio 2017), che indica esplicitamente, come principio generale, quello della "tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo" (che implica, nei casi dubbi, il dovere di accordare prevalenza all'accesso), a confronto col fatto che *"la valenza di tale criterio generale è stata formalmente ed espressamente contestata dal Garante per la privacy (cfr. provv. n.521 del 15 dicembre 2016; lettera del Presidente del Garante al Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione e il parere della medesima Autorità n.363 in data 28 agosto 2017), che ha ricordato la pari dignità degli interessi contrapposti, la copertura del diritto alla riservatezza da parte di fonti sovranazionali (art.8 della CEDU e artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) e la conseguente necessità che il giudizio di bilanciamento sia formulato in esito a una valutazione comparativa neutrale"*.

Da qui si pongono in evidenza le criticità dell'azione del funzionario responsabile, onerato, con pochissimo tempo a disposizione, di una serie

¹⁵ G. SANNA, "Il nuovo accesso civico universale è veramente una forma di controllo diffuso degli atti della p.a.?", cit..

¹⁶ C. DEODATO "La difficile convivenza dell'accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?", cit..

di valutazioni ed adempimenti, il cui impatto sulla "capacità amministrativa" non appare essere stato pienamente preventivato dal legislatore.

Si aggiunge, da parte di chi scrive, che il sistema dei limiti all'accesso ora descritti appare configurare, nella materia, la "discrezionalità amministrativa" in modo diverso dal modello classico.

Ciò si osserva in maniera più evidente rispetto al bilanciamento con la tutela dei dati personali, ma l'osservazione potrebbe valere anche per gli altri interessi – limite.

In particolare negli interessi che la P.A. dovrà ponderare nella decisione finale sull'accesso non figura quello relativo alle competenze attribuite alla singola Amministrazione (interesse pubblico secondario o specifico), e ciò sembra significare che:

alla singola P.A. investita della richiesta è preclusa qualsiasi valutazione di merito, di convenienza amministrativa riguardo alla decisione sulla richiesta di accesso civico;

gli interessi in gioco sono individuabili facendo riferimento al "catalogo" di interessi contrapposti già preselezionato dal legislatore (nell'art. 5 bis).

Si potrebbe parlare, allora, di discrezionalità affievolita o neutra, di regolazione sulla falsariga dei poteri tradizionali delle *Authorities*.

Al riguardo, appare imprescindibile riprendere il contributo da ultimo citato, in quanto evidenzia *"il contrasto, per certi versi ineliminabile, tra il principio di trasparenza, su cui si fondano sempre più le democrazie contemporanee, e le esigenze di protezione dei dati personali, in un contesto in cui la relativa sfera risulta esposta a minacce e ingerenze di ogni tipo...l'accessibilità totale agli atti e alle informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni garantisce sì, in astratto, un controllo diffuso dell'esercizio del potere pubblico, ma non può essere concepita, intesa e declinata senza una proporzionata protezione delle informazioni personali da un'ingiustificata ed eccessiva invasione della sfera di riservatezza delle persone coinvolte, soprattutto in un contesto storico-tecnologico in cui la privacy appare sempre più indifesa e confinata in spazi angusti (se non inesistenti).*

La democrazia implica anche, se non soprattutto, la libertà del cittadino di non essere controllato e schedato (Rodotà), a meno di non voler cedere alle affermazioni (di segno utilitaristico) secondo cui la "privacy è morta" (Zuckerberg).

Ma il diritto (naturale) alle libertà della persona ha una sua forza, che resiste anche alle concezioni più avanzate di una democrazia fondata sulla trasparenza totale e indiscriminata (e che si prestano, tuttavia, a essere

strumentalizzate per uno sfruttamento economico dei dati personali detenuti dalle pubbliche amministrazioni)".

Quindi un'ulteriore declinazione della fattispecie in esame si identifica nell'intersecarsi dei profili legati all'accesso alle informazioni della p.a. ed al trattamento dei dati, la cui liceità, pertinenza e non eccedenza (secondo la normativa sulla *privacy*) devono essere assicurate ad ogni soggetto sia dalla stessa p.a. sia dai soggetti privati.

Nei confronti dei poteri privati, tuttavia, a differenza della p.a., non è configurato nella stessa misura un simmetrico accesso legato alle decisioni che riguardano il cittadino (salvo quanto si dirà fra poco a proposito del diritto eurounitario).

Ciò tanto più nell'attuale epoca caratterizzata dalle tecnologie digitali, in cui i codici informatici e gli algoritmi che trattano le informazioni relative ai singoli sono di difficile accesso diretto (e, quindi, di difficile controllo) da parte di questi ultimi, per la loro specialistica complessità ed anche per il fatto che la "rete" non è immediatamente ricollegabile ad uno spazio fisico soggetto alla sovranità di uno Stato, ma lo è solo il "gestore" della rete medesima.

Si accenna qui, per inciso, che problema ulteriore è la libertà negoziale del singolo nell'accesso ai servizi delle piattaforme, anche quando utilizzate dalla p.a.

A tale proposito si riporta soltanto il fatto che la giurisprudenza richiede degli elementi di minima garanzia per ogni ipotesi di utilizzo di algoritmi in sede decisoria pubblica che sono *"la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati e l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo"* (Cons. St., sent. n. 8472/2019).

Si conclude ricordando, per completezza, che le applicazioni di intelligenza artificiale sono state oggetto di attenzione anche da parte del diritto eurounitario: l'art. 22 del Regolamento europeo n. 679/2016 (GDPR) prevede che *"l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona"*.

5. Conclusioni.

Non sono state affrontate altre questioni, come la qualificazione della stessa istanza di accesso, quando incerta, come accesso civico o documentale: sul punto si nota soltanto che la giurisprudenza tende ad

adottare un criterio comunque di *favor* per l'accedente, ispirato anche al principio di conservazione degli effetti giuridici, in modo che l'istanza di accesso vada qualificata come avente un qualche effetto, invece che nessuno.

La qualificazione dell'accesso civico come diritto fondamentale si presume possa rafforzare tale tendenza giurisprudenziale.

Tale qualificazione, inoltre, permette di inquadrare meglio la questione della legittimazione attiva all'accesso civico, già in precedenza, comunque, affrontata.

La norma dice che "chiunque" ha diritto all'accesso civico generalizzata e, secondo una linea di pensiero dottrinale e giurisprudenziale, "chiunque" vuol dire "chiunque" e non c'è bisogno di starci tanto a pensare, quasi che ogni tentativo ricostruttivo sul punto sia una sterile riflessione, analoga a quella, di medievale memoria, su quale sia l'esatto vocativo di *ego*¹⁷.

A ciò si oppone che tale linea di pensiero sembra consistere in una riedizione del brocardo *in claris non fit interpretatio*, brocardo con cui si voleva togliere spazio a qualunque criterio ermeneutico, per dare assoluta primazia al volere della legge, ed ampiamente sconfessato poiché il brocardo:

1. è esso stesso un criterio ermeneutico;
2. necessita di eterointegrazione perché non è possibile definire a priori quando le questioni sono "chiare".

Per quanto complessivamente esposto si ritiene, pertanto, che l'accesso civico sia un diritto fondamentale legato alla cittadinanza (anche per la chiara dizione normativa di accesso "**civico**", nonché per le finalità cui è rivolto) in cui tale tipo di controllo è funzionale *in primis*, ma non solo, come si è visto, al diritto di elettorato attivo, e, quindi legato all'appartenenza al popolo come elemento costitutivo di uno Stato.

Restano da valutare criteri ampliativi di collegamento della legittimazione; in tal senso tale diritto appare estensibile anche allo straniero in possesso di permesso di soggiorno e, forse, anche al cittadino dell'Unione, ma la materia dovrà essere oggetto di ulteriore riflessione.

Negli altri casi resterà ferma la protezione offerta dall'accesso documentale.

La materia rimane, comunque, in costante evoluzione.

¹⁷ La citazione è da "*Il nome della rosa*" di Umberto Eco, dove due retori altomedievali, disputando sulla questione, vennero alle armi.

