

28 FEBBRAIO 2018

Le prospettive del nuovo diritto di accesso civico generalizzato

di Cosimo Tommasi

Dottorando di ricerca in Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali
Università degli Studi di Ferrara

Le prospettive del nuovo diritto di accesso civico generalizzato *

di Cosimo Tommasi

Dottonnado di ricerca in Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali
Università degli Studi di Ferrara

Sommario: 1. Premessa - 2. Il diritto di accesso *post* riforma: il coordinamento tra accesso civico generalizzato e accesso documentale - 3. L'accesso civico nell'ordinamento dell'Unione europea - 4. Le tecniche di bilanciamento nel Regolamento (CE) 1049/2001 - 5. Alcune considerazioni sull'accesso civico generalizzato alla luce del FOIA europeo - 6. Brevi note conclusive.

1. Premessa

L'entrata in vigore del D.lgs. 97/2016¹ ha rigenerato il dibattito sul tema della trasparenza amministrativa² e, più in particolare, sul rapporto tra principio³ ed istituti strumentali alla sua attuazione⁴. La riforma, com'è noto, ha introdotto un nuovo "diritto a conoscere" ispirato ai paradigmi della trasparenza e della libertà di informazione⁵, senza intervenire sulle varie forme di accesso già riconosciute dall'ordinamento. Si è realizzata in questo modo una chiara sovrapposizione normativa⁶, la quale ha sin da subito fatto

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Il Consiglio dei ministri ha approvato il decreto in via definitiva l'8 maggio 2016. Il decreto è stato pubblicato in G.U. l'8 giugno ed è entrato in vigore il 23 giugno. Il D.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 ha disposto (con l'art. 42, comma 1) che "I soggetti di cui all'articolo 2-bis del decreto legislativo n. 33 del 2013 si adeguano alle modifiche allo stesso decreto legislativo, introdotte dal presente decreto, e assicurano l'effettivo esercizio del diritto di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo n. 33 del 2013, come modificato dall'articolo 6 del presente decreto, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto", quindi a partire dal 23 dicembre 2016.

² Dibattito che è stato efficacemente definito lo "Zibaldone di pensieri" e di interpretazioni" da G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi.it*, n. 1/2017, p. 2.

³ Per un inquadramento della trasparenza come principio costituzionale vedi D. Donati, *Il principio di trasparenza in Costituzione*, in *La trasparenza amministrativa* (a cura di) F. Merloni, Giuffrè, 2008, Milano, pp. 83 ss.; R. Villata, *La Trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1987, p. 528; sui concetti e principi di trasparenza e pubblicità, cfr. anche M. Occhiena, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *I principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 145 ss.

⁴ In generale, sul rapporto tra trasparenza ed istituti strumentali, vedi Merloni, *La trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, op. cit., il quale osserva che: "La trasparenza come risultato (la conoscenza delle informazioni) è anch'essa uno strumento, strettamente legato al raggiungimento di ulteriori e diverse finalità, in cui si esprimono valori generali. [...] Il carattere distintivo della trasparenza è quindi la sua *strumentalità ad un controllo diffuso*, da aprire alla generalità dei destinatari e su un complesso ampio di informazioni (tale da consentire una valutazione, un giudizio completo)".

⁵ G. Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, fasc. 8-9, pp. 875-891.

⁶ Come osservato da S. Villamena, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *Federalismi.it*, n. 23/2016, p. 2: "L'introduzione di un nuovo istituto giuridico nell'ordinamento determina inevitabilmente una serie di conseguenze sugli altri istituti già presenti. Come un sasso lanciato nello stagno, il

emergere la necessità di definire i vari diritti di accesso presenti nell'ordinamento, considerandone l'effettiva portata in relazione al contesto⁷.

Il legislatore ha attribuito alle linee guida ANAC⁸ il compito di fornire indicazioni operative sull'applicazione delle esclusioni e dei limiti all'accesso generalizzato. Tuttavia, l'intervento dell'Autorità rischia di complicare ulteriormente il quadro a causa del richiamo all'ordinamento europeo, ed in particolare al Regolamento (CE) 1049/2001 in tema di accesso agli atti detenuti dalle istituzioni europee⁹. In ogni caso, l'allargamento della visuale alla dimensione sovranazionale ha il vantaggio di estendere la riflessione sull'origine del "diritto a conoscere", e sull'inquadramento dello stesso nel complessivo ordinamento europeo. D'altronde, i confini del nuovo accesso civico generalizzato si definiscono sui limiti contenuti nell'art. 5 *bis* del riformato D.lgs. 33/2013 (molti dei quali sovrapponibili a quelli previsti dall'art. 4 del Regolamento (CE) 1049/2001), ma anche sui "meccanismo di bilanciamento" che le amministrazioni sono tenute ad applicare ogniquale volta si presenti la necessità di tutelare un interesse pubblico o privato alla riservatezza¹⁰. Bilanciamento che è spesso legato alla tutela di diritti fondamentali riconosciuti dalle fonti sovranazionali e governato da principi di indiscussa origine europea.

nuovo ingresso produce effetti su ambiti già occupati. Ne consegue, fuor di metafora, che l'analisi giuridica dovrà occuparsi non solo del nuovo istituto in sé, bensì anche degli effetti che esso produce sugli altri istituti che lo hanno preceduto e che sono tuttora vigenti". Sul rapporto tra diritto di accesso *ex l.* n. 241/1990 e principio di trasparenza vedi, tra i vari, F. Ferrara, *Diritto di accesso ai documenti ed il limite del controllo generalizzato sull'operato della pubblica amministrazione: il caso dei risultati scolastici*, in *Foro amm. CDS*, I, 2011, 300; M. Occhiena, *Accesso agli atti amministrativi*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006.

⁷ Cfr. M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2016, pp. 593 ss.

⁸ Ai sensi dell'art. 5-bis, comma 6, del novellato D.lgs. 33 del 2013, "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". In forza di tale disposizione, l'Autorità ha adottato 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 Art. 5 *bis*, comma 6, del d.lgs. n. 33 del 14/03/2013 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*». Delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016.

⁹ Linee guida ANAC, par. 7, pag. 15: "In via generale, e questo vale anche quando si tratterà degli interessi privati, ogni definizione di tali interessi implica il rinvio a concetti per loro natura dinamici anche in relazione alle posizioni della giurisprudenza nazionale e dell'Unione Europea. Si consideri, peraltro, che le materie individuate dalla legge, in gran parte mutate da quelle indicate nel Regolamento 1049/2001 CE, sono spesso parzialmente sovrapponibili...".

¹⁰ Sul punto cfr. Linee guida ANAC, p. 11.

2. Il diritto di accesso *post* riforma: il coordinamento tra accesso civico generalizzato e accesso documentale

In molti ordinamenti nazionali, e finanche nell'ordinamento dell'Unione europea, le esigenze di informazione amministrativa vengono fatte confluire – almeno tendenzialmente – in un unico canale di conoscibilità. Si tratta del tipico strumento del *Freedom of Information Act*, attraverso cui “chiunque” può rivolgersi all'autorità pubblica. In questi ordinamenti, il “chiunque” rappresenta il privato (anche non cittadino) astrattamente inteso, non rilevando la qualifica del soggetto né tantomeno l'interesse di cui è portatore¹¹. Nel nostro ordinamento, viceversa, il nuovo accesso generalizzato¹² si colloca nell'ambito della complessa legislazione sull'accessibilità, già in parte sedimentata nella giurisprudenza e nella cultura amministrativa¹³, incentrata sul diritto di accesso soggettivamente limitato.

Sebbene il nuovo impianto normativo ponga problemi interpretativi anche in relazione al rapporto tra vecchio e nuovo accesso civico¹⁴, sembra chiaro che il concreto spazio operativo del FOIA italiano dipenda soprattutto dal coordinamento con l'accesso documentale. Infatti, mentre l'operatività del vecchio accesso civico è vincolata all'adempimento degli obblighi di pubblicazione, il nuovo accesso civico generalizzato e l'accesso documentale abbracciano, almeno potenzialmente, lo stesso ambito di applicazione oggettivo, che ricomprende tutti i documenti¹⁵ detenuti dalle Amministrazioni “*soggetti a trasparenza e non a pubblicità*”¹⁶.

¹¹ Cfr. M. Savino, *The Right to Open Public Administrations in Europe: Emerging Legal Standards*, Paris, Oecd-Sigma, 2010 (<http://www.oecd-library.org>).

¹² Sulla qualificazione delle varie forme di accesso cfr. B. Ponti, *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Maggioli ed. 2016, il quale qualifica come “proprio” il vecchio accesso civico previsto dal D.lgs. 33/2013 e come “improprio” il nuovo accesso civico generalizzato, affermando, rispetto a quest'ultimo, che: “Se la pretesa alla conoscenza è suscettibile di essere inibita per effetto del contrasto con un altrui interesse, la correlata posizione soggettiva non può ritenersi esplicazione del principio di trasparenza-pubblicità che, [...], postula che l'esigenza di conoscenza sia stata ritenuta dal legislatore prevalente in via astratta e assoluta su qualsiasi eventuale interesse di segno contrario. In questo senso, se di accesso civico si volesse parlare (in aderenza alla lettera della legge), si dovrebbe specificare che si tratta di un tipo di accesso qualificabile civico solo in senso improprio o, perlomeno, parziale”. Su tale ricostruzione, in senso critico Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, op. cit., pp. 4 ss.

¹³ Villamena, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, op. cit., p. 2.

¹⁴ Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, op. cit., pp. 5 ss.

¹⁵ L'art. 5, comma 2, del riformato D.lgs. 33/2013 non include le “informazioni” tra l'oggetto dell'accesso civico generalizzato.

¹⁶ Villamena, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, op. cit., p. 9. Sul tema vedi anche M. R. Spasiano, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, pp. 89 ss.

La scelta legislativa punta quindi sulla contestuale operatività di due forme di accesso con presupposti e finalità differenti¹⁷, che, tuttavia, condividono almeno in parte l'ambito di intervento e le limitazioni¹⁸. Si rimette all'interprete (oltre che all'amministrazione) il compito di coordinare questi due strumenti ed identificare nel concreto le loro potenzialità conoscitive. Ciò significa soprattutto dare un peso specifico alla possibilità di raggiungimento degli obiettivi che essi si pongono: da un lato, trasparenza e quindi controllo generalizzato sull'operato dell'amministrazione; dall'altro, partecipazione e difesa di interessi personali¹⁹.

In entrambi i casi, tali esigenze conoscitive non hanno carattere assoluto, contrapponendosi ad “interessi-limite” che, a loro volta, sottendono specifiche finalità di riservatezza pubblica o privata. Per questo, secondo l'ANAC, entrambi gli istituti di accesso richiedono un “bilanciamento” che implica pur sempre un'operazione di ponderazione. *“Tale bilanciamento è [...] ben diverso nel caso dell'accesso 241 dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti) ma più esteso...”*²⁰. Ne consegue, richiamando ancora un passaggio delle Linee guida, che: *“Vi saranno dunque ipotesi residuali in cui sarà possibile, ove titolari di una situazione giuridica qualificata, accedere ad atti e documenti per i quali è invece negato l'accesso generalizzato”*²¹.

È in questo passaggio, quello che fa riferimento al “bilanciamento”, che si concretizza la differenza conoscitiva tra le due forme di accesso. Infatti, l'Autorità non solo afferma che entrambe le forme di accesso impongono un bilanciamento, ma esprime un giudizio di valore sul funzionamento di tale ponderazione e quindi sulla portata degli “interessi -limite” idonei a bloccare l'istanza di accesso sia documentale che generalizzato. La minore profondità dell'accesso civico generalizzato segnala che, dinanzi a “interessi-limite” comuni sia all'accesso civico che documentale, quest'ultimo è in grado di imporre un metodo di bilanciamento più favorevole alle esigenze di conoscenza, all'interno del quale le eccezioni al principio di trasparenza vanno interpretate con meno rigidità.

In altri termini, l'accesso documentale sarebbe in grado di creare un bilanciamento tale per cui, essendo l'interesse personale di rilevanza superiore per l'ordinamento rispetto all'interesse al controllo sulla PA,

¹⁷ Sulla necessità di tenere distinti i vari istituti di accesso in base alle loro finalità, vedi Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, op. cit., pp. 15 ss.

¹⁸ Il riferimento è all'art. 5 bis, comma 3, D.lgs. 33/2013, secondo cui: *“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”*.

¹⁹ D. U. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *Federalismi.it*, n. 5/2016, p. 3

²⁰ Linee guida ANAC, par. 3, pag. 7.

²¹ *Ibidem*.

le categorie di “interessi-limite” per questo tipo di accesso andrebbero interpretate con meno rigidità rispetto ai casi di accesso generalizzato.

L’interpretazione fornita dall’Autorità sulla portata del “bilanciamento”, e quindi sull’ambito di operatività delle due forme di accesso, segna un punto fermo nel rapporto tra esigenza di controllo diffuso ed interesse difensivo del privato, espresso in termini assoluti e quindi senza possibilità di eccezione. Ne discende l’enucleazione di un criterio applicativo per le Amministrazioni, le quali sono chiamate a dare un peso maggiore all’interesse conoscitivo e difensivo personale.

L’argomentazione che poggia sulla “diversa profondità” delle due forme di accesso si presta a varie critiche. Quest’ultime muovono da due considerazioni fondamentali: in primo luogo, nell’accesso civico generalizzato non è pacifico che sia prevista un’operazione di vero e proprio bilanciamento, in quanto la legge disciplina solo la valutazione sulla sussistenza di un pregiudizio concreto agli “interessi limite”²²; in secondo luogo, la differenziazione dei due istituti di accesso basata sul “criterio della profondità” porterebbe ad affermare, senza possibilità di riscontro oggettivo, che l’interesse qualificato e differenziato alla conoscenza delle informazioni detenute dalla PA (avanzato con l’accesso documentale e finalizzato all’azione difensiva) sia in termini assoluti prevalente rispetto al diritto all’informazione amministrativa (sotteso all’esercizio dell’accesso generalizzato e orientato ad un controllo diffuso)²³.

Al fine di valutare la fondatezza di tali osservazioni, il “criterio della profondità” merita di essere esaminato in relazione al diritto di accesso europeo, il quale, come già ricordato, viene richiamato dalle linee guida ANAC con riferimento agli “interessi limite”.

3. L’accesso civico nell’ordinamento dell’Unione europea

Anche nell’ordinamento europeo è prevista una forma di trasparenza reattiva²⁴, che trova la sua fonte nell’art. 15 TFUE e nel capo V della Carta dei diritti fondamentali, incentrata su un diritto di accesso non

²² In questo senso sembra orientarsi B. Ponti, *Rafforzare la libertà di ricercare le informazioni e rendere più chiare (e nette) le indicazioni per le amministrazioni: indicazioni per la valorizzazione del criterio del “pregiudizio concreto”*, in *ASTRID Rassegna*, n. 21/2016.

²³ Se il criterio distintivo basato sulla diversa “profondità” delle tecniche di accesso comporta una serie di problematiche, rimarrebbe da valutare l’aspetto che attiene alla “estensione”. Le linee guida ANAC richiamano la diversa estensione dei due strumenti di accesso, sancendo la maggiore ampiezza dell’accesso generalizzato rispetto all’accesso documentale. Sebbene il richiamo all’estensione sia ricompreso nel ragionamento che ruota intorno al “bilanciamento”, deve ritenersi che tale qualificazione sia da riferirsi all’ambito di applicazione soggettivo. D’altro canto, rispetto all’accesso documentale, l’accesso civico non incontra un minor numero di eccezioni, e quindi non risulta più esteso dal punto di vista oggettivo. Pertanto, il criterio della maggiore estensione elaborato dall’ANAC non definisce un criterio innovativo rispetto al dato normativo preesistente, ma va ricondotto solo alla legittimazione soggettiva attiva, potenzialmente riconosciuta a “chiunque”.

²⁴ Sul concetto di trasparenza reattiva in relazione alle novità introdotte dal d.lgs. 97/2016, vedi V. Azzollini, *FOIA italiano: solo una “farsa”?*, in www.leoniblog.it, secondo cui: “... il decreto in discorso aggiunge alla preesistente trasparenza di tipo “proattivo”, ossia realizzata mediante la pubblicazione obbligatoria sui siti web di determinati

preordinato alla tutela di una propria posizione giuridica soggettiva, e quindi non subordinato alla prova di un interesse specifico²⁵. La disciplina di tale forma di accesso è contenuta nel Regolamento europeo sull'accesso, il quale è composto da un insieme di principi e regole che trovano applicazione *esclusivamente* per l'organizzazione e l'azione propria delle Istituzioni europee, nonché per i loro rapporti con i cittadini dell'Unione europea (e non solo)²⁶.

L'attenzione del legislatore europeo sulla trasparenza, intesa come principio generale del diritto comunitario²⁷, in alcuni casi incide anche sulle regole adottate negli ordinamenti nazionali. In particolare, il principio di trasparenza si manifesta attraverso espresse norme europee²⁸, nonché in forza del richiamo effettuato dall'art. 1 della l. n. 241/1990 ai principi comunitari²⁹. Tant'è che quello ad avere istituzioni trasparenti e partecipate è uno dei "principi cardine" del diritto europeo, in grado di influenzare anche i

enti dei dati e delle notizie indicati dalla legge (d.lgs. 33/2013), una trasparenza di tipo "reattivo", cioè in risposta alle istanze di conoscenza avanzate dagli interessati...".

²⁵ G. Montedoro, *Brevi notazioni su diritto nazionale e diritto europeo in tema di accesso*, in M.P. Chiti, G. Palma (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Jovene, Napoli, 2006, pp. 213 ss.; S. Battini, B.G. Mattarella, A. Sandulli, *Il procedimento*, in G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 169.

²⁶ L'art. 2 (Destinatari e campo di applicazione) del Regolamento (CE) 1049/2001 prevede che: "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".

²⁷ Sul tema, in via generale, D. de Pretis, *I principi nel diritto amministrativo dell'Unione europea*, in *Pensare il diritto pubblico, Liber amicorum per Giandomenico Falcon*, (a cura di) M. Malo, B. Marchetti, D. de Pretis, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 130, afferma: "Il caso *Algera* [...] illustra in maniera esemplare la genesi dei principi generali del diritto comunitario, il ruolo del loro artefice e la tecnica utilizzata per forgiarli fin dagli albori della Comunità. Partendo dall'ordine concettuale descritto, il giudice comunitario avrebbe perfezionato nel tempo il principio di certezza del diritto affiancandogli il principio di tutela dell'affidamento, all'epoca già fortemente radicato nella cultura giuridica tedesca. Di questi principi avrebbe poi elaborato contenuti e regole applicative sempre più precisi, presupposti sempre più analitici e differenziati a seconda dei settori di intervento. [...] Nello specifico campo del diritto amministrativo, ai principi generali di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento appena menzionati se ne sarebbero in seguito aggiunti molti altri. [...] A questi si sarebbero ancora affiancati principi più specifici, quali, fra i più importanti, i principi procedurali di partecipazione, di accesso e di motivazione degli atti giuridici; principi a portata sostanziale, come il principio di buon andamento o di trasparenza...".

²⁸ Vedi sul punto M. P. Chiti, (a cura di) *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2013; G. Della Cananea (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, III ed., Giuffrè, Milano, 2011; E. Picozza, *Attività amministrativa e diritto comunitario*, in *Enc. Giur. Trecc.*, vol. IV. Ist. Enc. It., Roma, 1997; G. Greco, *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività dell'ordinamento nazionale?)*, in *Dir. Amm.*, 2003; E. Chiti, C. Franchini, *L'integrazione amministrativa europea*, Il Mulino, Bologna, 2003; S. Cassese, *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. comun.*, 1991, p. 3; Id. (in collaborazione con G. della Cananea), *L'esecuzione del diritto comunitario*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. comun.*, 1991, p. 901; Id., *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, in *Riv. Trim. di Pubbl.*, 1991, pp. 769; Id., *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, M.P. Chiti e G. Greco (diretto da), II edizione, Milano, Giuffrè, 2007, pt. g., I; Id., *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. comun.*, 2002, p. 291; Id., *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2003, p. 35.

²⁹ A. Massera, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, *Dir. Amm.*, 2005, p. 728; A. G. Orofino, *profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Cacucci Editore, Bari, 2003, p. 59.

diritti amministrativi degli Stati membri³⁰. Pertanto, “la disciplina della trasparenza è resa complessa dagli intrecci delle normative di diversa provenienza: regionale, nazionale, sovranazionale e dalle tecniche attraverso le quali questi intrecci sono regolati”³¹. In questa direzione, negli ultimi anni l’Unione si è fatta promotrice di diverse iniziative finalizzate a migliorare gli *standard* di trasparenza delle normative nazionali³². Anche a tal proposito, si è parlato di processo di “europeizzazione” (o anche detto “vincolo europeo”), intendendosi con tale definizione la prassi secondo cui norme sovranazionali di diritto europeo intervengono a regolare diritti amministrativi e amministrazioni degli Stati membri³³.

In molti casi, quindi, è la normativa europea ad agevolare lo sviluppo della trasparenza amministrativa nazionale. Si tratta di ipotesi in cui l’Unione agisce nell’ambito della propria competenza in specifiche materie di settore come contratti pubblici, difesa dei consumatori, servizi pubblici. Viceversa, per ciò che attiene al diritto di accesso, l’Unione si limita a disciplinare le condizioni di accessibilità ai propri documenti, mancando un’espressa competenza europea a carattere generale rispetto all’azione degli Stati membri³⁴. Nonostante ciò, dall’analisi del riformato art. 5 *bis* del D.lgs. 33/2013 emerge chiaramente la sostanziale uniformità degli “interessi-limite” all’accesso europeo e nazionale³⁵. Anche per questo, le linee

³⁰ *Ibidem*.

³¹ A. Natalini, G. Vesperi (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015, p. 26

³² G. Sgueo, *L’accessibilità ad atti e informazioni nell’Unione europea: un percorso in divenire*, in A. Natalini, G. Vesperi (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015, pp. 180, secondo cui “Con particolare riferimento alle norme europee che determinano obblighi di trasparenza in capo alle amministrazioni nazionali aggiuntivi rispetto a quelli contemplati dalle normative nazionali ci sono almeno quattro casi emblematici. Il primo è quello della regolazione delle attività lobbistiche [...]. Un secondo ambito di intervento dell’Unione a favore della trasparenza è quello delle procedure di appalto [...]. Progressi rilevanti in direzione del rafforzamento della trasparenza a livello nazionale sono stati compiuti anche nel settore della difesa dei consumatori [...]. Infine, [...] si segnalano le norme relative alla separazione contabile per le aziende che erogano servizi pubblici...”.

³³ Sgueo, *L’accessibilità ad atti e informazioni nell’unione europea: un percorso in divenire*, op. cit., pp. 163 ss.

Sui processi di “europeizzazione” del diritto amministrativo nazionale vedi G. Vesperi, M. Savino, *I procedimenti amministrativi, l’europeizzazione, l’internazionalizzazione e la disciplina dei procedimenti “generali” della regolazione*, consultabile sul sito dspace.unitus.it.

³⁴ Vedi G. Vesperi, *Le discipline comunitarie dei diritti amministrativi nazionali: un’introduzione*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Giuffrè, Milano, 2008, secondo cui: “Non vi sono [...] norme comunitarie di carattere generale che si occupino della trasparenza in generale, o del diritto d’accesso in particolare, in riferimento all’attività amministrativa nazionale: tali aspetti sono comprensibilmente rimessi ai diritti interni. Non mancano, tuttavia, nel diritto europeo di settore, regole tese ad ampliare il grado di trasparenza dell’azione amministrativa domestica”.

³⁵ Sul punto già Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, op. cit., p. 598-599, osservava che “I dieci interessi pubblici e privati indicati dall’art. 5 *bis* corrispondono all’elencazione che compare nella maggior parte dei FOIA europei, rispetto ai quali, anzi, il nostro legislatore è stato più parco. Occorre, poi, considerare che gli interessi indicati coincidono – con differenze marginali – con quelli del FOIA dell’Unione europea. Questa scelta, non casuale, presenta un vantaggio importante: offrire alle amministrazioni e ai giudici italiani un prezioso ausilio interpretativo, rappresentato dalla ricca giurisprudenza comunitaria formatasi in relazione a ciascun interesse-limite”.

guida ANAC sottolineano che la definizione di tali interessi “*implica il rinvio a concetti per loro natura dinamici anche in relazione alle posizioni della giurisprudenza nazionale e dell’Unione Europea*”³⁶.

Alla luce di tali considerazioni, il richiamo al Regolamento (CE) 1049/2001 ed alla giurisprudenza europea sviluppatasi sulle materie dei vari “interessi-limite” merita alcune precisazioni.

In questa direzione, un primo aspetto da chiarire riguarda l’ambito di applicazione del Regolamento europeo. Come anticipato, esso ha ad oggetto i documenti detenuti dalle Autorità pubbliche europee e pertanto non può essere invocato nei confronti di richieste di accesso rivolte ad Amministrazioni nazionali.

La condivisione di funzioni e l’integrazione tra amministrazioni europee e nazionali ha, tuttavia, fatto sorgere problemi interpretativi sull’individuazione dell’autorità decidente o di quella nei cui confronti esercitare il diritto di accesso³⁷. In questo senso, lo sviluppo dei procedimenti amministrativi cosiddetti composti, frutto di una “amministrazione comune”, ha indotto la Corte di giustizia a definire i termini del necessario coordinamento tra autorità europee e nazionali. In particolare, la Corte ha chiarito che lo Stato membro, pur potendo chiedere ad un’istituzione dell’UE di non divulgare un documento da esso proveniente senza il suo previo accordo, non possiede un diritto di veto generale e incondizionato. Lo Stato infatti può opporsi alla divulgazione del documento solo nei casi previsti dall’art. 4, par. 1, 2 e 3 del Regolamento (CE) 1049/2001, motivando la propria posizione. Il previo accordo dello Stato membro, cui fa riferimento l’art. 4, par. 5³⁸, non si risolve quindi in un diritto di veto discrezionale, ma si delinea come una forma di parere conforme circa l’assenza di eccezioni previste dall’art. 4 del Regolamento³⁹.

La soluzione promossa dalla Corte sembra quindi ricollegarsi al generale principio sancito dal considerando 15 del Regolamento, secondo cui lo scopo della normativa europea non è quello di modificare le normative nazionali in materia di accesso ai documenti. Tuttavia, in virtù del principio di cooperazione leale nelle relazioni tra le istituzioni e gli Stati membri, questi dovranno fare in modo di non pregiudicare la corretta applicazione dell’accesso UE e di rispettare le norme di sicurezza delle istituzioni europee.

Un secondo elemento da chiarire attiene al richiamo della giurisprudenza europea sugli “interessi-limite”⁴⁰. La sostanziale coincidenza delle categorie di limiti all’accesso europeo e nazionale (ad esempio, sicurezza pubblica, difesa e questioni militari, relazioni internazionali, interessi commerciali di persone

³⁶ Linee guida ANAC, par. 7, pag. 15.

³⁷ B. G. Mattarella, *Procedimenti e atti amministrativi*, in M. P. Chiti, (a cura di) *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 337.

³⁸ Secondo cui “*Uno Stato membro può chiedere all’istituzione di non comunicare a terzi un documento che provenga da tale Stato senza il suo previo accordo*”.

³⁹ Corte di giustizia, 18.12.2007, C- 64/05, sull’interpretazione del Regolamento (CE) 1049/2001.

⁴⁰ Linee guida ANAC, par. 7, pag. 15.

fisiche e giuridiche, protezione dei dati personali)⁴¹ agevola l'amministrazione (ed il giudice) nazionale a ricercare nella giurisprudenza europea gli elementi necessari alla definizione degli "interessi-limite". Tuttavia, sembra opportuno precisare che non sempre esiste una coincidenza delle normative che disciplinano, rispettivamente nel diritto europeo e nazionale, i vari "interessi-limite". Pertanto, appare implicito che l'utilizzo interno dei canoni interpretativi elaborati dal Giudice europeo con riferimento all'applicazione del Regolamento debba necessariamente tener conto delle eventuali differenze sistematiche, semantiche e interpretative tra le norme presenti in ambito europeo e nazionale.

A titolo esemplificativo, può richiamarsi la protezione dei dati personali. Com'è noto, l'art. 8 della Carta di Nizza riconosce ad ogni individuo il diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. Il diritto opera sia in ambito sovranazionale che nazionale in forza della disciplina europea⁴², e la Corte di giustizia ha in più occasioni delineato i contenuti e le tecniche di bilanciamento di tale diritto in relazione al diritto di accesso⁴³.

Pertanto, ove entrano in gioco diritti fondamentali, il rinvio alla giurisprudenza europea sembra solido e comunque ancorato ad un comune sistema integrato di principi e tutele. Ciò non toglie che anche in tali casi possano subentrare differenze normative. Ad esempio, sempre con riferimento alla protezione dei dati personali, la disciplina sul trattamento dei dati da parte delle Istituzioni europee è contenuta nel Regolamento (CE) 45/2001 e non nella direttiva 95/46/CE, che invece è alla base delle normative nazionali. Sul punto, anche il nuovo Regolamento UE 679/2016, che a partire da maggio 2018 andrà a sostituire la cosiddetta Direttiva madre, evidenzia le differenze normative tra *privacy* "europea e nazionale". In particolare, il considerando 17 del nuovo Regolamento sulla protezione dei dati personali,

⁴¹ In senso critico E. Carloni, *Prime considerazioni a margine dello Schema di Linee guida in materia di accesso civico "generalizzato"*, in *Astrid-Rassegna*, fasc. 21/2016, p. 3, che osserva: "Dei limiti al diritto a conoscere si occupa, in attuazione della delega della legge 124 del 2015, il nuovo art. 5 bis del decreto n. 33, che prevede tre "blocchi" di limiti, previsti dai commi 1, 2 e 3 del decreto. [...] I primi due "blocchi" richiamano formule verbali che ritroviamo, quasi testualmente, nel regolamento europeo sull'accesso ai documenti delle istituzioni dell'Unione: l'impostazione che ricavo dalle Linee guida conferma la difficoltà di importare in ordinamenti diversi modelli maturati in altri contesti, sia pure quando si tratta di ordinamenti largamente integrati come quello europeo e nazionale: le nozioni vengono riformulate attingendo al significato "corrente" (anche, soprattutto, in termini giuridici), rimandando al contesto dei corpi normativi che nel quadro italiano regolano i diversi "nomina", con l'effetto di rendere il riferimento europeo un "false friend", *lost in translation*".

⁴² L'articolo 16, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea («TFUE») stabilisce che: "Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, nonché da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, e le norme relative alla libera circolazione di tali dati. Il rispetto di tali norme è soggetto al controllo di autorità indipendenti".

⁴³ Vedi, su tutte, Corte di giustizia, 29 giugno 2010, n. C - 28/08 P, Comm.c. The Bavarian Lager Co. Ltd, in Racc., 2010, I, 6055 ss.

prevede che: “Il regolamento (CE) n. 45/2001 e gli altri atti giuridici dell’Unione applicabili a tale trattamento di dati personali dovrebbero essere adeguati ai principi e alle norme stabiliti dal presente regolamento [679/2016] e applicati alla luce dello stesso. Per offrire un quadro di protezione dei dati solido e coerente nell’Unione, si dovrebbe procedere, successivamente all’adozione del presente regolamento, ai necessari adeguamenti del regolamento (CE) n. 45/2001, al fine di consentirne l’applicazione contemporaneamente al presente regolamento [679/2016]”.

Queste differenze non possono sfuggire all’interprete nel momento in cui, sfruttando le statuizioni della giurisprudenza europea sull’accesso, vada ad attingere dall’ordinamento sovranazionale nozioni e definizioni da applicare in sede nazionale.

4. Le tecniche di bilanciamento nel Regolamento (CE) 1049/2001

Alla luce di queste precisazioni, l’analisi del Regolamento europeo sembra utile al fine di valutare se nell’accesso aperto a “chiunque” sia pur sempre necessario un vero bilanciamento tra esigenze conoscitive e contrapposti interessi di riservatezza pubblica o privata.

Tale soluzione è pacificamente ammessa nella disciplina nazionale sull’accesso documentale, qualora l’interesse qualificato di cui è portatore l’istante si scontri con un “interesse-limite” individuato dal legislatore. In tali casi, il bilanciamento si fonda e trova la sua base di valutazione nella motivazione adottata dall’istante⁴⁴. Viceversa, il bilanciamento risulta meno chiaro nell’accesso civico generalizzato in cui manca – almeno potenzialmente – l’interesse differenziato del richiedente, e non sussiste alcun obbligo di motivazione dell’istanza⁴⁵.

A riguardo, occorre osservare che l’unico criterio adottato dal legislatore delegato per l’applicazione dei limiti all’accesso generalizzato è quello del “pregiudizio concreto”⁴⁶, cd. *harm test*, correttamente inquadrato dall’ANAC come criterio guida nell’applicazione delle limitazioni all’accesso. Per cui

⁴⁴ Vedi, tra gli altri, G. Arena, *La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in G. Arena, (a cura di), *L’accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1991, pp. 44 ss.

⁴⁵ Cfr. anche il *Parere sullo schema di decreto legislativo concernente la revisione e semplificazione delle disposizioni di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza* - 3 marzo 2016, Registro dei provvedimenti n. 92 del 3 marzo 2016, del Garante per la protezione dei dati personali, par. 4.1: “E’ in primo luogo lecito domandarsi, come i soggetti pubblici, che detengono grandi banche di dati, anche sensibili, dei cittadini decideranno se accogliere o meno le istanze di accesso al documento contenente dati personali, in assenza di un parametro per effettuare il bilanciamento fra la protezione dei dati personali e l’interesse del richiedente, dal momento che l’istanza non è motivata ed è dunque carente dell’indicazione della finalità perseguita, che costituisce elemento determinante ai fini della valutazione della legittimità del trattamento”.

⁴⁶ Sulla definizione del criterio del pregiudizio concreto, vedi: Ponti, *Rafforzare la libertà di ricercare le informazioni e rendere più chiare (e nette) le indicazioni per le amministrazioni: indicazioni per la valorizzazione del “pregiudizio concreto”*, op. cit.

un'istanza di accesso può essere rifiutata solo ove procuri un danno specifico, concreto, diretto e non meramente ipotetico ad uno degli “interessi-limite” individuati dal legislatore⁴⁷.

Sul punto la disciplina domestica e quella europea risultano differenti, prevedendo l'art. 4 del Regolamento europeo tre diverse tipologie di eccezioni.

In particolare, il paragrafo 1 del citato art. 4 individua le eccezioni assolute, stabilendo che l'accesso è rifiutato qualora la divulgazione arrechi un pregiudizio concreto alla tutela di interessi pubblici (sicurezza pubblica, difesa e questioni militari, relazioni internazionali, politica finanziaria, monetaria o economica della Comunità o di uno Stato membro) o di interessi privati (vita privata e integrità dell'individuo).

Il paragrafo 2 prevede le eccezioni di tipo relativo, stabilendo che l'accesso è rifiutato qualora arrechi un pregiudizio alla tutela di alcuni interessi di importanza “secondaria” (interessi commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresa la proprietà intellettuale, procedure giurisdizionali e consulenza legale, obiettivi delle attività ispettive, di indagine e di revisione contabile). In questi casi, il carattere di “relatività” delle eccezioni dipende dal fatto che, dinanzi alla sussistenza di un pregiudizio concreto, l'istituzione non potrà negare direttamente l'accesso ma dovrà effettuare un *“balancing test tra l'interesse (pubblico o privato) protetto dall'eccezione e l'interesse (esclusivamente di natura pubblicistica) alla divulgazione. Nei casi in cui tale secondo tipo d'interesse risulti prevalere, l'istituzione non potrà opporre diniego all'accesso”*⁴⁸.

Infine, il paragrafo 3 individua un'eccezione legata alla natura “interna” dei documenti e finalizzata alla tutela della decisione finale. Anche in questi casi, l'accesso dovrà essere negato *“nel caso in cui la divulgazione del documento pregiudicherebbe gravemente il processo decisionale dell'istituzione, a meno che vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione”*. Pertanto, sarà necessario un *“balancing test”* tra la tutela dell'indipendenza della decisione da assumere e l'eventuale interesse pubblico alla divulgazione di ordine superiore.

In sostanza, da un lato, il Regolamento (CE) 1049/2001 prevede una serie di eccezioni assolute, per la cui applicazione vale il *solo* criterio del pregiudizio concreto a interessi ritenuti di rango superiore; dall'altro, per categorie di interessi “meno rilevanti”, il criterio del pregiudizio concreto è temperato dall'obbligo di bilanciamento con l'eventuale interesse pubblico prevalente alla divulgazione.

Anche l'orientamento della Corte di giustizia europea, chiamata a pronunciarsi sull'applicazione del Regolamento (CE) n. 1049/2001, rende chiara la distinzione dei due metodi di applicazione delle eccezioni al diritto di accesso. Infatti, secondo la Corte, qualora l'istituzione interessata decida di rifiutare l'accesso a un documento che le è stato chiesto di comunicare, deve, in linea di principio, spiegare in che modo l'accesso a tale documento potrebbe arrecare *“concretamente”* ed *“effettivamente”* pregiudizio

⁴⁷ Linee guida ANAC, par. 5, pag. 10-11.

⁴⁸ G. Locchi, *Il principio di trasparenza in Europa nei suoi risvolti in termini di Governance amministrativa e di comunicazione istituzionale dell'Unione*, in *Amministrazione In Cammino*, 2011, p. 19.

all'interesse tutelato da un'eccezione prevista dall'articolo 4 del Regolamento (CE) n. 1049/2001 che tale istituzione invoca⁴⁹. Dall'altro lato, un'istituzione quando applica una delle eccezioni previste dall'articolo 4, paragrafi 2 e 3, del Regolamento (CE) n. 1049/2001, è tenuta a procedere a un "bilanciamento" tra l'interesse specifico che deve essere tutelato mediante la non divulgazione del documento in questione e l'interesse generale a che tale documento sia reso accessibile. Tale bilanciamento va effettuato alla luce dei vantaggi che derivano – come sottolineato dal considerando 2 del Regolamento (CE) n. 1049/2001 – da un'accresciuta trasparenza, ossia da una migliore partecipazione dei cittadini al processo decisionale, nonché da una maggiore legittimità, efficienza e responsabilità dell'amministrazione nei confronti dei cittadini in un sistema democratico⁵⁰. In altri termini, nell'ordinamento europeo l'esistenza di un pregiudizio concreto è condizione necessaria e sufficiente per l'operatività delle eccezioni assolute al diritto di accesso; viceversa, tale pregiudizio è condizione necessaria ma non sufficiente per le eccezioni relative, le quali operano solo in presenza dell'ulteriore requisito della prevalenza dell'interesse privato alla riservatezza su quello pubblico alla conoscenza.

Quindi, *solo* per l'applicazione delle eccezioni (relative) previste dall'articolo 4, paragrafi 2 e 3, Regolamento (CE) n. 1049/2001, le istituzioni europee sono chiamate ad effettuare una valutazione comparativa tra interessi che "deve necessariamente svolgersi in tre fasi, corrispondenti ai tre criteri previsti da tale disposizione"⁵¹: inquadramento del documento richiesto nella categoria di "interesse-limite"; accertamento di un pregiudizio concreto, ragionevolmente prevedibile e non puramente ipotetico, all'interesse protetto; e, solo in caso di positivo accertamento del pregiudizio concreto, verifica dell'inesistenza di un interesse pubblico prevalente che giustifichi comunque la divulgazione⁵².

5. Alcune considerazioni sull'accesso civico generalizzato alla luce del FOIA europeo

L'analisi della disciplina europea rivela un modello di applicazione delle esclusioni e limitazioni sostanzialmente differente da quello adottato dal D.lgs. 97/2016 e definito dalle linee guida ANAC. Infatti, mentre nel Regolamento europeo sull'accesso la distinzione tra eccezioni assolute e relative

⁴⁹ Corte di giustizia, 3 luglio 2014, causa C. 350/2012, Consiglio dell'Unione europea c. Sophie in 't Veld, in *InfoCuria*; Corte di giustizia, 17 ottobre 2013, causa C. 280/2011, Consiglio dell'Unione europea c. Access Info Europe, punto 31-32, in *InfoCuria*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Corte di giustizia, 17 ottobre 2013, causa C. 280/2011, Consiglio dell'Unione europea c. Access Info Europe, punto 31-32, in *InfoCuria*. Vedi anche Corte di giustizia, 1 luglio 2008, Cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P, Regno di Svezia e Turco c. Consiglio dell'Unione europea, punto 37 ss. in *InfoCuria*.

⁵² Vedi in tal senso, Corte di giustizia, 1 luglio 2008, Cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P, Regno di Svezia e Turco c. Consiglio dell'Unione europea, punti 38-44. in *InfoCuria*.

avviene attraverso l'applicazione o meno del *public interest test*, viceversa, nel D.lgs. 97/2016 è l'applicazione del criterio del pregiudizio concreto, *harm test*, a servire da criterio distintivo.

La nuova normativa introdotta dal D.lgs. 97/2016 non prevede il *public interest test*, il quale si concretizza in una tecnica di bilanciamento, di comparazione, tra tutela dell'“interesse-limite” e tutela dell'interesse pubblico alla divulgazione e quindi alla conoscenza diffusa del documento. Per meglio dire, nella disciplina nazionale tale bilanciamento tra interesse privato alla riservatezza e interesse pubblico alla conoscenza è già stato effettuato a monte dal legislatore, a condizione che l'interprete riscontri la presenza di un pregiudizio concreto all'interesse-limite nella fattispecie concreta.

A questo punto l'interprete si trova dinanzi a due alternative.

La prima, che muove da un'interpretazione strettamente letterale del dato legislativo, porta a sostenere che, in mancanza di un'espressa previsione normativa, l'unico criterio di applicazione delle eccezioni (relative) previste dal legislatore è quello del pregiudizio concreto. Quindi, non esisterebbe alcun tipo di bilanciamento tra interessi contrapposti, ma solo una verifica delle possibili conseguenze negative sulle categorie di riservatezza legislativamente individuate. Questa impostazione esclude l'applicazione della tecnica del bilanciamento per le eccezioni relative nel caso dell'accesso civico generalizzato⁵³.

La seconda conduce ad affermare che, “*ogni qual volta venga in rilievo uno degli interessi-limite indicati dai primi due commi dell'art. 5 bis, l'amministrazione è chiamata non solo a verificare la serietà e la probabilità del danno a quell'interesse, ma anche a contemperarlo con l'interesse del richiedente (che può quindi avere convenienza a esplicitarlo in sede di proposizione dell'istanza), con conseguente esercizio di un potere discrezionale*”⁵⁴.

Seguendo questa seconda interpretazione, che non trova un aggancio testuale nella norma ma scaturisce dalla volontà di attenersi più fedelmente al modello europeo, l'interesse conoscitivo del richiedente non può che coincidere con l'interesse pubblico alla conoscenza e all'informazione. E quindi si deduce che, in base ad un bilanciamento condotto nel rispetto del canone della proporzionalità⁵⁵, l'interesse pubblico

⁵³ Questa appare la soluzione proposta da Ponti, *Rafforzare la libertà di ricercare le informazioni e rendere più chiare (e nette) le indicazioni per le amministrazioni: indicazioni per la valorizzazione del criterio del “pregiudizio concreto”*, op. cit., p.2, in cui afferma che: “... è solo in relazione alle modalità di applicazione del “test” del pregiudizio concreto che si definiscono i confini di quanto è oggetto di *disclosure* rispetto a quanto è oggetto di rifiuto. In questo senso, appare sconsigliabile l'uso del termine “bilanciamento” con riferimento all'operazione di valutazione che l'amministrazione deve compiere nell'applicazione del test pregiudizio concreto. Infatti, l'operazione non consiste nel confrontare (e quindi bilanciare) l'interesse all'accesso (alla disclosure) con l'interesse alla riservatezza (pubblica o privata) che venga in questione. L'operazione consiste invece nella (sola) valutazione circa l'esistenza del pregiudizio concreto, in assenza del quale si determina comunque l'accessibilità di quanto richiesto (regola/eccezione). Per altro, la concreta praticabilità di un confronto (da cui deriverebbe l'esigenza di bilanciamento) tra l'interesse alla disclosure e l'interesse alla riservatezza è resa logicamente impossibile dalla irrilevanza della situazione soggettiva e dei motivi del richiedente.

⁵⁴ Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, op. cit., p. 599.

⁵⁵ *Ibidem*.

alla divulgazione (insito nell'istanza del richiedente) non debba ritenersi recessivo qualora vi sia un pregiudizio concreto di minore portata all'interesse alla riservatezza pubblica o privata (trattandosi in sostanza del *public interest test*)⁵⁶.

In questa seconda ipotesi, esisterebbe anche nell'accesso civico generalizzato un bilanciamento di interessi contrapposti ("interesse-limite" ed interesse alla divulgazione), benché diverso dal bilanciamento che avviene nell'accesso documentale ("interesse-limite" ed interesse del privato alla tutela di una propria situazione giuridica soggettiva).

Questa impostazione, che nel complesso garantisce un maggior grado di trasparenza⁵⁷, pone l'attenzione sulla motivazione dell'istanza di accesso. È evidente, infatti, che per valutare il prevalente interesse alla divulgazione l'amministrazione necessita di conoscere quale sia l'interesse (pubblico) sotteso all'accesso, e non sempre tale indice può desumersi dalla natura del dato o documento richiesto. In questi termini, l'assenza di motivazione della richiesta di accesso rischia di rivelarsi una soluzione negativa per l'istante. Il privato è libero di non motivare la propria istanza, ma la mancata indicazione di un interesse pubblico alla conoscenza potrebbe indurre l'amministrazione a negare l'accesso. A questo punto, dinanzi alla mancata motivazione, l'amministrazione sarebbe autorizzata a presumere un utilizzo deviato dello strumento di accesso, comunque finalizzato a scopi diversi dalla trasparenza.

Nonostante il dato letterale, questa interpretazione del FOIA italiano (d.lgs. 97/16) sembra più in linea non solo con l'accesso europeo, che comunque rimane distinto dalla normativa nazionale, ma anche con la nozione di diritto di accesso elaborata dalla Corte EDU⁵⁸.

La Corte ha ricostruito il diritto di accesso alle informazioni come "strumentale" alla realizzazione di altri diritti, condizionandone in particolare il riconoscimento all'esercizio della libertà di ricevere e comunicare informazioni. Secondo gli stessi giudici di Strasburgo, il riconoscimento del diritto di accesso sarebbe legato all'accertamento di alcuni "criteri-guida" (informazioni su questioni inerenti al benessere dei cittadini o alla vita della comunità, ruolo del richiedente nell'esercizio di funzioni di "*public watchdog*"),

⁵⁶ Un elemento interessante emerge dal parallelismo tra accesso europeo e accesso civico generalizzato italiano. Se si muove dal presupposto che il legislatore europeo ha utilizzato il criterio del *public interest test* per distinguere tra eccezioni assolute e relative, allora non possono trascurarsi le conseguenze della tesi secondo cui tale criterio sia implicitamente previsto nell'accesso civico italiano. Tale interpretazione comporterebbe l'applicazione del criterio del *public interest test* indiscriminatamente a tutte le categorie di "interessi-limite", anche a quelle che restano escluse in ambito europeo (ad esempio, sicurezza pubblica).

⁵⁷ Infatti, in forza del *public interest test* il positivo accertamento del pregiudizio concreto ad un interesse-limite può essere superato dalla sussistenza di un prevalente interesse pubblico alla divulgazione.

⁵⁸ Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Társaság a Szabadságjogokért v. Ungheria*, 14 aprile 2009; da ultimo Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Magyar Helsinki Bizottság v. Ungheria*, 8 Novembre 2016, *parr. 156 e 160-163*.

disponibilità delle informazioni richieste da parte dell'autorità pubblica), da cui dovrebbe emergere, in definitiva, il positivo accertamento del “*public interest test*”⁵⁹.

Il percorso argomentativo seguito dalla Corte sembra utile per definire i confini del diritto di accesso alle informazioni pubbliche, e chiarire i termini entro cui operare il più volte richiamato “bilanciamento” tra istanza conoscitiva e interesse alla riservatezza. Secondo i giudici di Strasburgo il diritto di accesso è legato all'esercizio del diritto alla libertà di espressione e, in questi termini, il suo riconoscimento postula il necessario accertamento della finalità “di pubblico interesse” contenuta nella richiesta di accesso.

In definitiva, è la definizione stessa del diritto di accesso quale “diritto strumentale” a rendere necessaria la previsione del *public interest test*. Tuttavia, nella disciplina dell'accesso civico generalizzato introdotta dal D.lgs. 97/2016 non si fa alcun riferimento a questo criterio e, in assenza di una specifica indicazione normativa, l'unica soluzione è quella di agire in via interpretativa, seguendo l'indicazione di chi suggerisce di operare in ogni caso un contemperamento tra interesse del richiedente e interesse alla riservatezza alla luce del canone della proporzionalità⁶⁰. In questo senso, ove il diritto di accesso incroci la tutela di un altro diritto fondamentale o di una libertà riconosciuta dalla CEDU (o dalla Carta europea dei diritti dell'uomo), è il canone della proporzionalità a guidare l'interprete nell'opera di bilanciamento.

La soluzione appare coerente con l'indirizzo interpretativo espresso di recente dalla Corte costituzionale italiana⁶¹, e trova riscontro nell'art. 52 della Carta di Nizza, secondo cui “*nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni [ai diritti fondamentali] solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*”.

6. Brevi note conclusive

In seguito all'entrata in vigore del D.lgs. 97/2016, l'amministrazione è impegnata nel garantire diritti di accesso profondamente diversi ma difficilmente distinguibili nella percezione di chi (portatore di un interesse differenziato o meno) voglia semplicemente conoscere i contenuti di un documento in mano pubblica.

L'introduzione dell'accesso civico generalizzato è orientata al raggiungimento di nuovi e più elevati livelli di trasparenza amministrativa. A tal fine, tuttavia, non sembra sufficiente il deciso passo in avanti

⁵⁹ Il passaggio argomentativo della Corte EDU viene compiutamente descritto da E. Carpanelli, *Sul diritto di accesso alle informazioni di interesse pubblico detenute dallo Stato: alcune riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte di Strasburgo nel caso Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*, in *AIC, Osservatorio costituzionale*, fasc. 2/2017, p. 11.

⁶⁰ Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, op. cit., p. 599.

⁶¹ M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Atti della conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola* (24-26 ottobre 2013), http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf,

dell'Italia nel *Global Right to Information Rating*⁶², la graduatoria internazionale dell'accesso alle informazioni⁶³.

L'analisi “*sullo stato della trasparenza*” post riforma non può prescindere dagli effetti “indiretti” legati alla stratificazione normativa degli strumenti di conoscibilità, ed in particolare alla sovrapposizione dell'accesso generalizzato con l'accesso documentale. In questa direzione, il tentativo di mantenere in vita e coordinare le due forme di accesso, documentale e generalizzato, attraverso il concetto di “profondità” non sembra condivisibile.

Il criterio della “profondità”, enucleato dall'ANAC a favore dell'accesso documentale, non poggia su solide basi normative, in quanto si fonda sulla premessa, non del tutto scontata, della comune tecnica del bilanciamento tra accesso documentale e generalizzato.

L'analisi dell'accesso europeo sancito nel Regolamento (CE) 1049/2001 non risolve i problemi interpretativi legati al FOIA italiano, ed anzi, evidenzia il mancato riconoscimento espresso del *public interest test* nel riformato art. 5 del D.lgs. 33/2013. In ogni caso, la definizione del diritto di accesso alle informazioni che emerge dalla più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo sembra avvalorare la tesi di chi sostiene un necessario bilanciamento tra esigenze di riservatezza ed interesse pubblico all'informazione. Come precisato dalla Corte, questo tipo di contemperamento non può basarsi su una valutazione in astratto della finalità di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali, servendo un accertamento concreto, caso per caso, dell'interesse pubblico connesso all'informazione richiesta.

In ogni caso, pur ricostruendo in via interpretativa la presenza di un bilanciamento anche nel FOIA italiano, la diversa “profondità” affermata dalla Linee guida si baserebbe su termini di confronto diversi (interesse personale alla tutela di una posizione qualificata e interesse pubblico alla conoscenza) difficilmente paragonabili in senso valoriale e in termini assoluti. Si potrebbe argomentare, in questo senso, che l'accesso documentale è strumentale ad un diritto fondamentale dell'individuo, il diritto alla difesa, mentre l'accesso civico generalizzato è funzionale all'interesse pubblico ad esercitare un controllo sull'amministrazione e non direttamente legato ad un diritto della persona. In realtà, l'accesso civico viene ricostruito come strumentale al diritto all'informazione amministrativa del cittadino, e dunque anche questo tipo di argomentazione, basata sulla diversa rilevanza dei diritti fondamentali della persona rispetto ai diritti della collettività, rischia di rivelarsi inconsistente⁶⁴. Rileva in tal senso la recente giurisprudenza

⁶² La graduatoria risulta pubblicata sul sito: <http://www.rti-rating.org/>

⁶³ In seguito all'entrata in vigore del D.lgs. 97/2016, l'Italia è passata dall'essere tra i dieci Paesi peggiori in tema di accessibilità alla 55esima posizione.

⁶⁴ Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, op. cit., p. 890, secondo cui: “...la piena realizzazione del diritto all'informazione amministrativa richiede che l'accesso sia garantito a *chiunque* (*erga omnes*) rispetto a *tutti* i dati in possesso della PA (*omnia*), e si incentri su un atto d'iniziativa del privato, sulla sua volontà di conoscere, anziché su un dovere di pubblicare *ex lege* in capo all'amministrazione. [...] le

della Corte EDU, la quale, sulla base dell'art. 10 della Convenzione, sembra confermare la tendenza evolutiva verso il riconoscimento di un diritto individuale di accesso alle informazioni qualora esso risulti finalizzato all'esercizio del diritto alla libertà di espressione⁶⁵.

In questo scenario, l'accesso generalizzato sembra dunque destinato a ritagliarsi un ruolo del tutto marginale, se sottoposto alle stesse eccezioni dell'accesso documentale e menomato nella sua concreta capacità esplorativa a causa dell'asserita "minore profondità". Inoltre, appare verosimile che l'affermazione assoluta del differente grado di profondità sia destinata a produrre nelle amministrazioni il convincimento che l'accesso documentale diventi il vero ed unico strumento di penetrazione all'interno dei documenti pubblici. In altre parole, il maggior grado di profondità riconosciuto all'accesso documentale rischia di far sì che, nei casi dubbi tra accesso-riservatezza (casi-limite), le amministrazioni si sentano "autorizzate" a rigettare l'istanza di accesso civico per il convincimento che solo il più incisivo accesso documentale – fondato sulla dimostrazione di un interesse qualificato – possa garantire l'ostensione del documento o del dato⁶⁶.

D'altro canto, non può attribuirsi totalmente all'ANAC, e all'utilizzo di un tipico strumento di *soft law* come le linee guida, l'incapacità di coordinare i due strumenti di accesso. Probabilmente dinanzi alla sovrapposizione di istituti differenti, sarebbe stato opportuno un complessivo ripensamento degli strumenti di accesso, evitando che la sopravvivenza dell'accesso documentale o difensivo produca, di contro, la morte sul nascere delle aspettative di trasparenza collegate al neonato accesso generalizzato⁶⁷. Pertanto, se si intende concretamente aumentare l'incisività degli strumenti di trasparenza amministrativa, sarebbe auspicabile una revisione complessiva degli strumenti di accesso, senza temere che l'applicazione

informazioni pubbliche soddisfano un interesse alla conoscenza di cui il cittadino è portatore a titolo personale (*uti singuli*), oltre a rappresentare un efficace mezzo di controllo e trasparenza nell'interesse della collettività (*uti cives*)."

⁶⁵ Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Társaság a Szabadságjogokért v. Ungheria*, 14 aprile 2009; da ultimo Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Magyar Helsinki Bizottság v. Ungheria*, 8 Novembre 2016, par. 156 e 160-163.

⁶⁶ In tal senso, senza affrontare il tema della "profondità", anche Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, op. cit., p. 18, afferma che "l'accesso civico ex d.lgs. 97/16 con ogni probabilità verrà accolto con molta resistenza da parte delle pubbliche amministrazioni, del tutto impreparate a dare attuazione forma di trasparenza così avanzata, le quali sfrutteranno appieno la propria discrezionalità nell'operare il bilanciamento quando la richiesta di accesso civico verrà ad incrociare uno degli interesse-limite previsti dall'art. 5bis. Con altrettanta probabilità la giurisprudenza amministrativa si mostrerà (quantomeno inizialmente) favorevole a interpretazioni restrittive dell'accesso civico generalizzato, evitando ogni sindacato diretto sulla discrezionalità tecnica e avallando prassi autodifensive delle pubbliche amministrazioni. Per questo è ragionevole immaginare che una parte delle richieste di accesso civico rigettate dall'amministrazione verrà a scaricarsi sull'accesso documentale, e conseguentemente le istanze di accesso documentale (o difensivo) saranno probabilmente considerate dai giudici amministrativi con maggiore indulgenza rispetto al passato, quando un diritto all'informazione amministrativa non era ancora entrato a far parte del patrimonio giuridico dei cittadini italiani". In senso contrario, invece, Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D. Lgs. n. 33/2013*, op. cit., secondo cui l'accesso civico generalizzato potrà produrre un restringimento del campo di applicazione dell'accesso documentale.

⁶⁷ Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, op. cit., p. 3



restrittiva del FOIA possa pregiudicare le istanze dei soggetti portatori di interessi qualificati. In alternativa, il coordinamento delle varie forme di accesso dovrebbe effettuarsi su basi legislative chiaramente definite. Viceversa, quello che emerge è che la sfiducia verso il funzionamento del FOIA, e la sua corretta applicazione da parte delle PA, giustifichi un “doppio binario” (accesso difensivo e accesso generalizzato), il quale apparentemente dovrebbe garantire maggiore accessibilità ma che, di fatto, si proietta a tutelare solamente i soggetti portatori di un interesse qualificato ed a limitare i nuovi potenziali spazi di controllo sull’azione e organizzazione amministrativa. Così, il rischio è che il binario dell’informazione amministrativa resti sostanzialmente unico (accesso difensivo) e la trasparenza rimanga confinata in una dimensione “proattiva”⁶⁸, legata alla centralità degli obblighi di pubblicazione imposti all’Amministrazione.

⁶⁸ Evidenzia l’importanza degli obblighi di pubblicazione anche dopo l’entrata in vigore del D.lgs. 97/2016 E. Carloni, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Diritto Amministrativo*, in corso di pubblicazione.