



9 FEBBRAIO 2022

L'accesso come diritto fondamentale e
strumento di democrazia: prospettive
per la riforma della trasparenza
amministrativa

di Francesco Gorgerino
Dottorando in Diritti e istituzioni
Università degli Studi di Torino

L'accesso come diritto fondamentale e strumento di democrazia: prospettive per la riforma della trasparenza amministrativa*

di Francesco Gorgerino

Dottorando in Diritti e istituzioni

Università degli Studi di Torino

Abstract [It]: L'articolo, dedicato alla trasparenza quale diritto fondamentale e principio cardine del diritto amministrativo negli ordinamenti democratici, propone una lettura critica della giurisprudenza e dei contributi dottrinali sui caratteri, i limiti e la natura dei vari tipi di diritto d'accesso, nell'ottica di una riforma razionalizzatrice della materia, da molti auspicata e prospettata fra gli obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

Title: Access as a fundamental right and instrument of democracy: perspectives for the reform of administrative transparency.

Abstract [En]: The article, dedicated to transparency as a fundamental right and principle of administrative law in democratic systems, proposes a critical reading of jurisprudence and contributions from scholars on the characteristics, limits and nature of the various types of right of access, with a view to a rationalizing reform of the matter, desired by many and envisaged among the objectives of the National Recovery and Resilience Plan.

Parole chiave: accesso civico generalizzato; accesso documentale; FOIA; dati amministrativi; trasparenza

Keywords: generalised civic access; documentary access; FOIA; administrative data; transparency

Sommario: 1. Premessa: la visibilità del potere come carattere speciale del diritto amministrativo. 2. Le tesi contrapposte sul diritto d'accesso civico generalizzato e l'intervento della giurisprudenza. 3. La critica convivenza delle diverse tipologie di diritto d'accesso, fra procedimento e processo. 4. La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato: diritto fondamentale e strumento di democrazia. 5. Le prospettive per un'accorta riforma della trasparenza amministrativa.

1. Premessa: la visibilità del potere come carattere speciale del diritto amministrativo

Benché a lungo sia valso il principio della segretezza dell'organizzazione e dell'attività amministrativa¹ è stato rilevato come in realtà, almeno da un punto di vista teorico, la specialità del diritto amministrativo

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Un doppio limite veniva opposto dall'amministrazione alle richieste di informazioni provenienti dai cittadini: «*le mutisme de ses agents et le secret de ses papiers*» (L. FOUGÈRE, *Les secrets de l'administration*, in *Bulletin de l'Institut international d'administration publique*, n. 4, 1967, pp. 21 ss.), figlio di una concezione hegeliana dello Stato che, conoscendo per sua natura qual è il bene dei "sudditi", agisce meglio se indisturbato e privo di influenze esterne: cfr. G. CORSO, *Potere politico e segreto*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 267 ss.; F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2019, pp. 743 ss.

nell'ordinamento democratico² dovrebbe portare con sé, *in nuce*, i principi della pubblicità e della trasparenza³.

Nel momento in cui il potere amministrativo è ricondotto alle forme del diritto pubblico, distinte dal diritto comune⁴, appare infatti una sorta di contraddizione: da un lato esso è relegato in una dimensione peculiare – ai più impenetrabile proprio perché “speciale” e “specialistica” – dall'altro diventa però maggiormente prevedibile, visibile⁵ e quindi criticabile⁶. La questione, invero risalente, è tornata di grande attualità con l'applicazione delle tecnologie digitali alle decisioni pubbliche⁷.

² Sulla specialità del diritto amministrativo cfr. R. FERRARA, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla “specialità” amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, in R. FERRARA, S. SICARDI (a cura di), *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia, amministrativisti e costituzionalisti a confronto*, CEDAM, Padova, 1998, pp. 131 ss. e Id., *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Laterza, Roma-Bari, 2014, pp. 3 ss. Alcuni rilievi sulle peculiarità del diritto amministrativo come diritto “speciale” rispetto al diritto comune si possono rinvenire in un precedente lavoro: F. GORGERINO, *Problemi attuali della “riserva di amministrazione”: il caso delle leggi-provvedimento regionali in materia ambientale*, in *Riv. giur. ed.*, n. 6, 2019, pp. 595 ss.

³ R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 15. «Né il segreto dell'autoritarismo, né quello del paternalismo, possono avere cittadinanza quali criteri idonei a reggere i rapporti tra amministrazione, potere pubblico e popolo»: E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2008, p. 52.

⁴ Non è possibile in questa sede soffermarsi sulla nascita e l'evoluzione del diritto amministrativo come diritto “ineguale” rispetto a quello privato “comune”. Sul punto si v., *ex multis*, G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, CEDAM, Padova, 1989; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, CEDAM, Padova 1986; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 1986.

⁵ Sulla “visibilità” del potere v. E. CARLONI, *L'amministrazione aperta*, cit., pp. 46 ss., che richiama soprattutto il fondamentale pensiero di N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984; Id., *Democrazia e segreto*, Einaudi, Torino, 2011; ma si vedano anche le vibranti pagine del Maestro torinese sulla Resistenza in Italia. «La democrazia è una scuola di realtà. Chi vive nelle nuvole ed è prigioniero dei miti non è un buon democratico. [...] Una cultura diretta dall'alto ha paura non soltanto della libera fantasia, ma anche della solida realtà. [...] Se la società democratica è quella in cui ogni individuo ha il diritto e il dovere di dare il proprio contributo alla vita del paese, ognuno deve prender contatto con la realtà che lo circonda, deve sapere esattamente, senza finzioni e senza illusioni, quale sia la sua posizione e quella degli altri»: N. BOBBIO, *Eravamo ridiventati uomini. Testimonianze e discorsi sulla Resistenza in Italia*, Einaudi, Torino, 2015, pp. 13-14.

⁶ «To pretend that any institution is infallible or that it has perfect confidence in the actions being undertaken is to fly in the face of reality. [...] Admission of fallibility and demonstration that one can learn from one's mistakes should enhance public confidence in an institution, at least by demonstrating that the institution has enough confidence in itself and in democratic processes to engage in open discussions»: J. STIGLITZ, *Transparency in Government*, in World Bank Institute, *The Right to Tell. The Role of Mass Media in Economic Development*, Washington D.C., 2002, p. 38.

⁷ Per i profili generali del tema della trasparenza degli algoritmi applicati al procedimento amministrativo cfr., fra i molti recenti contributi, D.-U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (il procedimento amministrativo fra diritto UE e tecnologie ICT)* e R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali* in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, rispettivamente pp. 85 ss. e pp. 119 ss.; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, spec. pp. 113 ss. Sia consentito anche menzionare l'intervento svolto da chi scrive su *Algoritmi e pubblici poteri: trasparenza e conoscibilità di un potere invisibile* all'interno del panel *Pubblico, privato e... algoritmico: i nuovi volti del 'potere'* (insieme a V. Campigli, E. Cremona, F. Laviola, G. Passarelli) nella Conferenza di ICONS Italia, *Le nuove tecnologie e il futuro del diritto pubblico*, Firenze, 22 novembre 2019. Il dibattito verteva intorno alla giurisprudenza sulle prime “decisioni algoritmiche” assunte dal Ministero dell'istruzione per la redazione delle graduatorie dei docenti delle scuole superiori. Nelle pronunce in questione è emerso il contrasto fra chi sostiene il ricorso a procedure automatizzate per una maggiore imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa e chi, al contrario, paventa una drastica diminuzione delle garanzie codificate dalla legge 241 del 1990, data l'assenza nelle decisioni automatizzate di motivazione, trasparenza e partecipazione procedimentale. La risposta finora fornita dai giudici (cfr., fra le altre, T.A.R. Lazio, sentenza del 27 maggio 2019 n. 6606 e Cons. Stato, sentenza dell'8 aprile 2019 n. 2270) sembra essersi articolata in modo salomonico. Da un lato è stata riconosciuta l'indubbia utilità degli strumenti digitali per il miglior esperimento del procedimento (per la fase istruttoria e, più in generale, per l'attività conoscitiva

Almeno sotto un profilo logico, nella pubblicità delle forme e delle procedure dovrebbe quindi di per sé risiedere la maggiore garanzia di democraticità e trasparenza verso i cittadini, i quali potranno vantare un diritto di informazione sulle decisioni che li riguardano (proprio in quanto “pubbliche”⁸): diritto che evidentemente non è garantito nella stessa misura dai poteri privati⁹.

Questa concezione del potere, libero ma strettamente soggetto alle forme della legge¹⁰, fra i primi è stata elaborata da uno dei fondatori della scienza europea dell’amministrazione, osservando l’allora giovane sistema democratico americano¹¹. E non a caso, in tempi più recenti, proprio negli Stati Uniti è stata

dell’amministrazione), dall’altro è stata ribadita la necessità che l’Umano rimanga in ultimo il vero responsabile della decisione, affinché siano comunque garantiti i principi procedimentali (per questi aspetti: R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2019, pp. 773 ss.; D.U. GALETTA, J.C. CORVALÀN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Questa Rivista*, n. 3, 2019, pp. 1 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, relazione del 28 agosto 2018, pubblicata nel portale [Giustizia amministrativa](#)). Il problema della conoscibilità dell’algoritmo applicato al procedimento amministrativo rimane essenziale e, per certi versi, di difficile soluzione. Viste le caratteristiche tecniche dei sistemi di *machine learning* e delle “reti neurali”, in cui la macchina produce una decisione creando relazioni inaspettate fra quantità estremamente elevate di dati preesistenti, molti hanno richiamato l’immagine della *black box*, una “scatola nera” che produce la decisione in via quasi oracolare, immotivata e imperscrutabile, risultato che finisce per rivelarsi opposto all’aspirazione turatiana della “casa di vetro” (v., a questo proposito, F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. pubbl.*, n. 1, 2019, pp. 43 ss.; I. MARTÍN DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi*, in *Ist. Federalismo*, n. 3, 2019, pp. 643 ss.; S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell’algoritmo*, in *Foro amm.*, n. 10, 2018, pp. 1787 ss.). La dimensione globale del problema è stata discussa nel *webinar* organizzato dall’European Law Institut, *Artificial Intelligence (AI) and Public Administration - Developing Impact Assessments and Public Participation for Digital Democracy*, 10 settembre 2020, nel quale è stato espresso l’auspicio che l’Unione europea intervenga, quasi come per la *privacy*, con una normativa minima uniforme nella materia della trasparenza (specialmente tecnologica).

⁸ Anche dal punto di vista lessicale si noti come la medesima qualificazione pubblicitica (che rinvia, in ultima analisi, alla nozione stessa di *res publica*) connota sia i documenti che ricadono nella sfera delle amministrazioni (da esse «*detenuti*», secondo la definizione dell’art. 22 della legge n. 241 del 1990 e dell’art. 1 del d.lgs. n. 33 del 2013), sia gli atti che devono essere pubblicati o comunque resi accessibili (trasparenti). Detto altrimenti, nello Stato democratico le “cose” (i documenti, i dati, le informazioni) che riguardano tutti – che pertanto diciamo “pubbliche” – per ciò stesso devono essere conoscibili per i cittadini. Esempio lampante è costituito dal prototipo di diritto d’accesso generalizzato (il primo a tutela «*desoggettivata*»): l’accesso alle informazioni ambientali che, più di ogni altra informazione, riguardano indistintamente ogni essere umano. Sulla genesi dell’istituto, a partire dalla Convezione di Aarhus firmata dalla Comunità europea nel 1998, ratificata dall’Italia con la l. 16 marzo 2001 n. 108: I.A. NICOTRA, *Dall’accesso generalizzato in materia ambientale al Freedom of information act*, in *Questa Rivista*, n. 12, 2018, pp. 1 ss.; A. PORPORATO, *Il “nuovo” accesso civico “generalizzato” introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento*, in *Questa Rivista*, n. 12, 2017, pp. 23 ss.

⁹ R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 15. Sugli strumenti di trasparenza delle decisioni nelle organizzazioni private si v. E. CARLONI, *L’amministrazione aperta*, cit., pp. 36 ss.

¹⁰ Si tratta, naturalmente, della legalità concepita in senso formale, secondo la fortunata espressione di M. WEBER, *Economia e società*, Edizioni di Comunità, Milano, 1961, v. 1, p. 35.

¹¹ «*Gli uomini, che vivono in tempi democratici, non capiscono facilmente l’utilità delle forme; provano un disdegno istintivo per esse*» secondo A. DE TOCQUEVILLE, eppure l’inconveniente che trovano nelle forme, ossia l’ostacolo che queste sembrano porre alla loro azione, «*è invece quello che rende queste ultime così utili alla libertà, dato che il loro merito principale è di fare da barriera tra il forte ed il debole, tra chi governa e chi è governato, frenando l’uno e dando il tempo all’altro di riaversi*»: *La democrazia in America*, in *Scritti politici*, vol. II, a cura di N. Matteucci, UTET, Torino, 1968, pp. 819-820. Qualche anno dopo lo stesso A. descrisse, invece, tutt’altro modello amministrativo nel Consiglio del Re di Francia, costituito sul finire dell’antico regime e poi trasformato nel Consiglio di Stato napoleonico che «*opera di solito, con discrezione e senza far chiasso*», che «*si perde nello splendore del trono cui sta vicino; è così potente, che pon mano a tutto, e in pari tempo così oscuro, che appena la storia riesce a notarlo*»: Id., *L’antico regime e la rivoluzione*, in *Scritti politici*, cit., vol. I, p. 642.

riaffermata la stretta relazione che intercorre fra le forme della democrazia e la trasparenza. Dalla constatazione che da un lato «*Government is supposed to act in the interests of citizens*»¹² e dall'altro è inevitabile che le politiche pubbliche lascino scontenta almeno una parte degli amministrati, si è fatto derivare in via «razionale» il principio di trasparenza¹³. In altre parole, solo superando le asimmetrie informative che li separano dai governanti, i cittadini possono valutare con cognizione la bontà dell'operato del potere pubblico: «*in democratic societies citizens have a basic right to know, to speak out, and to be informed about what the government is doing and why and to debate it*»¹⁴.

La conclusione secondo cui la partecipazione in una società democratica richiede cittadini informati¹⁵ non è molto lontana dal monito «*conoscere per deliberare*»¹⁶ che dovrebbe valere tanto per gli apparati governativi – che solo una volta acquisita la dovuta cognizione di causa dovrebbero assumere decisioni – quanto per i cittadini, i quali subiscono le politiche pubbliche e conseguentemente valutano l'operato degli organi dello Stato¹⁷. D'altra parte, non può essere dimenticato il sempre attuale auspicio che la casa dell'amministrazione pubblica divenga davvero «*di vetro*», dal momento che «*per mantenere il decoro della Amministrazione, non bisogna non dir niente*» e il segreto va relegato a casi eccezionali¹⁸.

¹² J. STIGLITZ, *Transparency in Government*, cit., 27.

¹³ A proposito del «*Rationale for Openness*», Stiglitz rinviene il punto cruciale del problema in quanto affermava James Madison, autore del Primo Emendamento della Costituzione americana sulla libertà di manifestazione del pensiero, in una lettera del 4 agosto 1822. «*A people who mean to be their own governors must arm themselves with the power that knowledge gives. A popular government without popular information or the means of acquiring it is but a prologue to a farce or a tragedy or perhaps both*»: *Transparency in Government*, cit., p. 30.

¹⁴ J. STIGLITZ, *op. cit.*, 30.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ L. EINAUDI, *Conoscere per deliberare. Scuola e libertà*, in *Prediche inutili*, Einaudi, Torino, 1964.

¹⁷ Sul rapporto fra trasparenza e principio democratico v., per tutti, F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in ID. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., pp. 3 ss. e ID., A. PIRNI, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, Donzelli, Roma, 2021, p. 169: «*poiché il potere non è di (o detenuto da) una sola persona, bensì, costituzionalmente, "proviene dal popolo", la "capacità di visione" sulla gestione della cosa pubblica deve allargarsi al popolo intero [...]. La democrazia può, dunque propriamente definirsi come il "regime del potere visibile", ovvero come quell'ordinamento nel quale il potere viene esercitato dal popolo, con il popolo e per il popolo, attraverso i suoi rappresentanti*». Si noti come Stiglitz riferisca la trasparenza precisamente al *Government*, ossia all'insieme degli apparati di governo e di amministrazione pubblici soggettivamente intesi, riconducibili alla struttura statale democratica, e non alla più globale e flessibile *Governance*, che comprenderebbe anche istanze (e poteri) privati (per questa fondamentale distinzione e frizione fra le ragioni dei sistemi pubblici tradizionali con le forze fluide e destrutturate del mercato cfr. R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., pp. 228 ss.). Sul punto si tornerà *infra*, par. 5.

¹⁸ F. TURATI in *Atti del Parlamento italiano, Camera dei deputati*, sessione 1904-1908, 17 giugno 1908, 22962. Del tutto simile, ancora, la posizione espressa da Stiglitz: «*the argument that public discussions - including discussions of uncertainties and mistakes - will undermine the authority of public institutions is one of the most corrosive of democratic processes. It is akin to the kinds of arguments that authoritarian regimes conventionally use. On the contrary, I would argue that were governments to deal honestly with their citizenry confidence in government and public institutions would increase, not decrease*»: *Transparency in Government*, cit., p. 38. Riprende l'immagine turatiana, parlando di evoluzione da «palazzo» a «casa», non solo di «vetro», ma addirittura di «cristallo», sotto la spinta di un *acquis communautaire* della trasparenza: A. AMODIO, *Il principio di trasparenza e il procedimento amministrativo: dal diritto di accesso documentale al diritto di accesso civico*, in *Amministrativamente*, nn. 1-2, 2018, p. 18.

A fronte di una normativa italiana in materia di trasparenza relativamente recente, poco coordinata e foriera di numerose incertezze interpretative¹⁹ - riportate da ultimo dalla Commissione europea nel Rapporto sullo Stato di diritto dell'Italia²⁰ - è toccato porre rimedio alla giurisprudenza, culminata nella sentenza n. 10 del 2020 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato²¹.

Quale piccolo trattato sulla trasparenza amministrativa, divenuto strumento ormai imprescindibile per lo studio del tema, in questa sede si seguirà almeno in parte l'argomentazione dei giudici di Palazzo Spada sviluppando qualche riflessione sulla natura e l'ambito di applicazione del diritto d'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA perché su modello del *Freedom of Information Act* statunitense) in confronto con il più risalente diritto d'accesso documentale²², nell'ottica di evidenziare i maggiori interrogativi ancora insoluti dagli interpreti che soltanto un accorto intervento del legislatore potrà risolvere.

¹⁹ Disordine normativo evidenziato da E. GUARNIERI, *Accesso civico generalizzato: àrbitri e arbitri*, in *Questa Rivista*, n. 29, 2020, pp. 89 ss.

²⁰ Richiamando le risultanze del *Media pluralism monitor 2021 – Report on Italy* del Centre for Media Pluralism and Media Freedom, la Commissione europea ha evidenziato le criticità riscontrate rispetto alle motivazioni vaghe e lacunose dei dinieghi all'accesso opposti dalle amministrazioni italiane, oltre alla sospensione dell'operatività dello stesso accesso "FOIA" tra il 28 febbraio e il 15 aprile 2020: Commissione europea, *2021 Rule of Law Report. Country Chapter on the rule of law situation in Italy*, doc. SWD(2021) 716 final, 20 luglio 2021, p. 16.

²¹ Consiglio di Stato, Ad. plen., sentenza del 2 aprile 2020 n. 10, (pres. F. Patroni Griffi, red. Massimiliano Noccelli), reperibile in [Giustizia amministrativa](#), come le altre pronunce delle Giustizie amministrative citate nel presente contributo. La sentenza ha ricevuto numerosi commenti, tra i quali si segnalano: A. BERTI, *Note a margine della pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 2 aprile 2020, n. 10: la qualificazione dell'istanza di accesso ai dati e documenti amministrativi*, pubblicato il 14 aprile 2020 in [Giustizia amministrativa](#); A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fini ai dubbi interpretativi*, in *Questa Rivista*, n. 16, 2020, pp. 48 ss.; F. FRACCHIA, W. GIULIETTI, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti pubblici nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Dir. econ.*, n. 3, 2020, pp. 203 ss.; L. IANNOTTA, *I rapporti tra accesso tradizionale ed accesso civico generalizzato: la riqualificazione dell'istanza di accesso in corso di giudizio*, in *Foro amm.*, nn. 7-8, 2020, pp. 1374 ss.; S. MANCUSI, *Il diritto d'accesso come diritto fondamentale a connotazione solidaristica (note a margine dell'Adunanza plenaria n. 10/2020)*, in *Lexitalia.it*, n. 6, 2020; F. MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, in *Questa Rivista, focus Osservatorio trasparenza*, 11 agosto 2021, pp. 159 ss.; S. MASTROIANNI, *L'integrazione tra la disciplina del diritto di accesso ordinario e quella dell'accesso civico generalizzato nel settore degli appalti: l'Adunanza Plenaria dice no a buchi neri nel principio di trasparenza*, in *Giustamm.it*, n. 4, 2020; V. MIRRA, *Diritto d'accesso e attività contrattuale della pubblica amministrazione: la Plenaria risolve ogni dubbio?*, in *Urb. app.*, n. 5, 2020, pp. 680 ss.; A. MOLITERNI, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, n. 4, 2020, pp. 505 ss.; L. VITULLO, *La P.A. come casa di vetro: l'adunanza plenaria in tema di accesso*, pubblicato il 25 maggio 2020 in [lab-it](#).

²² Tra le numerose opere in materia di trasparenza e diritto d'accesso, per un inquadramento generale: A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Cacucci, Bari, 2012; E. CARLONI, *L'amministrazione aperta*, cit.; A. CORRADO, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, ESI, Napoli, 2018; S. FOÀ, *La trasparenza amministrativa e i suoi limiti*, in C. BERTOLINO, T. CERRUTI, M. OROFINO, A. POGGI (a cura di), *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, II, ESI, Napoli, 2020, pp. 497 ss.; G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2019; A. LAZZARO, *Trasparenza e prevenzione della cattiva amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2017; F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit.; G. PEPE, *L'accesso ai dati delle pubbliche amministrazioni. Tra libertà di informazione e tutela della riservatezza. Un'analisi comparata*, Giappichelli, Torino, 2018; B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013; S. ROSSA, *Trasparenza e accesso all'epoca dell'amministrazione digitale*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., pp. 247 ss.

La revisione degli istituti di trasparenza amministrativa è stata oggetto di una procedura di consultazione pubblica indetta tra la fine del 2019 e i primi mesi del 2020²³, volta ad accompagnare i lavori della Commissione ministeriale di riforma appositamente costituita²⁴. Il superamento dei tre tipi di diritto d'accesso e il riordino dell'intera disciplina sulla trasparenza (unitamente a quella sull'anticorruzione) sono stati quindi inseriti nella primavera del 2021 fra gli obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza²⁵, sia pure con un'infelice formulazione²⁶, la cui attuazione dovrebbe seguire nel prossimo futuro²⁷.

2. Le tesi contrapposte sul diritto d'accesso civico generalizzato e l'intervento della giurisprudenza

Come noto, l'Adunanza plenaria poc'anzi menzionata si è pronunciata all'esito di un giudizio sull'accesso ai documenti relativi alla fase esecutiva di un appalto di servizi, promosso dall'impresa classificatasi al

²³ Report del Dipartimento della funzione pubblica, *Consultazione pubblica su trasparenza e anti-corruzione: l'ascolto degli stakeholder*, marzo 2020, p. 5: «L'obiettivo della consultazione pubblica on-line che si è appena conclusa è stato di ascoltare gli stakeholders e, in via privilegiata, i responsabili della prevenzione della corruzione e della trasparenza per il loro specifico know-how, per predisporre un mirato e puntuale intervento legislativo in tema di prevenzione del fenomeno corruttivo e di trasparenza». Per gli esiti della consultazione v. *infra*, par. 5.

²⁴ Commissione presieduta da B.G. Mattarella, cui si farà riferimento *infra*, par. 5. Cfr. R. CANTONE, N. PARISI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la vita di relazione internazionale. L'esperienza innovativa di ANAC dal 2014 al 2020*, ESI, Napoli, 2021, pp. 20-21.

²⁵ Fra le «riforme abilitanti» del PNRR trasmesso al Parlamento il 25 aprile 2021 compare l'«Abrogazione e revisione di norme che alimentano la corruzione»: «occorre evitare che alcune norme nate per contrastare la corruzione impongano alle amministrazioni pubbliche e a soggetti privati di rilevanza pubblica oneri e adempimenti troppo pesanti. È il caso delle disposizioni sulla trasparenza che prevedono – tra l'altro – obblighi di pubblicazione di numerosi atti, obblighi non sempre giustificati da effettive esigenze di conoscibilità dei cittadini e assai onerosi per gli uffici, soprattutto degli enti minori. È il caso, inoltre, delle norme che contemplano ben tre tipi di accesso ai documenti e alle informazioni amministrative. Un'unica piattaforma per la trasparenza amministrativa alleggerirà gli obblighi di pubblicazione delle varie amministrazioni su proprie piattaforme; un unico accesso alle informazioni pubbliche è idoneo ad avere evidenti effetti di semplificazione». Vi viene specificato che le semplificazioni della legge n. 190 del 2012 e del decreto legislativo n. 39 del 2013, nonché della disciplina sugli obblighi di pubblicazione e sull'accesso alle informazioni pubbliche, richiedono un intervento legislativo, per cui «un disegno di legge delega sarà presentato in Parlamento entro giugno 2021, con un termine di nove mesi dall'approvazione per l'adozione dei decreti delegati. Proposte di riforma rispondenti agli obiettivi sopra delineati sono già state elaborate a opera di una Commissione Ministeriale presso il Dipartimento della Funzione Pubblica».

²⁶ Giustamente è stato segnalato come non siano le norme sulla trasparenza, per quanto poco coordinate, a favorire la corruzione, come sorprendentemente indicato nel PNRR (cfr. N. PARISI, D. RINOLDI, *Lo strano attacco del Recovery alla trasparenza amministrativa*, in *Il Sussidiario* del 7 giugno 2021 e l'intervento di E. CARLONI al convegno svoltosi online *Appalti pubblici: anticorruzione, semplificazione, innovazione*, Università degli Studi di Padova, 16 luglio 2021), ma semmai la loro revisione in senso di razionalizzazione e potenziamento, uniti alla predisposizione di performanti strumenti digitali a supporto, possono incrementare ulteriormente la prevenzione della corruzione (intervento di E. CARLONI su *Le sfide dell'anticorruzione fra pandemia e rilancio* alla Giornata della trasparenza dell'Università di Parma, 9 novembre 2021).

²⁷ La presentazione della legge delega per la revisione della disciplina in materia di anticorruzione e trasparenza era prevista entro il mese di giugno 2021 per giungere all'adozione dei decreti delegati entro i nove mesi successivi. La riforma non è stata tuttavia inclusa nella decisione dell'Unione europea di approvazione del PNRR italiano (decisione di esecuzione del Consiglio dell'Unione del 13 luglio 2021, doc. 10160/21): cfr. Servizio Studi della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, *Schede di lettura. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, aggiornate il 15 luglio 2021, p. 33. Ha tuttavia accennato alla possibile adozione del testo della Commissione Mattarella nel corso dell'incontro «Sull'onda della semplificazione e della trasparenza» del 26 ottobre 2021 presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione Marcella Panucci, Capo di Gabinetto del Ministro della Pubblica Amministrazione.

secondo posto nella procedura di selezione. Il Consiglio di Stato rilevava fin da subito²⁸ come la finalità dichiarata dal richiedente l'accesso consistesse nel verificare se l'esecuzione del contratto si stesse svolgendo nel rispetto del capitolato tecnico e dell'offerta migliorativa presentata dall'aggiudicataria, poiché l'accertamento di eventuali inadempienze dell'appaltatore avrebbe determinato l'obbligo dell'amministrazione di procedere alla risoluzione del contratto e, conseguentemente, la possibilità di affidare il servizio all'appellante, secondo le regole sullo scorrimento della graduatoria²⁹. L'istanza di accesso non richiamava espressamente né la disciplina prevista dalla legge sul procedimento amministrativo, né quella dell'accesso civico generalizzato³⁰.

La stazione appaltante aveva opposto in ogni caso il diniego all'istanza avendo ritenuto da un lato insussistente l'interesse qualificato all'accesso documentale *ex lege* n. 241 del 1990, essendo gli atti soltanto esecutivi e non inerenti alla fase di aggiudicazione; dall'altro considerava del tutto inapplicabile la normativa sull'accesso civico generalizzato al settore dei contratti pubblici³¹.

A seguito del rigetto del ricorso da parte del giudice di prime cure, l'istante formulava appello innanzi al Consiglio di Stato la cui III Sezione rimetteva la causa all'Adunanza plenaria ponendo tre quesiti, riguardanti l'accessibilità alla documentazione della fase esecutiva ai sensi del diritto d'accesso previsto dalla legge sul procedimento amministrativo³² ovvero dell'accesso civico generalizzato di cui al Codice della trasparenza³³, nonché i rapporti fra queste due istituti³⁴.

²⁸ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 1.2 del *Considerato in fatto e in diritto*.

²⁹ Art. 110, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50: «[...] le stazioni appaltanti, in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 108 del presente Codice ovvero di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 88, comma 4-ter, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture».

³⁰ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 1.3.

³¹ Ad. plen. n. 10 del 2020, punti 1.4 e 1.6.

³² Artt. 22 ss. della legge 7 agosto 1990 n. 241.

³³ Art. 5, comma 2 del d.lgs. 14 marzo 2013 n. 33: «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».

³⁴ Quesiti posti dall'ordinanza del Consiglio di Stato n. 8501 del 16 dicembre 2019, come riordinati dall'Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 7.2: «a) se, in presenza di una istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale della l. n. 241 del 1990, o ai suoi elementi sostanziali, la pubblica amministrazione, una volta accertata la carenza del necessario presupposto legittimante della titolarità di un interesse differenziato in capo al richiedente, [...], sia comunque tenuta ad accogliere la richiesta, qualora sussistano le condizioni dell'accesso civico generalizzato, [...]; b) se sia configurabile, o meno, in capo all'operatore economico, utilmente collocato nella graduatoria dei concorrenti, determinata all'esito della procedura di evidenza pubblica per la scelta del contraente, la titolarità di un interesse giuridicamente protetto, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva delle prestazioni, in vista della eventuale sollecitazione del potere dell'amministrazione di provocare la risoluzione per inadempimento dell'appaltatore e il conseguente interpellato per il nuovo affidamento del contratto, secondo la regola dello scorrimento della graduatoria; c) se la disciplina dell'accesso civico generalizzato, [...] sia applicabile, in tutto o in parte, in relazione ai documenti relativi alle attività delle amministrazioni disciplinate dal codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, inerenti al procedimento di evidenza pubblica e alla successiva fase esecutiva, ferme restando le limitazioni ed esclusioni oggettive previste dallo stesso codice».

Al di là delle specificità proprie di ognuna delle tre questioni sollevate³⁵, il nodo principale che la Plenaria è stata chiamata a sciogliere attiene alla natura e alla portata del diritto di accesso civico generalizzato. A questo proposito, l'ordinanza di rimessione registrava il contrasto interpretativo sussistente fra la Sezione V del Consiglio di Stato, contraria all'applicazione dell'accesso civico generalizzato ai contratti pubblici³⁶ e la stessa Sezione rimettente, incline invece a riconoscerla, quindi propensa ad una *reductio ad unitatem* delle discipline sull'accesso documentale e sull'accesso civico generalizzato, negando che il Codice dei contratti pubblici (art. 53) abbia inteso dettare una disciplina esaustiva ed esclusiva dell'accesso nella materia³⁷. Come si vedrà la Plenaria ha affermato la portata generale dell'istituto dell'accesso civico generalizzato, ritenendolo coesistente al principio di trasparenza amministrativa nell'ordinamento democratico.

Al fine di comprendere tale conclusione, giova però richiamare la parallela e, per così dire, sottostante contrapposizione fra le due principali concezioni teoriche della trasparenza amministrativa e delle sue applicazioni³⁸, vale a dire se il diritto di accesso generalizzato costituisca di per sé un diritto soggettivo, un “bene della vita” tutelato in quanto tale in capo al singolo, ovvero se sia configurabile soltanto alla stregua di uno strumento volto al perseguimento di fini ulteriori e, segnatamente, pubblici³⁹.

³⁵ In questa sede ci si concentrerà soprattutto sulle fondamentali affermazioni dell'Adunanza plenaria in merito alla natura e alla portata del principio di trasparenza amministrativa. Per i rilievi attinenti all'applicazione del principio di concorrenza anche alla fase di esecuzione contrattuale v. gli interventi di G.M. RACCA e R. CAVALLO PERIN nel seminario su *Accesso ai documenti e contratti pubblici*, tenutosi online il 3 luglio 2020 nell'ambito del Master in Strategie per l'efficienza, l'integrità e l'innovazione nei contratti pubblici dell'Università di Torino. Degli stessi Autori, dieci anni prima: *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2010, pp. 325 ss.

³⁶ Cons. Stato, sentenze n. 5502 e n. 5503 del 2 agosto 2019, la seconda annotata da V. MIRRA, *Accesso civico generalizzato e procedure ad evidenza pubblica: la giurisprudenza amministrativa è divisa*, in *Foro it.*, 2020, III, 26.

³⁷ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 3.4. Sulla formazione di questi orientamenti giurisprudenziali v. L. MINERVINI, *Accesso agli atti e procedure di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici*, in *Foro amm.*, n. 5, 2019, pp. 987 ss.

³⁸ La dottrina ha esaminato, ancora più puntualmente, tre concetti della trasparenza come diritto, risultato e strumento. Diritto in quanto «*ad essa corrispondono obblighi di diffusione delle informazioni o di garanzia dell'accesso alle informazioni, che gravano sui detentori*» delle stesse (F. MERLONI, *Trasparenza delle informazioni e principio democratico*, cit, p. 5); risultato in quanto si realizza «*quando il destinatario (cittadino, utente, contraente, socio) acquisisce la conoscenza delle informazioni utili*» (*op. cit.*, p. 6); strumento in quanto funzionale al «*raggiungimento di altre finalità rilevanti, quali la tutela delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nell'esercizio dei poteri, la più generale finalità di controllo democratico. La trasparenza assicura al cittadino le informazioni sufficienti per valutare il comportamento delle istituzioni, farsi un giudizio e adottare le misure conseguenti*» (*op. cit.*, p. 7).

³⁹ Su questa dicotomia v., *ex multis*, G. GARDINI, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, in G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti*, cit., pp. 17 ss.; E. CARLONI, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, in *Dir. amm.*, n. 3, 2019, pp. 528 ss.; S. ROSSA, *Il diritto all'informazione come base per una amministrazione digitale: una comparazione fra Italia ed Estonia*, in *Dir. econ.*, n. 2, 2019, pp. 543 ss., che rappresenta le correnti di pensiero che sostengono la costituzionalizzazione del diritto all'informazione in quanto pretesa giuridica dell'individuo e quelle che invece vi vedono non un diritto umano fondamentale ma soltanto un corollario di altri principi costituzionali. A proposito della “funzionalizzazione” del diritto d'accesso, ricavata in via interpretativa dalla giurisprudenza, soprattutto per fronteggiare istanze d'accesso pretestuose, cfr. A. BERTI, *Note critiche sulla “funzionalizzazione” dell'accesso civico generalizzato*, pubblicato l'11 maggio 2018 in [Giustizia amministrativa](#) e A. CORRADO, *Il tramonto dell'accesso generalizzato come “accesso egoistico”*, in *Questa Rivista, focus Osservatorio trasparenza*, 21 aprile 2021, pp. 212 ss.

Anche per questo profilo l'Adunanza plenaria ha optato decisamente per l'interpretazione più avanzata⁴⁰ dell'accesso concepito come diritto fondamentale (incondizionato⁴¹) alla conoscenza, lettura che appare – oltreché conforme alla lettera della legge⁴² – in maggiore continuità rispetto alla tradizione straniera (soprattutto statunitense) ed internazionale (in particolare, la giurisprudenza della CEDU⁴³) da cui ci proviene l'accesso su modello “FOIA”, nonché con la innovativa linea interpretativa delle norme costituzionali fornita sempre più frequentemente da parte della Consulta⁴⁴.

In ogni caso la Plenaria non ha per nulla escluso che la *ratio* dell'accesso comprenda la tutela della legalità, della prevenzione della corruzione, del buon andamento nella pubblica amministrazione, quale riflesso del diritto fondamentale del singolo a conoscere⁴⁵.

3. La critica convivenza delle diverse tipologie di diritto d'accesso, fra procedimento e processo

Prima di tornare sulla natura del principio di trasparenza e dell'accesso civico generalizzato, occorre esaminare gli interessanti quesiti posti all'Adunanza plenaria secondo l'ordine logico seguito dalla stessa, che muove dai profili procedurali per giungere alle questioni sostanziali.

La Plenaria ricorda in prima battuta come nell'istanza di accesso possano convivere riferimenti tanto ai presupposti dell'accesso documentale quanto dell'accesso civico generalizzato⁴⁶. Viene d'altra parte

⁴⁰ Questo il parere di I.A. NICOTRA, già consigliere dell'ANAC, nella relazione su *Trasparenza e contratti pubblici* alla Sesta giornata nazionale del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza svoltasi online il 18 giugno 2020 e nel seminario su *Accesso ai documenti e contratti pubblici*, tenutosi online il 3 luglio 2020 nell'ambito del Master in Strategie per l'efficienza, l'integrità e l'innovazione nei contratti pubblici dell'Università di Torino.

⁴¹ «Diritto di accesso non condizionato dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti»: così lo qualificano 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*, adottate con delibera dell'ANAC n. 1309 del 28 dicembre 2016 (d'ora in avanti: *Linee guida FOIA*), par. 2.1.

⁴² A. BERTI, *Note critiche sulla “funzionalizzazione” dell'accesso civico generalizzato*, cit., pp. 16 ss.

⁴³ A. BERTI, *op. cit.*, p. 18 ricorda che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ricondotto il diritto di accesso all'art. 10 della Convenzione EDU (in particolare, Grande Camera, sentenza dell'8 novembre 2016, Magyar Helsinki Bizottsag c. Ungheria, ricorso n. 18030/11) se e quando l'esigenza conoscitiva attiene a «questioni di interesse pubblico». Questa precisazione potrebbe far propendere per una strumentalizzazione in senso pubblicistico dell'accesso: va tuttavia considerato che la CEDU pone un livello minimo di garanzia per la libertà di espressione dell'individuo rispetto alla quale è vietata l'«ingerenza da parte delle autorità pubbliche», ma non impedisce la previsione di una diversa e più ampia tutela del diritto di accesso da parte degli Stati nazionali (*ibidem*). Non è stata invece sottoscritta e ratificata dall'Italia la Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti, adottata il 18 giugno 2009 ed entrata in vigore il 1° dicembre 2020, che pure potrebbe costituire un importante punto di riferimento a livello internazionale: cfr. L. DROGHINI, *Principi e garanzie del diritto di accesso: riflessioni a margine della entrata in vigore della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti*, in *Questa Rivista, focus Osservatorio trasparenza*, 21 aprile 2021, pp. 221 ss.

⁴⁴ *In primis* la sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 21 febbraio 2019. S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2017, p. 67, ricorda come esistesse già un'interpretazione costituzionalmente orientata del diritto dei consociati di controllare i poteri pubblici, mai canonizzato nella Costituzione nonostante le proposte avanzate in Assemblea costituente.

⁴⁵ Sul nesso fra trasparenza e anticorruzione si v. E. CARLONI, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, cit., pp. 497 ss. di commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019 (sulla quale v. *infra*); R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milano, 2018, pp. 96 ss.; A. LAZZARO, *Trasparenza e prevenzione della cattiva amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2017, *passim*; C. TUBERTINI, *Unità e autonomia nelle politiche per la trasparenza*, in G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti*, cit., pp. 63 ss.

⁴⁶ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 8.1.

evidenziato come la coesistenza dei due regimi e la possibilità di proporre entrambe le istanze, anche *uno actu*, sia una delle criticità maggiori dell'attuale disciplina, dal momento che l'amministrazione appare gravata del dovere di valutare e applicare regole e limiti differenti⁴⁷, rilievo sollevato già dal Consiglio di Stato fin dall'introduzione della normativa sul modello "FOIA" nel 2016⁴⁸.

Considerando che, a legislazione invariata, tenere ben distinte le due fattispecie appare ancora essenziale per calibrare i diversi interessi in gioco allorché si renda necessario un bilanciamento caso per caso, il Consiglio di Stato pare aderire alla premessa della tesi proposta dall'ANAC nelle sue Linee guida del 2016⁴⁹: ritiene diverso il bilanciamento nel caso dell'accesso documentale «*dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti*» e nel caso dell'accesso generalizzato, «*dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti), ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni*»⁵⁰.

Non concorda invece il Collegio sulla conseguenza che l'Autorità Nazionale Anticorruzione traeva da questa configurazione⁵¹ sostenendo che, anche in situazioni di assenza di un interesse qualificato, potrebbero comunque rinvenirsi sussistenti i presupposti dell'accesso generalizzato: «*non può [...] escludersi tuttavia, per converso, che un'istanza di accesso documentale, non accoglibile per l'assenza di un interesse attuale e concreto, possa essere invece accolta sub specie di accesso civico generalizzato, come è nel caso presente*»⁵².

Se questa conclusione appare coerente con l'innovativa concezione di trasparenza amministrativa cui si perviene nel prosieguo della sentenza, suscita invece alcune osservazioni il passaggio dedicato ad una questione di interesse generale ritenuta meritevole di esame⁵³: sebbene, come detto, l'istanza di accesso in questione non si qualificasse giuridicamente, l'Adunanza plenaria ha ritenuto opportuno osservare che,

⁴⁷ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 8.7.

⁴⁸ Lo stesso Consiglio di Stato, nel parere reso sulla bozza di riforma per l'introduzione dell'accesso su modello "FOIA" (Cons. Stato, Sez. consultiva per gli atti normativi, parere n. 515 del 24 febbraio 2016) auspicò un coordinamento nel nuovo diritto generalizzato con le precedenti forme di accesso, come ricorda A. PORPORATO, *Il "nuovo" accesso civico "generalizzato"*, cit., p. 8.

⁴⁹ Secondo l'ANAC il bilanciamento fra interessi «è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso 241 dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti) ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni» (Linee guida FOIA, par. 2.3). Cfr. S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, cit., p. 79.

⁵⁰ Ad. plen. n. 10 del 2020, punti 9 e 9.1.

⁵¹ «Laddove l'amministrazione, con riferimento agli stessi dati, documenti e informazioni, abbia negato il diritto di accesso ex l. 241/1990, motivando nel merito, cioè con la necessità di tutelare un interesse pubblico o privato prevalente, e quindi nonostante l'esistenza di una posizione soggettiva legittimante ai sensi della 241/1990, per ragioni di coerenza sistematica e a garanzia di posizioni individuali specificamente riconosciute dall'ordinamento, si deve ritenere che le stesse esigenze [...] sussistano anche in presenza di una richiesta di accesso generalizzato»: Linee guida FOIA, par. 2.3, citate dall' Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 9.3. In merito v. S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, cit., p. 79, nt. 53.

⁵² Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 9.4.

⁵³ Ai sensi dell'art. 99, comma 5, c.p.a.: Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 11.

in presenza di un esclusivo riferimento alla disciplina generale della legge n. 241 del 1990 o ai suoi elementi sostanziali, accertata la carenza del necessario presupposto legittimante della titolarità di un interesse differenziato in capo al richiedente, la pubblica amministrazione non può esaminare la stessa come richiesta di accesso civico generalizzato, a meno che non sia accertato che l'interessato abbia inteso richiedere, al di là del mero riferimento alla l. n. 241 del 1990, anche il secondo tipo di accesso⁵⁴. Tale affermazione conferma il precedente orientamento secondo cui «è preclusa la possibilità di immutare, anche in corso di causa, il titolo della formalizzata actio ad exhibendum, pena la violazione del divieto di mutatio libelli e di introduzione di ius novorum»⁵⁵.

Per quanto la conclusione appaia ragionevole nell'ottica di sgravare le amministrazioni dell'onere di esaminare, alla luce di due differenti (e poco coerenti) discipline⁵⁶, richieste di accesso presentate in modo approssimativo, le opinioni espresse presentano alcune criticità, che potrebbero venire superate da una riscrittura più razionale della normativa⁵⁷.

Innanzitutto paiono contraddittori i riferimenti al principio sostanzialistico⁵⁸ per cui «il solo riferimento dell'istanza ai soli presupposti dell'accesso documentale non preclude alla pubblica amministrazione di esaminare l'istanza anche sotto il profilo dell'accesso civico generalizzato, laddove l'istanza contenga sostanzialmente tutti gli elementi utili a vagliarne l'accoglimento sotto il profilo "civico"»⁵⁹ con la conclusione invece assunta: «electa una via in sede procedimentale, alla parte è preclusa la conversione dell'istanza da un modello all'altro, che non può essere né imposta alla pubblica amministrazione né ammessa – ancorché su impulso del privato – in sede di riesame o di ricorso giurisdizionale»⁶⁰.

Parimenti, non si vede come possa ritenersi inammissibile una modifica della qualificazione giuridica dell'istanza nel corso del procedimento⁶¹, se così si deve leggere l'espressione «conversione dell'istanza ...

⁵⁴ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 11.1.

⁵⁵ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 11.4, che richiama i precedenti: Cons. St., sez. IV, 28 marzo 2017, n. 1406; Cons. St., sez. V, 20 marzo 2019, n. 1817; Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503. Da segnalare tuttavia come la prima sentenza, in ordine di tempo, prendesse in considerazione il divieto di modificazioni della domanda limitatamente al solo grado di appello, richiamando l'art. 104 c.p.a. La sentenza n. 1817 del 2019, peraltro, riconosceva l'esistenza di «*approcci di matrice sostanzialista, orientati alla massimizzazione dell'interesse conoscitivo mercé l'applicazione, anche ex officio, della disciplina concretamente "più favorevole" alla soddisfazione dell'anelito ostensivo*». Soltanto l'ultima pronuncia, n. 5503 del 2019, contiene l'enunciazione *tranchant* per cui sarebbe inammissibile qualsivoglia mutazione in corso di causa dell'*actio ad exhibendum*, in ogni grado di giudizio, pena la violazione del divieto di *mutatio libelli* e di *ius novorum*.

⁵⁶ A. BERTI, *Note a margine della pronuncia*, cit., p. 2, e L. IANNOTTA, *I rapporti tra accesso tradizionale ed accesso civico generalizzato*, cit., pp. 1384-1385.

⁵⁷ V. *infra*, par. 5.

⁵⁸ A. BERTI, *Note a margine della pronuncia*, cit., p. 8: «*la domanda di accesso deve essere sempre interpretata e qualificata dalla Amministrazione per ciò che rappresenta nella sua sostanza, al di là di ogni rigorismo formale, tenuto conto dello scopo e della finalità pratica che l'istante si prefigge, secondo i principi di buona fede e di conservazione degli atti giuridici*».

⁵⁹ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 8.4. In base a tale principio è stata persino considerata non decisiva ai fini della qualificazione giuridica l'indicazione di riferimenti normativi nell'istanza: A. BERTI, *Note a margine della pronuncia*, cit., p. 10, che riprende i precedenti di primo grado e la stessa ordinanza di rimessione alla Plenaria n. 8501 del 2019.

⁶⁰ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 11.5.

⁶¹ Esprime dubbi sull'impossibilità di successiva modifica del titolo dell'istanza ove, ad esempio, l'accesso sia rigettato in prima battuta ai sensi della legge n. 241 del 1990: F. MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in*

*imposta alla pubblica amministrazione*⁶², quando è stato raccomandato invece alle amministrazioni non solo di evitare comportamenti formalistici e ostruzionistici, ma anche di instaurare un dialogo cooperativo per soddisfare effettivamente l'interesse conoscitivo del richiedente⁶³, chiedendo eventuali chiarimenti circa l'oggetto della richiesta o, in caso di manifesta irragionevolezza, una sua ridefinizione (e quindi una sua riqualificazione rispetto al modello astratto)⁶⁴.

Dal punto di vista dei rapporti fra procedimento e processo, si mostra altresì discordante il riconoscimento, in prima battuta, della natura non impugnatoria del rito in materia di accesso ma di giudizio sostanzialmente sul rapporto, «rivolto all'accertamento della sussistenza o meno del diritto dell'istante all'accesso medesimo»⁶⁵, con l'affermazione che segue immediatamente: «il c.d. giudizio sul rapporto, pur in sede di giurisdizione esclusiva, non può essere la ragione né la sede per esaminare la prima volta avanti al giudice questo rapporto perché è il procedimento la sede prima, elettiva, immancabile, nella quale la composizione degli interessi, secondo la tecnica del bilanciamento, deve essere compiuta da parte del soggetto pubblico competente, senza alcuna inversione tra procedimento e processo»⁶⁶.

La lettura che il Consiglio di Stato opera del divieto di *mutatio libelli*⁶⁷ sembra in realtà poco coerente con l'orientamento della giurisprudenza di legittimità sull'interpretazione dell'art. 183 c.p.c., per cui si ha

materia di accesso agli atti amministrativi, cit., p. 163. Sul procedimento per l'accesso c.d. "FOIA" v. M. DE ROSA, B. NERI, *Profili procedurali dell'accesso generalizzato*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2019, pp. 793 ss.

⁶² Secondo L. IANNOTTA, *I rapporti tra accesso tradizionale ed accesso civico generalizzato*, cit., p. 1384, la Plenaria ha invece consentito la riqualificazione dell'istanza in sede procedimentale salvo due eccezioni: qualora l'istanza di accesso non sia comunque accoglibile ai sensi delle due discipline e nel caso dell'istanza esclusiva, ossia quando il privato abbia espressamente ed inequivocabilmente limitato il proprio interesse ad un solo tipo di accesso, escludendo chiaramente l'altro.

⁶³ Circolare del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione n. 2 del 30 maggio 2017 per l'attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (d'ora in avanti: Circolare FOIA), par. 8. Sul dovere di soccorso e di collaborazione come canone comportamentale per la corretta qualificazione dell'istanza di accesso da parte della pubblica amministrazione v. A. BERTI, *Note a margine della pronuncia*, cit., pp. 14 ss. M. DE ROSA, B. NERI, *Profili procedurali dell'accesso generalizzato*, cit., pp. 796 ss., fondano il dovere di collaborazione in particolare sul principio di stretta necessità contenuto nell'art. 10 CEDU, ossia sul divieto di restrizioni all'accesso non basate espressamente su disposizioni normative primarie. Cfr. anche il nuovo disposto dell'art. 1, comma 2-bis, della l. n. 241 del 1990: «I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede», aggiunto dalla l. 11 settembre 2020 n. 120 di conversione del d.l. 16 luglio 2020 n. 76.

⁶⁴ Circolare FOIA, cit., par. 4.1: «in base all'art. 5, c. 3, d.lgs. n. 33 del 2013, è sufficiente che la richiesta "identifichi" i dati o i documenti che si vogliono ottenere. Nel valutare l'adeguatezza di tale identificazione, le pubbliche amministrazioni devono tener conto della difficoltà che il richiedente può incontrare nell'individuare con precisione i dati o i documenti di suo interesse. [...] nella versione finale dell'art. 5, c. 3, non compare più l'obbligo per il richiedente di identificare "chiaramente" i dati o documenti che si vogliono ottenere. Ne deriva che, nel caso di domanda formulata in termini talmente vaghi da non consentire di identificare l'oggetto della richiesta (c.d. richiesta generica) o volta ad accertare il possesso di dati o documenti da parte dell'amministrazione (c.d. richiesta esplorativa), l'amministrazione dovrebbe assistere il richiedente al fine di giungere a una adeguata definizione dell'oggetto della domanda».

⁶⁵ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 11.8.

⁶⁶ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 11.9.

⁶⁷ Che nel processo amministrativo, fra l'altro, è enunciato espressamente solo per il grado d'appello (art. 104 c.p.a.), mentre normalmente sono possibili modificazioni della domanda, anche vistose, sotto forma di motivi aggiunti, ricorso incidentale, modifiche della domanda in giurisdizione esclusiva. A questo proposito, è stato osservato che «nella giurisdizione esclusiva, allorché si agisce a tutela di un diritto soggettivo, la mancanza del provvedimento impugnato rende poi molto più ampia la possibilità di modificazione della domanda. Ed invero [...] l'ampliamento della domanda è da ritenere comunque possibile, non essendovi

modificazione inammissibile della domanda (e, specularmente, pronuncia *ultra petita* per violazione del principio di simmetria fra chiesto e pronunciato) quando l'attore avanzi (o il giudice accolga) una pretesa oggettivamente diversa da quella originaria, introducendo nel processo un *petitum* diverso e più ampio, oppure una *causa petendi* fondata su situazioni giuridiche mai prospettate in precedenza ossia su un fatto costitutivo radicalmente differente, tale da porre al giudice un nuovo tema d'indagine, spostare i termini della controversia e disorientare la difesa della controparte, alterando il regolare svolgimento del processo⁶⁸.

Considerata tale regola⁶⁹ – applicabile anche al processo amministrativo per effetto dell'art. 39 c.p.a.⁷⁰ – non sembrerebbe allora esulare dai compiti del giudice (per il principio *iura novit Curia*: art. 113 c.p.c.) il potere-dovere di riqualificare giuridicamente un'istanza di accesso da documentale a civico generalizzato. Sicuramente non muterebbe il *petitum* – che rimane il medesimo: l'ostensione dei documenti richiesti⁷¹ – né varierebbe la *causa petendi*⁷², visto che la sua mutazione sarebbe provocata soltanto dall'introduzione di diversi fatti costitutivi della pretesa (che peraltro, ai fini dell'accesso "FOIA", sono irrilevanti) e non da

*limitazioni di sorta, purché si proponga una questione che sia sempre in qualche misura riconducibile alla posizione sostanziale dedotta in giudizio, per evitare un affastellarsi di domande che renderebbe problematico per il giudice l'esame delle medesime»: C.E. GALLO, Manuale di giustizia amministrativa, Giappichelli, Torino, 2014, p. 207. Sulle modificazioni del *petitum* e della *causa petendi* nel processo amministrativo cfr. già, dello stesso A., *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1985, pp. 66 ss., pp. 72 ss.*

⁶⁸ Cass., Sez. un., sentenza n. 12310 del 15 giugno 2015, punto 2a) del *Considerato in diritto*, che riprende l'orientamento «*univoco e tetragono*» della giurisprudenza e lo sviluppa, considerando ammissibili addirittura modificazioni degli elementi identificativi della domanda (*petitum* e *causa petendi*) purché non consistano in richieste ulteriori rispetto alla domanda iniziale: «*la vera differenza tra le domande "nuove" implicitamente vietate [...] e le domande "modificate" espressamente ammesse non sta dunque nel fatto che in queste ultime le "modifiche" non possono incidere sugli elementi identificativi, bensì nel fatto che le domande modificate non possono essere considerate "nuove" nel senso di "ulteriori" o "aggiuntive", trattandosi pur sempre delle stesse domande iniziali modificate [...] o, se si vuole, di domande diverse che però non si aggiungono a quelle iniziali ma le sostituiscono e si pongono pertanto, rispetto a queste, in un rapporto di alternatività. [...] In pratica, con la modificazione della domanda iniziale l'attore, implicitamente rinunciando alla precedente domanda (o, se si vuole, alla domanda siccome formulata nei termini precedenti alla modificazione), mostra chiaramente di ritenere la domanda come modificata più rispondente ai propri interessi e desiderata rispetto alla vicenda sostanziale ed esistenziale dedotta in giudizio: ivi, punto 3. Secondo C. CONSOLO, *Le S. U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Corriere Giur.*, n. 7, 2015, pp. 961 ss., le Sezioni unite avrebbero ammesso domande complanari, ossia domande concorrenti che, pur viaggiando parallelamente alla domanda principale, mirano verso «*una meta sostanzialmente unitaria, seppur - come oggetto del giudicato - tutt'altro che identica, e che condivide quindi con la prima l'identità dell'episodio socio-economico di fondo (ed ovviamente l'identità dei soggetti), e che assai spesso origina da concorsi di pretese ad un unico petitum, o - come nel caso de quo - da diversi petita conseguenti a diverse qualificazioni della causa petendi*».*

⁶⁹ Sul necessario rapporto nel giudizio amministrativo fra l'oggetto originario e l'oggetto modificato v. C.E. GALLO, *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, cit., pp. 63-64: «*la ragione di tale limitazione può essere esclusivamente processuale e cioè riferita all'esigenza delle parti di conoscere in qualche modo sin dall'origine l'ambito della controversia e di non essere comunque nel corso del processo esposte a repentine modificazioni del medesimo che possano in qualche modo rendere difficile l'esercizio del diritto di difesa*».

⁷⁰ Sulle ricadute della sentenza delle Sezioni unite n. 12310 del 2015 nel processo amministrativo cfr. B. MAMELI, *Il principio della domanda tra mutatio libelli e conversione dell'azione*, in *Giur. It.*, n. 3, 2020, pp. 711 ss.

⁷¹ Non rilevando la motivazione del richiedente, «*centrale, nell'ambito dell'accesso generalizzato diventa allora la considerazione di che cosa si vuole conoscere e di che cosa, di conseguenza, si può conoscere alla luce del dato normativo: se per i documenti richiesti, rappresentanti scelte amministrative o documentazione di interesse pubblico, non sono previste limitazioni necessitate dalla tutela di interessi pubblici o privati concomitanti, questi saranno ostensibili in quanto in sé idonei ad assicurare la trasparenza amministrativa*»: A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici*, cit., p. 53.

⁷² *Contra*, A. MOLITERNI, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 511.

una mutata qualificazione giuridica o interpretazione del fatto costitutivo⁷³ (in questo caso, il mero diritto a conoscere)⁷⁴. Non sarebbe d'altronde neppure necessaria una variazione di rito processuale, visto che si ricadrebbe comunque nel giudizio speciale previsto dall'art. 116 c.p.a. per qualsivoglia tipologia di accesso ai documenti amministrativi⁷⁵.

Riprendendo la dogmatica processualcivilista⁷⁶ potrebbe allora dirsi che il diritto di accesso generalizzato ai documenti amministrativi – in quanto diritto fondamentale, per come riconosciuto proprio dalla sentenza in commento⁷⁷, sganciato da un interesse particolare e quindi assoluto – dovrebbe costituire un diritto autodeterminato, per il riconoscimento del quale non è necessaria l'indicazione dei fatti costitutivi⁷⁸. Non a caso, anche qui la giurisprudenza ha fatto riferimento al principio sostanzialista: è il

⁷³ Cass., Sez. I, sentenza n. 7766 del 23 aprile 2004. E ancora: «ridurre la modificazione ammessa ad una sorta di precisazione o addirittura di mera diversa qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto [...] significherebbe infatti, contro la lettera e la logica della norma, costringere la parte che abbia meglio messo a fuoco il proprio interesse e i propri intendimenti in relazione ad una determinata vicenda sostanziale [...] a rinunciare alla domanda già proposta per proporre una nuova in un altro processo, in contrasto con i principi di conservazione degli atti e di economia processuale, ovvero a continuare il processo perseguendo un risultato non perfettamente rispondente ai propri desideri ed interessi, per poi eventualmente proporre una nuova domanda (con indubbio spreco di attività e risorse) dinanzi ad un altro giudice il quale dovrà conoscere della medesima vicenda, sia pure sotto aspetti in parte dissimili, con effetti incidenti negativamente»: Cass., Sez. un., sentenza n. 12310 del 2015, cit., punto 3 del *Considerato in diritto*. Peraltro, secondo E. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3, 2016, pp. 807 ss., tale esito interpretativo sarebbe frutto di una «radicata tendenza della giurisprudenza ad equiparare meccanicamente l'allegazione di nuovi fatti principali all'introduzione di una domanda nuova secondo una rigida equazione che non è affatto obbligata. Se si conviene, infatti, che il ruolo della causa petendi è puramente strumentale rispetto alla identificazione del "diritto sostanziale" fatto valere, non pochi sono i casi in cui al variare dei fatti, anche principali, non corrisponde affatto la diversità del diritto e che possono perciò essere ricondotti ad una mera "modifica" della domanda, e segnatamente non lo implica se tali fatti sono semplici elementi di un medesimo episodio storico ed invariato resta l'effetto giuridico sostanziale posto a thema decidendum del giudizio». Ciò vale sicuramente per le domande c.d. autodeterminate quanto per alcuni tipi di domande c.d. eterodeterminate.

⁷⁴ Concorde L. IANNOTTA, *I rapporti tra accesso tradizionale ed accesso civico generalizzato*, cit., p. 1386, secondo il quale il divieto di *mutatio libelli* «è richiamato in numerose pronunce anche del Consiglio di Stato, ma pare perdere rilevanza a seguito della decisione della Cassazione civile sez. un. 15/06/2015, n. 12310, in cui la giurisprudenza ha chiarito i confini tra *mutatio libelli*, non ammessa, ed *emendatio libelli*, consentita. [...] La giurisprudenza citata ha precisato, per quanto qui di interesse, che costituiscono domande modificate e non nuove quelle variazioni di aspetti marginali della domanda entro cui ricomprendere anche la qualificazione giuridica o legislativa della situazione soggettiva, ossia della causa petendi».

⁷⁵ «Quindi, dal punto di vista della tutela ottenibile, che si tratti di diritto di accesso c.d. "civico", disciplinato dal D.Lgs. n. 33/2013, o invece del classico diritto di accesso, disciplinato dalla L. n. 241/90, non cambia nulla, ponendosi solo il problema, nel caso in cui si tratti di questo secondo tipo di diritto di accesso, della legittimazione a richiedere, e della motivazione della relativa richiesta»: T.A.R. Lazio, Sez. III-quater, sentenza n. 5346 del 7 maggio 2021, sulla quale v. ancora *infra*.

⁷⁶ Per la distinzione fra domande autodeterminate ed eterodeterminate v., per tutti, C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 2014, vol. 1, pp. 182 ss.

⁷⁷ Sul carattere fondamentale di questo diritto v. già le Linee guida FOIA, cit., par. 2.1 e la Circolare FOIA, cit., par. 2.2.

⁷⁸ A differenza dei diritti relativi "eterodeterminati", collegati inscindibilmente con i fatti che li hanno costituiti. A ben guardare, il diritto d'accesso documentale, essendo strumentale alla tutela di un interesse («diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso»: art. 22, comma 1, lett. b) della legge n. 241 del 1990) potrebbe dirsi afferente proprio a questa seconda categoria: al variare dei fatti costitutivi del bene finale muta infatti sostanzialmente il diritto d'accesso azionato. Una conferma potrebbe trovarsi nella «prospettazione soggettiva» dell'accesso documentale - ancorato com'è alla sua legittimazione, interesse, motivazione - e «prospettazione oggettiva» dell'accesso generalizzato - in quanto la normativa non richiede all'istante di dimostrare alcuna legittimazione o interesse a conoscere ovvero di motivare la sua richiesta: A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici*, cit., p. 53.

giudice il signore dell'interpretazione della domanda, non è vincolato alle espressioni letterali utilizzate, ma deve indagare il suo contenuto sostanziale, se necessario guardando anche all'attività istruttoria⁷⁹.

Ove accolta, l'impostazione prospettata si scontrerebbe forse con il limite posto al giudice amministrativo di pronunciarsi con riferimento a poteri non ancora esercitati (art. 34, comma 2, c.p.a.)⁸⁰: nodo invero risolutivo della questione per l'Adunanza plenaria⁸¹, la quale considera inammissibile che la giurisdizione si sostituisca ad un'attività di bilanciamento di interessi⁸² riservata all'amministrazione⁸³.

Se questo è vero, ci troveremmo allora a dimostrare che il rito sull'accesso non è propriamente un giudizio sul rapporto⁸⁴, almeno per come lo intenderebbe il giudice ordinario, ma un sindacato pur sempre connesso all'esercizio (o al mancato esercizio⁸⁵) di un'attività valutativa (un potere) da parte

⁷⁹ Cass. civ., Sez. un., sentenza n. 27 del 21 febbraio 2000; Cass. civ., Sez. III, sentenza n. 18783 del 28 agosto 2009. Per le applicazioni del principio sostanzialista della domanda al processo amministrativo v., ampiamente, B. MAMELI, *Il principio della domanda tra mutatio libelli e conversione dell'azione*, cit., pp. 721 ss.

⁸⁰ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 11.7.

⁸¹ Di questa opinione anche L. IANNOTTA, *I rapporti tra accesso tradizionale ed accesso civico generalizzato*, cit., p. 1389. Ha concentrato l'attenzione sul potere-dovere della P.A. di qualificazione dell'istanza A. BERTI, *Note a margine della pronuncia*, cit., pp. 3 ss.: «nel mondo giuridico ogni attività decisionale è (o dovrebbe essere) logicamente e temporalmente preceduta dalla esatta individuazione dell'oggetto della decisione da assumere, di talché nei procedimenti amministrativi ad iniziativa eteronoma (come quello relativo all'accesso) la Pubblica Amministrazione ha, anzitutto ed ineludibilmente, il compito di qualificare l'istanza di parte, al fine di individuare il tipo di procedimento attivato». Questo ultimo punto è del tutto condivisibile, specie ricordando le tesi weberiane, sviluppate dalla nostra dottrina, sulla razionalità procedurale che dovrebbe contraddistinguere sempre l'agire dell'amministrazione: F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967, pp. 19 ss. e *passim*; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 190 ss. e *passim*. Coerentemente, Berti conclude «che l'auto-qualificazione dell'istanza è irrevocabile nel corso del processo, atteso che, anche se il giudizio in materia di accesso verte sul "rapporto giuridico" e non sull'"atto", esso non può che proseguire sui binari tracciati dal procedimento e dall'originaria istanza di accesso, anche perché, diversamente opinando, il Giudice verrebbe a pronunciarsi su un potere non ancora esercitato, in sregio all'art. 34, co. 2, c.p.a.»: *op. cit.*, p. 7.

⁸² Sul modo peculiare di intendere il bilanciamento di interessi al cospetto del diritto d'accesso "FOIA" da parte della Plenaria cfr. tuttavia le considerazioni svolte *infra*, par. 4.

⁸³ Il divieto di cui all'art. 34, comma 3 del c.p.a. è stato interpretato di recente quale riserva di procedimento amministrativo (non necessariamente discrezionale), insostituibile dalla giurisdizione – tranne in casi espressamente previsti – in quanto «luogo 'fisiologico' di svolgimento del rapporto amministrativo»: P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2020, p. 106. Di conseguenza resta fermo che ove il procedimento vi sia stato, la tutela giurisdizionale potrebbe dispiegarsi appieno con la condanna all'emanazione del provvedimento richiesto ed eventuali effetti conformativi, con il solo limite della discrezionalità amministrativa (o del merito?): *ivi*, 110. Sul principio di separazione dei poteri come fondamento dell'art. 34, comma 3 del c.p.a., v. M. TRIMARCHI, *Il divieto di "pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2013, pp. 1097 ss. Di riserva di amministrazione parla anche F. MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, cit., p. 162.

⁸⁴ Ad avviso di P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, cit., p. 114, il divieto posto dall'art. 34, comma 3 c.p.a. potrebbe costituire anche uno strumento per interpretare il concetto ambiguo di giudizio "di spettanza" o "sul rapporto": «il giudizio non può essere mai proiettato su interessi il cui assetto passa necessariamente attraverso un procedimento amministrativo che non si è ancora svolto [...]. All'opposto, il divieto non dovrebbe mai costituire un ostacolo o un limite alla pienezza della tutela ogni volta che non si ponga un reale problema di 'preservare' il procedimento amministrativo».

⁸⁵ Sul problema processuale dell'applicazione del rito sul silenzio ovvero sull'accesso in caso di inerzia della P.A. nella risposta su una istanza di accesso si registrano posizioni discordi. Mentre l'art. 116 c.p.a. si applica pacificamente sia al diniego espresso sia al silenzio (rigetto) sull'istanza di accesso documentale, secondo la giurisprudenza non lo stesso vale per l'accesso civico e civico generalizzato, visto l'obbligo imposto alla P.A. dall'art. 5 del d.lgs. n. 33 del 2013 di risposta espressa. In questo caso, il silenzio-inadempimento dovrebbe provocare l'attivazione del rito *ex art.* 117 c.p.a.: così T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 23 luglio 2018, n. 4913 e T.A.R. Toscana, Sez. II, 24 ottobre 2019, n. 1421. Posizione criticata da V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *Questa Rivista*, n. 11, 2018, p. 33, per la quale «in ogni caso, a prescindere dalla natura del silenzio, appare assorbente il profilo della

dell'amministrazione⁸⁶, a prima vista poco compatibile con la configurazione dell'accesso generalizzato alla stregua di diritto (soggettivo) fondamentale, e non di interesse legittimo⁸⁷. O si tratterebbe comunque di un giudizio «*spurio*», vista la sua forma impugnatoria ma sostanzialmente di accertamento e di condanna⁸⁸.

In disparte ulteriori disquisizioni sui profili procedurali e processuali della differenza fra diritto d'accesso documentale e l'accesso su modello "FOIA", comunque superabili in via pratica se rispettato appieno il dovere di collaborazione da parte dell'amministrazione con l'istante⁸⁹, unitamente al divieto di vincolare l'accesso a regole formali che ne ostacolino la soddisfazione⁹⁰ secondo i principi di tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo e del minor aggravio possibile nell'esercizio del diritto⁹¹, da un punto di vista sostanziale la Plenaria delinea una chiara distinzione fra le due tipologie di diritto d'accesso⁹².

Dopo aver constatato che, almeno in astratto, esiste un interesse strumentale giuridicamente tutelato in capo agli operatori economici che abbiano partecipato ad una gara a conoscere le illegittimità afferenti alla fase pubblicistica ma emerse solo in sede di esecuzione (ipotesi di recesso pubblicistico), o comunque

specialità dell'art. 116 c.p.a., chiamato proprio a disciplinare appositamente ed esclusivamente le controversie in materia di accesso, e come tale destinato comunque a prevalere sulla disciplina generale del silenzio-inadempimento dell'art. 117 c.p.a.». Cfr. A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici*, cit., pp. 62 ss.

⁸⁶ Secondo M. TRIMARCHI, *Il divieto di "pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" attraverso il prisma della giurisprudenza*, cit., pp. 1101 ss. l'art. 34, comma 3 c.p.a. inibisce l'intervento giurisdizionale su un'attività amministrativa futura, inerendo non tanto alla sua natura (discrezionale o meno), quanto piuttosto al suo svolgimento nel tempo (non può il processo anticipare un'attività che deve svolgere cronologicamente prima l'amministrazione).

⁸⁷ M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, n. 3, 2019, pp. 453 ss. ritiene che la qualificazione dell'accesso "FOIA" come libertà fondamentale non sarebbe incompatibile con la struttura giuridica dell'interesse legittimo (e quindi con il dispiegarsi di un procedimento amministrativo anche di tipo discrezionale, per la sua ammissione o negazione). A livello interno il diritto fondamentale potrebbe tradursi in diritto soggettivo o interesse legittimo a seconda che l'obbligo di comportamento dell'amministrazione cui corrisponde la pretesa del singolo sia vincolata in tutti i suoi aspetti da un precetto normativo o, per converso, consista nel corretto esercizio di una attività di contemperamento tra l'interesse sotteso a quella pretesa ed eventuali altri interessi, pubblici o privati, concorrenti. In altri termini, l'origine per così dire "internazionale" dell'accesso generalizzato potrebbe consentire di superare l'annosa questione della differenza fra posizioni giuridiche riconducibili allo schema norma-fatto-effetto ovvero norma-potere-effetto. Il tema, di sicuro interesse, pare comunque controverso e meriterebbe senz'altro ulteriore approfondimento.

⁸⁸ In questi termini V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, cit., p. 15: «nonostante questo "invocro" [di giudizio impugnatorio], proprio della protezione degli interessi legittimi, l'art. 116 c.p.a. riconosce al giudice ampi poteri di accertamento e condanna, al punto che quest'ultimo non si limita ad annullare l'eventuale atto di diniego illegittimo sulla base dei motivi rilevati dal ricorrente, ma prescindendo da questi, d'ufficio, si pronuncia sulla spettanza del diritto, proprio come avviene nelle ipotesi di tutela di diritti soggettivi».

⁸⁹ A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici*, cit., p. 63, evidenzia peraltro le criticità che potrebbero verosimilmente verificarsi in caso di un dialogo collaborativo che non soddisfi pienamente l'istante.

⁹⁰ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 8.6.

⁹¹ Circolare FOIA, cit., par. 2.2; Linee guida FOIA, cit., par. 2.1.

⁹² In questa sede si ritiene opportuno sorvolare sull'accesso civico semplice che, ex art. 5, comma 1 del d.lgs. n. 33 del 2013, funge da «*contraltare*» agli obblighi di pubblicazione dei documenti amministrativi (Cons. Stato, parere n. 515 del 2016, punto 11.2).

gli inadempimenti manifestatisi in fase di esecuzione (ipotesi di recesso privatistico)⁹³, l'attenzione del Collegio si concentra sull'interesse concreto, attuale, diretto che deve preesistere (e non essere conseguenza) alle istanze di accesso documentale⁹⁴.

Proprio questo interesse particolarmente qualificato⁹⁵ costituisce l'elemento caratterizzante dell'accesso documentale che non può assolvere alla finalità, ancora espressamente vietata dalla legge⁹⁶, di un controllo generalizzato sull'attività, pubblicistica o privatistica, delle pubbliche amministrazioni⁹⁷. Al contrario, esso soddisfa «un bisogno di conoscenza (c.d. need to know) strumentale alla difesa di una situazione giuridica, che peraltro non necessariamente deve sfociare in un esito contenzioso»⁹⁸. Ciò implica, come già visto, che per essere meritevole di tutela debba essere assistito da una specifica motivazione che giustifica la richiesta, anche al fine di consentire alla pubblica amministrazione una valutazione e un bilanciamento degli interessi coinvolti⁹⁹.

Tanto basta al Collegio per considerare sufficientemente chiara la «distanza che intercorre tra bisogno di conoscenza e desiderio di conoscenza [...] 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»¹⁰⁰.

In una serie successiva di pronunce¹⁰¹, l'Adunanza plenaria ha ancora chiarito che la strumentalità del diritto di accesso documentale non va confusa con una sua sostanziale assimilazione a poteri di natura processuale. In altri termini, se l'accesso previsto dalla legge 241, in particolare l'accesso difensivo¹⁰²,

⁹³ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 14. Sull'applicabilità dell'accesso documentale alla fase esecutiva da parte del concorrente ovvero di terzo non concorrente dotato di interesse qualificato la giurisprudenza era già tendenzialmente concorde: L. MINERVINI, *Accesso agli atti e procedure di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici*, cit., pp. 954 ss.

⁹⁴ Secondo V. MIRRA, *Diritto d'accesso e attività contrattuale della pubblica amministrazione: la Plenaria risolve ogni dubbio?*, cit., p. 685, la pronuncia individua chiaramente l'interesse strumentale dei partecipanti alla procedura, mentre con riferimento ai soggetti esclusi o estranei alla gara l'interesse strumentale sarebbe configurabile soltanto nell'ipotesi in cui l'istante voglia ottenere la riedizione dell'intera procedura.

⁹⁵ Un interesse che deve essere sempre solidamente collegato con l'interesse finale, e che non sia un espediente per garantire la legalità in sé dell'azione amministrativa: Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 14.4, che riprende la sentenza n. 271 del 13 dicembre 2019 della Corte costituzionale.

⁹⁶ Art. 24, comma 4, della l. n. 241 del 1990.

⁹⁷ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 15.1.

⁹⁸ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 15.3.

⁹⁹ Ossia l'indicazione di tutti i presupposti di cui all'art. 22 della legge n. 241 del 1990, anche quando l'istanza non sia stata specificamente qualificata come richiesta di accesso documentale: V. MIRRA, *Diritto d'accesso e attività contrattuale della pubblica amministrazione: la Plenaria risolve ogni dubbio?*, cit., p. 682.

¹⁰⁰ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 15.5.

¹⁰¹ Consiglio di Stato, Ad. plen., sentenze del 25 settembre 2020 nn. 19, 20 e 21.

¹⁰² In queste pronunce la Plenaria ha prospettato la duplice natura dell'accesso documentale, secondo una logica partecipativa ed una difensiva. La logica partecipativa – pur anch'essa connessa con l'interesse concreto, diretto ed attuale – sarebbe maggiormente imperniata sul principio di trasparenza, con il solo limite rappresentato dalle esclusioni elencate dall'art. 24 della legge n. 241. La logica difensiva, insita nel comma 7 dell'art. 24 della medesima legge che garantisce «comunque» l'accesso ai richiedenti documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici, sarebbe invece strettamente connessa con le esigenze di tutela e si traduce quindi in un onere aggravato sul piano probatorio, nel senso che graverebbe sulla parte interessata l'onere di dimostrare che il documento al quale si intende accedere è necessario per la cura o la difesa dei propri interessi (Ad. plen. n. 21 del 2020, cit., punto 9.2).

richiede come detto un interesse concreto, diretto ed attuale collegato all'ostensione dell'atto, ciò non significa che l'amministrazione possa addurre giudizi prognostici sull'utilità dell'atto richiesto rispetto ad un processo instaurato o da avviare¹⁰³.

Escluso che, nel caso di specie, fosse fondata l'istanza di accesso documentale di cui alla l. n. 241 del 1990¹⁰⁴ l'Adunanza plenaria, affrontando l'ultimo quesito (cioè se la disciplina dell'accesso civico generalizzato sia applicabile, in tutto o in parte, ai documenti relativi alle attività delle amministrazioni disciplinate dal Codice dei contratti pubblici), è giunta ad affermazioni di notevole rilievo sul principio di trasparenza e sul diritto fondamentale alla conoscenza delle informazioni pubbliche.

4. La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato: diritto fondamentale e strumento di democrazia

Innanzitutto il Consiglio di Stato ha affermato l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato ad ogni materia, non esclusa quella degli appalti, benché esista una tipologia speciale di accesso agli atti prevista dal Codice dei contratti pubblici¹⁰⁵. In questo senso è stata privilegiata l'interpretazione «conforme ai canoni dell'art. 97 Cost.», e valorizzato «l'impatto "orizzontale" dell'accesso civico generalizzato, non limitabile da norme preesistenti e non coordinate con il nuovo istituto, ma soltanto dalle prescrizioni speciali, da interpretare restrittivamente»¹⁰⁶.

Il Collegio ricorda inoltre che la Commissione europea ha sottolineato il valore della trasparenza dei processi decisionali proprio nel settore delle pubbliche gare, prima e dopo l'aggiudicazione¹⁰⁷, in

¹⁰³ Secondo il Collegio, ai fini del riconoscimento della situazione legittimante non è positivamente richiesto il requisito dell'attuale pendenza di un processo in sede giurisdizionale, pertanto la pendenza di una lite può costituire, tra gli altri, un elemento utile per valutare la concretezza e l'attualità dell'interesse legittimante all'istanza di accesso, ma non ne rappresenta la precondizione tipica (Ad. plen. n. 21 del 2020, cit., punto 9.2). Viene quindi evidenziata la differenza netta fra diritto di accesso defensionale, strumento messo a disposizione dall'ordinamento per la tutela di situazioni sostanziali, a prescindere dalla qualificazione della situazione finale in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo (secondo l'impostazione della sentenza dell'Ad. plen. n. 6 del 2006) e i poteri processuali di acquisizione di documenti (nel caso di specie, del giudice ordinario): F. MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, cit., p. 169.

¹⁰⁴ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 17.

¹⁰⁵ Secondo l'orientamento espresso dalla V Sezione del Consiglio di Stato, culminato nella sentenza n. 5503 del 2 agosto del 2019, l'accesso "FOIA" sarebbe stato invece inapplicabile in «tutte le ipotesi in cui vi sia una disciplina vigente che regoli specificamente il diritto di accesso, in riferimento a determinati ambiti o materie o situazioni» (Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 21.1), giusta l'eccezione assoluta disposta dall'art. 5-bis, comma 3, del d.lgs. n. 33 del 2013: «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». Per la materia in questione, l'art. 53, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce che: «salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241».

¹⁰⁶ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 20.2.

¹⁰⁷ In particolare, v. la Comunicazione COM(2017) 572 della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*, del 3 ottobre 2017, par. 4, lett. d), in cui è considerato fondamentale il principio di trasparenza, che permea la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, a partire dal considerando n. 126: «la tracciabilità e la trasparenza del processo decisionale nelle procedure di appalto è essenziale per garantire procedure leali nonché combattere efficacemente la corruzione e le frodi».

particolare nel corso dell'esecuzione «dove spesso si annidano fenomeni di cattiva amministrazione, corruzione e infiltrazione mafiosa, con esiti di inefficienza e aree di malgoverno per le opere costruite o i servizi forniti dalla pubblica amministrazione e gravi carenze organizzative tali da pregiudicare persino il godimento di diritti fondamentali da parte dei cittadini nella loro pretesa ai cc.dd. diritti sociali»¹⁰⁸.

Non potrebbe quindi determinare un'esclusione dell'applicazione dell'accesso civico generalizzato il rinvio, da parte del Codice dei contratti pubblici, alla sola normativa sull'accesso documentale, di per sé non autosufficiente per regolare l'intera materia. Diversamente opinando, si tradirebbe la stessa *ratio* in base alla quale è stato introdotto l'accesso civico generalizzato nel c.d. Codice della trasparenza «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»¹⁰⁹, «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»¹¹⁰.

Questa argomentazione rinvia soprattutto alla citata concezione del diritto d'accesso come strumento per l'integrità e l'efficienza pubblica, affermata dal Consiglio di Stato fin dal parere reso sullo schema di decreto legislativo che introdusse l'accesso su modello "FOIA" in Italia: «l'obiettivo della trasparenza, che in effetti è la preconditione per ricostruire e rafforzare il rapporto di fiducia tra cittadini e poteri pubblici, si coniuga perfettamente con il contrasto alla corruzione, cui da sempre, del resto, il Consiglio di Stato contribuisce attraverso le proprie funzioni giurisdizionali di custode della legalità nella amministrazione pubblica»¹¹¹ e ribadita, al massimo livello, dalla Corte costituzionale che, anzi, ha considerato il contrasto della corruzione nell'ambito della pubblica amministrazione quale finalità principale perseguita dalla normativa sulla trasparenza, da utilizzare per testare la proporzionalità (come idoneità, utilità, non eccedenza) degli obblighi di pubblicazione di dati protetti da altri interessi meritevoli quali la *privacy*, al fine di un corretto bilanciamento dei diritti¹¹², atteso

¹⁰⁸ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 30.3.

¹⁰⁹ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 22.1.

¹¹⁰ Art. 5, comma 2 del d. lgs. n. 33 del 2013. Si v. ancora più avanti, nella sentenza i punti 24.7 e 24.8: l'art. 5-bis, comma 3 del d.lgs. n. 33 del 2013 non può invero essere inteso «nel senso di esentare dall'accesso generalizzato interi ambiti di materie per il sol fatto che esse prevedano casi di accesso limitato e condizionato, compresi quelli regolati dalla l. n. 241 del 1990, perché, se così fosse, il principio di specialità condurrebbe sempre all'esclusione di quella materia dall'accesso, con la conseguenza, irragionevole, che la disciplina speciale o, addirittura, anche quella generale dell'accesso documentale, in quanto e per quanto richiamata per relationem dalla singola disciplina speciale, assorbirebbe e "fagociterebbe" l'accesso civico generalizzato».

¹¹¹ Cons. Stato, parere n. 515 del 2016, punto 4.1.

¹¹² Corte cost., sentenza del 21 febbraio 2019 n. 20, punto 5.3.1 del *considerato in diritto*. Con tale pronuncia la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'obbligo indiscriminato di pubblicazione dei dati reddituali e patrimoniali di tutto il personale titolare di incarichi dirigenziali (ex art. 14, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 33 del 2013), in quanto manifestamente sproporzionato rispetto alla *ratio* dei fini perseguiti dal legislatore, limitandolo ai soli dirigenti apicali. Non ha invece ritenuto illegittimo (ivi, punto 5.2) l'obbligo di pubblicazione concernente i compensi ricevuti (ex art. 14, comma 1, lett. c) dello stesso decreto) ritenendolo proporzionato al fine di consentire in forma diffusa il controllo sull'impiego delle risorse pubbliche e la valutazione circa la congruità – rispetto ai risultati raggiunti ed ai servizi offerti – di quelle utilizzate per la remunerazione dei soggetti responsabili, a ogni livello, del buon andamento dell'amministrazione. Peraltro, non tutte le questioni paiono risolte per la Consulta che, infine, sollecita un intervento del legislatore per l'individuazione dei titolari d'incarichi dirigenziali ai quali la disposizione debba essere applicata nel contesto di un ridisegno complessivo della normativa sugli obblighi di pubblicazione (ivi, punto 6). A commento v.

che «non può riconoscersi alcuna automatica prevalenza dell'obiettivo della trasparenza sul diritto alla protezione dei dati personali»¹¹³.

La sentenza dell'Adunanza plenaria non si limita però a considerare l'accesso su modello "FOIA" come mero istituto strumentale, per quanto importante, utile per garantire finalità di rilievo pubblico secondo l'interpretazione ormai diffusa in Italia, anche per far fronte ad eventuali richieste di accesso massive o pretestuose¹¹⁴. Dal momento che non ritiene sufficiente a garantire la trasparenza negli appalti pubblici l'accesso documentale di cui alla legge n. 241 del 1990, visto il limite che in esso «era e resta [...] connotato» - l'essere un accesso strumentale alla protezione di un interesse individuale, con il correlato divieto di controllo generalizzato sull'attività delle pubbliche amministrazioni – valorizza al massimo, di converso, 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»¹¹⁵.

Di questo «diritto di conoscere», «riconosciuto alla stregua di un diritto fondamentale, al pari di molti altri ordinamenti europei ed extraeuropei»¹¹⁶, vengono allora messi in rilievo i fondamenti, a partire dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (libertà di espressione)¹¹⁷, agli articoli 1 e 2 Cost. (principio democratico, solidaristico e diritti fondamentali dell'uomo), 97 Cost. (imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione), 118 Cost. (sussidiarietà orizzontale)¹¹⁸. A questi viene aggiunto anche l'art. 117, comma 2, lettera m) Cost., visto che le disposizioni dello stesso decreto 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 trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione»¹¹⁹.

ampiamente: E. CARLONI, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, cit., spec. p. 517; F. PIZZETTI, *Sentenza n. 20/2019 della Consulta e riordino degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni della PA: il legislatore non trascuri il "riuso" delle fonti pubbliche*, in *Rivista di diritto dei media*, n. 2, 2019, pp. 11 ss. Anche l'Adunanza plenaria con la sentenza n. 10 del 2020 ha espresso la propria opinione sul bilanciamento rispetto ai limiti opposti alla conoscibilità: v. *infra*.

¹¹³ Corte cost., sentenza n. 20 del 2019, punto 3.1 del *considerato in diritto*.

¹¹⁴ Viene dunque decisamente scartata la c.d. funzionalizzazione dell'accesso generalizzato: A. BERTI, *Note a margine della pronuncia*, cit., p. 12 e, *amplius*, Id., *Note critiche sulla "funzionalizzazione" dell'accesso civico generalizzato*, cit., *passim*; A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici*, cit., pp. 77-78.

¹¹⁵ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 22.3.

¹¹⁶ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 23.

¹¹⁷ Ad. plen. n. 10 del 2020, punti 23.5 ss.

¹¹⁸ Ad. plen. n. 10 del 2020, punti 22.7 e 22.8.

¹¹⁹ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 23. Sui fondamenti costituzionali del principio di trasparenza v., *ex plurimis*, D. DONATI, *Il principio di trasparenza in costituzione*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., pp. 83 ss.; S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, cit., pp. 65 ss.; S. VACCARI, M. RENNA, *Dalla "vecchia" trasparenza amministrativa al c.d. open government*, in *Giustamm.it*, n. 1, 2019. R. CAVALLO PERIN in *Pubblica amministrazione e data analysis*, in Id. (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2021, p. 14, ha proposto un'interessante rilettura della libertà costituzionale di ricerca scientifica (art.

Le ragioni d'essere del principio di trasparenza, strumentali e finali – mezzo per garantire (o stimolare) la buona amministrazione¹²⁰ 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*»¹²¹.

Maggiore applicazione di questa concezione complessiva della trasparenza è il diritto di accesso civico, autentico diritto pubblico di libertà¹²², «*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*»¹²³.

Pare utile ricordare quanto scriveva la più autorevole dottrina a proposito della libertà di stampa, forse il prototipo del diritto a conoscere, specie se si pensa al ruolo che, ancora oggi, ricoprono i *media* per garantire effettivamente la conoscenza – e più ancora la *comprensione* – dei dati pubblici¹²⁴: «*opinione,*

33 Cost.) quale ulteriore fondamento al diritto d'accesso generalizzato: «*se la scienza ha da essere libera, deve essere libero anzitutto qualsiasi accesso ai dati, ai fatti di conoscenza, che danno qualità ad ogni successiva valutazione e innovazione delle persone individue o delle organizzazioni*».

¹²⁰ Nella sentenza viene naturalmente anche citato l'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sull'accesso ai documenti, ma potrebbe anche ricordarsi il precedente art. 41 sulla buona amministrazione: se ne è discusso al seminario *La buona amministrazione*, svoltosi online il 24 aprile 2020 nell'ambito della Scuola di specializzazione in studi sull'amministrazione pubblica (SPISA) di Bologna. Il Consiglio di Stato ha altresì richiamato l'art. 15 del TFUE che dispone: «*al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione europea operano nel modo più trasparente possibile*» e la numerosa giurisprudenza della Corte di Giustizia che ne ha tratto «*quale principio costituzionale o legislativo, il diritto d'accesso del pubblico ai documenti in possesso delle autorità pubbliche*»: Cons. St., parere sul nuovo Regolamento per la classificazione, redazione, massimazione e pubblicazione degli atti dell'ANAC, n. 1028 del 6 maggio 2020, punto 4.2.

¹²¹ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 23.4.

¹²² G. CUMIN, *Il "nuovo" diritto di accesso, con particolare riguardo alla giurisdizione esclusiva del G.A.*, in *Lexitalia.it*, n. 4, 2013.

¹²³ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 23.2. In termini simili già il Consiglio di Stato nel parere n. 515 del 2016, punto 1.1: «*La riforma appare quindi rilevante perché interessa – profondamente – l'apparato pubblico 'nel suo complesso', ma anche perché guarda all'esterno di tale apparato e mira a incidere sul rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, in una visione olistica che mette al centro il destinatario del servizio pubblico e non l'apparato che fornisce il servizio medesimo*» e al punto 4.1: «*La trasparenza può diventare, così, un 'punto di confluenza' dei principi giuridici, costituzionalmente posti, dell'azione amministrativa (dal buon andamento all'imparzialità, al rispetto del cd. 'principio di legalità sostanziale', al metodo di partecipazione democratica), dal quale derivano istituti giuridici, di tipo trasversale, che possono essere considerati come volti a realizzare la trasparenza [...]. In altri termini, se l'interesse pubblico – inteso tecnicamente come 'causa' dell'atto (e del potere) amministrativo – non può più essere rigidamente predeterminato e imposto, ma costituisce in concreto la risultante di un processo di formazione cui sono chiamati a partecipare sempre più attivamente i componenti della comunità, occorre anche 'rendere visibile' il modo di formazione dell'interesse medesimo, i soggetti che vi concorrono, le fasi del procedimento di formazione dell'atto, nonché 'rendere conoscibili' i dati di base, i presupposti da cui si muove, i modi di esercizio del potere, ivi comprese le risorse utilizzate. Ciò al fine di realizzare l'aspirazione a una democrazia intesa come "regime del potere visibile" (secondo la definizione di Norberto Bobbio)*».

¹²⁴ Dalla tradizionale figura dei giornalisti, ai ricercatori, ai moderni *data analysts*, agli stessi addetti alla comunicazione incaricati dalle amministrazioni, intermediari indispensabili a colmare lo iato esistente fra i dati pubblici difficilmente comprensibili e la platea dei cittadini: B. PONTI, *La trasparenza e i mediatori dell'informazione*, in G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti*, cit., pp. 215 ss. Sul ruolo della stampa nella democrazia, ma anche sui rischi insiti nella relazione "simbiotica" fra i *media* e i poteri pubblici: J. STIGLITZ, *Transparency in Government*, cit., pp. 39 ss. Anche l'Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 36.5, sottolinea il fine solidaristico della trasparenza «*per informare correttamente i cittadini ed evitare il propagarsi di pseudoconoscenze e pseudoscienze a livello diffuso*». Si v. anche il report di Transparency International Italia, *FOIA4Journalists*, settembre 2020, pubblicato sul sito di [Transparency International Italia](https://www.transparencyinternational.it/).

pubblicità, stampa, libertà: ecco i requisiti essenziali d'ogni vivere civile. [...] Diceva l'Orlando, nel suo fondamentale trattato sulle guarentigie della libertà: [...] "la stampa ha avuto, in questo senso, un'importanza grandissima [...] essa fa sì che la notizia dell'abuso, effetto di una sorveglianza continua sugli atti del governo, sia prontamente e quasi contemporaneamente conosciuta dall'universale [...]". La libertà di stampa ha dunque, a differenza di tutti gli altri diritti fondamentali, un duplice pregio, e in se stessa, vale a dire, e poi come presupposto e guarentigia di tutte le altre»¹²⁵.

Lo stesso Consiglio di Stato riprende quanto da tempo va affermando la Corte costituzionale sull'evoluzione della visibilità del potere, che ha portato con sé l'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»¹²⁶.

Una visione ancor più matura di democrazia comporta inoltre che la trasparenza non valga solo in un'ottica di conflitto, quale strumento di difesa del privato avverso il potere pubblico. In un rinnovato rapporto con l'autorità – illuminato dalla trasparenza – ben si inserisce l'obiettivo, evidenziato da tempo, della conoscibilità dei dati pubblici funzionale alla partecipazione collaborativa dei cittadini i quali, se informati, possono apportare conoscenze utili all'amministrazione per l'adozione delle sue decisioni¹²⁷.

Dopo queste affermazioni di grande valore interpretativo dei principi sostanziali, espressione di un deciso cambio di passo in senso culturale nella concezione della trasparenza amministrativa¹²⁸, l'Adunanza plenaria affronta ancora la questione di notevole rilievo pratico dei limiti opponibili all'accesso generalizzato.

Riprendendo la distinzione anglosassone fra *absolute exemptions* e *qualified exemptions*, accolta dal Codice italiano della trasparenza¹²⁹, vengono definite le prime come quei casi in cui il legislatore ha già effettuato a monte una valutazione assiologica ritenendo di escludere la conoscibilità diffusa dei dati e documenti amministrativi. A fronte di esse non resta quindi all'amministrazione che il potere vincolato di valutare

¹²⁵ Così scriveva, in un periodo drammatico della storia del Paese: F. RUFFINI, *I diritti di libertà*, ed. Piero Gobetti, Torino, 1926, pp. 61-62.

¹²⁶ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 22.5, che riprende la sentenza della Corte cost., 7 maggio 2002 n. 155.

¹²⁷ La partecipazione collaborativa costituirebbe un «preludio del mondo perfetto nel quale l'amministrazione pubblica si presenta finalmente come una "casa di vetro"»: R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 135; Id., *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2017, pp. 209 ss.; G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., pp. 29 ss.; S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, cit., pp. 92 ss.

¹²⁸ Secondo A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici*, cit., p. 49: «ciò che è stato determinante nella decisione, [...] è stata verosimilmente la consapevolezza della necessità di (dover) fare un salto non solo interpretativo ma appunto anche culturale, al fine di dare alla norma nazionale in materia di trasparenza amministrativa e accesso civico generalizzato, che purtroppo non brilla né per chiarezza né per "audacia", una più completa e articolata lettura alla luce del dettato comunitario e delle spinte propulsive "protrasparenza diffusa" che giungono anche dall'esperienza degli altri Paesi a tradizione democratica».

¹²⁹ Art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013.

l'istanza ed eventualmente sussumere il caso nell'ambito di un'eccezione assoluta, che è di stretta interpretazione¹³⁰.

Nel caso dei contratti pubblici il Codice enumera eccezioni assolute superabili soltanto per specifiche esigenze difensive (ad es. informazioni presentate alla stazione appaltante costituenti segreto industriale o commerciale¹³¹) ed eccezioni, pur assolute, ma temporalmente limitate¹³² vista la specialità di una disciplina il cui nucleo centrale è costituito dalla «*conoscibilità progressiva della documentazione di gara, regolata da precise scansioni temporali volte a contemperare le ragioni dell'accesso con l'esigenza di assicurare il regolare svolgimento delle procedure selettive*»¹³³.

Come si è detto il richiamo ai limiti generali posti per l'accesso documentale¹³⁴, operato dal Codice della trasparenza ovvero da discipline di settore, non costituisce invece una preclusione assoluta all'accesso generalizzato. L'amministrazione deve comunque indagare la portata e il senso di tali limiti per verificare, caso per caso e non per interi ambiti di materia, se il filtro posto dal legislatore a determinati casi di accesso documentale sia radicalmente incompatibile con l'accesso civico, secondo un canone ermeneutico di integrazione e non di separazione dei due diversi regimi¹³⁵. Non può, in altri termini, una disciplina speciale derogare *in toto* alla normativa sull'accesso generalizzato, pena il rischio di inficiare gravemente l'accessibilità con un sistema di limiti «*che si apre ad altri che rinviano ad ulteriori con un potenziale circolo vizioso e un regressus ad infinitum – ove è risucchiato l'accesso generalizzato, con un ritorno all'opacità dell'azione amministrativa*»¹³⁶.

Anche l'esistenza di una normativa sugli obblighi di pubblicazione (cui corrisponde il diritto di accesso civico c.d. semplice) non conduce all'esclusione dell'accesso generalizzato: la pubblicità di determinati atti (l'obbligo di *disclosure* proattiva) è solo un aspetto, pur fondamentale, della trasparenza (o meglio, della pubblicità), che tuttavia si manifesta e si completa nell'accessibilità degli atti (obbligo di *disclosure* reattiva) nei termini previsti per l'accesso civico generalizzato¹³⁷.

¹³⁰ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 24.4. Cfr. A. BERTI, *Il dedalo delle limitazioni assolute dell'accesso civico generalizzato*, in [Giustizia amministrativa](#), 31 maggio 2021.

¹³¹ Art. 53, commi 5 e 6 del d.lgs. n. 50 del 2016.

¹³² Art. 53, commi 2 e 3 del d.lgs. n. 50 del 2016.

¹³³ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 27.3.

¹³⁴ Art. 24, comma 1 della legge n. 241 del 1990.

¹³⁵ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 25.1.

¹³⁶ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 25.4.

¹³⁷ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 30.2. Di questa opinione: E. CARLONI, G. PETTINARI, *Obblighi di pubblicazione e affermative disclosure. La trasparenza oltre la libertà di informazione*, in G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti*, cit., pp. 181 ss.; E. CARLONI, *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, n. 3, 2009, pp. 779 ss.

Per quanto concerne le eccezioni relative viene ripreso il tema del bilanciamento di interessi, richiamando anche l'*harm test* tedesco e il *public interest test* anglosassone¹³⁸ o dell'Unione europea, in base al quale «*occorre valutare se sussista un interesse pubblico al rilascio delle informazioni richieste rispetto al pregiudizio per l'interesse-limite contrapposto*»¹³⁹.

In realtà, coerentemente con le affermazioni sulla natura di diritto fondamentale incondizionato dell'accesso generalizzato e non solo istituto strumentale al perseguimento di fini pubblici, il Collegio sembra preferire il test del danno alla tedesca che impone di valutare, secondo il principio di proporzionalità, se l'apertura dei dati cagioni un danno spropositato al controinteressato all'accesso¹⁴⁰ (nel caso di specie, l'aggiudicatario del quale va preservato per quanto possibile il *know-how* aziendale senza sacrificare del tutto la conoscibilità di elementi fattuali sull'esecuzione stessa del contratto¹⁴¹): «*se il nostro ordinamento ha ormai accolto il c.d. modello FOIA non è l'accesso pubblico generalizzato degli atti a dover essere, ogni volta, ammesso dalla legge, ma sono semmai le sue eccezioni a dovere rinvenire un preciso, tassativo, fondamento nella legge*»¹⁴². Non va valutata caso per caso la base legale dell'accesso generalizzato (la rispondenza della richiesta ad un effettivo interesse pubblico alla conoscenza da parte dei cittadini) ma, al contrario, un concreto fondamento delle eccezioni relative da opporgli¹⁴³.

¹³⁸ Ricorda che non sono presenti (con rilevanti conseguenze) né eccezioni relative né un *public interest test* nel FOIA degli Stati Uniti: M. MAGRI, *La trasparenza "oltre il FOIA". Attualità e limiti del modello statunitense*, in G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti*, cit., p. 104.

¹³⁹ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 35.1. Sulla distinzione fra *public interest test*, che impone all'amministrazione un bilanciamento fra l'interesse conoscitivo e l'interesse protetto dall'eccezione relativa e *harm test*, che consente di negare l'accesso sulla sola base della valutazione dell'esistenza di un danno concreto ed altamente probabile altri interessi privati o pubblici, v. C. TOMMASI, *Discrezionalità e vincoli nell'accesso civico generalizzato*, in G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti*, cit., pp. 267 ss. Secondo l'A. il dato letterale del d.lgs. n. 33 del 2013 fonderebbe soltanto un *harm test* ossia test del pregiudizio concreto (*op. cit.*, pp. 280 ss.), mentre il *public interest test* sarebbe stato introdotto nel nostro ordinamento solo in via interpretativa dal Garante della *privacy* e da quella giurisprudenza che ha ritenuto essenziale la funzione strumentale e pubblicistica dell'accesso generalizzato (*op. cit.*, pp. 300 ss.). Di diverso avviso M. FILICE, *I limiti all'accesso civico generalizzato: tecniche e problemi applicativi*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2019, pp. 887 ss., secondo il quale il *public interest test*, pur dedotto in via interpretativa, costituirebbe una valutazione necessaria da effettuare, superato il test del danno, qualora residuino ancora dubbi sull'ammissibilità dell'accesso.

¹⁴⁰ Invece, secondo A. CORRADO, *Il tramonto dell'accesso generalizzato come "accesso egoistico"*, cit., p. 210, dal tenore della sentenza della Plenaria sarebbe ancora ricavabile uno spazio, accanto al test del danno, per il *public interest test*. In ogni caso, è sicuramente condivisibile la conclusione dell'Autrice per la quale spetterebbe al legislatore chiarire in che misura l'amministrazione debba bilanciare l'interesse conoscitivo con i limiti relativi.

¹⁴¹ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 35.3.

¹⁴² Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 36.1.

¹⁴³ Parte della dottrina e della giurisprudenza avevano tratto dalla "concretezza" del pregiudizio da valutare ai sensi dell'art. 5, comma 5 del d.lgs. n. 33 del 2013 l'esistenza del potere di bilanciamento proprio del test dell'interesse pubblico, all'insegna del principio di proporzionalità, per evitare il rigetto di istanze a fronte di pregiudizi sì concreti, ma di scarso impatto, flebili o inconsistenti, specie se raffrontati all'interesse pubblico alla conoscenza. Giustamente L. DROGHINI, *Principi e garanzie del diritto di accesso: riflessioni a margine della entrata in vigore della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti*, cit., pp. 232-233, ha però osservato che il *public interest test* dovrebbe essere previsto esplicitamente dalla legge e comunque il generale principio di proporzionalità si deve ritenere che operi solo nel senso di imporre all'amministrazione di verificare se il pregiudizio (concreto) possa essere comunque evitato con un accesso differito, parziale o altrimenti modulato, cioè adottando una misura più favorevole per il soggetto richiedente rispetto al diniego. Diversamente, E. GUARNIERI, *Accesso civico generalizzato: arbitri e arbitrati*, cit., p. 104, condividendo il rigetto

La stessa normativa italiana fa in effetti riferimento esclusivamente al test del pregiudizio concreto¹⁴⁴: in altre parole, va soltanto verificata l'esistenza di un preciso nesso di causalità fra l'ostensione dei documenti amministrativi e il pregiudizio che ne deriverebbe ai controinteressati¹⁴⁵.

Sembrerebbe dunque risolto il problema, sollevato da attenta dottrina (sulla scorta dei rilievi mossi dal Garante della *privacy* sull'obbligo dell'amministrazione di verificare le "effettive motivazioni" dell'istanza¹⁴⁶), della difficoltà di effettuare il bilanciamento di interessi a fronte delle richieste di accesso su modello "FOIA", vista la non necessità che l'istante esponga le proprie ragioni¹⁴⁷. Non deve l'amministrazione ponderare l'interesse specifico e concreto del soggetto che chiede l'accesso (operazione che si effettua a fronte di una istanza *ex lege* n. 241 del 1990) con l'interesse contrapposto alla riservatezza tutelato dalle eccezioni relative, bensì si deve limitare a confrontare queste ultime con la trasparenza *ex se* del dato richiesto¹⁴⁸.

Questo pare corroborare la ricordata tesi formulata dall'ANAC di un accesso generalizzato ampio in senso orizzontale, perché libero dal vincolo dell'interesse qualificato che lo legittima ma, allo stesso tempo, meno capace di prevalere sui limiti ad esso contrapposti perché privo di fondamento specifico e concreto (ma solo generale e astratto come diritto fondamentale a conoscere).

Una notazione di chiusura è dedicata dalla Plenaria al possibile abuso del diritto di accesso civico generalizzato, con il rischio di «*eccesso di accesso*»¹⁴⁹, evenienza che aveva portato la giurisprudenza a vincolare l'accesso "FOIA" – pur in buona fede – ad un sottostante interesse del cittadino particolarmente meritevole di tutela, perché volto al controllo sul corretto operato degli apparati pubblici. «È ovvio che l'accesso, finalizzato a garantire, con il diritto all'informazione, il buon andamento dell'amministrazione (art.

della funzionalizzazione del diritto d'accesso, in quanto criterio restrittivo della conoscibilità dei dati pubblici, ha evidenziato che il *public interest test* potrebbe comunque ammettersi nella misura in cui consente invece un ampliamento, e non una restrizione, della trasparenza stessa. In questo senso sembra deporre la già citata sentenza del T.A.R. Lazio n. 5346 del 2021 (avverso la quale è stato proposto appello) che, accogliendo un'istanza di accesso civico generalizzato, ha ordinato l'esibizione dei documenti nella disponibilità del Ministero della Salute riguardanti lo svolgimento delle riunioni della *task force* costituita presso lo stesso Ministero per fronteggiare l'emergenza Covid-19. Ricordando che il d.lgs. n. 33 del 2013 fa espresso riferimento allo scopo di favorire il controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico (art. 5, comma 2), il Collegio ha considerato il fine pubblico sostanzialmente rafforzativo dell'interesse a conoscere del cittadino: «*forme diffuse di controllo [sono] quanto mai necessarie in una situazione di così grave preoccupazione per la salute pubblica e individuale, nel perseguimento della cui tutela si inserisce certamente un notevole "utilizzo delle risorse pubbliche", in cui si colloca l'istanza di accesso in esame*».

¹⁴⁴ Art. 5 del d.lgs. n. 33 del 2013.

¹⁴⁵ A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici*, cit., p. 75.

¹⁴⁶ A. BERTI, *Note critiche sulla "funzionalizzazione" dell'accesso civico generalizzato*, cit., pp. 12 ss.

¹⁴⁷ S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, cit., pp. 84 ss.

¹⁴⁸ Concorde M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici*, cit., pp. 453 ss. Il dilemma se questa operazione spettante all'amministrazione costituisca un vero bilanciamento di interessi (e quindi esercizio di discrezionalità amministrativa) oppure una valutazione di tipo vincolato della sussistenza o meno dei presupposti per l'esercizio di un diritto soggettivo (l'accesso civico generalizzato) richiederebbe una trattazione a sé. Alcune notazioni si sono svolte *supra*, con riferimento ai profili procedurali e processuali.

¹⁴⁹ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 36.2.

97 Cost.) non può finire per intralciare proprio il funzionamento della stessa, sicché il suo esercizio deve rispettare il canone della buona fede e il divieto di abuso del diritto, in nome, anzitutto, di un fondamentale principio solidaristico (art. 2 Cost.)»: la soluzione offerta, in linea con quanto già proposto dall'ANAC e dal Ministro per la pubblica amministrazione per la tutela del buon andamento a fronte di istanze manifestamente irragionevoli¹⁵⁰, richiama alcuni fondamentali principi costituzionali che bilanciano l'interesse a conoscere¹⁵¹ ma, d'altra parte, finisce per rievocare, almeno nell'*incipit* (forse involontariamente), la scartata tesi della funzionalizzazione dell'accesso civico generalizzato. Dimostrazione forse che, comunque si affronti il problema, le ragioni del nostro diritto pubblico impediscono in ultima battuta un accesso alla “casa di vetro” davvero del tutto incondizionato ed egoistico¹⁵².

5. Le prospettive per un'accorta riforma della trasparenza amministrativa

Come anticipato, le criticità riscontrate in materia di trasparenza e diritto d'accesso, pur affrontate in larga parte dalla giurisprudenza, pare possano trovare soluzione solo con un accorto intervento del legislatore che corregga le incongruenze e soprattutto meglio coordini, o unifichi del tutto, le tipologie di diritto d'accesso introdotte progressivamente nell'ordinamento amministrativo italiano¹⁵³.

A questo proposito, con la ricordata consultazione pubblica avviata il 3 dicembre 2019 e conclusasi il 29 febbraio 2020, il Ministro per la Pubblica amministrazione ha inteso raccogliere istanze sulle criticità del quadro normativo ed eventuali proposte di perfezionamento dagli operatori del settore della prevenzione della corruzione e della trasparenza (in primo luogo dai Responsabili per la prevenzione della corruzione e della trasparenza, ma non solo)¹⁵⁴. Fra le aree oggetto del questionario rilevavano ai nostri fini

¹⁵⁰ Linee guida FOIA, cit., par. 4.2; Circolare FOIA, cit., par. 7.

¹⁵¹ Ora declinati nel già ricordato nuovo comma 2-bis dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990, sui principi di leale collaborazione e buona fede oggettiva che devono ispirare i rapporti fra cittadini e amministrazione.

¹⁵² In questo senso, A. CORRADO, *Il tramonto dell'accesso generalizzato come “accesso egoistico”*, cit., pp. 203 ss. Si sono alzate forti critiche interne al modello estremo del FOIA statunitense, vista l'assenza di qualsivoglia potere di bilanciamento conferito all'amministrazione a fronte di richieste palesemente dannose per l'interesse pubblico (stante un'applicazione rigorosa della separazione dei poteri in cui possono valere soltanto i limiti posti a monte dal legislatore): M. MAGRI, *La trasparenza “oltre il FOIA”. Attualità e limiti del modello statunitense*, cit., pp. 89 ss.

¹⁵³ Un forte auspicio all'intervento del legislatore per le numerose criticità registrate nella materia, nonostante l'intervento chiarificatore del giudice amministrativo, è stato da ultimo espresso da A. CORRADO nell'intervento *Il futuro della trasparenza amministrativa: obblighi di pubblicazione e istituti di accesso tra data protection, digital transformation e intelligenza artificiale* nel webinar su *Trasparenza, anticorruzione e whistleblowing*, organizzato da Transparency International Italia, 13 dicembre 2021. F. MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, cit., p. 173, registrando un generale consenso anche della dottrina verso una riforma della materia, ritiene invece preferibile un assestamento della materia sui principi stabiliti dalla giurisprudenza evitando, o comunque non precipitando, un nuovo intervento legislativo.

¹⁵⁴ Apprezzabile l'uso, per una riforma in materia di trasparenza e anticorruzione, di una previa consultazione pubblica: lo strumento è di per sé espressione di una logica di apertura del potere, della partecipazione democratica in senso collaborativo cui si faceva riferimento in precedenza. È però importante che il coinvolgimento del pubblico non venga utilizzato come mero *slogan* politico cadendo poi nel nulla o, peggio ancora, non venga sfruttato come copertura per operazioni opposte ad un effettivo miglioramento della normativa.

soprattutto i rapporti e il coordinamento tra le tre tipologie di accesso, l'efficienza del procedimento di accesso civico, la possibilità di razionalizzare gli obblighi puntuali di pubblicazione sulle pagine Internet "Amministrazione trasparente", i rapporti tra *privacy* e trasparenza¹⁵⁵.

Ne è risultata una critica diffusa alla coesistenza delle diverse tipologie di diritto d'accesso (accesso documentale, civico semplice e generalizzato) che provoca la difficoltà pratica di distinguerne i rapporti e i rispettivi limiti, soprattutto con particolare riferimento alla *privacy*¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Altri settori ancora di sicuro interesse toccati dalla consultazione: l'ambito soggettivo di applicazione della normativa, l'adeguatezza delle misure organizzative di prevenzione stabilite dalla l. n. 190 del 2012, il ruolo e le responsabilità dei soggetti della c.d. *task force* della prevenzione, l'adeguatezza del coinvolgimento degli *stakeholders* nella predisposizione della strategia di prevenzione della corruzione delle singole amministrazioni.

¹⁵⁶ Il confronto fra le ragioni di trasparenza, pubblicità e riservatezza dei dati personali costituisce un tema ancora di difficile soluzione. In primo luogo, la citata sentenza della Corte cost. n. 20 del 2019 ha affermato che la conoscibilità diffusa dei dati per il controllo sull'impiego delle risorse pubbliche e sul buon andamento dell'amministrazione trova un limite nella protezione dei dati personali: i due diritti fondamentali devono essere bilanciati alla luce dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e differenziazione. La *privacy* può anche cedere di fronte all'esigenza ostensiva, purché corrisponda ad un effettivo incremento del contrapposto diritto dei cittadini di essere informati e dell'interesse pubblico alla prevenzione e repressione dei fenomeni di corruzione. Viceversa, una pubblicazione indiscriminata – specie nel «nuovo scenario digitale» - non giova alle finalità anticorruzione e anzi, può generare opacità per confusione per un inutile voyeurismo informativo (punto 5.3.1 del *considerato in diritto*).

In attesa di più chiare indicazioni legislative (come auspica anche F. PIZZETTI, *Sentenza n. 20/2019 della Consulta e riordino degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni della PA: il legislatore non trascuri il "riuso" delle fonti pubbliche*, cit., p. 19), si sono di recente espressi il Garante per la protezione dei dati personali e il Consiglio di Stato formulando alcune interessanti considerazioni sul *Regolamento per la classificazione, redazione, massimazione e pubblicazione degli atti* dell'Autorità nazionale anticorruzione (adottato con delibera n. 687 del 4 agosto 2020), che può fungere da paradigma applicabile anche ad altre amministrazioni (soprattutto nel campo dei contratti pubblici). Il Garante della *privacy* (parere n. 38 del 26 febbraio 2020) ha richiamato l'art. 2-ter, commi 1 e 3 del d.lgs. n. 196 del 30 giugno 2003 che prevede che i soggetti pubblici possono diffondere dati personali «per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri» solo se ciò è previsto «esclusivamente da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento», nonché l'art. 5, par. 1, lett. b e c del Regolamento (UE) 2016/679 che sancisce i principi di «limitazione della finalità» e di «minimizzazione» dei dati personali che devono essere «adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati». Il Garante ha quindi considerato ancora valide le proprie *Linee guida in materia di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri soggetti obbligati* del 15 maggio 2014 n. 243 secondo le quali, laddove l'amministrazione debba pubblicare dati nel proprio sito web istituzionale per un obbligo normativo, è necessario selezionare i dati personali verificando, caso per caso, se ricorrono i presupposti per l'oscuramento, riducendo al minimo l'utilizzazione di dati personali e identificativi ed evitare il relativo trattamento quando le finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante dati anonimi o in altre modalità. Il Consiglio di Stato, condividendo integralmente il parere del Garante, ha chiarito che l'ANAC, soggetta a numerosi e differenti obblighi di pubblicità e trasparenza, deve di volta in volta correttamente qualificare i propri atti individuando il relativo regime di pubblicità: «in relazione al rispetto della normativa sulla privacy è chiaro che le regole da osservare saranno molto diverse a seconda che la legge prescriva la pubblicazione sulla gazzetta ufficiale o sul proprio sito internet o, in ipotesi, nulla dica». In ogni caso, individuato il presupposto normativo dell'obbligo di pubblicazione, l'ANAC procederà alla pubblicazione ovvero consentirà l'accesso rispettando i principi richiamati dal Garante *privacy* (parere n. 1028 del 6 maggio 2020). L'ANAC ha recepito tali osservazioni stabilendo nel Regolamento, in particolare con riferimento alle delibere e provvedimenti che scaturiscono dall'esercizio di compiti istituzionali, come le funzioni consultive e di vigilanza, che spetta all'Ufficio proponente l'atto «verificare caso per caso la presenza di dati personali al fine di sottoporli alle valutazioni del Consiglio per l'eventuale omissione in sede di pubblicazione della delibera stessa. Nella proposta di anonimizzazione dei dati ovvero di eliminazione dei dati personali non pertinenti e dei dati sensibili e giudiziari, gli Uffici procedono all'oscuramento delle informazioni minime necessarie affinché non siano espunti dalla delibera elementi indispensabili alla conoscibilità e comprensione della stessa» (par. 4).

La complessità del quadro normativo induce a presentare più istanze onerando gli uffici pubblici di esaminarle con riferimento a ciascuna tipologia. I soggetti consultati hanno dunque espresso «*in modo evidente, l'esigenza di uniformare le varie forme di accesso in un unico istituto, modellato sulla falsa riga dell'accesso civico universale (c.d. FOIA)*»¹⁵⁷. Conseguentemente, è stata richiesta la razionalizzazione del procedimento di accesso generalizzato e della fase di riesame e degli obblighi di pubblicazione dei dati da parte delle amministrazioni¹⁵⁸.

Di segno molto simile paiono altresì le conclusioni cui è pervenuto il monitoraggio sulla trasparenza condotto dall'Autorità Nazionale Anticorruzione fra il 2020 e la primavera del 2021, in cui sono state evidenziate nel dettaglio le criticità riscontrate dagli operatori e dai fruitori dei dati pubblicati sui portali “Amministrazione trasparente”¹⁵⁹.

In risposta alle consultazioni sono pertanto emersi, anche da parte di osservatori qualificati interni ed esterni alle amministrazioni, rilievi che a suo tempo già la dottrina e la giurisprudenza avevano mosso rispetto alle varie riforme in tema di trasparenza di per sé apprezzabili, ma giustapposte nel tempo le une alle altre senza la riconduzione ad un disegno complessivo¹⁶⁰.

Un'unificazione o, quantomeno, un forte coordinamento fra i vari tipi di accesso alla documentazione amministrativa sono allora auspicabili e chiaramente suggeriti da quell'approccio sostanzialista cui si faceva in precedenza riferimento¹⁶¹: essendo ormai appurata l'esistenza di un diritto generale a conoscere

¹⁵⁷ Report *Consultazione pubblica su trasparenza e anti-corruzione: l'ascolto degli stakeholder*, cit., pp. 25 ss. e 57 ss. Fra le risposte analitiche si segnala la critica circa «l'obbligo, per l'Amministrazione, di riquilibrare l'istanza presentata in altra forma di accesso ed esaminarla alla luce della relativa disciplina, con ulteriore aggravio procedimentale»: come si è visto, l'Adunanza plenaria n. 10 del 2020 ha escluso tale obbligo nel caso in cui l'istante abbia fatto riferimento in modo inequivoco ad una sola tipologia di diritto d'accesso. Pare rimanere invece l'obbligo in ogni altro caso (nutre alcuni dubbi in proposito L. IANNOTTA, *I rapporti tra accesso tradizionale ed accesso civico generalizzato*, cit., pp. 1389 ss.), anche pur essendo raro che l'istante faccia davvero riferimento in via del tutto esclusiva ad un solo titolo legittimante, a meno che utilizzi una modulistica *ad hoc* predisposta dall'amministrazione. Con il rischio conseguente, peraltro, di errori nella scelta dei moduli: V. MIRRA, *Diritto d'accesso e attività contrattuale della pubblica amministrazione: la Plenaria risolve ogni dubbio?*, cit., p. 682.

¹⁵⁸ Report *Consultazione pubblica su trasparenza e anti-corruzione: l'ascolto degli stakeholder*, cit., pp. 32 ss. e 58. Fra le proposte in tal senso è stata richiesta la revisione e il raccordo degli obblighi di pubblicazione al fine di evitare la duplicazione di richieste di informazioni (con un *focus* nel settore dei contratti pubblici), l'adozione di standard comuni per una migliore fruibilità delle informazioni, l'adozione di efficaci sistemi di monitoraggio per il controllo della qualità e fruibilità delle informazioni, il potenziamento dell'uso delle banche dati come unico punto di inserimento dei dati. Sugli obblighi di pubblicazione cfr., recentemente, F. CAPORALE, *La parabola degli obblighi di pubblicazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2021, pp. 853 ss., che concorda sulla necessità di una loro semplificazione vista anche la sopravvenuta coesistenza – a differenza dell'epoca in cui furono introdotti – dell'accesso civico generalizzato come strumento di trasparenza (*op. cit.*, pp. 875 ss.).

¹⁵⁹ ANAC, Progetto Trasparenza, *Monitoraggio conoscitivo sulla “esperienza della trasparenza”*, i cui esiti sono pubblicati sul sito dell'Autorità in tre voluminosi report, ricchi di dati: *Survey strutturate rivolte ai RPCT di un campione qualificato di Amministrazioni*, febbraio 2020; *Analisi dei procedimenti dell'ANAC in materia di trasparenza*, marzo 2021; *Survey per ONG, operatori e utilizzatori qualificati su criticità e punti di forza riscontrati nel sistema della trasparenza*, maggio 2021.

¹⁶⁰ Si ricordano i rilievi già sollevati dal Consiglio di Stato nel parere n. 515 del 2016. In dottrina: D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *Questa Rivista*, n. 10, 2016, pp. 16 ss.; E. CARLONI, *Se questo è un FOIA. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Astrid Rassegna*, n. 4, 2016, pp. 1 ss.

¹⁶¹ V. *supra*, par. 3.

i documenti e i dati pubblici, sarebbe molto più semplice sia per i privati sia per le amministrazioni doversi confrontare con un'unica modalità di accesso¹⁶², cui corrisponda un'unica tipologia di procedimento amministrativo mediante il quale l'amministrazione valuta i limiti che eventualmente lo impediscono, la riunione dei poteri di vigilanza in materia in capo ad un'unica autorità di garanzia¹⁶³, con la conseguente possibilità di impugnazione mediante un unico rito speciale innanzi al giudice amministrativo¹⁶⁴.

Il legislatore, acquisiti gli esiti dei lavori della Commissione incaricata di predisporre la riforma dei testi normativi¹⁶⁵, in attuazione degli obiettivi sopra richiamati del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza¹⁶⁶, dovrebbe tenere nella debita considerazione le proposte emerse dalle consultazioni pubbliche e i fondamentali approdi cui è giunta la giurisprudenza amministrativa, che ha ripreso la migliore riflessione giuridica sul nesso fra trasparenza e democrazia¹⁶⁷.

L'affermazione dell'accessibilità generalizzata alla fase di esecuzione dei contratti pubblici, visto il rilievo pubblicistico e non meramente privatistico di quest'ultima¹⁶⁸, rafforza l'ipotesi iniziale sulla trasparenza come conseguenza logica della specialità del diritto amministrativo, come incentivo alla legalità unita all'efficienza dell'azione e organizzazione amministrativa¹⁶⁹.

¹⁶² Di grande interesse la proposta avanzata da A. MOLITERNI, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 517, di assorbimento della disciplina di cui agli art. 22 ss. della legge n. 241 del 1990 all'interno dell'accesso civico generalizzato, per cui l'eventuale presenza di un interesse qualificato alla conoscenza di un certo documento potrebbe rilevare non più dal punto di vista della legittimazione a presentare l'istanza, ma solo al momento del bilanciamento con gli interessi contrapposti (ovvero, ove persista soltanto un *harm test*, della verifica della sussistenza di un'eccezione all'accesso).

¹⁶³ Questo l'auspicio di Transparency International Italia, *FOIA4Journalists*, cit. L'esistenza di un'Autorità indipendente di vigilanza sull'accesso è peraltro prevista fra gli standard minimi della citata Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti (art. 8): L. DROGHINI, *Principi e garanzie del diritto di accesso: riflessioni a margine della entrata in vigore della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti*, cit., p. 236.

¹⁶⁴ Valorizzando il rito già previsto dall'art. 116 c.p.a.: v. *supra*, par. 3.

¹⁶⁵ Fra i relatori al ricordato seminario *La buona amministrazione*, svoltosi il 24 aprile 2020 presso la SPISA di Bologna erano presenti alcuni membri della Commissione ministeriale di studio sulle riforme in materia di anticorruzione e trasparenza presieduta da B.G. Mattarella: M. Savino, F. Caporale, A. Moliterni, i quali hanno esposto le linee di lavoro della Commissione sia di rivalutazione complessiva della coesistenza delle varie tipologie di accesso, sia di riorganizzazione degli obblighi di pubblicazione. Ne ha trattato lo stesso prof. Mattarella nella relazione al convegno *La digitalizzazione dei contratti pubblici: il ruolo di ANAC nell'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* d'inaugurazione della VI edizione del Master in Strategie per l'efficienza, l'integrità e l'innovazione nei contratti pubblici, Torino, 11 giugno 2021.

¹⁶⁶ V. *supra*, par. 1.

¹⁶⁷ I numerosi passaggi in argomento della sentenza dell'Ad. plen. n. 10 del 2020 culminano al punto 22.6, in cui sono riassunti il pensiero di Turati e Bobbio: «*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*».

¹⁶⁸ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 12.5: «*Non rileva, pertanto, che la fase esecutiva del rapporto negoziale sia tendenzialmente disciplinata da disposizioni privatistiche, poiché anche e, si direbbe, soprattutto questa fase rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell'indizione della gara e/o dell'affidamento della commessa, che anzi trova la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di realizzazione dell'opera o del servizio*».

¹⁶⁹ S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, cit., pp. 84 ss.; intervento di D. DONATI nel seminario *La buona amministrazione*, svoltosi il 24 aprile 2020 presso la SPISA di Bologna. Sul rapporto fra trasparenza dell'azione e

La rilevanza pubblicistica della realizzazione dell'appalto porta con sé, per tutte le ragioni addotte dal supremo consesso del Consiglio di Stato, i principi di pubblicità e trasparenza¹⁷⁰: innanzitutto attraverso gli obblighi di pubblicazione dei dati (la c.d. *disclosure* proattiva delle amministrazioni)¹⁷¹ con il correlato diritto di accesso civico semplice, ma anche attraverso il diritto di accesso documentale *ex lege* n. 241 del 1990 e l'accesso generalizzato "FOIA". Proprio il non essere l'esecuzione un «*un rapporto rigorosamente privatistico tra la pubblica amministrazione e il contraente escludente qualsivoglia altro rapporto o interesse*»¹⁷², bensì un rapporto che rileva anche per il diritto amministrativo e le norme del Codice dei contratti pubblici, determina l'apertura della stessa alla conoscibilità da parte di eventuali controinteressati al subentro o, se del caso, alla riedizione della gara¹⁷³, nonché di tutti i cittadini in funzione di controllori diffusi e potenziale stimolo verso i poteri di vigilanza e controllo da parte dei soggetti pubblici come l'ANAC¹⁷⁴.

Democrazia, pubblicità, trasparenza, specialità di un diritto amministrativo di garanzia sono pertanto profili che inevitabilmente si completano. È apparso evidente nei mesi difficili della pandemia da Covid-19 quando, a fronte della sospensione delle regole ordinarie sui contratti pubblici e dell'applicazione delle procedure emergenziali (nonché della sospensione della stessa operatività delle varie forme d'accesso, da

organizzazione amministrativa e qualità delle prestazioni cfr. S. PONZIO, *La valutazione della qualità delle pubbliche amministrazioni*, Nel Diritto, Roma, 2012, pp. 47 ss.

¹⁷⁰ Si registra sul punto l'opinione fortemente critica di A. MOLITERNI, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 513, nt. 65, secondo il quale non sarebbe condivisibile la tesi cui accede la Plenaria di una relazione biunivoca tra interesse pubblico e regime pubblicistico. «*Là dove si premura di dimostrare "la persistenza di un rilevante interesse pubblico nella fase esecutiva del contratto"*» riprenderebbe «*un'impostazione - invero non isolata anche a livello dottrinario - tesa a sovrapporre il tema del regime giuridico del rapporto al (diverso) problema della natura degli interessi in gioco [...]. In realtà proprio una corretta applicazione della disciplina sulla trasparenza consentirebbe di dissociare il problema del regime giuridico degli atti da quello della rilevanza pubblicistica degli interessi, assicurando un allargamento del controllo sociale sul rapporto negoziale, ma lasciando alla sola amministrazione il potere di intervenire su di esso in via essenzialmente privatistica*». Ritenendo invece di condividere la relazione che l'Adunanza plenaria pone fra rilevanza pubblicistica (o meglio, "pubblica") e trasparenza, non ci si vuole schierare con un'interpretazione formalistica tradizionale. Si preferisce però sostenere che solo la specialità degli istituti del diritto amministrativo (fra cui lo stesso diritto d'accesso civico generalizzato) rispetto a quelli del diritto comune sono idonei a garantire appieno la trasparenza. È chiara in questo senso la stessa giurisprudenza che si rifà all'arresto dell'Adunanza plenaria n. 5 del 1999 per cui «*l'amministrazione non può [...] negare l'accesso agli atti riguardanti la sua attività di diritto privato solo in ragione della loro natura privatistica [...]. Non rileva, pertanto, che la fase esecutiva del rapporto negoziale sia tendenzialmente disciplinata da disposizioni privatistiche, poiché anche e, si direbbe, soprattutto questa fase rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell'indizione della gara e/o dell'affidamento della commessa, che anzi trova la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di realizzazione dell'opera o del servizio*»: Ad. plen. n. 10 del 2020, punti 12.4 e 12.5. Detto altrimenti, emerge chiaramente dalla sentenza l'idea che la trasparenza deriva non dalla *forma* degli atti, bensì dalla *sostanza* pubblicistica. Se gli atti fossero, oltre che formalmente, sostanzialmente privati, non vi sarebbe spazio né per l'accesso documentale (ché il privato non potrebbe vantare alcun interesse strumentale alla tutela di qualsivoglia interesse finale avverso la P.A.) né per il diritto di accesso universale spettante a chiunque.

¹⁷¹ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 12.8.

¹⁷² Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 14.1.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ Ad. plen. n. 10 del 2020, punto 31.5 ss. Sul ruolo dei terzi (concorrenti non selezionati, altri operatori economici del settore, autorità indipendenti, società civile, *media*, associazioni, accademia) nella corretta esecuzione del contratto pubblico, v. ampiamente: G.M. RACCA, *The role of third parties in the execution of public contracts*, in L. FOLLIOU-LALLIOT, S. TORRICELLI (a cura di), *Controles et contentieux des contrats publics. Oversight and challenges of public contracts*, Bruylant, Bruxelles, 2018, pp. 415 ss.

quello documentale a quello generalizzato¹⁷⁵), con conseguente *deminutio* delle garanzie di imparzialità e concorrenza nelle procedure di selezione dei contraenti¹⁷⁶, si è da più parti alzata la richiesta di incrementare la trasparenza per tutelare, controbilanciando le esigenze dell'emergenza, l'integrità e l'efficienza della spesa pubblica¹⁷⁷. Parimenti, la piena trasparenza delle decisioni e dell'attività degli apparati amministrativi sarà di cruciale importanza per il monitoraggio delle varie fasi di attuazione del PNRR, caratterizzato da procedure speciali volte alla realizzazione in breve tempo di una quantità ingentissima di investimenti pubblici¹⁷⁸.

La digitalizzazione può giocare senza dubbio un ruolo fondamentale per l'effettiva accessibilità alla documentazione amministrativa, mediante la corretta strutturazione e interoperabilità delle banche dati pubbliche¹⁷⁹ e, tuttavia, per raggiungere il risultato della trasparenza rimane, nondimeno, essenziale che

¹⁷⁵ Art. 67, comma 3 (sospensione dall'8 marzo al 31 maggio 2020 delle attività, non aventi carattere di indifferibilità ed urgenza, consistenti nelle risposte alle istanze di accesso) e art. 103, comma 1, del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito nella l. 24 aprile 2020 n. 27 (sospensione dei termini relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data, fino al 15 aprile 2020).

¹⁷⁶ Nell'emergenza la modalità di affidamento di gran lunga prevalente è stata la procedura negoziata senza bando, ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016: cfr. ANAC, *Indagine conoscitiva sugli affidamenti in regime emergenziale di forniture e servizi sanitari connessi al trattamento ed al contenimento dell'epidemia da COVID 19 – Report di seconda fase*, approvato dall'Autorità il 4 agosto 2020. Già la direttiva 2014/24/UE al considerando n. 50 segnala infatti: «tenuto conto degli effetti pregiudizievole sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali. L'eccezionalità dovrebbe essere circoscritta ai casi nei quali la pubblicazione non sia possibile per cause di estrema urgenza dovute a eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice».

¹⁷⁷ V. ampiamente: E. CARLONI, *La trasparenza come risposta all'emergenza*, rapporto pubblicato sul sito dell'Autorità Nazionale Anticorruzione il 29 aprile 2020; M. COZZIO, N. PARISI, *L'emergenza sanitaria causata dal COVID-19: l'impatto (attuale e futuro) sul sistema nazionale dei contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, n. 1, 2021, spec. pp. 58 ss. Fra i documenti di ANAC si vedano la *Ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione, presenti nel codice dei contratti e nell'attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento*, approvata dal Consiglio il 22 aprile 2020, nonché la Relazione annuale 2019 presentata al Parlamento il 2 luglio 2020, spec. l'allegato *L'Autorità e l'emergenza Covid-19* e la Relazione annuale 2020, presentata al Parlamento il 18 giugno 2021. A livello internazionale: L. FOLLIOU, C.R. YUKINS, *COVID-19: Lessons learned in public procurement. Time for a new normal?*, in *Concurrences*, n. 3, 2020, pp. 46 ss. e spec. 52 ss.; il webinar organizzato da Open Contracting Partnership e dal Government Law Program della George Washington University Law School, *Procurement, COVID-19, and the Fight Against Corruption*, 29 settembre 2020. I capitoli spagnolo, italiano e francese di Transparency International hanno sottoscritto in merito l'appello *Contro la crisi sanitaria, più trasparenza e democrazia*, pubblicato il 7 aprile 2020 sul sito di [Transparency International Italia](https://www.transparency.org/it). Si v. anche l'appello di Open Polis *Perché è importante conoscere come si spendono i soldi nell'emergenza*, pubblicato l'8 aprile 2020 sul sito dell'associazione.

¹⁷⁸ Sul tema, di straordinario interesse per il futuro prossimo, v. le prime osservazioni di N. PARISI, D. RINOLDI, *L'attuazione del PNRR italiano: spunti di riflessione sull'architettura euro-nazionale in materia (anche se per riflettere c'è ben poco tempo ormai)*, in *Eurojus*, n. 3, 2021, pp. 93 ss. Da segnalare le preoccupazioni destinate dal mancato accoglimento dell'emendamento al disegno di legge n. 3146, di conversione del d.l. 31 maggio 2021 n. 77, proposto alle Commissioni I e VIII della Camera dei deputati dall'Osservatorio civico PNRR, che prevedeva la pubblicazione dei dati sull'uso dei fondi in formato aperto e facilmente utilizzabile da parte di cittadini, analisti e ricercatori (cfr. il sito di [Monithon](https://www.monithon.org)). Non si è fermato tuttavia il movimento della società civile volto al monitoraggio dell'attuazione del Piano: fra le iniziative presenti si ricorda il progetto [LIBenter](https://www.libenter.org) (Per L'Italia BENE comune Nuova, Trasparente, Europea, Responsabile), promosso dall'Università Cattolica del Sacro Cuore, Fondazione Etica, Libera, CNEL, in partnership con ASEs, Gran Sasso Science Institute, ISTEa, Openpolis, Osservatorio civico PNRR.

¹⁷⁹ Colpisce in proposito la rilevazione di numerosi casi in cui le amministrazioni hanno chiesto agli istanti maggiori informazioni e dettagli più che per l'evasività o la poca precisione delle richieste inviate, per la scarsa conoscenza da parte dei funzionari dei documenti richiesti in quanto afferenti ad altri dipartimenti o uffici dell'ente: Transparency

in ogni campo di azione dei poteri pubblici questa sia davvero attuata in modo effettivo e non si riduca ad un adempimento formale. Poco utile, se non dannosa, sarebbe un'apertura alla conoscibilità dell'amministrazione solo come mero proclama¹⁸⁰, non corrispondente ad un'autentica cultura dell'*openness*¹⁸¹ e della visibilità del potere pubblico al pubblico¹⁸².

International Italia, *FOLA4Journalists*, cit. Sull'interoperabilità delle banche dati dell'amministrazione e il rispetto del principio dell'invio unico del dato sia consentito rinviare a F. GORGERINO, *Legal Basis and Regulatory Applications of the Once-Only Principle: The Italian Case*, in R. KRIMMER, A. PRENTZA, S. MAMROT (a cura di): *The Once-Only Principle. The TOOP Project*, in *Lecture Notes in Computer Science*, n. 12621, Springer, Cham, 2021, pp. 104 ss.

¹⁸⁰ Sul rischio che il diritto d'accesso «per cui tanto abbiamo lottato» sia stato «“declassato” a mero procedimento amministrativo», «etichetta vuota. [...] una serie di procedimenti e di oneri burocratici a carico della Pubblica Amministrazione e nulla più» v. le considerazioni di D. Del Monte in apertura del *report* di Transparency International Italia, *FOLA4Journalists*, cit. Fra le numerose analisi volte a misurare l'effettività della trasparenza (quantomeno la qualità dei dati pubblicati dagli enti), si segnalano ad es. il *report* a cura di Civico97, Transparency International Italia, Riparte il futuro, *L'anticorruzione nei Comuni italiani. Analisi delle Relazioni dei Responsabili Anticorruzione*, ottobre 2018; il *report* di Synapta, *Trasparenza e dati aperti per prevenire la corruzione: come si comportano i Comuni italiani?*, 2019; il periodico [Rating Pubblico](#) effettuato dalla Fondazione Etica.

¹⁸¹ Hanno prospettato un circolo virtuoso della cultura della trasparenza, che tiene insieme i doveri dei funzionari pubblici di accuratezza, completezza, qualità, tempestività nel trattamento delle informazioni pubbliche e la spinta verso la semplificazione, razionalizzazione e digitalizzazione della pubblica amministrazione: F. MERLONI, A. PIRNI, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, cit., pp. 189-190.

¹⁸² J. STIGLITZ, *Transparency in Government*, cit., p. 42: «*The challenge is to create a truly transparent and open government. The incentives for secrecy are great, and so too are the opportunities for evading the intent of any disclosure regulations. If formal meetings have to be open, then all decisions can be made in informal meetings. If written material is subject to disclosure, then officials will have an incentive to ensure that little is written down, and what is written down will be for the public record. Given these limitations of legalistic approaches, the emphasis must be on creating a culture of openness, where the presumption is that the public should know about and participate in all collective decisions.*».