

SULL'OBBLIGO DI ISTITUIRE IN ITALIA IL DIFENSORE CIVICO NAZIONALE

2.1 L'Agenzia europea Frontex e la tutela dei diritti fondamentali

Con il regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2016/1624 del 14 settembre 2016, l'Agenzia europea per la gestione della cooperazione alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea è stata rinominata "Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera".

I compiti dell'Agenzia, che continuerà a essere nota come Frontex¹ sono stati ampliati dal testo normativo al fine di raggiungere un livello di efficacia maggiore nella gestione integrata europea delle frontiere. Contemporaneamente, sono state rafforzate le tutele approntate per i diritti fondamentali dei soggetti interessati dall'operato dell'Agenzia; tra queste spicca il nuovo meccanismo di denuncia disciplinato dall'art. 72 del regolamento.

Le funzioni che l'Agenzia Frontex è chiamata ad assolvere sono strettamente connesse alla tutela dei diritti fondamentali delle persone che entrano in contatto con l'ente, a partire dal 2009. Infatti, il Trattato di Lisbona, come è noto, ha attribuito valore giuridico alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (c.d. Carta di Nizza), rendendolo vincolante anche nei confronti dell'Agenzia.

Nel 2011, il regolamento n. 2011/1168 ha riconosciuto esplicitamente la necessità per l'Agenzia di svolgere i compiti assegnati in piena compatibilità con le norme della Carta di Nizza. Al tal fine, vengono introdotte alcune misure specifiche:

- l'Agenzia ha l'obbligo di predisporre, sviluppare e attuare una *"strategia in materia di diritti fondamentali"*;
- l'Agenzia deve istituire *"un meccanismo efficace per monitorare il rispetto dei diritti fondamentali in tutte le proprie attività"*;
- viene costituito un *"forum consultivo"* per assistere il direttore esecutivo e il consiglio di amministrazione dell'Agenzia in questioni legate ai diritti fondamentali;
- viene designato dal consiglio di amministrazione un *"responsabile dei diritti fondamentali che dispone delle qualifiche e dell'esperienza necessarie nel settore dei diritti fondamentali. Questi è indipendente nell'espletamento delle sue funzioni di responsabile dei diritti fondamentali e riferisce direttamente al consiglio di amministrazione e al forum"*;
- viene elaborato e sviluppato ulteriormente *"un codice di condotta applicabile a tutte le operazioni di cui assicura il coordinamento. Il codice di condotta stabilisce procedure intese a garantire i principi dello Stato di diritto e il rispetto dei diritti fondamentali [...] applicabili a tutti coloro che prendono parte alle attività dell'Agenzia"*.

¹ L'agenzia è stata istituita dal regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio, in seguito abrogato dal regolamento n. 2016/1624.

La proposta del Mediatore in merito all'istituzione di un meccanismo di denuncia delle violazioni dei diritti fondamentali nell'ambito delle attività di Frontex è stata accolta dalle istituzioni europee nel momento in cui si sono trovate a riformare l'Agenzia. Infatti, il nuovo regolamento n. 2016/1624 prevede all'art. 72 che l'Agenzia, in collaborazione con il responsabile dei diritti fondamentali, adotti le misure necessarie a istituire un meccanismo di denuncia sul modello di quanto proposto dal Mediatore nella risoluzione al Parlamento europeo.

2.2 Il meccanismo di denuncia ex art. 72 regolamento n. 2016/1624

Il meccanismo può essere ricostruito nei seguenti termini: qualsiasi persona che sia direttamente interessata dalle azioni del personale che partecipa alle attività di Frontex e che ritenga di essere stata oggetto di una violazione dei suoi diritti fondamentali a seguito di tali azioni, o la parte che rappresenta tale persona, può presentare una denuncia per iscritto all'Agenzia; sono considerate ricevibili solamente le denunce comprovate riguardanti violazioni concrete dei diritti fondamentali.

La disposizione attribuisce un ruolo centrale al responsabile dei diritti fondamentali. In generale, egli è competente per la gestione delle denunce ricevute dall'Agenzia in conformità al "diritto a una buona amministrazione" e cura la fase preliminare della procedura.

Nello specifico, il responsabile:

- esamina la ricevibilità delle denunce;
- registra le denunce ricevibili;
- inoltra le denunce ricevute al direttore esecutivo;
- trasmette le denunce riguardanti i membri delle squadre allo Stato membro di appartenenza;
- informa l'autorità o l'organo competenti in materia di diritti fondamentali di uno Stato membro.

La procedura di risoluzione delle denunce prevede due soluzioni diverse a seconda dell'appartenenza del soggetto che ha commesso la presunta violazione dei diritti fondamentali:

- nel caso in cui la denuncia riguardi l'operato di un membro del personale dell'Agenzia, il responsabile dei diritti fondamentali trasmette la denuncia al direttore esecutivo, il quale è chiamato ad assicurare il "seguito appropriato" della stessa. Tale seguito, non specificato dalla disposizione, può prevedere l'adozione di misure disciplinari nei confronti del soggetto autore della condotta oggetto della denuncia. Il direttore esecutivo è tenuto a consultare il responsabile nelle more del procedimento e di informarlo circa gli esiti della procedura;
- nel caso in cui la denuncia riguardi un soggetto appartenente ad uno Stato membro dell'Unione, il seguito appropriato della denuncia deve essere garantito dallo stesso Stato membro. Al fine di assicurare un esito appropriato alla denuncia, lo

Stato membro può adottare delle misure disciplinari o altre misure in conformità con il diritto interno. Lo Stato membro deve comunicare al responsabile dei diritti fondamentali gli esiti del procedimento scaturito dalla denuncia entro un determinato termine e successivamente, se necessario, a intervalli regolari. Nell'ipotesi in cui lo Stato membro non comunichi alcuna informazione in merito ad una denuncia, l'Agenzia dà seguito alla questione.

2.3 I meccanismi di tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano

La tutela dei diritti fondamentali è disciplinata, in primo luogo, dal diritto internazionale. La fonte giuridica fondamentale in materia è rappresentata dai **Principi di Parigi**, adottati dall'Assemblea Generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite mediante la risoluzione n. 48/134 del 20 dicembre 1993, i quali stabiliscono la necessità per ciascuno Stato di costituire una *National Human Rights Institution* (NHRI), caratterizzata, tra l'altro, da:

- un mandato di tutela dei diritti fondamentali previsto dalla Costituzione o da una legge;
- un mandato ampio, relativo a tutti i settori attinenti alla tutela dei diritti fondamentali;
- dei parametri concreti di autonomia e di indipendenza e precise garanzie sul mandato e sull'autonomia dell'istituzione, anche dal punto di vista funzionale.

Da tale quadro risulta evidente come il *favor* dell'organizzazione internazionale vada a beneficio dell'istituzione di un Difensore civico a livello nazionale, quale autorità indipendente e autonoma, dotata di adeguati mezzi e garanzie per la promozione e la protezione dei diritti fondamentali.

Allo stato attuale, lo Stato italiano risulta inadempiente rispetto all'obbligo di istituire una NHRI, nonostante diversi progetti di legge volti alla costituzione di una Commissione per i diritti umani siano stati depositati in Parlamento negli ultimi anni.

L'assenza di una specifica NHRI nell'ordinamento italiano acquista un'importanza centrale: se costituito, tale tipologia di organismo avrebbe rappresentato il soggetto idoneo a garantire un'efficace tutela dei diritti fondamentali nell'ambito delle attività dell'Agenzia Frontex.

Tale "*vacatio*" risulta aggravata dalla perdurante assenza di un Difensore civico nazionale, in grado di partecipare in modo soddisfacente al funzionamento del meccanismo di denuncia previsto dalla normativa europea, perciò pienamente capace di agire in qualità di NHRI.

2.4 Conclusioni

La recente riforma dell'Agenzia europea Frontex rende non più differibile l'introduzione in Italia di un Difensore Civico a livello nazionale.

Difatti, a causa della mancata costituzione di tale organo continua a registrarsi un problematico vuoto di tutela per tutti coloro che subiscono una violazione dei diritti fondamentali attribuibile all'operato di un agente Frontex appartenente allo Stato italiano.

Questa soluzione può essere ritenuta come la più adeguata, in quanto:

- come emerge dai documenti adottati in sede internazionale, la tutela dei diritti fondamentali risulta essere meglio esercitata dal Difensore civico piuttosto che da altre tipologie di NHRI;
- a prescindere dal tema della tutela dei diritti fondamentali, l'assenza di un Difensore civico nazionale trova pochi riscontri nel panorama comparato ed è in controtendenza rispetto alle indicazioni fornite dalle istituzioni sovranazionali; in questo senso, si segnalano, a puro titolo esemplificativo, le raccomandazioni nn. 757 (1975) e 1615 (2003) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, la risoluzione n. 1959 (2013) adottata dallo stesso organo e la raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa n. (85) 13.

Da ultimo, e come accennato nel precedente capitolo, per completare il quadro delle norme che richiedono l'istituzione di un Ombudsman nazionale, è opportuno ricordare che, tra le condizioni e i principi fissati dal Trattato sull'Unione europea per l'ingresso di nuovi stati membri, vi è proprio l'istituzione di un Difensore civico nazionale.

In particolare, l'art. 49 TUE, nel definire i parametri cui devono conformarsi i Paesi che desiderano diventare membri dell'Unione, rimanda ai criteri di ammissibilità all'Unione convenuti in occasione del Consiglio europeo di Copenaghen nel 1993 e migliorati in occasione del Consiglio europeo di Madrid nel 1995.

I criteri a cui si fa riferimento per l'ingresso nella UE (noti appunto come criteri di Copenaghen) sono:

- a) La presenza di istituzioni stabili che garantiscano la democrazia, lo stato di diritto, i diritti dell'uomo, il rispetto delle minoranze e la loro tutela;
- b) L'esistenza di un'economia di mercato affidabile e la capacità di far fronte alle forze del mercato e alla pressione concorrenziale all'interno dell'Unione;
- c) L'attitudine necessaria per accettare gli obblighi derivanti dall'adesione e, segnatamente, la capacità di attuare efficacemente le norme, le regole e le politiche che formano il corpo della legislazione dell'UE, nonché l'adesione agli obiettivi dell'unione politica, economica e monetaria.

In conclusione, l'istituzione di un Difensore civico nazionale, da tempo rivendicata dal Coordinamento nazionale dei Difensori civici regionali e delle Province autonome, avrebbe il pregio di contribuire al raggiungimento di due obiettivi fondamentali: da un lato, verrebbe garantita la piena compatibilità della legislazione interna con il nuovo meccanismo di denuncia dell'Agenzia Frontex, dall'altro si conseguirebbe il riallineamento dell'ordinamento italiano ai più avanzati standard europei e internazionali in materia di difesa civica e tutela dei diritti fondamentali.

ACCESSO CIVICO, TRASPARENZA, PRIVACY

3.1 Il nuovo accesso civico (modello F.O.I.A.)

A seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 97 del 2016, è stata introdotta nel nostro ordinamento la "libertà d'informazione" del cittadino, vale a dire il diritto di "chiunque" di ottenere i dati in possesso della pubblica amministrazione (salvo quelli espressamente esclusi), riconducibile al modello del F.O.I.A. (*Freedom of Information Act*) di origine statunitense.

La *ratio* del "nuovo" diritto di accesso, così come più volte precisato nelle Linee Guida adottate dall'Autorità nazionale anticorruzione d'intesa con il Garante della privacy, risiede nella scelta del legislatore di un principio di *full disclosure*, in virtù del quale la trasparenza della P.A. è quasi sempre la regola mentre la riservatezza e il segreto rappresentano l'eccezione: "...essendo l'ordinamento ormai decisamente improntato ad una netta preferenza per la trasparenza dell'attività amministrativa, la conoscibilità generalizzata degli atti diviene la regola, temperata solo dalla previsione di eccezioni poste a tutela di interessi (pubblici e privati) che possono essere lesi/pregiudicati dalla rivelazione di certe informazioni".

Questo nuovo strumento conoscitivo non è "condizionato dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti" e contempla "tutti i dati, i documenti e le informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli per i quali è stabilito un obbligo di pubblicazione".

Il "nuovo" diritto di accesso civico, c.d. "generalizzato", si affianca e stratifica rispetto alle già esistenti tipologie di accesso del nostro ordinamento – accesso "documentale/difensivo" (ex *lege* n. 241/90) e civico "semplice" (ex d.lgs. n. 33/2013) - ingenerando non poche incertezze interpretative e difficoltà operative.

Per quanto riguarda i tempi di conclusione del procedimento del nuovo accesso civico, sono fissati in trenta giorni dall'istanza, che possono allungarsi in caso di opposizione del controinteressato.

La riforma riconosce una funzione specifica ai difensori civici in materia di accesso civico generalizzato che è quella del riesame in caso di rifiuto (espresso o tacito) dell'istanza di accesso, mutuandolo dal procedimento di riesame introdotto dalla legge n. 241/1990 in materia di accesso documentale.

Dunque, nei casi di diniego, parziale o totale, è previsto un meccanismo di ricorso interno, attraverso il riesame da parte del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (o, in alternativa del difensore civico, laddove costituito), che decide con provvedimento motivato, sentito il Garante della privacy, se è coinvolto l'interesse alla protezione dei dati personali di eventuali controinteressati.

L'art. 5, comma 8, stabilisce che: "Qualora il difensore civico non sia stato istituito, la

competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore". Sul punto, un dubbio nasce spontaneo, dato il contesto attuale della difesa civica in Italia; i difensori civici comunali sono stati soppressi nel 2010, quelli provinciali si sono estinti a seguito del riordino degli enti provinciali, mentre il difensore civico nazionale in Italia non è mai stato istituito; poiché gli unici difensori civici operanti sono quelli regionali, peraltro molte regioni ne sono prive, non è dato comprendere il senso della citata disposizione di cui al comma 8.

Il sistema è completato dalla possibilità per l'interessato di tutelare le proprie pretese dinanzi al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 116 del Codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104; anche se la norma è carente sotto il profilo della mancata previsione del ricorso da parte del controinteressato, è ragionevole ritenere che tale possibilità non sia di fatto preclusa.

Quanto ai limiti all'accesso civico generalizzato, essi sono più stringenti rispetto a quelli stabiliti per l'accesso documentale e per la pubblicazione *online* dei dati obbligatori. La legge prevede innanzitutto due blocchi di limiti, rispettivamente a tutela di interessi pubblici (art. 5-bis, comma 1, secondo cui l'accesso è rifiutato in caso di "*pregiudizio concreto*" ad uno dei seguenti interessi pubblici: *a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; b) la sicurezza nazionale; c) la difesa e le questioni militari; d) le relazioni internazionali; e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; g) il regolare svolgimento di attività ispettive*) e a tutela di interessi privati (art. 5-bis, comma 2: l'accesso è altresì rifiutato in caso di "*pregiudizio concreto*" ai seguenti interessi privati: *a) la protezione dei dati personali; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali*).

Il terzo insieme di limiti all'accesso civico generalizzato (art. 5-bis, comma 3) è quello più esteso e indeterminato, poiché ricomprende oltre ai casi di segreto di Stato tutti gli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990, che limita il tradizionale accesso documentale.

Quanto poi al bilanciamento tra la trasparenza e la riservatezza, nell'accesso civico "semplice" (corrispondente agli obblighi di pubblicazione), viene effettuato a monte dal legislatore, mentre nel nuovo accesso civico "generalizzato", così come peraltro accade nell'accesso documentale, tale bilanciamento viene effettuato *ex post* dall'amministrazione, quindi caso per caso.

Quanto alle differenze tra le diverse tipologie di accesso nel caso specifico di contrasto tra diritto alla privacy e diritto all'accesso documentale, il secondo prevale se la pretesa di conoscenza riguarda dati necessari per esercitare il diritto alla difesa (giurisdizionale e non); mentre, nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso documentale è consentito nei limiti in cui esso è strettamente indispensabile; in caso di dati "supersensibili" va fatto un bilanciamento tra diritti di pari rango.

Viceversa nell'accesso civico generalizzato, in presenza di un "concreto pregiudizio" all'interesse alla privacy, l'accesso non potrà essere esercitato, dal momento che un di-

ritto generico all'informazione amministrativa non può ledere un valore di rango superiore, qual è il diritto alla riservatezza, costituzionalmente garantito.

Pertanto, il diritto dei cittadini a conoscere i dati che riguardano le pubbliche amministrazioni, al fine di esercitare un controllo sulle attività pubbliche e consentirne la partecipazione consapevole, deve essere circoscritto nell'alveo delle sue peculiari finalità e non può sfociare in una compressione di interessi individuali contrapposti (interesse-limite previsti dall'art. 5-bis d.lgs. 97/2016).

Secondo le indicazioni fornite dalle citate Linee Guida - che allo stato rappresentano uno strumento fondamentale per districarsi nella complessità della materia - *"l'amministrazione non può limitarsi a prefigurare il rischio di un pregiudizio in via generica e astratta, ma dovrà: a) indicare chiaramente – quale tra gli interessi elencati all'art. 5-bis, co. 1 e 2 – viene pregiudicato; b) valutare se il pregiudizio (concreto) prefigurato dipende direttamente dalla "disclosure" dell'informazione richiesta; c) valutare se il pregiudizio conseguente alla "disclosure" è un evento altamente probabile, e non soltanto possibile"*.

Centrale appare la dimostrazione del rapporto causa-effetto tra danno e trasparenza: una dimostrazione non così facile da motivare da parte dell'amministrazione – salvo forse il caso dei dati personali in cui la "lesione" è strettamente connessa alla "conoscenza" – che potrebbe comportare una significativa espansione di istanze di accesso civico generalizzato con esito positivo.

Ora, attesa la peculiarità della domanda di accesso civico che non necessita di motivazione, né di un interesse ad essa sotteso, appare di tutta evidenza il problema del bilanciamento di interessi contrapposti da parte della pubblica amministrazione; in assenza di specifica motivazione non è facile per la P.A. ricostruire le finalità per cui il dato viene raccolto e trattato attraverso l'accesso civico, e dunque non si potrà garantire il rispetto del "principio di finalità", ben noto al legislatore italiano che lo riporta testualmente nel Codice della privacy, stabilendo che: *"I dati personali oggetto di trattamento sono: ... b) raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, ed utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi (art. 11)"*. Ciò vuol dire che una PA può effettuare un trattamento di dati personali ulteriore – come la comunicazione di dati personali a terzi a seguito di una richiesta di "accesso civico" – solo se la finalità dell'ulteriore trattamento è compatibile con gli scopi originari del trattamento stesso.

A tal proposito, il Garante della privacy spiega chiaramente che *«L'assenza di una motivazione da parte del richiedente, nel privare l'amministrazione destinataria delle istanze di ostensione dei necessari elementi di ponderazione in ordine al fine così perseguito, può determinare, alternativamente, una eccessiva rigidità interpretativa, per cui l'amministrazione medesima tenderà a rigettare le richieste depauperando di ogni utilità lo strumento dell'accesso civico, oppure, al contrario, una dilatazione ingiustificata della nozione di trasparenza, per cui verranno trasmessi al richiedente dati e documenti senza alcun ragionevole criterio selettivo. Ciò che appare fuor di dubbio è che la mancata previsione, per le richieste di accesso civico, dell'obbligo di motivazione - che, pur non arrivando ad assumere i contorni ben definiti di una "situazione giuridi-*

camente rilevante”, fornisca elementi di valutazione idonei a legittimare l’istanza – rischia di comportare un’applicazione della disposizione diseguale da ufficio a ufficio». Per quanto riguarda, poi, il problema procedurale della comunicazione ai controinteressati, nel caso in cui l’interessato non comunichi a quest’ultimi l’istanza di riesame presentata al Difensore civico - in assenza di indicazioni normative sul punto, secondo un orientamento dottrinale prevalente - occorre mutuare la disciplina dell’accesso “tradizionale” (su cui peraltro sono modellati gran parte dei profili dell’accesso civico), prevedendo che sia il Difensore civico, in caso di omissione da parte del ricorrente, a notificare (o forse anche solo comunicare) la richiesta di riesame al controinteressato. Ciò, per garantire l’integrità e la pienezza del contraddittorio, nel rispetto dei principi generali stabiliti all’art. 111 Cost. e dettagliati dai diversi codici di procedura (civile, penale, amministrativa).

3.2 Linee Guida Autorità Nazionale Anticorruzione

Estratto 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.

2. L’accesso civico generalizzato: caratteristiche e funzioni

2.1. Introduzione

Le presenti linee guida hanno a oggetto la “definizione delle esclusioni e dei limiti” all’accesso civico a dati non oggetto di pubblicazione obbligatoria disciplinato dagli artt. 5 e 5-bis del d.lgs. n. 33/2013, come modificato dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 (d’ora innanzi “decreto trasparenza”).

Tale nuova tipologia di accesso (d’ora in avanti “accesso generalizzato”), delineata nel novellato art. 5, comma 2 del decreto trasparenza, ai sensi del quale “*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 pubblici e privati giuridicamente rilevanti, secondo quanto previsto dall’art. 5-bis*”, si traduce, in estrema sintesi, in un diritto di accesso non condizionato dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti ed avente ad oggetto tutti i dati e i documenti e informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli per i quali è stabilito un obbligo di pubblicazione.

La *ratio* della riforma risiede nella dichiarata finalità di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico (art. 5, comma 2 del decreto trasparenza). Ciò in attuazione del principio di trasparenza che il novellato articolo 1, comma 1, del decreto ridefinisce come accessibilità totale dei dati e dei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni non più solo finalizzata a “*favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche*”, ma soprattutto, e con una modifica assai significativa, come strumento di

tutela dei diritti dei cittadini e di promozione della partecipazione degli interessati all'attività amministrativa. L'intento del legislatore è ancor più valorizzato in considerazione di quanto già previsto nel co. 2 dell'art. 1 secondo cui la trasparenza è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, e integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino. La trasparenza diviene, quindi, principio cardine e fondamentale dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e dei loro rapporti con i cittadini.

Anche nell'ordinamento dell'Unione Europea, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (cfr. art. 15 TFUE e capo V della Carta dei diritti fondamentali) il diritto di accesso non è preordinato alla tutela di una propria posizione giuridica soggettiva, quindi non richiede la prova di un interesse specifico, ma risponde ad un principio generale di trasparenza dell'azione dell'Unione ed è uno strumento di controllo democratico sull'operato dell'amministrazione europea, come strumento per promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile. Dal canto suo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha qualificato il diritto di accesso alle informazioni quale specifica manifestazione della libertà di informazione, ed in quanto tale protetto dall'art. 10(1) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Come previsto nella legge 190/2012, il principio della trasparenza costituisce, inoltre, misura fondamentale per le azioni di prevenzione e contrasto anticipato della corruzione.

A questa impostazione consegue, nel novellato decreto 33/2013, il rovesciamento della precedente prospettiva che comportava l'attivazione del diritto di accesso civico solo strumentalmente all'adempimento dell'obbligo di pubblicazione; ora è proprio la libertà di accedere ai dati e ai documenti, cui corrisponde una diversa versione dell'accesso civico, a divenire centrale nel nuovo sistema, in analogia agli ordinamenti aventi il *Freedom of Information Act* (FOIA), ove il diritto all'informazione è generalizzato e la regola generale è la trasparenza mentre la riservatezza e il segreto eccezioni. In coerenza con il quadro normativo, il diritto di accesso civico generalizzato si configura - come il diritto di accesso civico disciplinato dall'art. 5, comma 1 - come diritto a titolarità diffusa, potendo essere attivato "*da chiunque*" e non essendo sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente (comma 3). A ciò si aggiunge un ulteriore elemento, ossia che l'istanza "non richiede motivazione". In altri termini, tale nuova tipologia di accesso civico risponde all'interesse dell'ordinamento di assicurare ai cittadini (a "*chiunque*"), indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridiche soggettive, un accesso a dati, documenti e informazioni detenute da pubbliche amministrazioni e dai soggetti indicati nell'art. 2-bis del d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016.

Per quanto sopra evidenziato, si ritiene che i principi delineati debbano fungere da canone interpretativo in sede di applicazione della disciplina dell'accesso generalizzato da parte delle amministrazioni e degli altri soggetti obbligati, avendo il legislatore posto la trasparenza e l'accessibilità come la regola rispetto alla quale i limiti e le esclusioni previste dall'art. 5-bis del d.lgs. 33/2013, rappresentano eccezioni e come tali da interpretarsi restrittivamente.

2.2. Distinzione fra accesso generalizzato e accesso civico

L'accesso generalizzato non sostituisce l'accesso civico "semplice" (d'ora in poi "accesso civico") previsto dall'art. 5, comma 1 del decreto trasparenza, e disciplinato nel citato decreto già prima delle modifiche ad opera del d.lgs. 97/2016. L'accesso civico rimane circoscritto ai soli atti, documenti e informazioni oggetto di obblighi di pubblicazione e costituisce un rimedio alla mancata osservanza degli obblighi di pubblicazione imposti dalla legge, sovrapponendo al dovere di pubblicazione, il diritto del privato di accedere ai documenti, dati e informazioni interessati dall'inadempienza.

I due diritti di accesso, pur accomunati dal diffuso riconoscimento in capo a "chiunque", indipendentemente dalla titolarità di una situazione giuridica soggettiva connessa, sono quindi destinati a muoversi su binari differenti, come si ricava anche dall'inciso inserito all'inizio del comma 5 dell'art. 5, *"fatti salvi i casi di pubblicazione obbligatoria"*, nel quale viene disposta l'attivazione del contraddittorio in presenza di controinteressati per l'accesso generalizzato.

L'accesso generalizzato si delinea come affatto autonomo ed indipendente da presupposti obblighi di pubblicazione e come espressione, invece, di una libertà che incontra, quali unici limiti, da una parte, il rispetto della tutela degli interessi pubblici e/o privati indicati all'art. 5-bis, commi 1 e 2, e dall'altra, il rispetto delle norme che prevedono specifiche esclusioni (art. 5-bis, comma 3).

2.3. Distinzione fra accesso generalizzato e accesso agli atti ex l. 241/1990

L'accesso generalizzato deve essere anche tenuto distinto dalla disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi di cui agli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 (d'ora in poi "accesso documentale"). La finalità dell'accesso documentale ex l. 241/90 è, in effetti, ben differente da quella sottesa all'accesso generalizzato ed è quella di porre i soggetti interessati in grado di esercitare al meglio le facoltà - partecipative e/o oppositive e difensive - che l'ordinamento attribuisce loro a tutela delle posizioni giuridiche qualificate di cui sono titolari. Più precisamente, dal punto di vista soggettivo, ai fini dell'istanza di accesso ex legge 241 il richiedente deve dimostrare di essere titolare di un *«interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso»*. Mentre la legge 241/90 esclude, inoltre, perentoriamente l'utilizzo del diritto di accesso ivi disciplinato al fine di sottoporre l'amministrazione a un controllo generalizzato, il diritto di accesso generalizzato, oltre che quello "semplice", è riconosciuto proprio *"allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico"*.

Dunque, l'accesso agli atti di cui alla l. 241/90 continua certamente a sussistere, ma parallelamente all'accesso civico (generalizzato e non), operando sulla base di norme e presupposti diversi. Tenere ben distinte le due fattispecie è essenziale per calibrare i diversi interessi in gioco allorché si renda necessario un bilanciamento caso per caso

tra tali interessi. Tale bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso 241 dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti) ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni.

In sostanza, come già evidenziato, essendo l'ordinamento ormai decisamente improntato ad una netta preferenza per la trasparenza dell'attività amministrativa, la conoscibilità generalizzata degli atti diviene la regola, temperata solo dalla previsione di eccezioni poste a tutela di interessi (pubblici e privati) che possono essere lesi/pregiudicati dalla rivelazione di certe informazioni.

Vi saranno dunque ipotesi residuali in cui sarà possibile, ove titolari di una situazione giuridica qualificata, accedere ad atti e documenti per i quali è invece negato l'accesso generalizzato.

(...) si consideri, d'altra parte, che i dinieghi di accesso agli atti e documenti di cui alla legge 241/1990, se motivati con esigenze di "riservatezza" pubblica o privata devono essere considerati attentamente anche ai fini dell'accesso generalizzato, ove l'istanza relativa a quest'ultimo sia identica e contestuale a quella dell'accesso ex l. 241/1990, indipendentemente dal soggetto che l'ha proposta.

Si intende dire, cioè, che 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 di tutela dell'interesse pubblico o privato sussistano anche in presenza di una richiesta di accesso generalizzato, anche presentata da altri soggetti. Tali esigenze dovranno essere comunque motivate in termini di pregiudizio concreto all'interesse in gioco. Per ragioni di coerenza sistematica, quando è stato concesso un accesso generalizzato non può essere negato, per i medesimi documenti e dati, un accesso documentale.

4. Ambito soggettivo e oggettivo di applicazione dell'accesso generalizzato

4.1. Ambito soggettivo

L'ambito dei soggetti nei confronti dei quali è possibile attivare l'accesso civico è lo stesso declinato nell'art. 2-bis del decreto trasparenza come introdotto dal d.lgs. 97/2016, in virtù dell'espresso richiamo contenuto nell'art. 2, comma 1 del medesimo decreto.

Più precisamente, si tratta di: pubbliche amministrazioni (art. 2-bis, comma 1); enti pubblici economici, ordini professionali, società in controllo pubblico ed altri enti di diritto privato assimilati (art. 2-bis, comma 2); società in partecipazione pubblica ed altri enti di diritto privato assimilati (art. 2-bis, comma 3).

1. Pubbliche amministrazioni

Ai fini del d.lgs. n. 33/2013 per "pubbliche amministrazioni", si intendono "tutte le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni, ivi comprese le autorità portuali, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione" (art. 2-bis, comma 1 del d.lgs. n. 33/2013).

2. Enti pubblici economici, ordini professionali, società in controllo pubblico ed altri enti di diritto privato assimilati

La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni sopra richiamate è estesa, "in quanto compatibile", anche a:

- a) enti pubblici economici e ordini professionali;
- b) società in controllo pubblico come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'art. 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (d.lgs. 175/2016 c.d. Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica).
- c) associazioni, fondazioni e enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni.

3. Società in partecipazione pubblica ed altri enti di diritto privato assimilati

La medesima disciplina si applica, sempre in quanto compatibile, e "limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea" alle società in partecipazione pubblica, come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'art. 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (d.lgs. 175/2016) nonché alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici. Come già indicato nel § 3.3. della delibera 831/2016 di approvazione del Piano Nazionale Anticorruzione, le società quotate partecipate da pubbliche amministrazioni, che siano o no in controllo pubblico, sono considerate ai fini dell'applicazione dell'accesso generalizzato, quali società in partecipazione pubblica.

Per le categorie di soggetti di cui ai punti 2 e 3 il legislatore prevede che la disciplina della trasparenza si applichi "*in quanto compatibile*". Il principio della compatibilità, tuttavia, concerne la sola necessità di trovare adattamenti agli obblighi di pubblicazione in ragione delle caratteristiche organizzative e funzionali dei citati soggetti. Non è invece operante per quel concerne l'accesso generalizzato, stante la *ratio* e la funzione del generalizzato descritta nel primo paragrafo delle presenti linee guida. L'accesso generalizzato, pertanto, è da ritenersi senza dubbio un istituto "compatibile" con la natura

e le finalità dei soggetti sopra elencati ai punti 2 e 3, considerato che l'attività svolta da tali soggetti è volta alla cura di interessi pubblici.

È necessario, inoltre, attribuire significato alla disposizione legislativa che delimita il campo di applicazione per quanto attiene ai soggetti indicati al comma 3 dell'art. 2-bis del decreto trasparenza, *limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea*.

L'intento del legislatore è quello di garantire che la cura concreta di interessi della collettività, anche ove affidati a soggetti esterni all'apparato amministrativo vero e proprio, rispondano comunque a principi di imparzialità, del buon andamento e della trasparenza.

Si ritiene che nel novero di tali attività possano rientrare quelle qualificate come tali da una norma di legge, dagli atti costitutivi o dagli statuti delle società, l'esercizio di funzioni amministrative, la gestione di servizi pubblici nonché le attività che pur non costituendo diretta esplicazione della funzione o del servizio pubblico svolti sono ad esse strumentali.

4.2. Ambito oggettivo

Sotto il profilo dell'ambito oggettivo, l'accesso civico generalizzato è esercitabile relativamente *"ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione"*, ossia per i quali non sussista uno specifico obbligo di pubblicazione.

Dalla lettura dell'art. 5-bis si evince, inoltre, che oggetto dell'accesso possono essere anche le informazioni detenute dalle p.a. e dagli altri soggetti indicati al § 4.1.

Il primo riferimento non è solo ai "documenti amministrativi", ma anche ai "dati" che esprimono un concetto informativo più ampio, da riferire al dato conoscitivo come tale, indipendentemente dal supporto fisico sui cui è incorporato e a prescindere dai vincoli derivanti dalle sue modalità di organizzazione e conservazione.

La distinzione tra documenti e dati acquista rilievo nella misura in cui essa comporta che l'amministrazione sia tenuta a considerare come validamente formulate, e quindi a darvi seguito, anche le richieste che si limitino a identificare/indicare i dati desiderati, e non anche i documenti in cui essi sono contenuti.

Si evidenzia, tuttavia, che il testo del decreto dispone che *"l'istanza di accesso civico identifica i dati, le informazioni o i documenti richiesti"*; pertanto non è ammissibile una richiesta meramente esplorativa, volta semplicemente a "scoprire" di quali informazioni l'amministrazione dispone. Le richieste, inoltre, non devono essere generiche, ma consentire l'individuazione del dato, del documento o dell'informazione.

Allo stesso modo, nei casi particolari in cui venga presentata una domanda di accesso per un numero manifestamente irragionevole di documenti, imponendo così un carico di lavoro tale da paralizzare, in modo molto sostanziale, il buon funzionamento dell'amministrazione, la stessa può ponderare, da un lato, l'interesse dell'accesso del pubblico ai documenti e, dall'altro, il carico di lavoro che ne deriverebbe, al fine di salvaguardare, in questi casi particolari e di stretta interpretazione, l'interesse ad un

buon andamento dell'amministrazione (cfr. la giurisprudenza europea, Tribunale Prima Sezione ampliata 13 aprile 2005 causa T2/03).

Per quanto concerne la richiesta di *informazioni*, per informazioni si devono considerare le rielaborazione di dati detenuti dalle amministrazioni effettuate per propri fini contenuti in distinti documenti. Poiché la richiesta di accesso civico generalizzato riguarda i dati e i documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni (art. 5, comma 2 del decreto trasparenza), resta escluso che – per rispondere a tale richiesta – l'amministrazione sia tenuta a formare o raccogliere o altrimenti procurarsi informazioni che non siano già in suo possesso. Pertanto, l'amministrazione non ha l'obbligo di rielaborare i dati ai fini dell'accesso generalizzato, ma solo a consentire l'accesso ai documenti nei quali siano contenute le informazioni già detenute e gestite dall'amministrazione stessa.

5. Distinzione fra eccezioni assolute all'accesso generalizzato e "limiti" (eccezioni relative o qualificate)

Come già accennato, la regola della generale accessibilità è temperata dalla previsione di eccezioni poste a tutela di interessi pubblici e privati che possono subire un pregiudizio dalla diffusione generalizzata di talune informazioni.

Dalla lettura dell'art. 5-bis, co. 1, 2 e 3 del decreto trasparenza si possono distinguere due tipi di eccezioni, assolute o relative.

Al ricorrere di queste eccezioni, le amministrazioni, rispettivamente, devono o possono rifiutare l'accesso generalizzato. La chiara identificazione di tali eccezioni rappresenta un elemento decisivo per consentire la corretta applicazione del diritto di accesso generalizzato.

5.1. Eccezioni assolute

L'accesso generalizzato è escluso nei casi indicati al co. 3 dell'art. 5-bis, nei casi cioè in cui una norma di legge, sulla base di una valutazione preventiva e generale, per tutelare interessi prioritari e fondamentali, dispone sicuramente la non ostensibilità di dati, documenti e informazioni. Solo una fonte di rango legislativo può giustificare la compressione del diritto a conoscere cui ora il nostro ordinamento è improntato.

Dette esclusioni (eccezioni assolute) ricorrono in caso di:

- a) segreto di Stato;
- b) negli altri casi di divieto di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990.

Con riferimento a quest'ultima indicazione normativa, va registrato che essa delinea una parziale sovrapposizione delle eccezioni assolute generalizzato con quelle previste nella l. 241/1990.

Stanti, tuttavia, le diverse finalità dei due istituti, l'individuazione di queste esclusioni, come si avrà modo di chiarire in seguito, si rivela di particolare delicatezza. In generale, il rinvio della disciplina dell'accesso generalizzato a quella delle esclusioni della legge 241/1990 non può che essere letto alla luce delle finalità di ampia *disclosure* sottesa alla nuova normativa e richiamate nella prima parte di queste linee guida.

5.2. Limiti (eccezioni relative o qualificate)

Al di fuori dei casi sopra indicati, possono ricorrere, invece, limiti (eccezioni relative o qualificate) posti a tutela di interessi pubblici e privati di particolare rilievo giuridico elencati ai commi 1 e 2 dell'art. 5-bis del decreto trasparenza.

Il legislatore non opera, come nel caso delle eccezioni assolute, una generale e preventiva individuazione di esclusioni all'accesso generalizzato, ma rinvia a una attività valutativa che deve essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla *disclosure* generalizzata e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento.

L'amministrazione, cioè, è tenuta a verificare, una volta accertata l'assenza di eccezioni assolute, se l'ostensione degli atti possa determinare un pregiudizio concreto e probabile agli interessi indicati dal legislatore.

Affinché l'accesso possa essere rifiutato, il pregiudizio agli interessi considerati dai commi 1 e 2 deve essere concreto quindi deve sussistere un preciso nesso di causalità tra l'accesso e il pregiudizio.

L'amministrazione, in altre parole, non può limitarsi a prefigurare il rischio di un pregiudizio in via generica e astratta, ma dovrà:

- a) indicare chiaramente quale – tra gli interessi elencati all'art. 5, co. 1 e 2 – viene pregiudicato;
- b) dimostrare che il pregiudizio (concreto) prefigurato dipende direttamente dalla *disclosure* dell'informazione richiesta;
- c) dimostrare che il pregiudizio conseguente alla *disclosure* è un evento altamente probabile, e non soltanto possibile.

Detta valutazione, proprio perché relativa alla identificazione di un pregiudizio in concreto, non può essere compiuta che con riferimento al contesto temporale in cui viene formulata la domanda di accesso: il pregiudizio concreto, in altri termini, va valutato rispetto al momento ed al contesto in cui l'informazione viene resa accessibile, e non in termini assoluti ed atemporali. Tale processo logico è confermato dalle previsioni dei commi 4 e 5 dell'art. 5-bis del decreto trasparenza: da una parte, il diniego dell'accesso non è giustificato, se ai fini della protezione di tale interesse è sufficiente il differimento dello stesso per la tutela degli interessi considerati dalla norma (art. 5-bis, comma 5). I limiti, cioè, operano nell'arco temporale nel quale la tutela è giustificata in relazione alla natura del dato, del documento o dell'informazione di cui si chiede l'accesso (art. 5-bis, co. 5). Allo stesso modo, l'amministrazione dovrà consentire l'accesso parziale utilizzando, se del caso, la tecnica dell'oscuramento di alcuni dati, qualora la protezione dell'interesse sotteso alla eccezione sia invece assicurato dal diniego

di *disclosure* di una parte soltanto di esso. In questo caso, l'amministrazione è tenuta a consentire l'accesso alle parti restanti (art. 5-bis, comma 4, secondo alinea).

L'amministrazione è tenuta quindi a privilegiare la scelta che, pur non oltrepassando i limiti di ciò che può essere ragionevolmente richiesto, sia la più favorevole al diritto di accesso del richiedente. Il principio di proporzionalità, infatti, esige che le deroghe non eccedano quanto è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo perseguito (cfr. sul punto la giurisprudenza comunitaria, Corte di Giustizia 15 maggio 1986, causa C-222/84; Tribunale Prima Sezione ampliata 13 aprile 2005 causa T 2/03).

5.3. La motivazione del diniego all'accesso

Nella risposta negativa o parzialmente tale, sia per i casi di diniego connessi all'esistenza di limiti di cui ai co. 1 e 2 che per quelli connessi all'esistenza di casi di eccezioni assolute di cui al co. 3, l'amministrazione è tenuta a una congrua e completa motivazione, tanto più necessaria in una fase sicuramente sperimentale quale quella che si apre con le prime richieste di accesso. La motivazione serve all'amministrazione per definire progressivamente proprie linee di condotta ragionevoli e legittime, al cittadino per comprendere ampiezza e limiti dell'accesso generalizzato, al giudice per sindacare adeguatamente le decisioni dell'amministrazione.

Possono, tuttavia, verificarsi circostanze in cui potrebbe essere pregiudizievole dell'interesse coinvolto imporre all'amministrazione anche solo di confermare o negare di essere in possesso di alcuni dati o informazioni (si consideri ad esempio il caso di informazioni su indagini in corso). In tali ipotesi, di stretta interpretazione, se si dovesse pretendere una puntale specificazione delle ragioni del diniego, l'amministrazione potrebbe disvelare, in tutto o in parte, proprio informazioni e dati che la normativa ha escluso o limitato dall'accesso per tutelarne la riservatezza (pubblica o privata).

Ove ci si trovi in situazioni del genere, e ove questo non comporti la rivelazione di informazioni protette, è quantomeno opportuno indicare le categorie di interessi pubblici o privati che si intendono tutelare e almeno le fonti normative che prevedono l'esclusione o la limitazione dell'accesso da cui dipende la scelta dell'amministrazione.

6. Le eccezioni assolute

Una prima categoria di eccezioni è prevista dalla legge ed ha carattere tassativo. Come anticipato, si tratta di eccezioni poste da una norma di rango primario a tutela di interessi pubblici e privati fondamentali e prioritari rispetto a quello del diritto alla conoscenza diffusa. In presenza di tali eccezioni l'amministrazione è tenuta a rifiutare l'accesso.

Nella valutazione dell'istanza di accesso, l'amministrazione deve quindi verificare che la richiesta non riguardi atti, documenti o informazioni sottratte alla possibilità di ostensione in quanto ricadenti in una delle fattispecie indicate nell'art. 5-bis, co. 3.

Il legislatore rinvia ai casi di segreto di Stato, agli altri casi di divieto di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla di-