

*od operazioni amministrative di qualsiasi natura ed a notizie delle quali sia venuto a conoscenza a causa del suo ufficio, quando possa derivarne danno per l'Amministrazione o per i terzi.*

*Nell'ambito delle proprie attribuzioni, l'impiegato preposto ad un ufficio rilascia, a chi ne abbia interesse, copie ed estratti di atti e documenti di ufficio nei casi non vietati dalle leggi, dai regolamenti o dal capo del servizio.”*

La norma originaria quindi:

- a) negava la divulgazione di atti d'ufficio (così proibendo, indirettamente, l'accesso) “*a chi non ne abbia diritto*” consentendola “*a chi ne abbia interesse*”; previsione questa alquanto oscura e apparentemente contraddittoria;
- b) negava la divulgazione e l'accesso “*quando possa derivarne danno per l'Amministrazione o per i terzi*”; con il che, peraltro, considerata anche la difficoltà concreta di escludere con sicurezza in via preventiva la possibilità di eventuali danni futuri, il risultato pratico era che gli atti dell'amministrazione erano – almeno tendenzialmente – tutti segreti;
- c) presentava così, in concreto, un'impostazione di *segreto d'ufficio generalizzato*, che svuotava di contenuto reale l'asserita esclusione del segreto stesso nei “casi non vietati dalle leggi, dai regolamenti”, tanto più che in ogni caso poteva scattare, come norma di chiusura, quella che attribuiva al capo del servizio il potere di stabilire il divieto in base ad una sua valutazione pienamente discrezionale;
- d) tale segreto d'ufficio, che potremmo definire “segreto amministrativo”, non coincideva peraltro con il segreto in senso tecnico, come risultava chiaramente dal primo comma dell'articolo in esame, che prevedeva l'obbligo del segreto d'ufficio “*anche per gli atti non segreti*”. Non aveva quindi carattere oggettivo, determinato dal tipo di atto: costituiva semplicemente l'effetto di un vincolo disciplinare che oggi definiremmo di “riservatezza”, la cui violazione poteva dar luogo a sanzioni amministrative, civili e penali.

### *3- Il testo attuale dell'art. 15, introdotto dall'art. 28 della legge n. 241/1990.*

Dopo qualche tentativo settoriale, la spallata innovatrice venne data negli anni 80 dalla commissione Nigro, che anche sulla base delle esperienze dei paesi di più antica democrazia, quali i paesi anglosassoni e quelli nordici, recepì la teoria dell'amministrazione “casa di vetro”, ai cui atti chiunque avrebbe dovuto avere diritto d'accesso. Ma questa teoria, a cui hanno poi dato corpo e vita gli artt. 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990, era troppo proiettata nel futuro, troppo in anticipo sulla mentalità dominante. E così la naturale resistenza dell'apparato politico amministrativo, poco incline a trasformarsi da potere in servizio, fece sì che il testo finale della neonata disciplina del diritto d'accesso ne uscisse ridimensionato, riconoscendo in linea di principio che “*tutti i documenti amministrativi sono accessibili*” (art. 22, comma 3) ma

subordinando poi il diritto d'accesso ad una serie di limiti soggettivi, oggettivi e funzionali (v. successivo n. 4).

A seguito di ciò il testo originario dell'art. 15 del dPR n. 3/1957 venne sostituito dall'art. 28 della legge n. 241/1990, tuttora vigente, che recita:

*“L'impiegato deve mantenere il segreto d'ufficio. Non può trasmettere a chi non ne abbia diritto **informazioni riguardanti provvedimenti od operazioni amministrative, in corso o conclusione, ovvero notizie di cui sia venuto a conoscenza a causa delle sue funzioni, al di fuori delle ipotesi e delle modalità previste dalle norme sul diritto di accesso.** Nell'ambito delle proprie attribuzioni, l'impiegato preposto ad un ufficio rilascia copie ed estratti di atti e documenti di ufficio nei casi non vietati dall'ordinamento”.*

Il segreto d'ufficio è stato così sganciato dalla possibilità di danno (e cioè dalla potenziale lesività del chiesto accesso) e subordinato alla *non* esistenza di un diritto d'accesso.

Peraltro, anche la nuova e tuttora vigente formulazione non va esente da critiche e da perplessità. Infatti:

a) non è stato espressamente enunciato il presupposto logico del segreto d'ufficio: che sussista *la segretezza del segreto*, e cioè che non si tratti di notizia ormai nota, quanto meno nell'ambito del gruppo sociale in cui viene diffusa; il che, in presenza di eventuali notorietà in ambito ristretto o comunque di notizia non certa crea notevoli difficoltà applicative. Al riguardo la Cassazione ha opportunamente precisato che l'obbligo di mantenere segreto un determinato provvedimento cessa dal momento in cui esso ha effettiva esecuzione, esteriorizzandosi alla intera collettività; con la conseguenza che da tale momento la sua divulgazione non integra il delitto di cui all'art. 326, comma 1, c.p. (Cass. pen. Sez. VI, 15 marzo 2001, n. 20097);

b) il principio affermato nel primo periodo del citato art. 28 “*L'impiegato deve mantenere il segreto d'ufficio*” è palesemente scoordinato con il principio affermato nel precedente art. 22, comma 3, della legge n. 241/1990, “*tutti i documenti amministrativi sono accessibili*”;

c) il secondo periodo è in parte sostanzialmente inutile (laddove non fa altro che affermare, in negativo, quali sono i limiti del diritto d'accesso) in parte contraddittorio (laddove collega il diritto d'accesso all'acquisizione di “*informazioni....ovvero notizie*”, mentre ai sensi dell'art. 22 tale diritto è collegato di regola ai “*documenti amministrativi*” e solo in base a norme speciali – in materia di tutela dei dati personali, ambientale o di enti locali – anche alle “*informazioni*” e alle “*notizie*”: art. 22, comma 4);

d) il terzo e ultimo periodo è superato dal disposto dell'art. 6, comma 6, del regolamento sull'accesso n. 184/2006, secondo cui responsabile del procedimento di accesso è non più l'impiegato preposto all'ufficio ma “*il dirigente, il funzionario preposto all'unità organizzativa o altro dipendente addetto all'unità competente a formare il documento o a detenerlo stabilmente*”.

A questa spinta ampliativa ne sono seguite altre: quelle del quasi contemporaneo testo unico degli enti locali n. 267/2000, che per quanto riguarda l'accesso ai documenti amministrativi ed alle notizie in possesso dei comuni e delle province ha lasciato cadere sia la condizione dell'interesse legittimante sia la condizione dell'esclusione delle semplici notizie e informazioni, modello a cui il legislatore si è poi conformato per l'accesso alle notizie ambientali, nonché quelle derivanti dalla pressione di un ordinamento comunitario, anch'esso tendenzialmente più orientato ad una trasparenza in senso oggettivo, sganciata cioè da uno specifico interesse personale e diretto del richiedente l'accesso. Questo orientamento ampliativo è stato però controbilanciato da una neonata tutela della riservatezza, che ha avuto il suo atto conclusivo nel decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196, a sua volta controbilanciato dal decreto legislativo Brunetta 27 ottobre 2009 n. 150, che all'art. 11, comma 1, ha stabilito: “*La trasparenza è intesa come accessibilità totale delle informazioni allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità*” e “*costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione*”, precisando all'art. 74 che la trasparenza, come tale, rientra nella potestà legislativa esclusiva dello Stato. In una situazione come questa continuare a parlare di un generalizzato “segreto d'ufficio” è un palese anacronismo: tale segreto ormai può configurarsi solo se attenga ad atti o notizie che già siano *ex se* oggetto di segretazione o di vincolo di riservatezza. Da questo dovrebbe discendere che la divulgazione di documenti amministrativi né segreti né riservati non può più costituire violazione del segreto d'ufficio. Ma su ciò si tornerà al successivo n. 6.

4- *Il principio generale del diritto d'accesso, sancito dall'art. 22, comma 2, della legge n. 241/1990, come modificato dall'art. 10 della legge 18 giugno 2009 n. 69; i suoi limiti interni soggettivi, oggettivi e funzionali. Superdiritto o gigante dai piedi d'argilla? Diritto strumentale o bene in sé? L'attuale crisi del sistema.*

A seguito di tutte queste trasformazioni l'originario segreto amministrativo d'ufficio è dunque regredito, arroccandosi nel quadrilatero delimitato dal segreto di Stato, dal segreto istruttorio (a condizione di intenderlo come una cosa seria e non come un'araba fenice), dal segreto professionale e dal segreto scientifico o industriale (escludendo, per i limiti di questo studio, il segreto militare). Accanto a quest'area si è formata l'area semisegreta della riservatezza, e cioè degli atti che pur non essendo segreti sono ritenuti *ex lege* ugualmente ritenuti meritevoli di una propria tutela legislativa e quindi dichiarati non accessibili (salvo eccezioni connesse con la tutela giuridica degli interessati all'accesso). Tutto il resto è stato occupato dal diritto d'accesso.

Nell'ampia area in astratto accessibile la legge n. 241/1990 pone però tre ordini di limiti al diritto d'accesso:

- a) il limite soggettivo di uno specifico titolo di legittimazione, costituito dalla presenza 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), con le citate eccezioni stabilite dalla normativa ambientale (cfr. Commissione per l'accesso, *Giurisprudenza 2009*, pag. 68) e da quella sugli enti locali;
- b) il limite oggettivo che si tratti – almeno di regola - di accesso a “*documenti amministrativi*” in senso formale (art. 22, comma 1, b); sono escluse pertanto – almeno in via generale – le semplici “notizie” o “informazioni” non incorporate in un documento amministrativo;
- c) il limite del pari oggettivo dell'esclusione di determinate categorie di tali documenti, sia per motivi di riservatezza di interesse pubblico (art. 24, commi 1 e 6, lettere da a) a c)) sia per motivi di riservatezza di interesse privato (art. 24, commi 1 e 6, lett. d));
- d) ed infine il limite funzionale del divieto di esercitare un accesso “*preordinato ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni*” (art. 24, comma 3).

4.1- Per quanto riguarda la legittimazione la legge (art. 22, 1, b) è perentoria: per ottenere l'accesso occorre che sussista un specifico interesse giuridicamente rilevante. La norma è correntemente giustificata dall'esigenza pratica di non appesantire troppo gli adempimenti dell'Amministrazione; preoccupazione peraltro sempre meno valida sia per la crescente pressione del diritto europeo sia perché l'attuale evoluzione informatica rende gli adempimenti in materia da parte dell'Amministrazione sempre più agevoli e rapidi.

La perentorietà dell'affermazione è però molto attenuata dal successivo art. 24, comma 7, secondo cui “*deve essere comunque garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici*”. In base a questa disposizione è sufficiente una richiesta non palesemente illogica e giustificata con riferimento a tale necessità per ottenere l'accesso, dal momento che poi né il richiedente è tenuto a procedere effettivamente all'asserita necessità di cura o difesa né l'Amministrazione può - almeno, di regola - sindacare nel merito l'asserita necessità dell'accesso; sicché la disposizione del comma 7 può in molti casi risultare una sorta di *passpartout*. Resta peraltro fermo che, nel caso di dati personali sensibili, “*solo una lettura rigorosa, che escluda la assoluta prevalenza acritica di esigenze difensive anche genericamente enunciate, in effetti, appare idonea a sottrarre la medesima norma a dubbi di costituzionalità, per irragionevole sacrificio di interessi protetti di possibile rilevanza*

*costituzionale e comunitaria*” (Cons. Stato, Sez. IV, n. 1074/2009, in Commissione per l’accesso, *Giurisprudenza 2009*, pag. 297).

**4.2-** Per quanto riguarda i documenti amministrativi accessibili non può che rinviarsi a quanto precisato dall’art. 22, 1, d) ed e), della legge n. 241/1990, sottolineando che essi devono comunque consistere nella “*rappresentazione del contenuto di atti*”, e non nella rappresentazione di fatti materiali (quali ad esempio i tabulati telefonici, che sono qualificabili in termini di rappresentazione di eventi e non già in termini di rappresentazione del contenuto di atti, e che comunque attengono a dati personali, la cui tutela può essere richiesta solo all’autorità giudiziaria o con ricorso al Garante, ai sensi dell’art. 145 del codice per la protezione dei dati personali 30 giugno 2003 n. 196 (cfr. Commissione per l’accesso, *Giurisprudenza 2009*, pagg. 100 e 147). Neppure sono qualificabili “documenti amministrativi” quelli che costituiscono la documentazione delle operazioni delle elezioni amministrative (TAR Sicilia, Palermo, Sezione III, n. 492/2009, in Commissione per l’accesso, *Giurisprudenza 2009*, pag. 306).

**4.3-** Per quanto poi riguarda il rapporto tra accessibilità (con relativa trasparenza dell’attività amministrativa) e riservatezza vale il disposto del già ricordato art. 24, comma 7, della legge n. 241/1990, con il solo limite che per i dati sensibili e giudiziari l’accesso è consentito “*nei limiti in cui sia strettamente indispensabile*”. Di fatto è quindi superata la disposizione dell’art. 60 del codice per la protezione dei dati personali, che prevede la necessità di una comparazione tra la situazione soggettiva oggetto di riservatezza e quello della situazione soggettiva alla quale è finalizzato l’accesso sulla base del rispettivo “rango”, termine giuridicamente spurio che ha già fatto versare fiumi d’inchiostro (cfr. Commissione per l’accesso, *Giurisprudenza 2009*, pag. 135).

Va però rilevato che trasparenza e accesso sembrano le due facce d’una stessa medaglia, di una stessa realtà vista da due lati opposti: quella del *dovere dell’amministrazione* e quella del *diritto dell’amministrato*. Se però andiamo ad analizzare le uniche disposizioni che possano illuminarci al riguardo sulle reali intenzioni del legislatore, e cioè gli artt. 22, comma 2, e 29, comma 2 bis, della legge n. 241/1990, come modificati dall’art. 10 della legge 18 giugno 2009 n. 69, ci rendiamo conto, con una certa sorpresa e contro l’opinione corrente, che il legislatore ha puntato la sua attenzione sulla faccia del dovere di trasparenza dell’amministrazione, lasciando in ombra la faccia del diritto d’accesso del singolo. Infatti l’art. 22, comma 2, stabilisce: “*L’accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell’attività amministrativa al fine di favorirne la partecipazione e di assicurarne l’imparzialità e la trasparenza*”; ed il successivo art. 29, comma 2 bis, aggiunge: “*Attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all’art. 117, secondo comma, lett. m), della Costituzione le*

*disposizioni della presente legge.... concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa....”.*

In questo quadro è molto significativo che il legislatore parli non di “diritto d’accesso” in senso soggettivo, con riferimento cioè all’interesse personale dell’accedente, ma di “accesso” in senso obiettivo, con riferimento cioè alle sue “rilevanti finalità di interesse pubblico”, che eleva a “principio generale dell’attività amministrativa” finalizzato ad assicurare “l’imparzialità e la trasparenza”, che a loro volta costituiscono com’è noto principi direttamente integrativi del precezzo costituzionale di “buon andamento” sancito dall’art. 97 della Costituzione. Il legislatore in questo modo concentra la sua attenzione essenzialmente sull’accesso come *dovere* della pubblica amministrazione finalizzato ad assicurare l’imparzialità e la trasparenza, considerati come beni in sé ed inscindibilmente interconnessi; e lascia in secondo piano l’accesso come *diritto soggettivo* dell’accedente, il cui esercizio finisce così col risultare una sorta di concorso esterno del privato alla giustizia nell’amministrazione. Non è un caso che la normativa europea non parli quasi mai di “trasparenza” ma di “obbligo di trasparenza”, finalizzato ad attestare il rispetto delle norme fondamentali dell’UE, ed in particolare il rispetto dei principi di non discriminazione in base alla nazionalità e della parità di trattamento sanciti dagli articoli 12, 43 e 49 del Trattato.

**4.4-** La legge pone infine un limite funzionale, secondo cui l’accesso non può essere “*preordinato ad un controllo generalizzato dell’operato delle pubbliche amministrazioni*” (art. 24, comma 3), oppure, come spesso si afferma, un controllo determinato da “mera curiosità”.

Ora, quest’ultima espressione andrebbe sbattuta in faccia a chi l’ha coniata.

In primo luogo perché postula che il cittadino non deve permettersi di pretendere di conoscere come viene amministrato e come vengono utilizzati i suoi soldi, opinione ancora aderente ad una concezione del mondo palesemente precostituzionale che ricorda tanto un gustoso episodio riferito da Montanelli (*Le stanze*, BUR, 1998, pag. 159): suo nonno, sindaco liberale e progressista di un paese della Toscana e capo dei notabili locali, un giorno ricevette una delegazione di villici che gli proposero l’istituzione di una biblioteca circolante; e lui, liberale e progressista, con sincero stupore obiettò: “O che bisogno avete di leggere? A leggere ci si pensa noi”. Insomma secondo la corrente concezione di allora “leggere” (e cioè il potere reale) non era cosa loro, dei villici, ma cosa nostra.

In secondo luogo perché presuppone che l’accesso costituisca per l’Amministrazione un mero costo (in termini di tempo e di energie), che va pertanto tollerato, in omaggio alla democrazia, ma non incoraggiato. Ma una concezione del genere è anacronistica: non siamo più nell’era del

provvedimento scritto a mano in bella calligrafia ma nell'era dell'informatica, in cui è possibile fare in pochissimo tempo una grande quantità di copie, percependo gli eventuali "diritti di ricerca e di visura" previsti dall'art. 25 della legge n. 241/1990 (particolare che non va sottovalutato); e soprattutto siamo nell'era in cui ogni amministrazione dovrebbe tendere al massimo l'impegno a battere tutte le strade che offrano possibilità di autofinanziamento. A questo proposito non va dimenticato che le pubbliche amministrazioni spesso posseggono una gran quantità di documenti la cui conoscenza può risultare di notevole interesse, economico o non, e quindi possibile oggetto di diritto d'accesso; e che sulla base di questa consapevolezza l'Unione Europea con la direttiva 2003/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 novembre 2003, ha già da tempo invitato gli Stati ad un generale "riutilizzo" (cioè "*l'uso....a fini commerciali o non commerciali diversi dalla scopo iniziale nell'ambito dei compiti di pubblico servizio per i quali i documenti sono stati prodotti*") di "*tutti i documenti generalmente disponibili in possesso del settore pubblico*", allo scopo sia di consentire "*l'evoluzione verso la società dell'informazione e della conoscenza*" sia di "*consentire alle imprese europee di sfruttarne il potenziale e contribuire alla crescita economica e alla creazione di posti di lavoro*"; e, com'è noto, di recente è giunta a prevedere che l'interesse pubblico alla trasparenza possa giustificare che i documenti dello Stato in possesso delle istituzioni europee siano resi accessibili *a chiunque* anche nell'ipotesi che lo Stato interessato ne abbia negato la divulgazione.

Con le citate iniziative dell'UE si fa così un salto di qualità: si afferma che rendere conoscibili i documenti amministrativi detenuti dalle pubbliche amministrazioni non è più soltanto un *dovere* delle amministrazioni di corrispondere ad interessi giuridici di privati ma diventa un *interesse pubblico* e addirittura un *interesse europeo* di cui le amministrazioni detentrici dei documenti possono essere chiamate a rispondere. Si innesca così una finalità da parabola dei talenti, secondo cui i documenti non possono restare una proprietà infruttifera di chi li detiene, non possono servire solo al detentore per dimostrare la regolarità formale del proprio operato, ma debbono costituire *una risorsa* che deve essere messa a frutto nell'interesse generale, che deve diventare fattore di arricchimento culturale ed economico della collettività. In sintesi, la conoscenza deve poter diventare un fattore di crescita politica economica e sociale: e cioè un *fattore di produzione*, nell'attuale pienezza di valori di tale concetto.

Se si parte da questo punto di vista non ha evidentemente più senso stare a disquisire se il richiedente l'accesso abbia o no il prescritto interesse personale, diretto e attuale ecc. ecc. od abbia o no finalità di controllo generalizzato o sia o no curioso o voglia o no acquisire non documenti ma notizie: l'unico ostacolo all'accesso resta quello dell'esistenza di un pubblico

interesse a **non** mettere in circolo un determinato documento (o tipo di documento) o una determinata notizia (o tipo di notizia).

4.5- *Un'ultima considerazione, sottovoce.*

A ben vedere, sotto il profilo sistematico la corrente concezione del diritto d'accesso presenta spiccate caratteristiche teratologiche, che lo fa sembrare un alieno pervenuto da una remota galassia.

Infatti, l'ordinamento costruisce il diritto d'accesso come un diritto soggettivo, situazione che - come insegnava Rosario Nicolò - è la più forte situazione giuridica soggettiva, in quanto sintesi di una posizione di forza e di una posizione di libertà. Che sia un diritto soggettivo l'affirma la legge n. 241/1990; lo ha riconosciuto espressamente il Consiglio di Stato, Sez. VI, con sentenza 27 maggio 2003 n. 2938, adottata con la mia presidenza; lo ha confermato la legge di riforma del processo amministrativo, ribadendone la collocazione nella giurisdizione amministrativa esclusiva. A questo diritto soggettivo è addirittura attribuito un rilievo costituzionale, in quanto – come già detto - attiene “*ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione*” (come potrebbe essere – ad esempio – il diritto del pubblico dipendente alla retribuzione dovutagli), e gli sono per di più riconosciute “*rilevanti finalità di pubblico interesse*”, facendone così una sorta di super diritto con una forte connotazione pubblicistica che dà l'impressione di voler elevare l'accendente al rango di (inconsapevole) collaboratore di giustizia amministrativa. Non a caso nei testi più recenti in materia ambientale si parla di “*diritto di accesso alle informazioni ambientali e di partecipazione a scopo collaborativo*” (art. 3 *sexies* del decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152).

Ma tutto questo poi si conclude, incongruamente, con lo stabilire che questo superdiritto, conferito con tanta enfasi, esiste in realtà soltanto a due condizioni: che il titolare sia titolare anche di un concorrente distinto specifico *interesse e per di più anche di mero fatto* all'accesso stesso, e che il titolare eserciti il proprio diritto in modo limitato e non generalizzato. È la prima volta, a quanto mi risulta, che il legittimo esercizio di un **diritto** ad una prestazione presuppone l'esistenza necessaria e cumulativa **sia di un interesse ausiliario sia di un'autolimitazione dell'esercizio stesso**, il che è del tutto al di fuori della logica del sistema, così come accadrebbe se il dipendente pubblico recatosi a riscuotere lo stipendio si sentisse rispondere: “Innanzi tutto dimmi a che ti serve. Comunque non posso dartelo tutto, in modo generalizzato”. Insomma l'apparente superdiritto rivela tutta la sua anomalia: l'essere in realtà un gigante dai piedi d'argilla.

Rendendosi conto di ciò parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato ritiene che il diritto d'accesso sia “*un diritto “strumentale” rispetto alla protezione di un'ulteriore o sottesa situazione soggettiva che non necessariamente è di interesse legittimo o*

*di diritto soggettivo, ma che può avere la consistenza di un interesse collettivo o diffuso o di un interesse semplice o di fatto*” (Adunanza Plenaria 20 aprile 2006 n. 7; Sez. V, 10 agosto 2007 n. 4411).

Tale tesi, però, appare muoversi nella logica esclusivamente civilistica della tutela *dell'interesse soggettivo del privato*. Ma tale logica è estranea alla finalità sistematica specifica dichiarata dal legislatore, secondo cui il diritto d'accesso “attese le sue **rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorirne la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza**” ed ha così *un fine obiettivo di giustizia e democrazia amministrative e quindi specifiche finalità di pubblico interesse*. Non è un caso che la tutela del diritto d'accesso e del diritto alla riservatezza, che pure costituiscono una sorta di fratelli siamesi indissolubilmente legati tra loro (cfr. S. Giacchetti, *Accesso e riservatezza: separati in casa, in Cons. Stato, 2004, II, 463*), sia affidata la prima al giudice (amministrativo) dell'interesse pubblico e la seconda al giudice (ordinario) dell'interesse privato; né è un caso che “*l'apprezzamento sull'utilità o meno della documentazione richiesta non spetta né all'Amministrazione destinataria dell'istanza né, addirittura, allo stesso giudice amministrativo adito con l'actio ad esibendum, bensì al giudice (sia esso amministrativo che ordinario) eventualmente adito dall'interessato al fine di tutelare l'interesse giuridicamente rilevante sotteso alla pregressa domanda di accesso*” (TAR Toscana, Sez. II, n. 152/2007; Commissione per l'accesso, *Giurisprudenza 2009*, pagg. 42 e 71).

Pertanto nella logica della dichiarata – e per l'interprete vincolante - volontà del legislatore sembra preferibile l'orientamento secondo cui il diritto di accesso, “*così come delineato dall'art. 22 e seguenti della legge n. 241, del 1990, nella interpretazione datane dalla giurisprudenza, tende al conseguimento di un autonomo bene della vita e non è necessariamente strumentale alla difesa in giudizio della specifica posizione soggettiva legittimante; di modo che l'intento di chi agisce in giudizio non deve necessariamente atteggiarsi come impugnazione degli atti del procedimento cui l'accesso è diretto, ben potendo il rimedio ipotizzarsi al fine di verificare eventuali illegalità che possono dar luogo ad azioni risarcitorie presso il giudice ordinario. A ciò si aggiunga che, stante l'autonomia del rimedio giurisdizionale ex art. 22 L. n. 241/1990, è del tutto irrilevante - in sede di delibarazione della richiesta di accesso - l'eventuale infondatezza o inammissibilità della domanda giudiziale che il richiedente, una volta conosciuti gli atti, potrebbe proporre (Cons. St. Ad. Pl. 28 aprile 1999, n. 6)*” (Cons. Stato, Sez. VI, 21 febbraio 2005 n. 628; 27 maggio 2003 n. 2938).

Insomma, delle due l'una: o il diritto d'accesso è veramente tale: e allora l'interesse legittimante è un fuor d'opera, come giustamente ritiene il diritto europeo; oppure l'interesse legittimante è veramente necessario: e allora è un fuor d'opera stare a parlare di un diritto – o addirittura di un superdiritto – subordinato ad un interesse anche di mero fatto di fatto, dato che l'unica

situazione tutelata è – in realtà – l'interesse in questione, che in tal caso non ha bisogno di alcun diritto ancillare che lo sostenga. Oltre tutto non seguendo l'impostazione normativa si incorre in una duplice aporia: si inverte la normale gerarchia tra le situazioni giuridiche soggettive private, subordinando un diritto ad un interesse, e per di più, con sovversione di valori ancora maggiore, si consente che un interesse anche di mero fatto *privato* possa precludere l'esercizio di un diritto conferito per “*rilevanti finalità di pubblico interesse*”. L'ordinamento di aporie ne contiene già abbastanza; non sembra proprio il caso di aggiungerne altre.

**4.6** Le considerazioni del precedente punto **4.5**, relative alla illogicità sia di una specifica legittimazione all'accesso sia del divieto di accesso generalizzato, potrebbero sembrare espressione di una mera critica alla legge 241, indubbiamente legittima in una sede scientifica qual è l'attuale, ma utile – al più – *de iure condendo*; e che pertanto ai fini pratici lascerebbe il tempo che trova, dal momento che la legge è legge, piaccia o no.

Ora una conclusione del genere sarebbe stata giustificata sino ad un anno fa. Ma non lo è più oggi, dal momento che negli ultimi dodici mesi l'ordinamento giuridico preesistente è stato profondamente modificato da due *new entry* di segno opposto: da una parte il decreto legislativo Brunetta 27 ottobre 2009 n. 150, che, con il concorso indiretto della Corte di Cassazione civile e penale, ha ampliato al massimo l'ambito della trasparenza (e quindi dell'accesso) a scapito della riservatezza, e dall'altra il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il primo dicembre 2009, che, con il concorso esterno del Garante della privacy, ha invece ribadito l'intangibilità dell'area della riservatezza.

Si è creata così una situazione di conflitto sistematico tra principi fondamentali di rilievo anche costituzionale, con conseguenti difficoltà applicative: il che giustifica che l'interprete, in mancanza di univoche indicazioni a livello legislativo, possa utilizzare la critica suindicata anche in chiave ricostruttiva, ai fini cioè di quella *reductio ad un unum* che dovrebbe costituire la base di ogni ordinamento giuridico razionale. Su questo conflitto e sul tentativo ricostruttivo tornerò in seguito.

**5- I limiti esterni del diritto d'accesso: i segreti di Stato, istruttorio, professionale, scientifico o industriale. Gli appalti segreti dei dirigenti generali. La tutela della riservatezza.**

Oltre i limiti propri e quelli del segreto d'ufficio il diritto d'accesso deve rispettare anche i confini di altri segreti derivanti da attività o da situazioni estranee all'attività amministrativa in senso stretto.

**5.1-** Il primo di questi è il segreto “di Stato”, imposto cioè dal Governo, ai sensi della legge 3 agosto 2007, n. 124 e del relativo regolamento approvato con D.P.C.M. 8 aprile 2008 (G.U. 16.04.2008), nei confronti di informazioni

la cui divulgazione potrebbe incidere su interessi fondamentali della Repubblica, quali:

- a) l'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali;
- b) la difesa delle Istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento;
- c) l'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e le relazioni con essi;
- d) la preparazione e la difesa militare dello Stato.

La legge ha tra l'altro introdotto l'articolo 270-bis del codice di procedura penale, che prevede che l'autorità giudiziaria - quando abbia acquisito comunicazioni di servizio di appartenenti al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza o ai servizi di informazione per la sicurezza - dispone l'immediata secretazione e la custodia in luogo protetto dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti tali comunicazioni.

Si tratta peraltro di casi rarissimi; in tempi recenti si sono avuti i casi del Presidente del Consiglio Romano Prodi, che ha apposto il segreto di Stato nel caso Abu Omar e del Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi ha apposto il segreto di Stato sulla sua villa in Sardegna (villa Certosa) per l'apertura di alcuni cantieri.

**5.2** Il secondo limite è costituito dal segreto istruttorio, previsto dall'art. 329 c.p.p. (a condizione di intenderlo come una cosa seria e non come un'araba fenice). A questo proposito va ricordato che tale segreto non sussiste qualora si tratti di atti relativi ad indagini amministrative (anche se svolte dagli organi di polizia) funzionali a procedimenti sanzionatori preordinati a concludersi con sanzioni a carattere amministrativo; e ciò anche quando si tratti di documenti poi trasmessi alla Procura della Repubblica per mere finalità conoscitive e perché questa verifichi se nel caso segnalato sussistano estremi di reato.

Il segreto sussiste solo se si tratti di documenti acquisiti o redatti nell'esercizio di un'attività svolta su richiesta della Procura della Repubblica, attività sottoposta al segreto istruttorio, e per la quale l'eventuale accesso è subordinato alla preventiva autorizzazione della Procura stessa (cfr. Commissione per l'accesso, *Giurisprudenza 2009*, pag. 57).

Per quanto riguarda invece i procedimenti amministrativi disciplinari (cfr. Commissione per l'accesso, *Giurisprudenza 2009*, pag. 105), ispettivi o sanzionatori secondo un orientamento giurisprudenziale *"le finalità che sostengono le disposizioni che precludono ai datori di lavoro l'accesso alla documentazione contenente le dichiarazioni rese in sede ispettiva dai rispettivi dipendenti - fondate su un particolare aspetto della riservatezza, quello cioè attinente all'esigenza di preservare l'identità dei dipendenti autori delle dichiarazioni allo scopo di sottrarli a potenziali azioni discriminatorie, pressioni indebite o ritorsioni da parte del datore di lavoro -, prevalgono a fronte dell'esigenza contrapposta di tutela della difesa dei propri interessi giuridici, essendo la realizzazione del diritto alla difesa garantita "comunque" dall'art. 24, comma 7 della*

*legge n. 241 del 1990”* (Sez. V, 7 dicembre 2009 n. 7678 e 29 luglio 2008, n. 3798; Sez. VI, 10 aprile 2003, n. 1923; 3 maggio 2002, n. 2366, 26 gennaio 1999, n. 59).

Secondo altro orientamento, invece, “*nell’ordinamento delineato dalla L. n. 241/1990, ispirato ai principi della trasparenza, del diritto di difesa e della dialettica democratica, ogni soggetto deve, pertanto, poter conoscere con precisione i contenuti e gli autori di segnalazioni, esposti o denunce che, fondatamente o meno, possano costituire le basi per l’avvio di un procedimento ispettivo o sanzionatorio, non potendo la p.a. procedente opporre all’interessato esigenze di riservatezza. La tolleranza verso denunce segrete e/o anonime è un valore estraneo al nostro ordinamento giuridico. Emblematico, in tal senso, è l’art. 111 Cost. che, nel sancire (come elemento essenziale del giusto processo) il diritto dell’accusato di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, inevitabilmente presuppone che l’accusato abbia anche il diritto di conoscere il nome dell’autore di tali dichiarazioni. Tale sfavore verso le denunce e le dichiarazioni anonime emerge poi, a più riprese, dal codice di procedura penale: si pensi, ad esempio, all’art. 240 C.p.p. in forza del quale i documenti che contengono dichiarazioni anonime non possono essere acquistati né in alcun modo utilizzati, salvo che costituiscano il corpo del reato o provengano comunque dall’imputato; all’art. 195, comma 7, C.p.p. che sancisce l’inutilizzabilità della testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui appreso la notizia dei fatti oggetto dell’esame; all’art. 203 C.p.p. che pure prevede l’inutilizzabilità delle informazioni rese dagli informatori alla polizia giudiziaria quando il nome di tali informatori non venga svelato”.* (così TAR Lombardia-Brescia, Sez. I, sentenza 29 ottobre 2008 n. 1469, sulla base dei precedenti di cui Cons. Stato Sez. V, 27.5.2008 n. 2511; Sez. VI, 23.10.2007 n. 5569; Sez. VI, 25.6.2007 n. 3601; Sez. VI, 12.4.2007, n. 1699; Sez. V, 22.6.1998 n. 923; Ad. Plen. 4.2.1997 n. 5).

Entrambi gli orientamenti danno luogo a perplessità. Il primo orientamento perché in sostanza interpreta restrittivamente il disposto dell’art. 24, comma 7, relativo alla garanzia dell’accesso finalizzato alla “*conoscenza necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici*”, limitandolo alla cura e difesa in sede giurisdizionale, trascurando che la legge assicura una prima difesa in sede amministrativa dinanzi alla Commissione per l’accesso; e su questa base nega al datore di lavoro l’accesso in sede amministrativa, per la considerazione che l’interessato potrà comunque ottenerlo in sede giurisdizionale. Ma in tal modo non solo costringe il datore di lavoro che voglia ottenere l’accesso a seguire la costosa e più lunga via giurisdizionale (il che è in radicale contraddizione con la filosofia dell’istituto) ma costringe a fare lo stesso anche al lavoratore che voglia difendersi e che normalmente ha disponibilità finanziarie molto minori (a meno che non si tratti di dipendenti da gioiellieri, che notoriamente – dati dell’Agenzia delle entrate – in media guadagnano più dei rispettivi datori di lavoro). Ma anche il secondo orientamento dà luogo a dubbi: perché

consentendo l'accesso in sede amministrativa espone effettivamente il lavoratore ad azioni ritorsive.

Una equa via di mezzo potrebbe essere quella di ammettere l'accesso al contenuto degli esposti o delle denunzie solo qualora ricorrono le seguenti condizioni:

- a) che il provvedimento, ispettivo o sanzionatorio, sia direttamente fondato sulle dichiarazioni acquisite da parte del denunziante o dell'esponente e non sugli accertamenti obiettivi che, sia pure a seguito delle denunce e delle dichiarazioni ricevute, l'Amministrazione ha poi autonomamente effettuato; e cioè soltanto nei casi in cui la denuncia o la dichiarazione abbia costituito *la diretta ed essenziale causa giustificatrice* del provvedimento lesivo e non semplicemente *l'occasione* per attivare i poteri d'ufficio dell'Amministrazione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 5199/2009, in *Commissione per l'accesso, Giurisprudenza 2009*, pag. 270);
- b) che il documento al quale è stato chiesto di accedere, non consenta, con gli opportuni omissis, di desumerne l'autore;
- c) che, ove non sia possibile oscurare l'identità dell'autore, l'accesso possa essere concesso soltanto nel caso in cui l'interessato possa dare specifica prova che la mancata conoscenza del nominativo di detto autore gli precluderebbe la cura o difesa dei suoi interessi giuridici in giudizio.

**5.3** Il terzo limite è costituito dal segreto professionale, secondo cui la Pubblica amministrazione ha l'obbligo (a tutela della riservatezza dell'informatore) di non rivelare le informazioni di natura riservata apprese all'interno di un rapporto fiduciario né può essere tenuta a farlo; ciò – ovviamente – a meno che non assuma poi decisioni o adotti comportamenti fondati su tali informazioni e lesivi dei diritti o degli interessi di terzi. Il caso principale è quello delle consulenze, giuridiche o tecniche. Per quanto riguarda in particolare l'Avvocatura dello Stato è previsto che i suoi pareri non siano accessibili qualora riguardino una controversia in atto o semplicemente potenziale e sempreché, ovviamente, non siano stati espressamente invocati dall'Amministrazione a giustificazione del proprio operato (cfr. Commissione per l'accesso, *Giurisprudenza 2009*, pagg. 63 e 131). E' stato precisato che "*ai fini dell'opposizione del segreto professionale occorre distinguere tra pareri legali resi in relazione a contenziosi (sottratti al diritto d'accesso) e pareri legali che rappresentano, anche per effetto di un richiamo esplicito nel provvedimento finale, un passaggio procedimentale istruttorio di un procedimento amministrativo in corso; solo il primo tipo di pareri, infatti, è sottratto all'accesso, in quanto non è la sola natura dell'atto a giustificare la segretezza, ma la funzione che l'atto stesso svolge nell'azione dell'amministrazione*" (TAR per la Liguria, Genova, Sezione II, n. 810/2009, in Commissione per l'accesso, *Giurisprudenza 2009*, pag. 317).

Al riguardo le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, con sentenza 7 maggio 2010 n. 11082, hanno opportunamente precisato che “*la protezione del segreto professionale, riferito a quanto conosciuto in ragione dell'attività professionale svolta da chi sia legittimato a compiere atti propri di tale professione, assume carattere oggettivo*”, e cioè “*non copre tutta e ogni attività professionale perché....ad esclusiva tutela del cliente....e non dell'interesse soggettivo del professionista*”.

**5.4-** Una recente bizzarra norma (l’art. 8, comma 10, del decreto legge n. 78/2010, convertito nella legge 30 luglio 2010 n. 122) recita: “*All’art. 16, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165*” (che, tanto per intendersi, è quello che stabilisce i poteri dei “dirigenti di uffici dirigenziali generali”) “*dopo la lettera d) è inserita la seguente: “d bis – adottano i provvedimenti previsti dall’art. 17, comma 2, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163”*” (che, tanto per intendersi, è la norma del codice dei contratti pubblici che prevede i lavori, i servizi e le forniture i cui contratti possono essere segretati o dichiarati “eseguibili con speciali misure di sicurezza”). Per la verità non si capisce né come tutto ciò possa mai entrarci con il “*fine di rafforzare la separazione fra funzione di indirizzo politico-amministrativo e gestione amministrativa*” dichiarato dall’articolo stesso (semmai la separazione non viene rafforzata ma compromessa, dal momento che la segretazione è atto eminentemente politico) né quali mai particolari esigenze di segretezza ci fossero in alcuni appalti che – in Italia il segreto reale, si sa, è sempre un *optional* – la stampa ha riferito essere stati effettuati (la ristrutturazione di un palazzo in Roma, da adibire ad uffici per i senatori, e l’acquisto di vaccini antinfluenzali).

**5.5-** Sussiste infine il dovere di riservatezza nei confronti ad una lunga serie di interessi che riguardano la vita privata e la riservatezza elencati dall’art. 24, comma 6, *d)*, della legge n. 241/1990, al quale quindi può farsi rinvio.

Per quanto riguarda in particolare i pubblici appalti, il decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 (testo attuale), all’art. 13, comma 5, lett. a), esclude il diritto d’accesso e ogni forma di divulgazione con riferimento “*alle informazioni fornite dagli offerenti nell’ambito delle offerte o a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata motivazione dell’offerente, segreti tecnici o commerciali*” . Ma il successivo comma 6 ammette l’accesso anche in tali casi qualora esso sia richiesto “*in vista della tutela in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell’ambito del quale viene formulata la richiesta di accesso*”.

In proposito il Consiglio di Stato (Sez. V, 9 dicembre 2008 n. 6121) ha chiarito che le disposizioni in questione sembrano “*ripetere, specificandoli, i principi dell’art. 24 della legge n. 241/1990, che stabilisce una complessa operazione di bilanciamento tra gli interessi contrapposti alla trasparenza e alla riservatezza....Per non dilatare in modo irragionevole la portata della norma si deve ritenere che essa imponga di effettuare un accurato controllo in ordine dell’effettiva utilità della documentazione richiesta, alla stregua di una sorta di prova di resistenza*”: dal che “*descende che non è consentito*

*esercitare l'accesso alla documentazione posta a corredo dell'offerta selezionata ove l'impresa aggiudicataria abbia dichiarato che sussistono esigenze di tutela del segreto tecnico o commerciale ed il richiedente non abbia dimostrato la necessità di utilizzare tale documentazione in uno specifico giudizio”.*

Pertanto il caso in questione costituisce eccezione alla regola generale secondo cui la dichiarazione dell'accendente di voler utilizzare il documento a fini di tutela giurisdizionale è sufficiente – salvo la sua macroscopica illogicità o inconferenza – a legittimare il chiesto accesso, senza alcun esame preventivo della reale utilità della sua domanda. L'Amministrazione interessata deve invece preliminarmente comunicare tale domanda al soggetto controinteressato; e nel caso in cui quest'ultimo manifesti la propria opposizione all'accesso è tenuta a compiere una valutazione in concreto sia dell'effettiva esistenza di profili constituenti segreti tecnici o commerciali sia dell'effettiva necessità di utilizzare il chiesto documento in uno specifico giudizio, e può concedere l'accesso soltanto se l'interessato abbia effettivamente provato l'esistenza della necessità di tutela giurisdizionale (cfr. Commissione per l'accesso, *Giurisprudenza 2009*, pag. 215).

La giurisprudenza ha puntualizzato che il partecipante ad una pubblica gara d'appalto, pur essendo stato escluso in via preliminare dalla gara, non può ritenersi totalmente indifferente all'esito della gara stessa, se si tratta di un operatore professionale del settore, e quindi come tale ha un indubbio interesse a conoscere sia il contenuto delle offerte delle concorrenti sia i criteri in base ai quali le offerte stesse sono state valutate, al fine di trarne un'utile esperienza per eventuali successive gare; interesse che non corrisponde ad una mera curiosità ma ad una concreta esigenza di programmazione aziendale in un ambito libero concorrenziale.

Va infine ricordato che i segreti scientifici o industriali hanno una specifica tutela penale (art. 623 c.p.).

*6- Il reato di violazione del segreto d'ufficio: la sentenza 12 settembre 2009 n. 39706 della Corte di cassazione penale, Sezione VI, afferma la “imprescindibilità della previsione normativa degli atti che devono rimanere segreti”, che sono pertanto tutti atti tipici, ed il principio che “tutto ciò che non è segreto è accessibile”: perplessità circa l'esattezza della bipartizione stabilita da tale principio, che non prevede la specifica area della riservatezza. Una recente vicenda giurisdizionale ha riportato all'attenzione il problema della difficile convivenza tra segreto d'ufficio e diritto d'accesso.*

La vicenda è la seguente. Un consigliere comunale, ai sensi dell'art. 43 del decreto legislativo n. 267/2000, esercita il diritto d'accesso a notizie attinenti alla riservatezza di una casa di riposo (in pratica, notizie rientranti nel caso di esclusione dal diritto d'accesso di cui all'art. 24, comma 6, lett. d); e, ottenutele, le comunica ad un giornalista, che le pubblica. Il consigliere viene

allora rinviato a giudizio per il reato di rivelazione di segreto d'ufficio, di cui all'art. 326 c.p., che recita: *“Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio che, violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio, o comunque abusando della sua qualità, rivela notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, ....è punito....”*. Il consigliere comunale è certamente un pubblico ufficiale, ai fini penali. Ma il GIP dichiara di non doversi procedere contro l'imputato, per due motivi:

- 1) perché il fatto non sussiste, dal momento che il reato *de quo* “presupponeva l'esistenza di atti tipici, che per espressa disposizione legislativa - penale o extrapenale – fossero coperti dal requisito della segretezza”;
- 2) perché al consigliere comunale non sarebbero estensibili le norme sull'obbligo di segreto d'ufficio sancite per gli impiegati civili dello Stato dall'attuale art. 28 delle legge n. 241/1990.

La motivazione del GIP è quindi fondata su due ordini di ragioni tra loro indipendenti: perché una cosa è affermare che sotto il profilo penale il segreto riguarda soltanto *atti tipici* (e che quindi, in assenza di una specifica segretazione normativamente prevista, nessun pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, *sia o meno dipendente civile dello Stato*, può essere legittimamente imputato del reato di violazione del segreto d'ufficio); altra cosa è affermare che il consigliere comunale in questione, se fosse stato destinatario del citato art. 28, avrebbe potuto essere legittimamente imputato per il reato di cui all'art. 326 c.p. (dato che, com'è noto, l'art. 28 citato si riferisce genericamente al divieto, per l'impiegato (civile dello Stato), di *“trasmettere a chi non ne abbia diritto informazioni riguardanti provvedimenti od operazioni amministrative, in corso o concluse, ovvero notizie di cui sia venuto a conoscenza a causa delle sue funzioni, al di fuori delle ipotesi e delle modalità previste dalle norme sul diritto d'accesso”*: e quindi ha un contenuto assolutamente generico, *privò del benché minimo riferimento ad atti tipici*).

Comunque sia, la sentenza del GIP viene impugnata per cassazione dal PM, che sostiene che, secondo l'insegnamento della Suprema Corte, la locuzione dell'art. 326 c.p. *“notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete”* assume non solo il significato di informazione sottratta alla divulgazione in ogni tempo e nei confronti di chiunque (come accade nel caso di segreto in senso tecnico), ma anche quello di informazione per la quale la diffusione sia vietata dalle norme sul diritto d'accesso.

La Sesta sezione penale della Corte di cassazione è però di parere opposto; e con la sentenza 12 settembre 2009 n. 39706:

- premette: *“Giurisprudenza pregressa, ma ancora attuale, è attestata sul principio che ai fini della configurabilità del reato”* (di cui all'art. 326 c.p.) *“il dovere di segreto....deve derivare da una legge, da un regolamento, ovvero dalla natura stessa della notizia che può recare danno alla pubblica amministrazione* (Cass. Sez. VI 6/2 –