

PREMESSA

Il presente lavoro nasce dalla volontà di analizzare una materia ampia, che è stata oggetto di interventi innovativi e che è tuttora in continuo sviluppo. Trattasi di uno degli istituti più importanti del diritto amministrativo, che configura in maniera peculiare il rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione. In un contesto sociale in cui le nuove tecnologie alterano incessantemente abitudini e prassi secolari, il diritto ad una rapida e chiara informazione rappresenta sempre di più un presupposto per agevolare le scelte e per l'esercizio della libertà. Verrà pertanto esaminata l'evoluzione del diritto di accesso agli atti che ha le sue radici nella Legge del 7 agosto 1990, n.241, ossia la legge sul procedimento amministrativo, la prima disposizione in Italia che ha istituito e disciplinato il diritto di accesso. È da rimarcare come il legislatore si sia premurato di creare delle species attorno al genus normativo del diritto di accesso. Trattasi dell'esercizio del diritto di accesso del cittadino in ambito ambientale, l'accesso tra le diverse pubbliche amministrazioni, l'accesso agli atti di autorità indipendenti, di aziende private, accesso difensivo e accesso in relazione a mera attività interna di Pubbliche amministrazioni. La trasparenza amministrativa che si realizza tramite l'accesso è fondamentale sia per eliminare le distanze tra il cittadino e le istituzioni governative facendolo partecipe e protagonista ma soprattutto per l'accertamento del buon andamento della P.A. e soprattutto a tutela della corruzione. Il termine trasparenza ha origine da trans inspicere, che significa "guardare dentro"¹. Questo ha una duplice valenza, si pone sia quale principio cardine che quale finalità. Lo scopo principale è quello di prendere in considerazione il cambiamento del diritto in esame durante il corso degli anni in Italia, effettuando una comparazione tra l'accesso documentale e la nuova disciplina dell'accesso civico. Questo è andato ad allargare maggiormente i margini di tutela del cittadino, rappresentando garanzie ulteriori, costituendo una maggiore trasparenza dell'amministrazione tra cui si annoverano l'accesso civico semplice e quello generalizzato. In merito a ciò risulta rilevante il d.lgs.

¹ G. ARENA, "Le diverse finalità della trasparenza amministrativa", in F. MERLONI; La trasparenza amministrativa, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2008, p.30.

25 maggio 2016 n.97, che andando a modificare il d.lgs.14 marzo 2013 n.33, ha immesso una nuova forma di accesso il c.d. “Freedom of information act” (FOIA). Quest’ ultimo prende ispirazione dal sistema FOIA impiantato in America. Finiscono, in questo modo, per convivere diversificate forme di tutela del diritto di accesso agli atti, che si esercitano con modalità differenti. L’istituto dell’accesso si presenta attualmente, quindi, in maniera multiforme e complessa. Il lavoro sarà corredato da casi pratici e dispute dottrinali che andranno a chiarire i concetti trattati. Il presente elaborato ricerca e analizza inoltre criteri direttivi che vadano a creare un equilibrio tra esigenze contrapposte quali trasparenza e riservatezza. Infine, vi sono alcuni spunti di riflessione ai fini di un miglioramento della disciplina in esame.

CAPITOLO I: IL DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI.

1.1 DEFINIZIONE.

Il diritto di accesso agli atti amministrativi è un diritto attualmente attribuito al cittadino in merito ai rapporti tra Stato e Pubblica amministrazione, al fine di garantire la trasparenza di quest'ultima. Tuttavia sin dai tempi antichi era stato istituito un regime di inaccessibilità e segretezza, caratterizzato dall'impenetrabilità in merito alla gestione e agli archivi dello Stato, così come testimoniato dagli stessi "Arcana Imperii" emblema della inaccessibilità, risalenti a Tacito.² Questa impostazione, imperniata sul mistero, perdurò a lungo fino all'approvazione della Legge del 7 agosto 1990, n.241 la quale ha segnato l'evoluzione storica, determinando il passaggio a una concezione totalmente diversa di amministrazione, ossia basata sugli innovativi principi della pubblicità e trasparenza.

1.2 NATURA GIURIDICA DEL DIRITTO DI ACCESSO.

Dall'entrata in vigore della suddetta legge è scaturito un acceso dibattito tra dottrina e giurisprudenza circa la natura giuridica del diritto d'accesso ai documenti amministrativi, il quale, dunque, si configura come una *vexata quaestio*. Il fulcro della questione riguarda un aspetto teorico che tuttavia si ripercuote nella pratica. Le tesi più rilevanti, che si sono fronteggiate nel corso degli anni, sono due:

La prima che identificava l'accesso ai documenti quale interesse legittimo³ e l'opposta che lo concepiva invece quale diritto soggettivo⁴. Vi è poi un'ulteriore

² Tacito, nella sua opera *annali*, libro II che utilizza l'espressione "arcana imperii" per descrivere la politica utilizzata da Tiberio.

³ Consiglio di Stato, sez. V, n. 1725 del 2 dicembre 1998. In seguito all'intervento della Plenaria del 1999 si veda anche: Sez. V, 7 aprile 2004, n. 1969; Sez. V, 8 settembre 2003, n. 5034.

⁴ Consiglio di Stato, sez. IV, n. 56 del 22 gennaio 1999. Non sono mancate pronunce contrarie all'orientamento dell'Adunanza Plenaria: Sez. VI, 12 aprile 2005, n. 1679 e 27 maggio 2003, n. 2938.

tesi composita, fondata su un esame analitico della natura del caso concreto.⁵ La prima tesi, reputando il diritto d'accesso come interesse legittimo, pone l'accento sull'improprio utilizzo del termine "diritto", mettendo in evidenza sia il potere discrezionale⁶ della P.A., sia il legame tra il soggetto privato e l'interesse pubblico, adducendo inoltre per avvalorare la propria argomentazione ragionamenti in merito alla struttura impugnatoria del giudizio e alla conseguente presenza di termini decadenziali. Questa argomentazione era sostenuta soprattutto da alcuni studiosi quali Sandulli⁷, Paleologo⁸, Nobile e Morbidelli. Analogamente l'Adunanza Plenaria con la Sentenza del 24 giugno 1999, n.16 sembra aderire alla tesi della raffigurazione della posizione legittimante l'accesso in termini di interesse legittimo. Tale orientamento giurisprudenziale è stato confermato da altre pronunce quali quelle della V Sezione del Consiglio di Stato n.1969/04 e n.5034/03 e VI Sezione n.1679/05 e n.2938/03.

D'altro canto con la riforma legislativa introdotta dalla Legge del 11 febbraio 2005, n.15 e dalla Legge del 14 maggio 2005, n.80, in combinato disposto con la riforma del Titolo V della Costituzione, il diritto d'accesso sembra prendere consistenza di diritto soggettivo in quanto, ai sensi dell'art.22.2 della modificata L.241/'90 si considera il diritto di accesso come pertinente "*ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*" così come tutelato dall'art.117 lett. m.⁹ Cost.

⁵ M. Occhiena, diritto d'accesso, sua natura camaleontica.

⁶ Caringella, Il diritto amministrativo, Simone 2003, pag. 767.

⁷ A. SANDULLI, L'accesso ai documenti amministrativi, in Giornale di diritto amministrativo, 2005, 5, p. 496.

⁸ Morbidelli-Paleologo, La legge 1990 n. 241; procedimenti amministrativi ed accesso ai documenti dell'amministrazione, in Riv. dir. proc. amm., 1991, 8;

⁹ A Regioni ed Enti locali è richiesto il rispetto delle tutele minime previste dalla legge 241/'90, con possibile deroga in melius.

Sull'argomento, C. PINELLI, Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali", in Diritto pubblico, 2002, 881 ss.; E. BALBONI, Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali, in Le istituzioni del federalismo, 2001, 1105 ss.; G. P. ROSSI, A. BENEDETTI, La competenza legislativa esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2002, 25 ss.; L. CUOCOLO, I livelli essenziali delle prestazioni: spunti ricostruttivi ed esigenze di attuazione, in Il Diritto dell'economia, 2003, fasc. 2-3, 389 ss.; G.U. RESCIGNO, I diritti civili e sociali fra legislazione esclusiva dello Stato e delle regioni, in S. GAMBINO (a cura di), Il nuovo

Ulteriori elementi a favore di tale opposta concezione sono rappresentati dal dato letterale e dalla mancanza di discrezionalità amministrativa. Suddetta asserzione sembrerebbe altresì rinforzata dalla previsione, in materia di accesso, della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹⁰, prevista sempre in base alle innovazioni del 2005. Dunque, nell'ipotesi di un eventuale ricorso contro il provvedimento di rigetto dell'istanza di accesso, esso si concluderà con un ordine di esibizione per l'amministrazione inadempiente; tuttavia anche quest'ultima argomentazione è stata oggetto di aspre critiche provenienti dalla dottrina, in particolar modo da Casetta¹¹, il quale non reputava intercorrente un'automatica correlazione tra piano processuale e piano sostanziale. Con la decisione n.6 del 2006 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato pone in rilievo la natura strumentale del diritto di accesso configurandola come facoltà in capo ad ogni soggetto dei poteri di natura processuale, strumentali a tutelare un interesse di giuridico rilievo. Nonostante siffatta delibera, la quaestio di fondo non fu risolta, dato che alimentò solamente il dibattito senza fare chiarezza sul punto. In ogni caso sembra prevalere la tesi che configura il diritto di accesso quale diritto soggettivo.¹² De facto, alla luce di un intervento del Consiglio di Stato, si è andata a sottolineare la scarsa rilevanza di una presa di posizione rispetto alla natura giuridica¹³; infatti, al di là della sua qualificazione, l'esercizio di tale diritto risulta sottoposto al termine decadenziale previsto dalla legge sul procedimento ex.art.25 ossia 30 giorni, che riguarda la decisione sostanziale presa e non il provvedimento in sé. Dunque, data la condizione di stasi in cui versa la problematica c'è chi come Giacchetti¹⁴ lo definisce metaforicamente “coma farmacologico”.

ordinamento regionale, Milano, 2003, p.107 ss.; A. TRUINI, *Federalismo e regionalismo in Italia e in Europa*, vol. II, p. 277 ss.

¹⁰ Eccezione a tale principio, riferim. Accesso ai dati personali Cassaz. S.U. Sent. n. 8487 del 2011 e T.A.R. Venezia n. 691 del 2018.

¹¹ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012.

¹² TAR Sicilia, Palermo, sez. I n.828/2015.

¹³ Consiglio di Stato, sent. n. 3555 del 2018.

¹⁴ S. Giacchetti, *Diritto d'accesso, processo amministrativo, effetto Fukushima*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011.

1.3 EVOLUZIONE NORMATIVA

Per comprendere al meglio l'evoluzione che ha interessato il diritto di accesso è importante ricordare in primis che, mentre lo Stato autocratico si basava sul segreto, il quale garantiva la non ingerenza nella gestione del potere amministrativo, in quello democratico la regola è la trasparenza e il segreto rappresenta l'eccezione. Dunque, tramite la partecipazione all'attività amministrativa, ogni soggetto ha modo quindi di esprimere le proprie idee e di esercitare un controllo sulle scelte dell'amministrazione, verificandone la trasparenza e l'imparzialità. Nel corso degli ultimi due decenni si è avuto un forte cambiamento relazionale tra P.A e cittadino in senso democratico, pertanto il privato non è più un mero destinatario del potere esercitato dalla P.A ma rappresenta una figura centrale nel controllo dei pubblici poteri. A fortiori con lo sviluppo degli Stati Moderni si tende sempre di più all'*agere pubblico*¹⁵. A tal proposito è interessante ricordare la celebre citazione di N. Bobbio secondo cui "Il *Governo della democrazia è il Governo del potere pubblico in pubblico*¹⁶".

A tale conclusione si è giunti solo dopo un lungo percorso normativo, caratterizzato dal susseguirsi di diverse disposizioni in materia. Sembra dunque

¹⁵ KANT, *La pace perpetua*, 1795, 300. Il più autorevole teorico della necessità di rendere visibile il potere pubblico è stato il filosofo tedesco Immanuel Kant, il quale, alla fine del XVIII secolo, postula l'esigenza della pubblicità degli atti politici come "concetto trascendentale del diritto pubblico", non solo politico ma anche morale, in aperta controtendenza alla dottrina di autori coevi che rinvenivano nell'incapacità del volgo di comprendere il ruolo della politica, l'esigenza dell'opacità del potere. Il filosofo, infatti, postula la trasparenza come denominatore comune di una prospettiva teorica ("Tutte le azioni relative al diritto di altri uomini, la cui massima non è suscettibile di pubblicità, sono ingiuste" in I. KANT, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, trad. it., Torino, 1956, 330), che non si applica solo agli stati nazionali ma ad un Parlamento cosmopolita, in cui la conoscibilità dei processi decisionali affiora come bollo di legittimità per la definizione di regole destinate a stabilire una pacifica convivenza tra i popoli del mondo allora conosciuto oltre che allo sviluppo armonico di una politica estera per la regolazione degli scambi commerciali, all'epoca in forte crescita.

Il modello proposto dall'autore rimanda al processo evolutivo che ha caratterizzato la storia delle istituzioni europee, in cui il perseguimento della trasparenza è stata strumentale a respingere le critiche di un deficit democratico e a combattere le asimmetrie informative dei mercati. Sulla prospettiva di un diritto cosmopolitico, introdotto come *tertium genus* accanto al diritto statale e al diritto delle genti, I. KANT, *Zum ewigen Frieden (1795-96)*, tr.it. con il titolo *Progetto per una pace perpetua*, Milano, Rizzoli, 1968;

¹⁶ N. Bobbio, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Rivista italiana di scienza politica*, n. 2/1980, p. 181; sul tema si veda altresì N. Bobbio, *La strage, l'atto di accusa dei giudici di Bologna*, Roma, 1986.

necessaria l'analisi peculiare del cambiamento di tale istituto nel corso degli anni.

Fino alla prima metà degli anni '60 l'attività amministrativa era contraddistinta dal principio di segretezza inerente sia la fase preparatoria sia quella istruttoria del procedimento amministrativo, pertanto il cittadino poteva solo conoscere la decisione finale che veniva pubblicata, non avendo gli strumenti necessari per conoscere l'iter logico-giuridico da cui scaturiva il provvedimento emanato¹⁷. In questo contesto storico si colloca l'estratto di un famoso discorso di Filippo Turati: "Dove un superiore pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro."¹⁸ E' da questo momento in poi che nel nostro Paese inizia a maturare il concetto di trasparenza, infatti, verso la fine degli anni '60, si è pervenuti al riconoscimento del diritto di visionare ed estrarre copia degli atti amministrativi anche se con molteplici limitazioni dettate dalla disciplina di settore. Scindendo il termine trasparenza nelle sue componenti trans e apparente ossia ciò che appare attraverso, risulta manifesta l'esistenza di due entità differenti che riprendendo figuratamente l'espressione utilizzata da F. Turati si troverebbero una al di qua e una al di là del vetro, la barriera; una è la personificazione dello Stato ossia l'apparato burocratico composto da una molteplicità di soggetti che operano in maniera rilevante sulla vita dei privati, l'altra invece è costituita dagli amministrati, coloro che sono sottoposti a suddetti poteri. Sono passati ormai più di un secolo dal celebre discorso di Turati, il quale aveva intuito la ratio della difformità tra pubblico e privato molto prima dei risultati avutisi con la Carta costituzionale. La trasparenza, inoltre, si scompone in due direzioni, "orizzontale" quando analizza i rapporti tra P.A. ed amministrati e "verticale" quando invece si tratta del rapporto intercorrente tra due Pubbliche Amministrazioni.¹⁹ Successivamente, alla fine degli anni '80, in Italia, vi era però l'esigenza di rinnovare il rapporto dei cittadini nei confronti della Pubblica Amministrazione, il quale era ancora improntato su norme di stampo ottocentesco. Il progresso si

¹⁷ Guido Clemente di San Luca, "Diritto di accesso e interesse", Jovene Editore, Napoli 2006.

¹⁸ Il discorso di F. TURATI è reperibile in Atti del Parlamento italiano, Camera dei deputati, sessione 1904-1908 n.22.962, 17 giugno 1908.

¹⁹ Chardon (1908), L'administration de la France. Les fonctionnaires, Paris.

ebbe grazie alla Legge 7 agosto 1990, n.241 disciplinante nuove norme in tema di procedimento amministrativo e di diritto di accesso agli atti della P.A. In questo modo l'Italia, nonostante la tardività rispetto agli altri Paesi, è riuscita ad avere un testo normativo che disciplina da un lato, il procedimento amministrativo nelle sue linee generali, e dall'altro riconosce e garantisce il diritto di accesso ai documenti amministrativi al fine di assicurare un'effettiva trasparenza della Pubblica Amministrazione.

Da un punto di vista normativo prima di giungere alla Legge 241/'90 si sono susseguite alcune disposizioni in materia di diritto d'accesso anche se circoscritte a specifici ambiti, tra le quali risulta doveroso richiamare: la Legge 27 dicembre 1985, n.816 inerente lo status degli amministratori locali che, ex art. 25 garantiva a ogni cittadino di prendere visione di tutti i provvedimenti adottati dai Comuni, dalle Province, dai Consigli circoscrizionali, dalle aziende speciali di enti territoriali, dalle unità sanitarie locali, dalle comunità montane; la Legge dell'8 luglio 1986, n.349 che designava il ministero dell'ambiente, garantendo che quest'ultimo trasmettesse le notizie inerenti lo status ambientale, dando dunque la possibilità a tutti i cittadini di accedere alle informazioni presenti in quel momento negli uffici della P.A.²⁰. L'antecedente normativo più rilevante è però costituito dalla riforma dell'ordinamento degli enti locali, ossia la Legge dell'8 giugno 1990, n. 142, la quale discorrendo del principio della pubblicità di tutti gli atti delle amministrazioni comunali e provinciali, garantiva a tutti i cittadini, sia singoli che associati, il diritto di accedere agli atti amministrativi, di estrarne copia con alcune limitate esclusioni, di accedere ad altre informazioni della P.A e ai consiglieri di avere la possibilità di informarsi in merito a tutto ciò che concerneva il loro mandato, rispettando ovviamente l'obbligo del segreto di stato nei casi tassativamente previsti. Dunque, dopo che per più di un secolo in Italia i poteri pubblici erano disciplinati da principi attuati da leggi di settore per ciascuna fattispecie, finalmente si ha una prima disposizione generale ed inequivocabile.

²⁰ Rif. Art.14 1. Il Ministro dell'ambiente assicura la più ampia divulgazione delle informazioni sullo stato dell'ambiente.

2. Gli atti adottati dal Consiglio nazionale per l'ambiente debbono essere motivati e, quando la loro conoscenza interessi la generalità dei cittadini e risponda ad esigenze informative di carattere diffuso, vengono pubblicati per estratto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 dicembre 1984, n. 839, con la menzione del numero del Bollettino Ufficiale del Ministero dell'ambiente, che riporta il testo integrale dagli atti stessi nonché il processo verbale delle sedute.

3. Qualsiasi cittadino ha diritto di accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente disponibili, in conformità delle leggi vigenti, presso gli uffici della pubblica amministrazione, e può ottenere copia previo rimborso delle spese di riproduzione e delle spese effettive di ufficio il cui importo è stabilito con atto dell'amministrazione interessata.

1.3.1 RIFERIMENTI COSTITUZIONALI

A livello costituzionale non è espressamente previsto il principio di trasparenza²¹ ossia la diretta manifestazione del diritto di accesso. A tal proposito bisogna estrapolarlo da altri valori, quali quelli generali dell'azione amministrativa che si rinvengono nei principi fondamentali (artt.1²²,2²³,3 e 5 Cost.), artt. 97 e 98 Cost., ma anche negli artt. 28 e 54 Cost. La dottrina non è giunta a conclusioni pacifiche in merito. Di fatti una parte della dottrina inoltre riconosce il fondamento del diritto di accesso nell'articolo 21²⁴ della Costituzione in quanto elemento del diritto di informazione, mentre altri contrariamente preferiscono ricondurlo agli articoli 97 e 98, 28, 54 della Costituzione, dato che rappresenta un'espressione del principio del buon andamento della pubblica amministrazione. La tesi che vede come pilastro fondante l'art.21²⁵ si muove da un'interpretazione lata della libertà costituzionale di informazione e vede il concetto scisso in tre componenti: diritto ad informare, diritto ad essere informato e diritto di acquisire informazioni; il diritto ad informare è qualificato

²¹ Il d.d.l. di riforma costituzionale, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n.88 del 15 aprile del 2016, bocciato all'esito del referendum costituzionale del 4 dicembre del 2016 aveva previsto l'inserimento del principio di trasparenza nel testo degli artt.97 e 118 Cost.

D. DONATI, Il principio di trasparenza in costituzione, cit., pag. 91, per il quale "il principio è norma mai esplicita", da cui deriva che "l'ordinamento giuridico allora non appare come costruito in senso discendente, a partire da norme costituzionali strettamente "vincolanti" il legislatore, ma diversamente può essere descritto come un processo circolare, in cui le leggi ordinarie sono redatte nei limiti dell'interpretazione costituzionale, ed una volta entrate in vigore contribuiscono ad una lettura costantemente adeguata, attuale e vivente del testo costituzionale".

²² Tale potere deriva, secondo autorevole dottrina, direttamente dall'art. 1 cost., il quale stabilisce che "la sovranità appartiene al popolo". cfr. ZUCCHETTI, in regolamento sull'accesso ai documenti. Commento al d.P.R. 12 aprile 2006, n.184, Milano,2006,54 ss.

²³ Tra i molti Autori che si sono confrontati sulla possibilità di ampliare il catalogo costituzionale dei diritti, si rinvia, tra gli altri, ad A. BARBERA, Commento all'art. 2 Cost., in, in Commentario della Costituzione, a cura di G. Branca, Bologna, 1975; F. MODUGNO, I "nuovi" diritti nella giurisprudenza costituzionale, Torino, 1995; F. GROSSI, Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana, Padova, 1972; T. MARTINES, Diritto costituzionale, a cura di G. Silvestri, Milano, 2011; P. PERLINGIERI, La personalità umana nell'ordinamento giuridico, Napoli, 1972; A. PIZZORUSSO, Lezioni di diritto costituzionale, Roma, 1984.

²⁴ Prospettiva che sembra emergere in misura maggiore a livello comunitario dalla disposizione di cui all'art.15 TFUE.

²⁵ Cfr. Busia, Commento art.22, in Aa. Vv., L'azione amministrativa, Milano, 2005, 963; Paleologo, La legge 241/'90, in Dir. Proc. Amm. 1991, 10; Tarullo, Diritto di accesso ai doc. amm. e diritto alla riservatezza: un difficile rapporto, in Jus 1996, 232 ss.