

Citare come: Diana-Urania Galetta, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de "le vite degli altri"?*, in *Federalismi.it* (<http://www.federalismi.it>), Numero 10/2018, 9 maggio 2018, pp. 1-27

Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de "le vite degli altri"?

di

Diana-Urania Galetta

Professore ordinario di Diritto amministrativo

Università degli Studi di Milano

Sommario: **1.** Premessa introduttiva. **2.** Sulle tre tipologie di accesso post D.lgs. 97/2016: cenni essenziali. **3.** Accesso (civico) generalizzato e tutela degli interessi contrapposti: esiste un principio di tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo? **3.1.** Il confuso quadro di riferimento a livello nazionale (fra norme cogenti e strumenti c.d. di soft law). **3.2.** Il quadro normativo di riferimento a livello sovranazionale: gli elementi essenziali. **3.3.** Sulla non esistenza di un "principio di tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo" e la complessità del giudizio di bilanciamento che le amministrazioni sono chiamate ad operare. **4.** L'obbligo di consultare i controinteressati e le relative conseguenze. **5.** Gli elementi della valutazione discrezionale dell'amministrazione, nel contrasto fra diritto d'accesso (civico) generalizzato ed esigenze di protezione dei dati personali: l'importanza della dimensione sociale dei dati personali. **6.** Segue. L'applicazione del principio di proporzionalità quale strumento di corretto bilanciamento dei diritti e degli interessi in gioco. **7.** L'importanza della motivazione del provvedimento finale adottato a seguito di un'istanza di accesso (civico) generalizzato. **8.** Il rapporto tra accesso (civico) generalizzato e accesso classico: qualche opportuna precisazione. **9.** L'accesso (civico) generalizzato, fra tutela di legittime istanze conoscitive e rischi di interferenza indebita ne "le vite degli altri": riflessioni conclusive.

1. Premessa introduttiva

Ai sensi dell'art. 42, comma 1, del D.lgs. 97/2016¹ di modifica del c.d. Decreto Trasparenza² l'accesso civico è divenuto operativo "*entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto*": ossia a far data dal 23 dicembre 2016.

Il breve scritto che segue ha come obiettivo di fare un bilancio dell'applicazione di questo istituto, a poco più di un anno di distanza dalla sua ufficiale entrata in vigore e per quel che concerne, specificamente, il rapporto fra accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali.

Non è ovviamente possibile (né appare specialmente utile nella prospettiva del giurista) operare una verifica a tappeto di tutte le richieste di accesso civico sinora effettuate: a tale scopo sarebbe infatti necessario potere operare un esame di tutti quei registri dell'accesso civico che dovrebbero essere stati nel frattempo predisposti³ da ogni singola pubblica amministrazione⁴; e che, comunque, danno brevemente conto solo dell'oggetto delle richieste di accesso civico e del relativo esito, senza specificare altri dettagli. L'esame verrà dunque svolto, in modo diverso: e, cioè, attraverso un'analisi dei molti pareri rilasciati dal Garante per la protezione dei dati personali in questo primo anno di applicazione dell'istituto, così come dei primi arresti giurisprudenziali, che certamente contribuiscono a fare luce sull'istituto e sulle principali criticità sinora emerse.

2. Sulle tre tipologie di accesso post D.lgs. 97/2016: cenni essenziali.

Prima di procedere all'esame delle problematiche di tipo applicativo che ha posto l'accesso civico generalizzato in questo suo primo anno di operatività, in particolare per quel che riguarda l'opposta esigenza di tutela dei dati personali dei controinteressati, appare peraltro

¹ Decreto Legislativo 25 maggio 2016, n. 97, *Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.*

² Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni.

³ Tali registri non sempre sono di facile reperimento; sovente, poi, non ne sono facilmente accessibili i contenuti (ad es. sul relativo sito compaiono file che non è possibile aprire perché risultano danneggiati e vengono dunque segnalati dall'antivirus come "a rischio". Tale è ad es. il caso del registro degli accessi del comune di Piacenza (in <http://trasparenza.comune.piacenza.it/L190/?idSezione=289483&id=&sort=&activePage=&search=>, consultato l'ultima volta in data 30 dicembre 2017).

⁴ Il numero delle richieste varia dalle 37 rivolte al Ministero della Giustizia (in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_29_22_1.page), alle 67 rivolte al Comune di Milano (alle ben 164 ricevute dal Comune di Pistoia (v. in <https://www.comune.pistoia.it/9167>), alle 66 del comune di Napoli (<http://www.comune.napoli.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/33485>).

opportuno fare qualche rapida precisazione sulle diverse tipologie di accesso attualmente presenti nel nostro ordinamento e sui loro reciproci rapporti, anche alla luce di quanto è stato nel frattempo precisato nelle Linee guida ANAC del dicembre del 2016⁵.

Secondo quanto si legge nel capo I delle Linee guida, espressamente dedicato alle definizioni, coesisterebbero ora, quali istituti di carattere generale (e fatta salva, ovviamente, la possibilità di prevederne di altri in leggi speciali), tre diverse tipologie di accesso: l'«*accesso documentale*» (l'accesso disciplinato dal capo V della legge 241/1990); l'«*accesso civico*» (l'accesso di cui all'art. 5, comma 1, del decreto trasparenza, relativo ai documenti oggetto di obblighi di pubblicazione inadempiti) e l'«*accesso generalizzato*» (l'accesso di cui all'art. 5, comma 2, del decreto trasparenza, scollegato dall'esistenza di obblighi di pubblicazione inadempiti)⁶.

Questa stessa tripartizione è stata poi ripresa dal Garante per la protezione dei dati personali già⁷ nel suo documento di inizio dicembre 2016, ove si fa riferimento espresso a «*tre forme di accesso: l'«accesso documentale» ai sensi del capo V della legge n. 241 del 7 agosto 1990; l'«accesso civico» ai documenti oggetto degli obblighi di pubblicazione e l'«accesso generalizzato» a tutti gli altri documenti detenuti dalla pubblica amministrazione, disciplinati – rispettivamente – dai commi 1 e 2 dell'art. 5 del d. lgs. n. 33/2013 (par. 1)»⁸.*

La suddetta tripartizione qualificatoria corrisponde, in effetti, alla necessità di distinguere fra le due tipologie di accesso ora previste, rispettivamente, nel comma 1 e nel comma 2 del novellato art. 5 del Decreto trasparenza. Si tratta, infatti, di due fattispecie di accesso molto diverse poiché, con riguardo all'accesso previsto dal comma 1 dell'art. 5, si tratta in effetti di un diritto di accesso-sanzione⁹, connesso al mancato adempimento de «*L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o*

⁵ 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, Delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, par. 1.

⁶ Così nelle Linee guida cit., par. 1.

⁷ E, successivamente, anche nei vari pareri adottati ai sensi dell'art. 5, comma 7, del D.lgs. 33/2013 e di cui *infra*.

⁸ Lettera inviata dal Presidente Soro al Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione il 30 maggio 2017, in www.gdpd.it, doc. web n. 6439745. Cfr. anche il provvedimento n. 521 del 15 dicembre 2016, Intesa sullo schema delle Linee guida ANAC recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico», *ivi*, doc. web n. 5860807. Vedi altresì i pareri n. 362 del 18 agosto 2017; n. 363 del 28 agosto 2017, sempre in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home>.

⁹ Così D.U. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D. Lgs. n. 33/2013*, in *Federalismi.it*, Numero 5/2016 - 2 Marzo 2016, pp. 1 ss. (par. 2 ss.)

dati"; il quale, a sua volta, “ *comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione*”¹⁰.

Di conseguenza, non sono previste eccezioni di sorta a tale diritto trattandosi di “ *documenti, informazioni o dati*” rispetto ai quali il bilanciamento fra diritto di accesso e diritti ed interessi ad esso contrapposti è stata operata già dal legislatore, nel momento stesso in cui questi hanno optato per un obbligo di pubblicazione degli stessi da parte delle Pubbliche Amministrazioni.

La situazione è invece ben diversa per quello che le Linee guida qualificano ora come “ *accesso generalizzato*”: quello introdotto, cioè, dal D.lgs. 97/2016 (Decreto FOIA) al comma 2 dell’art. 5 del D.lgs. 33/2013.

In questo caso, siccome si tratta del diritto di “ *chiunque*”, e senza necessità di motivare in alcun modo la propria richiesta¹¹, “ *di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione*”¹², tale diritto di accesso (civico) generalizzato soggiace ovviamente ad una serie di limitazioni, che sono necessarie a tutela di “ *interessi pubblici*” (inerenti alla sicurezza pubblica, alla sicurezza nazionale, alla difesa e alle questioni militari, alle relazioni internazionali, alla politica e alla stabilità finanziaria ed economica dello Stato, alla conduzione di indagini sui reati e al loro perseguimento, al regolare svolgimento di attività ispettive) e di “ *interessi privati*” (la protezione dei dati personali, la libertà e la segretezza della corrispondenza, gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d’autore e i segreti commerciali). Oltre che alle esclusioni dell’accesso legate al segreto di Stato ed altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge¹³.

Vi è, infine, l’accesso definito nelle Linee guida come “ *documentale*”, ma meglio identificabile come l’accesso tradizionale/classico: si tratta dell’accesso disciplinato dall’art. 22 ss. della Legge n. 241/1990.

Quest’ultima tipologia di accesso continua senz’altro ad operare, con i propri diversi presupposti e la sua diversa disciplina¹⁴; ed ora entra senz’altro in gioco, in particolare,

¹⁰ Così prevede espressamente l’art. 5, comma 1, del D.lgs. 33/2013 .

¹¹ Prevede il nuovo comma 3 dell’art. 5 del D.lgs. 33/2013 che “ *L’esercizio del diritto di cui ai commi 1 e 2 non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente*” e che “ *L’istanza di accesso civico identifica i dati, le informazioni o i documenti richiesti e non richiede motivazione*”.

¹² Così all’art. 5, comma 2, del D.lgs. 33/2013 come novellato dal Decreto FOIA.

¹³ Cfr. l’art. 5-bis del D.lgs. 33/2013 come novellato dal Decreto FOIA.

¹⁴ Cfr. D.U. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D. Lgs. n. 33/2013* cit., par. 10.

allorquando l'accesso civico sia escluso per via della necessità di tutelare interessi riconducibili alle fattispecie di interessi (pubblici e privati) elencate nel nuovo art. 5-bis del D.lgs. 33/2013. In queste ipotesi, infatti, come ha peraltro già avuto modo di precisare più volte il Garante, sarà possibile accedere ad atti e documenti in possesso della pubblica amministrazione solo in quanto si sia titolari di una situazione giuridica qualificata e si sia in grado di motivare adeguatamente la propria richiesta¹⁵.

Mentre, infatti, nella versione originaria della L. 241/90 il diritto di accesso era genericamente riconosciuto “*a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti*”, come è noto, con la novella del 2005¹⁶ la previsione dell'art. 22 L. 241/90 è stata modificata per meglio specificare gli elementi della legittimazione soggettiva del richiedente l'accesso: deve trattarsi di “*soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*”¹⁷.

3. Accesso (civico) generalizzato e tutela degli interessi contrapposti: esiste un principio di tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo?

3.1. Il confuso quadro di riferimento a livello nazionale (fra norme cogenti e strumenti c.d. di *soft law*)

Secondo quanto si legge nella Circolare rivolta a tutte le amministrazioni dal Dipartimento della Funzione pubblica all'inizio dell'anno 2017, vi sarebbero alcune “*implicazioni di carattere generale*” che deriverebbero “*Dal carattere fondamentale del diritto di accesso generalizzato e dal principio di pubblicità e conoscibilità delle informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni*”; anzitutto vi sarebbe un “*principio della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo*”: poiché “*Nei sistemi FOIA, il diritto di accesso va applicato tenendo conto della tutela preferenziale dell'interesse a conoscere. Pertanto, nei casi di dubbio circa l'applicabilità di una eccezione, le amministrazioni dovrebbero dare prevalenza all'interesse conoscitivo che la richiesta mira a soddisfare*”¹⁸.

¹⁵ V. *infra*, nel prossimo par. 8.

¹⁶ Mi riferisco alla ben nota legge 11 febbraio 2005, n. 15.

¹⁷ Art. 22 L. 241/90, post modifica del 2005.

¹⁸ Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 2 /2017, Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA), in <http://www.funzionepubblica.gov.it>, p. 3.

Già altrove mi sono soffermata sul come ed il perché quest'ultima affermazione sia, come tale erronea; commentando, in particolare, il sistema del FOIA statunitense¹⁹. Mi limito qui, dunque, a ribadire come tali affermazioni, per di più se contenute in documenti di fonte governativa, finiscano per veicolare informazioni fuorvianti sui c.d. “*sistemi FOIA*”²⁰ che non trovano alcun riscontro nella realtà effettiva.

Fatta questa doverosa premessa, passo invece ad analizzare il problema giuridico specifico: e, cioè, se sussista o meno nel nostro ordinamento nazionale un principio di tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo e quale ne sia eventualmente la fonte. La risposta al quesito giuridico è peraltro facile: è certo che questo principio come tale non esiste. E lo ha subito precisato il Garante per la protezione dei dati personale che già ha più volte messo in evidenza - anche nel contesto dei pareri adottati in questo primo anno di operatività dell'accesso (civico) generalizzato - come non sussista un principio generale di prevalenza del diritto di accesso (civico) generalizzato a scapito di altri diritti ugualmente riconosciuti dall'ordinamento; perché, se così fosse, “*si vanificherebbe il necessario bilanciamento degli interessi in gioco che richiede un approccio equilibrato nella ponderazione dei diversi diritti coinvolti, tale da evitare che i diritti fondamentali di eventuali controinteressati possano essere gravemente pregiudicati dalla messa a disposizione a terzi - non adeguatamente ponderata - di dati, informazioni e documenti che li riguardano*”²¹.

Né l'enfasi (per quanto di certo eccessiva) posta dal D.lgs. FOIA nella definizione della trasparenza quale “*accessibilità totale*” per “*favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*”²² è, di per sé, elemento idoneo ad identificare l'esistenza di un tale principio di tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo. La cui esistenza è sconfessata, invece, già dal tenore del comma 2 dell'art. 1 del D.lgs. 33/2013 : che espressamente richiama la necessità di “*rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio, di segreto statistico e di protezione dei dati personali*”²³. Il

¹⁹ D.U. Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione: un'analisi storico-evolutiva in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016/5, p. 1019 ss.

²⁰ Anche prescindere dalla considerazione che parlare di “*sistemi FOIA*” in modo generico ha veramente poco senso, essendo necessario fare riferimento a specifici esempi concreti (il FOIA statunitense, il FOI inglese etc.).

²¹ Così si legge nel provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali n. 521 del 15 dicembre 2016, Intesa sullo schema delle Linee guida ANAC recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico, in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home>.

²² Così all'art. 1, comma 1, del D.lgs. 33/2013 .

²³ L'evidenziazione in grassetto è mia.

che implica, ovviamente, l'esigenza di operare sempre un bilanciamento fra l'interesse conoscitivo e l'interesse alla riservatezza: vuoi per ragioni di segreto (di Stato, statistico etc.), vuoi per ragioni di tutela della riservatezza dei controinteressati rispetto alla richiesta di accesso.

Ciò è, peraltro, espressamente richiamato anche nelle Linee guida ANAC. Ove, pur precisandosi che il legislatore ha *“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”*²⁴, si sottolinea poi, con molta chiarezza, che *“Il legislatore (...) rinvia a una attività valutativa che deve essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla disclosure²⁵ generalizzata e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento”*²⁶. Anche se - ed è il caso di rilevarlo - di seguito si precisa che l'amministrazione deve *“valutare se il pregiudizio conseguente alla disclosure è un evento altamente probabile, e non soltanto possibile”* e che *“il pregiudizio concreto (...) va valutato rispetto al momento ed al contesto in cui l'informazione viene resa accessibile, e non in termini assoluti ed atemporalità”*²⁷.

Complessivamente, il quadro di riferimento che ne scaturisce a livello nazionale per le Pubbliche Amministrazioni è tale da ingenerare grande incertezza e confusione sul nuovo istituto dell'accesso (civico) generalizzato. Da un lato, infatti, il legislatore ha scelto di prevedere eccezioni all'accesso (civico) generalizzato forse troppo ampie, e certamente troppo poco puntuali²⁸. Dall'altro lato, il quadro normativo di riferimento non appare completato da una disciplina normativa di rango secondario, contenuta in regolamenti amministrativi, come sarebbe stato invece auspicabile che fosse²⁹. La moda della *soft law* si è imposta infatti - contro qualunque logica giuridica ed, oserei dire, anche di buon senso³⁰! -

²⁴ Linee Guida ANAC cit., par. 2.3.

²⁵ La traduzione corretta del termine inglese “disclosure” è divulgazione.

²⁶ Linee Guida ANAC cit., par. 5.2.

²⁷ Linee Guida ANAC cit., par. 5.2.

²⁸ V. sul punto quanto osservato in: Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, parere del 24 febbraio 2016, n. 515/2016, reperibile in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, spec. p. 85 s.

²⁹ Così osserva anche C. Deodato, *La difficile convivenza dell'accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>. (20 dicembre 2017).

³⁰ L'essere “soft” non mi pare un elemento di pregio per un atto che abbia quale intento quello di fungere da salda guida all'operato delle pubbliche amministrazioni, a fronte di un compito tanto delicato quale quello di bilanciare le istanze sottese all'accesso generalizzato (a fini di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche da parte delle pubbliche amministrazioni) con quelle riconducibili all'esigenza di tutelare la riservatezza dei dati personali dei consociati.

al legislatore: che ha dunque inserito, nella versione finale del Decreto FOIA, una discutibile previsione³¹ ai sensi della quale “*ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico (...) l’Autorità Nazionale anticorruzione d’intesa con il Garante per la protezione dei dati personali (...) adotta linee guida recanti indicazioni operative*”³².

Il Decreto FOIA ha cioè attribuito alla competenza di un’Autorità già sufficientemente sovraccarica di compiti e responsabilità³³ di adottare un atto atipico, privo di qualsivoglia valore cogente (e che non ha dunque il valore di atto-fonte), su di una materia tanto delicata quanto la “*definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico*”.

Fra l’altro, non si capisce veramente il senso di attribuire questo compito ad un’Autorità amministrativa indipendente³⁴: visto che si trattava, qui, non già di operare delle scelte “tecniche” di bilanciamento fra interessi, connotate da “*alto tasso di imparzialità*”³⁵; bensì si trattava di specificare maggiormente (ed a fini di maggiore certezza del quadro giuridico di riferimento) scelte che sono profondamente intrise del connotato della politicità³⁶ e che sono rimaste, pertanto, come tali, largamente incompiute³⁷.

In questo già confuso quadro si è aggiunta, poi, anche la Circolare del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione che, oltre ad essere a sua volta un atto privo

³¹ Sul che si rinvia a quanto osservato in D.U. Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione: un’analisi storico-evolutiva in una prospettiva di diritto comparato ed europeo cit.*, p. 1049 ss.

³² Art. 5-bis, comma 6, del D.lgs. 97/2016.

³³ È singolare come, a tale riguardo, siano proprio le parole del primo Garante dei dati personali, il compianto Stefano Rodotà, a fornire il miglior commento possibile a fronte di tale circostanza: “*L’impresvidenza accompagna spesso, nel nostro Paese, le innovazioni istituzionali che, per la mancata predisposizione di strutture adeguate, in molte occasioni hanno rischiato il fallimento*”. Così S. Rodotà, *Relazione per l’anno 1997. Discorso del presidente Stefano Rodotà*, Roma, 30 aprile 1998, in <http://www.garanteprivacy.it/>.

³⁴ Anche tralasciando l’aspetto discutibile che si tratti proprio di *quella* Autorità amministrativa indipendente (e seppur “d’intesa con il Garante per la protezione dei dati personali”). Sul punto si rinvia peraltro a D.U. Galetta, *Trasparenza e contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione: verso un moderno panottico di Bentham?*, in *Diritto e Società*, 2017/1, p. 43 ss. (spec. 57 ss.).

³⁵ L’espressione è di F. Piga, *Relazione della Commissione per la modernizzazione delle istituzioni – Riforma della Amministrazione Centrale*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1985, p. 115. La letteratura in argomento è peraltro sterminata. V., fra i tanti, M. D’Alberti, voce *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma 1995, p. 1 ss.

³⁶ A questo riguardo mi limito a rinviare, per tutti, a quanto osserva Beniamino Caravita in un suo interessante editoriale a proposito del fatto che “*la sovranità non spetta allo Stato, bensì al popolo, «che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione», quindi (...) attraverso le istituzioni politiche di riferimento, nelle quali tutte si rifrange la sovranità popolare*”. Così B. Caravita, *Politicità delle scelte e neutralità dell’attuazione nella Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 6/2009 (25/03/2009). L’evidenziazione in grassetto è mia.

³⁷ Osserva a tale riguardo C. Deodato, *La difficile convivenza dell’accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?* cit., p. 4, come “*l’intero quadro regolativo di secondo livello si rivela incapace di offrire paradigmi valutativi sicuri e coerenti*”.

di qualsiasi valore normativo, in parte contraddice anche le indicazioni contenute nelle Linee Guida ANAC.

Il risultato - è ovvio - non può che essere quello di creare un'enorme confusione. E, per di più, proprio su di un aspetto tanto delicato del Decreto FOIA quale quello del rapporto fra la regola generale dell'accesso (civico) generalizzato e le eccezioni poste a questa regola, a tutela di diritti ed interessi di primaria importanza quale quelli elencati dall'art. 5-bis del D.lgs. 33/2013.

3.2. Il quadro normativo di riferimento a livello sovranazionale: gli elementi essenziali

Se il quadro normativo, a livello nazionale, appare carente, perplesso e contraddittorio³⁸ supplisce tuttavia, almeno in parte, il quadro normativo di diritto sovranazionale.

A questo riguardo, da un lato, il riferimento è necessariamente alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), che all'art. 8 sancisce il “*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*”. Tuttavia – come è noto - l'interesse alla “*disclosure in the public interest*” rappresenta uno di quegli elementi che la Corte EDU tiene in alta considerazione nella sua copiosa giurisprudenza, anche in considerazione del quadro di riferimento di diritto internazionale sul punto. Sicché, riassuntivamente può dirsi che la Corte EDU ha dato certamente ampio spazio alle istanze di trasparenza nella sua giurisprudenza promuovendo, nei limiti del possibile, le istanze di accesso (civico) generalizzato. Tuttavia, essa non riconosce affatto un principio di prevalenza *tout court* (o preferenza) per l'interesse conoscitivo; e impone, invece, di applicare un “*test di interesse pubblico*” (*public-interest test*)³⁹.

A livello di Diritto dell'Unione europea, invece, il diritto di accesso previsto nei Trattati e disciplinato dal Regolamento n. 1049/2001 sull'accesso⁴⁰, deve conciliarsi con quanto previsto dalla Carta dei diritti UE nei suoi artt. 7 e 8 dedicati, rispettivamente, al “*Rispetto della vita privata e della vita familiare*” e alla “*Protezione dei dati di carattere personale*”. In

³⁸ V. amplius sul punto, da ultimo, C. Deodato, *La difficile convivenza dell'accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?* cit.

³⁹ Cfr. Corte EDU, (Grande Camera) 8 novembre 2016 (ric. n. 18030/11), Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary, punto 161, che si può leggere in [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22sort%22:\[%22kdate%20Descending%22\],\[%22documentcollectionid2%22:\[%22JUDGMENTS%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22sort%22:[%22kdate%20Descending%22],[%22documentcollectionid2%22:[%22JUDGMENTS%22]})

⁴⁰ Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, in http://www.europarl.europa.eu/RegData/PDF/r1049_it.pdf.

particolare, la previsione dell'art. 8 CDUE statuisce che *“ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano”*.

A questo proposito la Corte di giustizia UE ha ripetutamente statuito che *“le istituzioni, prima di divulgare informazioni riguardanti una persona fisica, devono soppesare l'interesse dell'Unione a garantire la trasparenza delle proprie azioni con la lesione dei diritti riconosciuti dagli artt. 7 e 8 della Carta”* e che, dunque, *“non può riconoscersi alcuna automatica prevalenza dell'obiettivo di trasparenza sul diritto alla protezione dei dati personali”*⁴¹.

Più di recente, poi, la protezione accordata ai dati personali è stata resa maggiormente concreta attraverso l'approvazione del Regolamento generale sulla protezione dei dati (Regolamento (UE) 2016/679⁴²) che, entrato ufficialmente in vigore il 24 maggio 2016, troverà diretta applicazione negli Stati membri UE a decorrere dalla data del 25 maggio 2018⁴³.

Per quanto riguarda, specificamente, l'esigenza di conciliare la protezione dei dati personali con il diritto di accesso, si legge nei considerando del nuovo Regolamento UE che *“Il presente regolamento ammette, nell'applicazione delle sue disposizioni, che si tenga conto del principio del pubblico accesso ai documenti ufficiali”*; tuttavia, se vi sono disposizioni nazionali che prevedono l'accesso (civico) generalizzato ai documenti in possesso delle pubbliche amministrazioni *“Tali disposizioni legislative dovrebbero conciliare l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali e il riutilizzo delle informazioni del settore pubblico con il diritto alla protezione dei dati personali”*⁴⁴. E in che modo è eventualmente possibile conciliare le contrapposte esigenze il Regolamento lo indica già nel suo quarto considerando, ove si afferma che *“Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale (...) va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità”*⁴⁵.

Sicché, ancora una volta, non solo non è identificabile in alcun modo un principio di preferenza/prevalenza del diritto di accesso. Ma, anzi, si riconosce chiaramente che

⁴¹ Sentenza della Corte (grande sezione) del 9 novembre 2010, Volker und Markus Schecke GbR e Hartmut Eifert c. Land Hessen, in cause riun. C-92/09 e C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662. Idem nella sentenza 29 giugno 2010, causa C-28/08 P, Commissione c. Bavarian Lager, punti 75-79, ECLI:EU:C:2010:378.

⁴² Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), in <https://eur-lex.europa.eu>.

⁴³ Come espressamente statuisce l'art. 99 del Regolamento (UE) 2016/679 cit. A decorrere da tale data sarà altresì abrogata la Direttiva 95/46/CE (v. art. 94 par. 1 del Regolamento).

⁴⁴ Regolamento (UE) 2016/679 cit., considerando nr. 154.

⁴⁵ Regolamento (UE) 2016/679 cit., considerando nr. 4.

l'evoluzione connessa all'uso delle tecnologie “*richiede un quadro più solido e coerente in materia di protezione dei dati nell'Unione*”⁴⁶.

3.3. Sulla non esistenza di un “principio di tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo” e la complessità del giudizio di bilanciamento che le amministrazioni sono chiamate ad operare

Come si è visto, il quadro normativo di riferimento, a livello sia nazionale che sovranazionale, non permette dunque di riconoscere l'esistenza di un principio di tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo. Accantonata, perciò, questa ipotesi, resta il fatto che, la circostanza che a tale principio venga fatto espresso riferimento nella richiamata circolare ministeriale 2/2017 complica ulteriormente il già difficile compito delle pubbliche amministrazioni che - come è ben noto - hanno una naturale propensione ad accogliere in modo incondizionato l'interpretazione contenuta nelle circolari, soprattutto se provenienti dal Ministero.

A questo proposito giova tuttavia rammentare che, secondo gli indirizzi giurisprudenziali autorevolmente espressi, anche assai di recente, dal Consiglio di Stato, oltre al fatto che “*la circolare ministeriale, interpretativa di una disposizione di legge, è, in linea di principio, un atto interno finalizzato ad indirizzare uniformemente l'azione degli organi amministrativi, privo di effetti esterni*” oltretutto – e salvo ipotesi eccezionali⁴⁷ - le circolari ministeriali interpretative “*sono prive di efficacia vincolante nei confronti degli organi periferici i quali possono, infatti, disattendere l'interpretazione senza che ciò comporti l'illegittimità dei loro atti per violazione di legge*”⁴⁸.

Tuttavia, è chiaro che l'elemento di c.d. autovincolo per l'amministrazione che la circolare viene a rappresentare ha l'effetto di complicare ulteriormente il già difficile giudizio di bilanciamento che le amministrazioni sono chiamate ad operare in questo contesto.

Pur tralasciando dunque di disquisire qui, nuovamente, sui costi e sugli aspetti di inevitabile sovraccarico nell'attività delle pubbliche amministrazioni che questa complessa attività - assegnata senza attribuire risorse finanziarie e/o di personale aggiuntive - inevitabilmente

⁴⁶ Regolamento (UE) 2016/679 cit., considerando nr. 7.

⁴⁷ Ad es. in materia di stato civile che, secondo quanto rileva il Consiglio di Stato, è materia “*retta da peculiari principi*” giacché “*«l'ufficiale dello stato civile è tenuto ad uniformarsi alle istruzioni che vengono impartite dal Ministero dell'Interno» (art. 9, comma 1, del d.P.R. n. 396 del 2000)*”. Così Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4478, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁴⁸ Così Cons. Stato, sez. I, sentenza 7 marzo 2017, n. 567, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

comporta⁴⁹, occorre perciò mettere in evidenza il fatto che, in caso di richiesta di accesso (civico) generalizzato operata in un contesto in cui sia necessario proteggere diritti di controinteressati (ed, *in primis*, quello alla tutela dei loro dati personali), nell'adottare la decisione inerente al bilanciamento fra i diversi interessi in gioco il funzionario pubblico al quale spetta in concreto la decisione rischia di trovarsi veramente "a mal partito". Sul piatto della bilancia vi sarà, infatti, da un lato, il peso dell'interesse conoscitivo sotteso all'istanza di accesso civico generalizzato; dall'altro, il peso delle opposte esigenze di tutela della riservatezza e dei dati personali dei soggetti controinteressati. Senza, però, che atti-fonte (norme di rango perlomeno secondario) abbiano fornito dei parametri certi alle pubbliche amministrazioni su come orientare quella che si evidenzia già, chiaramente, come una scelta troppo ampiamente discrezionale; e che paga purtroppo il prezzo delle scelte incompiute da parte del decisore politico.

L'unico modo per potere uscire dall'*impasse* è dunque quello di applicare correttamente quei principi dell'azione amministrativa che guidano l'uso della discrezionalità amministrativa e in particolare - come vedremo⁵⁰ - il principio di proporzionalità.

4. L'obbligo di consultare i controinteressati e le relative conseguenze

Secondo quanto prevede espressamente l'art. 5, comma 5 del D.lgs. 33/2013, come modificato dal Decreto FOIA l'amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso (civico) generalizzato, "*se individua soggetti controinteressati, ai sensi dell'articolo 5-bis, comma 2 (...) è tenuta a dare comunicazione agli stessi, mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento, o per via telematica per coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione*".

Dalla ricezione della comunicazione decorre per costoro il termine di dieci giorni per potere "*presentare una motivata opposizione, anche per via telematica, alla richiesta di accesso*".

Il termine di 30 giorni previsto dal comma 6 per la conclusione del procedimento di accesso civico è pertanto sospeso "*fino all'eventuale opposizione dei controinteressati*".

Sempre l'art. 5, comma 6, statuisce poi che "*In caso di accoglimento della richiesta di accesso civico nonostante l'opposizione del controinteressato, salvi i casi di comprovata indifferibilità, l'amministrazione ne dà comunicazione al controinteressato e provvede a trasmettere al richiedente i dati o i*

⁴⁹ Sul punto v. D.U. Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione: un'analisi storico-evolutiva in una prospettiva di diritto comparato ed europeo* cit., spec. p. 1054 ss. V. anche D.U. Galetta, *Trasparenza e contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione: verso un moderno panottico di Bentham?* cit., spec. par. 6 ss.

⁵⁰ V. *infra*, par. 6.

documenti richiesti non prima di quindici giorni dalla ricezione della stessa comunicazione da parte del controinteressato". Ciò allo scopo, ovviamente, di consentire al controinteressato di attivare gli strumenti di tutela previsti contro il provvedimento di accoglimento della richiesta⁵¹.

Questo meccanismo di (opportuno) contraddittorio con i controinteressati fa sì che il termine di trenta giorni - previsto dall'art. 5, comma 6, per la conclusione del procedimento di accesso civico - possa essere sostanzialmente raddoppiato.

Il che la dice lunga sull'importanza attribuita dal legislatore del Decreto FOIA al coinvolgimento dei controinteressati. Al plurale, ovviamente, perché trattasi di tutti quei soggetti che possano vantare interessi relativi a: la protezione dei dati personali, la libertà e la segretezza della corrispondenza, interessi economici e commerciali, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.

Naturalmente l'identificazione di eventuali titolari dei summenzionati interessi nel caso concreto impone all'amministrazione un attento esame dei documenti da rilasciare al richiedente l'accesso (civico) generalizzato⁵². Anche perché, come ha avuto modo di ribadire più volte il Garante per la protezione dei dati personali *"non è possibile derogare alle disposizioni che, in caso di accesso civico, sanciscono il necessario coinvolgimento dei soggetti controinteressati"*⁵³.

La mancata comunicazione anche solo da uno dei controinteressati vizia dunque, irrimediabilmente, la decisione finale sulla richiesta di accesso rendendola, già per ciò stesso, annullabile. Non si ritiene, infatti, che possa trovare qui applicazione la previsione dell'art. 21-*octies*, comma 2, L. 241/90. Non la previsione dell'*alinea* 1: che fa riferimento espresso alla *"natura vincolata del provvedimento"*⁵⁴; mentre qui - come già si è più volte detto - trattasi di provvedimento certamente dal contenuto ampiamente discrezionale. Ma neppure la previsione del comma 2, *alinea* 2, dell'art. 21-*octies*: ai sensi della quale *"Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora"*

⁵¹ Come precisano anche le Linee guida ANAC cit., p.

⁵² Come precisa espressamente anche la circolare ministeriale 2017/2 cit., a p. 11: "Al fine di identificare i controinteressati in modo corretto, è indispensabile procedere a questa valutazione soltanto dopo un puntuale esame di tutti i dati e i documenti oggetto della domanda di accesso generalizzato". Mentre le Linee guida ANAC cit., p. 22, parlano al riguardo di *"onerosa procedura di coinvolgimento del soggetto «controinteressato»"*

⁵³ Garante per la protezione dei dati personali, parere n. 360 del 10 agosto 2017. V. anche parere n. 50 del 9 febbraio 2017, tutti in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home>.

⁵⁴ Più precisamente: "Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato" (art- 21-*octies*, comma 2, *alinea* 1, L. 241/90).

l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato» . In primo luogo, perché non è affatto certo che sia possibile equiparare, in via interpretativa, la comunicazione ai controinteressati *ex art. 5 D.lgs. 33/2013* alla comunicazione di avvio del procedimento cui fa riferimento l'art. 21-*octies*.⁵⁵ Ma, soprattutto, perché mi pare assai difficile ipotizzare che l'amministrazione possa dimostrare in giudizio l'irrilevanza di esigenze di protezione di interessi privati di controinteressati che non sono stati messi in condizione di proporre quella “*motivata opposizione*” tramite cui è offerta loro la possibilità di indicare, appunto, all'amministrazione le esigenze di tutela di quegli interessi privati ai quale lo stesso Decreto FOIA, pur nel porre grande enfasi sull'accesso (civico) generalizzato come strumento di trasparenza, garantisce comunque una speciale protezione⁵⁶.

In particolare poi, come vedremo, le esigenze di “*protezione dei dati personali*” - secondo quanto ha già più volte posto in evidenza anche il Garante per la protezione dei dati personali nei suoi pareri - si riferiscono ad aspetti della vita personale dell'individuo (ad es. il diritto alla reputazione, all'immagine, al nome etc.) che si ritiene non possano essere identificati autonomamente da parte dell'amministrazione: senza il contributo, cioè, dell'interessato (*rectius*: del controinteressato), nel corso di quel sub-procedimento (in contraddittorio con i controinteressati) che, non a caso, è stato appositamente introdotto a tale scopo nel Decreto FOIA (all'art. 5, comma 5).

5. Gli elementi della valutazione discrezionale dell'amministrazione, nel contrasto fra diritto d'accesso (civico) generalizzato ed esigenze di protezione dei dati personali: l'importanza della dimensione sociale dei dati personali.

Entrando più nel dettaglio sulla questione del potenziale contrasto fra diritto d'accesso (civico) generalizzato, da un lato, ed esigenze di protezione dei dati personali, dall'altro, è

⁵⁵ Al pari di quanto è avvenuto, in via pretoria, per la comunicazione *ex art. 10-bis L. 241/90* sul preavviso di rigetto.

⁵⁶ Si ricorda che l'art. 5-bis, comma 2, prevede espressamente che si possa trattare “*di uno dei seguenti interessi privati*:

- a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;
- 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.”

chiaro che il bilanciamento spetta, in concreto, alla singola pubblica amministrazione destinataria della specifica richiesta di accesso (civico) generalizzato⁵⁷.

Più precisamente, questa valutazione spetta all'ufficio che detiene i dati o i documenti richiesti che – come si legge nella circolare ministeriale - “*dovrebbe coincidere con l'ufficio competente nella materia a cui si riferisce la richiesta (competenza ratione materiae)*”⁵⁸. Né vi è - come già si è illustrato⁵⁹ - alcun criterio di prevalenza dell'interesse conoscitivo che possa essere fatto valere a tale riguardo.

A questo proposito, anzi, si legge nelle Linee Guida ANAC che, la circostanza che il D.lgs. 33/2013 faccia espressamente riferimento alla disciplina legislativa sulla protezione dei dati personali all'art. 5-bis implica, come diretta conseguenza, che sia necessario fare riferimento anche ai principi generali sul trattamento di detti dati e “*al nuovo quadro normativo in materia di protezione dei dati introdotto dal Regolamento (UE) n. 679/2016*”⁶⁰.

Appare dunque opportuno verificare, anzitutto, quali siano i principi e gli elementi rilevanti rispetto all'esigenza di protezione dei dati personali che emergono da un esame dei primi pareri emessi in materia dal soggetto istituzionalmente deputato a garantire la protezione dei dati: il Garante per la protezione dei dati personali⁶¹.

Secondo quanto prevede, infatti, il novellato art. 5, comma 7, del D.lgs. 33/2013, per l'ipotesi di diniego totale o parziale dell'accesso (civico) generalizzato il richiedente l'accesso può presentare “*richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza*”: che ha venti giorni per decidere adottando un provvedimento motivato. Tuttavia, per l'ipotesi specifica in cui l'accesso sia “*negato o differito a tutela degli interessi di cui all'articolo 5-bis, comma 2, lettera a)*”⁶² (ossia proprio per esigenze di protezione dei dati personali di controinteressati) “*il suddetto responsabile provvede sentito il Garante per la protezione*

⁵⁷ “Il soggetto destinatario dell'istanza di accesso civico è tenuto a verificare se l'accesso civico debba essere rifiutato «*per evitare un pregiudizio concreto alla tutela [della] protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia*» (art. 5-bis, comma 1, lett. a)”. Così (fra le tante), Garante per la protezione dei dati personali, parere n. 49 del 9 febbraio 2017, in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home>.

⁵⁸ Circolare ministeriale 2017/2 cit., p. 8. La circolare specifica ulteriormente che “Nei casi dubbi, si deve privilegiare il criterio fattuale del possesso dei dati o documenti richiesti”.

⁵⁹ *Supra*, par. 3.

⁶⁰ Linee guida ANAC cit., par. 8.1.

⁶¹ Trattasi, infatti, dell'autorità amministrativa indipendente istituita dalla c.d. legge sulla privacy (L. 31 dicembre 1996, n. 675) che ha dato attuazione alla direttiva comunitaria 95/46/CE. V. in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/autorita>.

⁶² Art. 5-bis, comma 2 del D.lgs. 33/2013 : “L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia (...)”.

dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta". Sicché, già nel corso di questo primo anno di applicazione dell'istituto dell'accesso (civico) generalizzato, il Garante ha avuto modo di esprimere numerosi pareri, che ci offrono l'occasione di fare luce su alcuni degli elementi del necessario bilanciamento fra istanze conoscitive sottese al diritto di accesso (civico) generalizzato ed opposte esigenze di protezione dei dati personali. Nel contesto di questi pareri, il Garante ha anzitutto precisato che, per dato personale, deve intendersi "*qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale*", secondo quanto è espressamente statuito dall'art. 4, comma 1, lett. b), del Codice sulla privacy⁶³.

Quanto alle valutazioni da compiere da parte dell'amministrazione, l'elemento che è stato sinora richiamato con maggiore frequenza è l'esigenza, da parte dell'amministrazione, di garantire che siano adeguatamente salvaguardati "*il diritto alla reputazione, all'immagine, al nome, all'oblio, nonché i diritti inviolabili della persona di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione*"⁶⁴; diritti che potrebbero risultare lesi in caso di accoglimento della richiesta di accesso (civico) generalizzato⁶⁵. Il riferimento è, cioè, a quella "dimensione sociale" dei dati personali⁶⁶, che risulta garantita dall'art. 3 della nostra Costituzione, quando si riferisce alla "*dignità sociale*"⁶⁷.

A questo specifico aspetto della tutela dei dati personali si riferisce espressamente anche il nuovo Regolamento UE, richiamato quale essenziale parametro di riferimento anche - come già si è detto - dalle Linee guida ANAC: che specifica come "*Una violazione dei dati*

⁶³ Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali. V. il relativo richiamo, ad es., nel parere del Garante per la protezione dei dati personali n. 295 del 28 giugno 2017.

⁶⁴ V. i pareri del Garante per la protezione dei dati personali n. 187 del 10 aprile 2017; n. 190 del 10 aprile 2017; n. 212 dell'11 maggio 2017; n. 246 del 24 maggio 2017; n. 254 del 31 maggio 2017; n. 295 del 28 giugno 2017; n. 360 del 10 agosto 2017; n. 362 del 18 agosto 2017; n. 366 del 7 settembre 2017; n. 369 del 13 settembre 2017; n. 377 del 21 settembre 2017; n. 433 del 26 ottobre 2017; n. 458 del 2 novembre 2017; n. 459 del 9 novembre 2017; n. 476 del 16 novembre 2017; n. 506 del 30 novembre 2017; n. 515 del 7 dicembre 2017, tutti in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home>.

⁶⁵ Alle esigenze di tutela di questi diritti fanno infatti espressamente richiamo anche le Linee guida ANAC cit., par. 8.1.

⁶⁶ Come ci ricordava infatti pochi anni orsono il compianto Stefano Rodotà, "*Non è un caso che oggi si distingua tra tutela della privacy, come garanzia di una sfera privata chiusa, e diritto alla protezione dei dati, come autonomo diritto fondamentale che consente la proiezione nel mondo e mette tutti in condizione di sviluppare liberamente la propria personalità*". S. Rodotà, voce "*Tecnopolitica*", in *Enciclopedia Treccani-on-line* (http://www.treccani.it/enciclopedia/tecnopolitica_%28XXI-Secolo%29/); nonché nella sua prima Relazione annuale 1997 quale neo-istituto Garante per la protezione dei dati personali, che si può tuttora reperire in <http://www.garanteprivacy.it>.

⁶⁷ Per approfondimenti si rinvia a S. Rodotà, *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Bari, 2004, in particolare p. 144 ss.

*personali può (...) provocare danni fisici, materiali o immateriali alle persone fisiche, ad esempio perdita del controllo dei dati personali che li riguardano o limitazione dei loro diritti, discriminazione, furto o usurpazione d'identità, perdite finanziarie, decifrazione non autorizzata della pseudonimizzazione, pregiudizio alla reputazione, perdita di riservatezza dei dati personali protetti da segreto professionale o qualsiasi altro danno economico o sociale significativo alla persona fisica interessata*⁶⁸.

La considerazione delle esigenze di tutela della dimensione sociale dei dati personali emerge, poi, nuovamente, in relazione ad uno degli aspetti più delicati della valutazione discrezionale a cui sono chiamate le pubbliche amministrazioni: l'identificazione di quel c.d. "pregiudizio concreto" cui fa espresso riferimento l'art. 5-bis, comma 2, del D.lgs. 33/2013, quale elemento che può condurre ad un rigetto *tout court* della richiesta di accesso (civico) generalizzato⁶⁹.

A tale ultimo proposito il Garante ha ripetutamente richiamato, nei suoi pareri, quanto è specificato nelle Linee guida a tale riguardo. E cioè che, *"Ai fini della valutazione del pregiudizio concreto, vanno prese in considerazione le conseguenze - anche legate alla sfera morale, relazionale e sociale - che potrebbero derivare all'interessato (o ad altre persone alle quali esso è legato da un vincolo affettivo) dalla conoscibilità, da parte di chiunque, del dato o del documento richiesto"*⁷⁰. Ciò in considerazione anche delle concrete implicazioni che scaturiscono dalla previsione di cui all'art. 3, comma 1, del D.lgs. n. 33/2013: ai sensi della quale *"Tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di accesso civico (...) sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli"*. Tali conseguenze, ci ricorda il Garante (richiamando all'uopo, nuovamente, le Linee guida), *"potrebbero riguardare, ad esempio, future azioni da parte di terzi nei confronti dell'interessato, o situazioni che potrebbero determinare l'estromissione o la discriminazione dello stesso individuo, oppure altri svantaggi personali e/o sociali"*⁷¹.

Infine, il Garante fa riferimento nei suoi pareri anche alla necessità di valutare il rischio che l'interessato *"possa essere esposto a minacce, intimidazioni, ritorsioni o turbative al regolare svolgimento delle funzioni pubbliche o delle attività di pubblico interesse esercitate, che potrebbero derivare, a seconda delle particolari circostanze del caso, dalla conoscibilità di determinati dati"*⁷². E fa ripetutamente

⁶⁸ Così nel Considerando 85 del Regolamento (UE) 2016/679 cit.

⁶⁹ *"L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privat"*. L'evidenziazione in grassetto è mia.

⁷⁰ Linee guida ANAC cit., par. 8.1.

⁷¹ Cfr. i pareri richiamati alla nota nr. 64, oltre che Linee guida ANAC cit., par. 8.1.

⁷² V. nota precedente.

riferimento - al pari delle Linee guida⁷³ - all'esigenza di tenere in considerazione, in questo contesto, le *“ragionevoli aspettative di confidenzialità degli interessati”*⁷⁴: che debbono ovviamente essere riferite al momento in cui i dati personali sono stati raccolti.

6. Segue. L'applicazione del principio di proporzionalità quale strumento di corretto bilanciamento dei diritti e degli interessi in gioco

Come ha di recente rilevato un attento commentatore, la risoluzione del conflitto *“per certi versi ineliminabile”* tra il principio di trasparenza *“su cui si fondano sempre più le democrazie contemporanee”* e le opposte esigenze di protezione dei dati personali *“in un contesto in cui la relativa sfera risulta esposta a minacce e ingerenze di ogni tipo”* non dovrebbe restare affidata ad *“una valutazione (ampiamente) discrezionale, se non libera, di un funzionario, costretto a compierla in tempi strettissimi e in mancanza della guida sicura e affidabile di paradigmi normativi cogenti e precisi”*⁷⁵.

Non saprei dirlo meglio; e non potrei condividere di più il senso profondo di tale affermazione: che mette anche implicitamente in guardia rispetto al fatto che, se è chiaramente impossibile (e non auspicabile) che le norme (primarie) adottino discipline troppo di dettaglio, allo stesso tempo non è affatto auspicabile che il legislatore lasci uno spazio vuoto troppo grande.

La scelta di rinunciare all'adozione di norme più di dettaglio - e di fare altresì a meno dei regolamenti optando invece, come si è visto, per c.d. strumenti di *soft law* - non è una scelta neutra. Fa, anzi, sorgere il dubbio legittimo nell'interprete che si voglia così, in verità, lasciare mano libera all'amministrazione, sottraendone la relativa attività all'invasivo sindacato del giudice amministrativo: che è tanto più agevole, quanto maggiori risultano essere i parametri di riferimento che gli sono forniti dal diritto cogente. E, per converso, risulta essere tanto più complesso quanto più ci si allontana dal paradigma della norma per addentrarsi in quell'apprezzamento *“ampiamente discrezionale”*, che si avvicina pericolosamente a ciò che la dottrina tradizionalmente identifica come merito insindacabile. E pur vero infatti che, secondo l'autorevole insegnamento di Massimo Severo Giannini, *“L'apprezzamento politico della discrezionalità consiste in una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che*

⁷³ V. diffusamente nelle Linee guida ANAC cit., par. 8.1., cui si rinvia per approfondimenti sul punto.

⁷⁴ V. da ultimo anche nel parere n. 515 del 7 dicembre 2017.

⁷⁵ C. Deodato, *La difficile convivenza dell'accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?* cit., p. 11.

*ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie. Se essi hanno valore zero o quasi nullo, essi saranno trascurati; se uno di essi domina schiacciando gli altri esso solo sarà soddisfatto; ma in genere si ha un contemperamento dei singoli interessi*⁷⁶. Tuttavia, lo scenario che qui si delinea, è uno scenario in cui non si tratta tanto (e soltanto) di operare una ricognizione e una valutazione comparativa degli interessi concretamente in gioco. Si tratta, piuttosto, di compiere delicate operazioni di bilanciamento “a priori” fra diritti e principi, rispetto alle quali le indicazioni fornite dal legislatore risultano essere troppo scarse e pure largamente contraddittorie.

Tutto si gioca infatti, qui, sul quel concetto di “*pregiudizio concreto*” cui fa riferimento l'art. 5-bis, comma 2, *alinea* 1 del D.lsg. 33/2013, quale elemento che può condurre a fare prevalere le esigenze di protezione dei dati personali rispetto alle esigenze di garanzia dell'accesso (civico) generalizzato.

A meno, dunque, di volere applicare la teorica tedesca sui c.d. concetti giuridici indeterminati (che nell'ordinamento tedesco sono pienamente sindacabili da parte del giudice), delimitando in tal modo la discrezionalità amministrativa dall'esterno⁷⁷, l'unica maniera per potere uscire dall'*impasse* - e garantire che l'eccessivo spazio di discrezionalità lasciato all'amministrazione dal legislatore non si tramuti in spazio aperto a decisioni arbitrarie ed insindacabili - è quella di fare riferimento ad un principio dell'azione amministrativa ormai ben noto⁷⁸ e che è utilizzato stabilmente dalla nostra giurisprudenza amministrativa nel contesto del sindacato sull'eccesso di potere: il principio di proporzionalità⁷⁹.

⁷⁶ M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetti e problemi*, Milano, 1939, p. 74 s. L'autore ribadisce questo concetto più volte: ad esempio a p. 78 ss., 165 ss.,

⁷⁷ Rispetto a quei “concetti normativi” che implicino - come nel caso di specie - un'attività interpretativa a carattere prevalentemente valutativo la dottrina tedesca ha infatti da tempo respinto il tentativo di riconoscere alla P.A. un margine di apprezzamento sottratto al sindacato giurisdizionale. Fra i tanti, anzitutto, cfr. O. Bachof, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff*; *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, in *Juristenzeitung*, 1955, p. 97 ss; C.H. Ule, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, München, 1955, p. 309 ss.

⁷⁸ I primi due studi monografici italiani sul tema risalgono oramai a vent'anni orsono: D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.

⁷⁹ Per un'illustrazione di origini, contenuti e più recenti applicazioni del principio si rinvia, per tutti, a D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017 (2^a ed.), p. 149 ss.

A questo proposito occorre rilevare che, sia le Linee guida ANAC che il Garante per la protezione dei dati personali nei suoi pareri⁸⁰, fanno ripetutamente riferimento, in tema di esigenze di protezione dei dati personali, alla necessità che siano osservati i principi “*di necessità, proporzionalità, pertinenza e non eccedenza*”. Sottolineando come questi implicino che “*il soggetto destinatario dell’istanza, nel dare riscontro alla richiesta di accesso generalizzato, dovrebbe in linea generale scegliere le modalità meno pregiudizievoli per i diritti dell’interessato, privilegiando l’ostensione di documenti con l’omissione dei «dati personali» in esso presenti, laddove l’esigenza informativa, alla base dell’accesso generalizzato, possa essere raggiunta senza implicare il trattamento dei dati personali*”⁸¹.

Si tratta, dunque, nella sostanza, di compiere quella valutazione che rientra nello schema di ragionamento tipico del principio di proporzionalità, sotto il profilo dei suoi due parametri della necessità e della proporzionalità in senso stretto. I quali implicano, rispettivamente, che l’amministrazione operi, anzitutto, una valutazione circa l’assenza di alternative comportanti un minore sacrificio degli interessi in gioco, diversi da quell’interesse pubblico primario per il cui perseguimento la norma ha attribuito il potere all’amministrazione (criterio di necessità o della scelta del mezzo più mite). E, in secondo luogo, che l’amministrazione compia una valutazione di proporzionalità in senso stretto: cioè, una valutazione comparativa fra il beneficio arrecato dal provvedimento adottato (nel caso di specie l’accoglimento *tout court* della richiesta di accesso (civico) generalizzato) all’interesse pubblico protetto dalla norma come “interesse primario”, ed il sacrificio causato agli interessi pubblici secondari e/o agli interessi privati contrapposti e concretamente in gioco. Nel caso di specie qui all’esame si tratta, dunque, di valutare se ed in che misura “*la conoscenza indiscriminata dell’ampio set di informazioni e dati personali contenuti nella documentazione oggetto dell’accesso civico (...) appare non necessaria o comunque sproporzionata, rispetto 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*”⁸².

Per dirla altrimenti, a fronte di una richiesta di accesso civico generalizzato la sussistenza di una concreta esigenza di protezione dei dati personali determina sempre che - applicando qui il sempre attualissimo ragionamento di Giannini sull’essenza della discrezionalità amministrativa - quantomeno, “*...vi è una parziale recessività dell’interesse primario, e la scelta va*

⁸⁰ V., ad es., i pareri del Garante per la protezione dei dati personali n. 58 del 16 febbraio 2017; n. 187 del 10 aprile 2017; n. 363 del 28 agosto 2017; n. 366 del 7 settembre 2017; n. 377 del 21 settembre 2017, tutti in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home>.

⁸¹ Linee guida ANAC cit., par. 8.1. e pareri Garante cit. nota precedente.

⁸² Garante per la protezione dei dati personali, parere n. 360 del 10 agosto 2017, in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home>. L’evidenziazione in grassetto è mia.

*orientata nel senso che il provvedimento va adottato, ma con clausole speciali, limitative o ampliative, per tutelare anche gli interessi secondari*⁸³. Come già si è ricordato, infatti, il Garante per la protezione dei dati personali ha chiaramente messo in evidenza, già alla vigilia dell’emanazione del Decreto FOIA, come non sia possibile “*accordare una generale prevalenza al diritto di accesso generalizzato a scapito di altri diritti ugualmente riconosciuti dall’ordinamento*” poiché, altrimenti, sarebbe vanificato “*il necessario bilanciamento degli interessi in gioco che richiede un approccio equilibrato nella ponderazione dei diversi diritti coinvolti*”⁸⁴.

Nella sostanza questo implica che, talora, sarà sufficiente concedere un accesso (civico) generalizzato solo parziale. Talaltra, sarà invece necessario respingere del tutto la richiesta di accesso civico generalizzato: poiché “*il medesimo pregiudizio concreto alla tutela della protezione dei dati personali, potrebbe realizzarsi anche nel caso di un eventuale e più limitato accesso parziale*”⁸⁵. Ciò anche in considerazione del fatto che - come il Garante ha già a più riprese avuto modo di sottolineare - “*a differenza dei documenti a cui si è avuto accesso ai sensi della l. n. 241/1990 – i dati e i documenti ricevuti a seguito di una istanza di accesso civico sono soggetti a un particolare regime di pubblicità, essendo previsto che «Tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di accesso civico [...] sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli ai sensi dell’articolo 7», sebbene il loro ulteriore trattamento vada in ogni caso effettuato nel rispetto dei limiti derivanti dalla normativa in materia di protezione dei dati personali (art. 3, comma 1, del d. lgs. n. 33/2013)*”⁸⁶.

7. L’importanza della motivazione del provvedimento finale adottato a seguito di un’istanza di accesso (civico) generalizzato

Come è espressamente precisato nelle Linee guida ANAC “*Nella risposta negativa o parzialmente tale (...) 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*”⁸⁷.

⁸³ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, p. 618.

⁸⁴ Lettera inviata dal Presidente Soro al Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione il 30 maggio 2017, in www.gpdp.it, doc. web n. 6439745. L’evidenziazione in grassetto è mia. Cfr. anche il provvedimento n. 521 del 15 dicembre 2016, Intesa sullo schema delle Linee guida ANAC recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico”, *ivi*, doc. web n. 5860807. Vedi altresì i pareri n. 362 del 18 agosto 2017; n. 363 del 28 agosto 2017, sempre in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home>.

⁸⁵ Così, ad es., Garante per la protezione dei dati personali, parere n. 360 del 10 agosto 2017, in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home>.

⁸⁶ V., fra i tanti, i pareri del Garante per la protezione dei dati personali n. 360 del 10 agosto 2017; n. 362 del 18 agosto 2017 *cit.*; n. 459 del 9 novembre 2017 *cit.*

⁸⁷ Linee guida ANAC *cit.*, par. 5.3.

In relazione ai casi sottoposti in questo primo anno all'esame del Garante per la protezione dei dati personali⁸⁸, in punto di obbligo di motivazione il Garante ha ripetutamente lamentato la circostanza che *“la motivazione contenuta nel provvedimento di diniego dell'istanza di accesso civico, eccessivamente sintetica, può non aver consentito all'istante di comprendere le effettive ragioni per cui l'ostensione dei dati richiesti determinerebbe un pregiudizio concreto”* alla tutela di interessi dei controinteressati tutelati dal D.lgs. 33/2013⁸⁹.

Naturalmente, però, *“La motivazione è necessaria anche in caso di accoglimento dell'istanza”*⁹⁰: in specie allorquando vi siano controinteressati rispetto all'accesso; ma non soltanto. Se è vero infatti che - come già si è detto⁹¹ - il diritto alla protezione dei dati personali ha acquisito col tempo, vieppiù, una dimensione sociale, una dimensione sociale la possiede pure il diritto di accesso (civico) generalizzato. Che ha dunque un senso (e gode di protezione normativa ai sensi del Decreto FOIA) solo ove sia correttamente utilizzato: e, cioè, nella sua prospettiva di strumento di controllo di/collaborazione con l'attività dei pubblici poteri; e non certo quale strumento mirante a soddisfare la mera curiosità di taluni consociati⁹², a spese (in senso metaforico, ma anche reale⁹³) dell'intera collettività. Di questo elemento la motivazione del provvedimento adottato a seguito di un'istanza di accesso (civico) generalizzato dovrà necessariamente farsi carico: dovendo dare conto dunque - e per quanto qui specificamente ci riguarda - del bilanciamento operato fra le esigenze di trasparenza e le esigenze di protezione dei dati personali, entrambi intesi nella loro dimensione sociale e non meramente individuale.

Tanto più che, come ricorda a più riprese il Garante nei suoi pareri, *“La motivazione serve all'amministrazione per definire progressivamente proprie linee di condotta ragionevoli e legittime, al*

⁸⁸ Che, come già si è illustrato, sono solo quelli in cui *“l'accesso è stato negato o differito a tutela degli interessi di cui all'articolo 5-bis, comma 2, lettera a)”*. V. supra, par. 5.

⁸⁹ Così, ad es, Garante per la protezione dei dati personali, parere n. 190 del 10 aprile 2017 cit.

⁹⁰ Linee guida ANAC cit., par. 5.3.

⁹¹ V. supra, par. 5.

⁹² Sul punto risulta assai pertinente quanto osservava A. Nicotra, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2015 (3 giugno 2015), p. 8, già a proposito della disciplina del Decreto 33 antecedente la modifica del Decreto FOIA.

⁹³ È d'obbligo rammentare, infatti, che sebbene il Decreto FOIA preveda espressamente che *“Le amministrazioni interessate provvedono agli adempimenti previsti con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente”*, questo non significa assolutamente che la relativa attività sia esente da costi. Sul punto rinvio ancora a D.U. Galetta, *Trasparenza e contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione: verso un moderno panottico di Bentham?* cit., par. 6.

cittadino per comprendere ampiezza e limiti dell'accesso generalizzato, al giudice per sindacare adeguatamente le decisioni dell'amministrazione"⁹⁴.

8. Il rapporto tra accesso (civico) generalizzato e accesso classico: qualche opportuna precisazione

Resta sullo sfondo un problema di non poco momento, che non mi pare tuttavia possibile ignorare del tutto in questa sede. Si tratta della delicata e complessa questione del rapporto fra accesso civico generalizzato e accesso classico.

A questo specifico proposito è stato opportunamente sottolineato in giurisprudenza che *“L'accesso civico previsto e regolato dal dec. lgv. 33 del 2013, come modificato dal dec. lgv.n. 97 del 2016 non è un istituto giuridico che riconduce e assorbe ogni regolamentazione in materia di accesso a superamento anche dalla disciplina normativa dettata dalla legge 241 del 1990, essendo diversa la ratio e le finalità delle due normative”*; l'accesso disciplinato dalla legge 241 del 1990 prevede infatti, da parte dei richiedenti l'accesso, *“l'esistenza di un interesse personale e diretto alla conoscenza di atti in possesso di un'amministrazione pubblica al fine di meglio tutelare la loro personale posizione soggettiva”*⁹⁵.

Per quanto riguarda l'accesso civico generalizzato, invece, la giurisprudenza ha messo chiaramente in evidenza come *“Il riferimento ai cittadini e all'utilizzo delle risorse pubbliche”* evidenzia una caratterizzazione dell'istituto in termini diversi rispetto all'interesse generale; infatti l'accesso civico risulta essere *“non soggetto ad alcuna formalità motivazionale, rispetto a quello personale”*⁹⁶. Tuttavia, lo stesso collegamento con l'interesse generale fa sì che il perimetro d'azione dell'accesso civico sia necessariamente più ristretto. Sicché non è certamente ammissibile che l'accesso civico venga utilizzato *“per superare, in particolare in materia di interessi personali e dei principi della riservatezza, i limiti imposti dalla legge 241 del 1990”*⁹⁷.

Si tratta cioè, con riguardo all'accesso civico generalizzato, di *“situazioni, non ampliative né sovrapponibili a quelle che consentono l'accesso ai documenti amministrativi, ai sensi degli articoli*

⁹⁴ Cfr., ad es., Garante per la protezione dei dati personali, pareri n. 190 del 10 aprile 2017 cit.; n. 363 del 28 agosto 2017 cit.; n. 369 del 13 settembre 2017 cit., n. 476 del 16 novembre 2017 cit., che riprendono peraltro essenzialmente le Linee guida ANAC cit., par. 5.3.

⁹⁵ Così TAR Veneto, sez. I, sentenza 10 maggio 2017, n. 463, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>. Nello stesso senso v. già D.U. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D. Lgs. n. 33/2013* cit., p. 15 ss.

⁹⁶ TAR Veneto 2017/463 cit.

⁹⁷ Così TAR Veneto 2017/463 cit. In questo senso vedi anche Garante per la protezione dei dati personali, parere n. 459 del 9 novembre 2017, in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home>.

22 e seguenti della legge 7.8.1990, n. 241, come successivamente modificata ed integrata”⁹⁸. Sicché, come ha di recente sottolineato anche il Garante per la protezione dei dati personali, nel caso in cui non sussistano i presupposti per concedere l’accesso civico - in particolare perché per i controinteressati potrebbe risultarne “*un pregiudizio concreto ed estremamente probabile alla tutela del loro interesse alla protezione dei dati personali*” - allora rimane “*la possibilità per l’istante di accedere a tutta documentazione richiesta, anche con i dati personali in chiaro*”; tuttavia questo presuppone necessariamente che il richiedente l’accesso “*formulando una diversa domanda di accesso agli atti amministrativi ai sensi degli artt. 22 ss. della l. n. 241/1990, dimostri di possedere «un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l’accesso»*”⁹⁹.

A fronte del rigetto di un’istanza di accesso civico generalizzato sarà cioè possibile, eventualmente, la proposizione da parte dell’interessato di una nuova istanza, di accesso “classico” questa volta, ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 22 ss. L. 241/90. Ma detta istanza di accesso (classico), se non necessariamente dovrà connotarsi come meramente “*strumentale all’esercizio del diritto di difesa in giudizio*”, dovrà però essere corredata da una motivazione obbligatoria che, per potere essere considerata adeguata a supportare una richiesta di accesso ex art. 22 L. 241/90, dovrà necessariamente rendere “*palese l’interesse giuridicamente rilevante per la posizione soggettiva del ricorrente*”¹⁰⁰.

Né è possibile immaginare - sulla base della considerazione che il nostro ordinamento, con la previsione dell’accesso civico, si sarebbe oramai orientato a favore della più ampia *disclosure* - che tale interesse sia per il futuro considerato come *in re ipsa*. Le stesse Linee guida ANAC, infatti, mettono in evidenza come l’accesso civico, proprio per il fatto che “*comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni*” per soddisfare “*le esigenze di controllo diffuso del cittadino*” implica però che (rispetto all’accesso

⁹⁸ Cons. Stato, sez. VI, sentenza 20 novembre 2013 n. 5515, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>. L’evidenziazione in grassetto è mia.

⁹⁹ Garante per la protezione dei dati personali parere n. 360 del 10 agosto 2017 cit.

¹⁰⁰ In questo senso ha ribadito assai di recente il TAR Lazio “*che, pur riconoscendo che in una più vasta accezione del diritto di cui è causa non si impone che l’accesso al documento sia unicamente e necessariamente strumentale all’esercizio del diritto di difesa in giudizio, ammettendo che la richiamata “strumentalità” possa essere intesa in senso ampio in termini di utilità per la difesa di un interesse giuridicamente rilevante (...) nel caso di specie la conformazione della domanda non rende palese l’interesse giuridicamente rilevante per la posizione soggettiva del ricorrente*” (TAR Lazio, sez. I, sentenza 8 marzo 2018, n. 2628). V. anche, fra le più recenti, Cons. Stato, sez. VI, sentenza 31 gennaio 18, n. 65; Cons. Stato, sez. VI, sentenza 15 maggio 2017, n. 2269; Cons. Stato, sez. III, sentenza 16 maggio 2016 n. 1978; Cons. Stato, sez. IV, sentenza 6 agosto 2014, n. 4209, tutte in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

classico ex L. 241/90) si debba “consentire un accesso meno in profondità”¹⁰¹. Se ne desume a contrario che l’accesso classico - che consente evidentemente un accesso “più in profondità” - non possa che essere ora ancor più rigidamente ristretto a titolari di un interesse giuridicamente rilevante (nel senso sopra specificato) e che siano in grado di adeguatamente motivare rispetto alla attualità e concretezza di siffatto interesse.

L’esistenza, cioè, di un istituto quale l’accesso civico generalizzato, che non presuppone alcun onere di motivare la propria richiesta di accesso, implica infatti, a mio parere, che allorquando una richiesta di accesso venga indirizzata all’amministrazione quale istanza di “accesso classico” ex art. 22 L. 241/90, il vaglio circa la adeguatezza della relativa motivazione da parte dell’amministrazione ricevente dovrà essere ancora maggiore. Questo perché le ipotesi in cui sarà possibile rifiutare l’accesso civico generalizzato saranno essenzialmente solo quelle in cui sussistano contrapposti interessi (pubblici o privati) la cui prevalente esigenza di tutela sia stata accertata *in concreto*¹⁰². Sicché il sindacato dei giudici amministrativi sulla sussistenza dei presupposti necessari per potersi avvalere, a quel punto, dell’accesso “non civico” sarà certamente ancora più stringente¹⁰³: non essendovi alcuna ragione perché essi si discostino dall’indirizzo tradizionale, già più volte ribadito nel periodo di vigenza dell’accesso civico (non generalizzato)¹⁰⁴.

Il rischio che intravedo è invece, piuttosto, un altro: e, cioè, che siano le amministrazioni ad indulgere, per il futuro, in un atteggiamento di maggior *favor* nei confronti dei richiedenti l’accesso classico. Sul presupposto (parzialmente erroneo) che questo rappresenti

¹⁰¹ Linee guida ANAC cit., par. 2.3.

¹⁰² Precisano infatti a tale riguardo le Linee Guida ANAC che “*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*”. Linee guida ANAC cit., par. 5.2.

¹⁰³ In questo senso cfr. D.U. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D. Lgs. n. 33/2013* cit., p. 15 ss. La tesi è stata peraltro contestata in dottrina da chi sostiene che, al contrario, in futuro vi sarà una maggiore indulgenza del giudice amministrativo nei confronti delle richieste di accesso classico. Così G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell’arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi.it*, Numero 1/2017 – 11 Gennaio 2017, p. 1 ss. (p. 18).

¹⁰⁴ Si tratta di una linea di ragionamento che - sulla base della constatazione di una evidente “*diversificazione di finalità e di disciplina dell’accesso agli atti, rispetto al cosiddetto accesso civico*” - trae come conseguenza che, con riguardo all’accesso “classico”, “*non bastino esigenze difensive genericamente enunciate per garantire l’accesso, dovendo quest’ultimo corrispondere ad una effettiva necessità di tutela di interessi che si assumano lesi ed ammettendosi solo nei limiti in cui sia strettamente indispensabile la conoscenza di documenti, contenenti dati sensibili e giudiziari*”. Così, espressamente, Cons. Stato, Sez. VI, 20.11.2013, n. 5515 cit.

comunque, rispetto all'accesso (civico) generalizzato, un rischio minore per la tutela degli interessi contrapposti, soprattutto di quelli relativi alla riservatezza dei controinteressati¹⁰⁵.

Probabilmente conscio di questo rischio il Garante per la protezione dei dati personali ha nel frattempo sottolineato, più volte, che se “*resta, comunque, salva la possibilità di valutare un eventuale accesso alla documentazione richiesta*” (inteso come accesso “classico”), questo è tuttavia ammissibile solo “*laddove risulti dimostrata l'esistenza di «un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso» ai sensi degli artt. 22 ss. della l. n. 241/1990*”¹⁰⁶.

9. L'accesso (civico) generalizzato, fra tutela di legittime istanze conoscitive e rischi di interferenza indebita ne “le vite degli altri”: riflessioni conclusive

È opportuno, a questo punto, cercare di trarre un primo bilancio sull'istituto dell'accesso (civico) generalizzato a poco più di un anno dalla sua entrata in vigore, in particolare dalla prospettiva dei rischi che esso comporta per la tutela dei dati personali.

A questo proposito - e tralasciando qui disquisire nuovamente sul tema degli inevitabili costi, diretti ed indiretti, dell'istituto dell'accesso (civico) generalizzato¹⁰⁷ - occorre peraltro constatare che, a fronte di una quantità sempre crescente di richieste di accesso (civico) generalizzato, e di tempi strettissimi per adottare la relativa decisione¹⁰⁸, le pubbliche amministrazioni destinatarie di richieste di accesso rischiano di trovarsi sottoposte ad una pressione enorme¹⁰⁹: dovendo esse operare, come si è visto, un assai complesso

¹⁰⁵ Diversamente dall'ipotesi dell'accesso classico, per il caso di richiesta di accesso (civico) generalizzato la valutazione del rischio di un “pregiudizio concreto” per la riservatezza dei controinteressati è infatti da operarsi anche in considerazione del fatto che l'ostensione dei documenti, a seguito dell'accesso civico, comporta non solo e non tanto che i documenti entrino in possesso del richiedente, bensì anche e soprattutto che essi diventino pubblici e possano essere diffusi dallo stesso a terzi. Come ha ripetutamente precisato il Garante. V. ad es. il parere n. 362 del 18 agosto 2017 cit.

¹⁰⁶ Così, ad es., nel parere n. 362 del 18 agosto 2017 cit..

¹⁰⁷ Sul che si può vedere D.U. Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione: un'analisi storico-evolutiva in una prospettiva di diritto comparato ed europeo* cit., spec. p. 1054 ss.; D.U. Galetta, *Trasparenza e contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione: verso un moderno panottico di Bentham?* cit., spec. par. 6 ss.

¹⁰⁸ Prevede l'art. 5 comma 6 del D.Lgs. n. 33/2013 novellato che “*Il procedimento di accesso civico deve concludersi con provvedimento espresso e motivato nel termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza*”.

¹⁰⁹ Una valutazione approssimativa del sovraccarico di lavoro che l'applicazione dell'istituto già ha comportato per le pubbliche amministrazioni è facilmente desumibile da un esame del “registro degli accessi” FOIA (o accesso generalizzato) presenti sui siti Web delle varie amministrazioni, solitamente all'interno della sezione “amministrazione trasparente”. Per fare un solo esempio, il Ministero per la funzione pubblica ne ha ricevute 54 nei soli primi 9 mesi di applicazione dell'istituto (fra fine dicembre 2016 e fine settembre 2017) come si può facilmente verificare in

bilanciamento e per di più in tempi strettissimi; e dovendo necessariamente coinvolgere anche tutti i controinteressati.

Dall'analisi dei pareri rilasciati dal Garante per la protezione dei dati personali in questo primo anno di operatività dell'accesso (civico) generalizzato vi è poi un elemento che mi pare emergere in modo chiaro - e che rafforza i dubbi di chi scrive sull'istituto così come esso risulta attualmente configurato. L'esame della casistica in cui è stato necessario fare ricorso al Garante - per interrogarlo su questioni attinenti all'esigenza di bilanciamento fra le ragioni dell'accesso (civico) generalizzato, da un lato, e quelle della tutela dei dati personali dei soggetti controinteressati, dall'altro - fa emergere infatti come, troppo sovente, la richiesta di accesso (civico) generalizzato non sia affatto finalizzata al "*controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*" e a "*promuovere la partecipazione al dibattito pubblico*", conformemente a quanto espressamente prevede l'articolo 5, comma 2, del D.lgs. 33/2013, come novellato dal Decreto FOIA. L'obiettivo delle richieste appare invece molto sovente connesso, piuttosto, al desiderio di raccogliere informazioni sulla vita (privata e professionale) di soggetti privati ed evoca, quindi, scenari degni del capolavoro cinematografico "Le vite degli altri"¹¹⁰. Colpisce, infatti, la circostanza che sussistano già ora numerosi casi in cui, pur a seguito dell'accoglimento parziale di una richiesta di accesso (civico) generalizzato, si registri un'insistenza del richiedente l'accesso per cercare di ottenere anche i dati personali omessi¹¹¹. Dimenticando che la soddisfazione della *legittima* esigenza conoscitiva del richiedente l'accesso deve essere resa compatibile con l'esigenza di garantire la tutela dei dati personali dei soggetti controinteressati.

La domanda che occorre porsi è, dunque, come sia possibile evitare queste derive e rendere l'istituto dell'accesso (civico) generalizzato maggiormente idoneo allo scopo per il quale esso è stato predisposto. Che - è bene ancora ricordarlo - è quello di consentire il "*controllo*

http://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/documenti/FOIA/Registro_degli_accessi_FOIA_DFP_AL_30_09_2017.pdf.

¹¹⁰ Il riferimento è al ben noto film del regista tedesco Florian Henckel von Donnersmarck, vincitore (fra gli altri) del premio oscar per migliore film straniero, nel 2007 (titolo originale: "*Das Leben der Anderen*").

¹¹¹ Si veda ad es. Garante per la protezione dei dati personali, parere n. 58 del 16 febbraio 2017 cit., ove si legge che, pur a seguito di un accoglimento parziale della richiesta di accesso "*omettendo, così come previsto dall'art. 5 bis c. 2 lett. a) e c) del D.lgs. 33/2013, i nominativi dei soggetti sanzionati, a tutela dei dati personali e degli interessi economici e commerciali (...)*" "*Ciononostante, «il cittadino ha inoltrato uno scritto riguardante il fatto che: "... ritengo che le norme da voi citate per omettere la diffusione dei nominativi siano state applicate in modo eccessivamente ampio...". In particolare il cittadino lamenta il fatto che la limitazione di cui all'art. 5 bis c.2 lett. a) e c), del D.lgs. 33/2013 non sia applicabile al caso di specie e per i dati richiesti, chiedendo, al contempo, il riesame della richiesta di accesso»*".

“sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche” e di “promuovere la partecipazione al dibattito pubblico”, e non già quello di perseguire, per il suo tramite, un controllo dei dipendenti pubblici o dei soggetti privati che si trovano ad interagire (professionalmente o non) con la pubblica amministrazione - e della loro vite.

La linea di confine è chiaramente labile: poiché, per perseguire le proprie funzioni istituzionali, le pubbliche amministrazioni si servono, evidentemente, della prestazione di lavoro dei propri dipendenti; e, allo stesso tempo, fanno ampiamente ricorso ai privati per ottenere prestazioni di attività, beni e servizi parimenti finalizzati a consentire il perseguimento delle proprie funzioni istituzionali. Così come forniscono beni e servizi ai soggetti privati che sono destinatari delle loro attività istituzionali. Ciò non significa, tuttavia, che la trasparenza dell'azione amministrativa debba giungere sino al punto di consentire, per il suo tramite, un accesso (civico) generalizzato a fatti e circostanze delle vite private e professionali di coloro che entrano in contatto con essa. L'accesso civico generalizzato non può e non deve, cioè, diventare strumento attraverso il quale i cittadini immaginino di potere realizzare quella trasparenza de “le vite degli altri” caratteristiche dei sistemi totalitari¹¹² e non democratici quale quello della ex Unione Sovietica (per citarne solo uno, in omaggio al film del quale ho preso qui a presto il titolo).

Si tratta di esempi storici che, oggi più che mai, dovrebbero fare riflettere e che contengono un chiaro monito per le nostre democrazie, soprattutto in un'epoca di rinnovati populismi come l'attuale. Ché, come la storia purtroppo ci insegna, i populismi sono sempre un facile viatico per l'instaurazione di regimi autoritari.

Sicché - come ha infatti avuto modo di constatare in una sua recente giurisprudenza la stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, pur tradizionalmente favorevole alle istanze di trasparenza e accesso agli atti delle pubbliche amministrazioni - è pur sempre necessario applicare un “*test di interesse pubblico*” prima di accogliere una richiesta di accesso pubblico. E questo implica che si debba naturalmente valutare se la divulgazione sia finalizzata a fornire trasparenza sulle modalità di condotta degli affari pubblici e su questioni di interesse per la società nel suo insieme; e quindi, in ultima analisi, se sia finalizzata “*a consentire la*

¹¹² A questo riguardo si vedano le riflessioni di G.A. Barhaim, *Public-Private Relations in Totalitarian States*, New Brunswick and London, 2012, spec. p. 121 ss. V. anche G.A. Barhaim, *The Imbalance in Public/Private Relations in Totalitarian States and the Ensuing Cultural Resistance: The Example of the Former East-Central European Communist Regimes*, in A. Marga, Th. Berchem, J. Sadlak (eds.), *Living in Truth. A Conceptual Framework for a Wisdom Society and the European Construction*, Cluj University Press, 2008.

*partecipazione dell'insieme della collettività al governo pubblico*¹¹³. Sicché - constata la Corte EDU - l'interesse sotteso all'accesso a fini di interesse pubblico (accesso civico generalizzato secondo la terminologia nostrana) non può essere ridotto alla “*sete di informazioni sulla vita privata degli altri*”¹¹⁴.

In conclusione, dunque, ed anche alla luce di questa importante giurisprudenza della Corte EDU, l'auspicio di chi scrive è che la protezione dei dati personali continui ad incarnare, anche per il futuro, quella “*liberazione da un'antica servitù comunicativa, per la quale le persone erano senza voce, alla mercé di chiunque volesse raccogliere e far circolare informazioni sul loro conto*”¹¹⁵. E che la tanto osannata “rivoluzione FOIA” non si trasformi, invece, in una sorta di Controriforma: una involuzione, cioè, verso un sistema nel quale quello che si realizza è non già la trasparenza dell'attività dei pubblici poteri, al fine di “*favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*”, come tanto enfaticamente ci promette l'art 1 del Decreto 33/2013; bensì, una niente affatto auspicabile trasparenza de “*le vite degli altri*”¹¹⁶.

¹¹³ La traduzione è mia. Precisamente si legge (nella versione in inglese della pronunzia) che: “*the Court considers that the information, data or documents to which access is sought must generally meet a public-interest test in order to prompt a need for disclosure under the Convention. Such a need may exist where, inter alia, disclosure provides transparency on the manner of conduct of public affairs and on matters of interest for society as a whole and thereby allows participation in public governance by the public at large*”. Corte EDU, (Grande Camera) 8 novembre 2016 (ric. n. 18030/11), Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary, punto 161, che si può leggere in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22sort%22:%5B%22kdate%20Descending%22%2D%22documentcollectionid%22:%5B%22JUDGMENTS%22%22%7D>.

¹¹⁴ Più precisamente la Corte EDU ha statuito che: “*The public interest cannot be reduced to the public's thirst for information about the private life of others, or to an audience's wish for sensationalism or even voyeurism*”. Corte EDU, 8 novembre 2016 cit., punto 162. L'evidenziazione in grassetto è mia.

¹¹⁵ Così, molto significativamente, S. Rodotà, Relazione per l'anno 1997. Discorso del presidente Stefano Rodotà cit., p. 2.

¹¹⁶ A questo proposito è d'obbligo sottolineare come, in sede di approvazione del Decreto FOIA, il Governo abbia deciso di non tenere conto dell'osservazione formulata dal Garante per la protezione dei dati personali sullo schema di Decreto: che aveva richiesto di precisare nel testo del Decreto che “*l'amministrazione dovrebbe accogliere la richiesta di accesso soltanto ove risulti accertata la prevalenza dell'interesse perseguito dal richiedente rispetto al diritto del controinteressato e comunque rifiutarla qualora esso comporti la comunicazione di dati sensibili e giudiziari o di dati personali di minorenni*”. Secondo quanto risulta dalla Relazione introduttiva al Decreto la ragione del rifiuto è che “*una simile ponderazione di interessi (...) è implicita in quanto già previsto*”. La Relazione si può leggere in <http://www.camera.it/leg17/682?atto=267&tipoAtto=Atto&leg=17&tab=2>.