**Note critiche sulla “funzionalizzazione”**

**dell’accesso civico generalizzato**

ABSTRACT L’accesso civico generalizzato è, per definizione, un diritto che spetta a *“chiunque”, “indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti”* [art. 7, comma 1, lett. h) Legge delega n. 241/2015], *che “non e' sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente.”* (art. 5, comma 3, D.Lgs. 33/2013) e la cui unica ragione d’essere sta nello “*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”* (art. 5, comma 2, D.Lgs. 33/2013), sì che la relativa istanza “*non richiede motivazione”* (art. 5, comma 3, D.Lgs. 33/2013).

Una delle questioni più rilevanti, sul piano pratico e teorico, poste in questo primo periodo di applicazione dell’istituto, concerne la possibilità o meno di sindacare le “finalità” dell’istanza e le “effettive motivazioni” dell’istante, verificandone la coerenza rispetto alla *ratio* *legis*.

La risposta al quesito sembra essere negativa, perchè il dato normativo depone inequivocabilmente nel senso della netta emancipazione di questo tipo di accesso dal vincolo della “strumentalità” rispetto ad una dimensione di interessi (pubblici o privati) che non sia quella propria ed insindacabile del richiedente, il cui diritto conoscitivo è riconosciuto *ex se* come espressione della *“libertà di informazione”* [art. 7, comma 1, lett. h) Legge delega n. 124/2015].

Ne consegue che il giudizio di ponderazione dell’interesse conoscitivo con gli altri contrapposti interessi (a cominciare dalla tutela dei dati personali) non potrà che essere svolto sulla base di criteri “oggettivi”, avuto riguardo al *“pregiudizio concreto”* arrecabile a detti interessi, come prevede l’art. 5-bis, comma 2, del D.Lgs. 33/2013.

Né la “funzionalizzazione” dell’accesso civico generalizzato può essere recuperata mediante la figura dell’”abuso del diritto”, atteso che esso è “limite modale” dell’”esercizio del diritto”, ma non consente di indagare le “motivazioni” dello stesso, ricavandone un’ulteriore limitazione del suo contenuto.

che essa sembra prestarsi ad alterare, per via interpretativa, i connotati di un istituto chiaramente concepito e voluto dal legislatore come a-causale.

**Sommario: 1. Premessa: accesso civico generalizzato e tutela della privacy. 2. L’accesso civico generalizzato (introdotto dal Decreto legislativo 25 maggio 2016 n. 97) e l’art. 5-bis del Decreto Legislativo 14 marzo 2013 n. 33. 3. I primi orientamenti del Garante per la privacy. 4. La posizione del Garante per la privacy sulla questione della sindacabilità delle “finalità” dell’istanza di accesso civico generalizzato e delle “effettive motivazioni” dell’istante. 5. Argomenti pro e contro l’ammissibilità di un sindacato sulle “effettive motivazioni” dell’istanza di accesso civico generalizzato. 5.1. Argomenti a favore. 5.2. Argomenti contro. 6. Sull’”abuso” del diritto di accesso civico generalizzato. 7. La posizione della giurisprudenza amministrativa. 8. Il giudizio di ponderazione degli interessi contrapposti ai sensi dell’art. 5-bis, comma 2, D.Lgs. 33/2013. 9. Le potenzialità applicative dell’”accesso parziale” con oscuramento dei dati personali.**

**1. Premessa: accesso civico generalizzato e tutela della privacy.**

Storicamente, agli occhi del Legislatore e dell’interprete, il Diritto di accesso ed il Diritto alla riservatezza sono protagonisti sulla scena del diritto che mal si sopportano reciprocamente.

Tale idiosincrasia è in parte fisiologica in quanto nasce, per così dire, dalla differente inclinazione naturale dei due attori, volti il primo (diritto di accesso) alla acquisizione ed alla circolazione delle informazioni detenute dalla Pubblica Amministrazione e il secondo (diritto alla riservatezza) ad impedire la comunicazione, la divulgazione e la diffusione al pubblico delle informazioni, se non la stessa conoscenza delle informazioni da parte dei terzi [[1]](#footnote-1).

La ragione d’essere dei due Diritti è quindi evidentemente antitetica sul piano fattuale, prima ancora che giuridico, stante che l’accesso implica la necessaria esteriorizzazione delle informazioni, mentre la riservatezza presuppone la limitazione della circolazione delle informazioni, a tutela della sfera intima della persona.

Aggiungasi che i due attori hanno differente origine e provenienza anche sul piano ordinamentale, visto che l’accesso nasce come prerogativa del “cittadino” (rectius: del “contribuente”) nei confronti della Pubblica Amministrazione nell’ambito dell’ordinamento pubblicistico [[2]](#footnote-2), mentre la riservatezza è patrimonio del singolo individuo, riconosciuto nel contesto dell’elaborazione privatistica dei diritti della personalità [[3]](#footnote-3).

E’ così parso, per lungo tempo, al Legislatore di poter risolvere il fisiologico conflitto tra i due antagonisti con una pregiudiziale prevalenza dell’uno (diritto alla riservatezza) a scapito dell’altro (diritto d’accesso), apparendo impossibile una loro pacifica convivenza.

Uscendo dalla metafora, può dirsi che il sistema ordinamentale interno ha lungamente concepito il rapporto tra il diritto di accesso ed il diritto alla riservatezza in termini di incompatibilità, privilegiando criteri rigidi di risoluzione del conflitto nel segno della prevalenza dell’uno rispetto all’altro.

Ed in questo quadro il diritto alla riservatezza ha avuto gioco facile nel ritagliarsi un ruolo dominante, per la complicità di due fattori: da una parte il livello impari di tutela giuridica riconosciuta ai due diritti, dall’altra il dogma della “strumentalità” del diritto di accesso.

Sotto il primo profilo, mentre la riservatezza trovava dignità costituzionale sotto l’ombrello dell’art. 2 (che tutela i diritti inviolabili dell’uomo) e, per alcuni aspetti, dell’art. 21 della Costituzione (che garantisce la libertà di manifestazione del pensiero, e, nel suo aspetto negativo, anche il cd. "right to be silent") [[4]](#footnote-4), nonché delle Convenzioni internazionali [[5]](#footnote-5), il diritto di accesso è rimasto per lungo tempo privo di copertura costituzionale, nonostante gli sforzi della dottrina e della giurisprudenza di ricondurre il principio di trasparenza e di pubblicità dell’azione amministrativa nell’ambito dell’art. 97 della Costituzione [[6]](#footnote-6).

Sotto il secondo profilo, è noto che il diritto di accesso è stato storicamente concepito come una situazione giuridica “strumentale” (ovvero ancillare) rispetto ad altri sottostanti interessi giuridicamente rilevanti e quindi previsto e tutelato dall’ordinamento non già come bene della vita autonomamente apprezzabile, ma per la tutela di altri e connessi interessi [[7]](#footnote-7).

Tale concezione traspare in chiaro nella Legge 241/90 (tanto nella sua versione originaria, quanto in quella rivisitata a seguito della riforma del 2005), la cui impostazione non lascia dubbi sulla netta prevalenza della tutela della riservatezza, intesa come causa assoluta di esclusione dell’accesso (seppure demandandone l’attuazione ad apposito regolamento governativo ex art. 24, comma 6, L. 241/90), salvo poi ammettere la possibile prevalenza del diritto di accesso mediante il ricorso alla “stampella” del diritto di difesa ex art. 24, comma 7 [[8]](#footnote-8).

Questa situazione di netto sbilanciamento tra i due diritti a favore della riservatezza (protrattasi e consolidatasi per lungo tempo e proprio per questo motivo di difficile sradicamento anche a livello culturale) ha cominciato a vacillare sotto la spinta del legislatore comunitario che, con particolare riguardo ad alcuni specifici beni di primaria rilevanza pubblica (ambiente), ha indotto il legislatore italiano a prendere atto della possibile convivenza dei due diritti su un piano di pari valenza.

Ci riferiamo, in particolare, al D.Lgs. 24 febbraio 1997 n. 39 di *“Attuazione della direttiva 90/313/CEE, concernente la libertà di accesso alle informazioni in materia di ambiente”*, ove per la prima volta si riconosce la necessità di una ponderazione, caso per caso, dei due valori in campo, riconoscendo la prevalenza del diritto alla riservatezza soltanto ove effettivamente risulti che l’ostensione dell’informazione richiesta sia suscettibile di produrre “un pregiudizio concreto e attuale” a tale diritto (art. 4, comma 2, D.Lgs. 39/1997).

Detta innovativa configurazione del rapporto tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza, posti, almeno in partenza, su un piano di reciproca parità, è stata poi confermata dal successivo Decreto legislativo di attuazione della normativa comunitaria in materia di informazioni ambientali (D.Lgs. 19 agosto 2005 n. 195, di attuazione della direttiva 2003/4/CE, ad oggi vigente), che, con maggior dettaglio, ha demandato all’*“autorità pubblica”* *“una valutazione ponderata fra l'interesse pubblico all'informazione ambientale e l'interesse tutelato dall'esclusione dall'accesso*”*,* aggiungendo peraltro un criterio interpretativo preferenziale per il diritto di accesso, le cui esclusioni vanno intese *“in modo restrittivo*”.

Trattasi, per tutta evidenza, di un modo di intendere il rapporto tra i due diritti del tutto inedito rispetto all’impostazione originaria, perché presuppone la pari dignità degli stessi e la necessità di dirimere eventuali conflitti mediante un’attenta valutazione del caso concreto, rimessa, volta per volta, alla decisione della Pubblica Amministrazione.

Ma il passaggio ancora più rilevante ed innovativo della normativa nazionale di derivazione europea risiede nella chiara volontà di dirimere il rapporto tra i due interessi in gioco (quello conoscitivo dell’accesso e quello intimistico della riservatezza) non già secondo criteri di prevalenza, ma con la composizione ed il contemporaneo soddisfacimento di entrambi, mediante l’”accoglimento parziale” dell’istanza di accesso [[9]](#footnote-9), provvedimento in grado di contemperare gli opposti interessi, agevolmente attuabile con il semplice espediente tecnico dell’oscuramento parziale dei dati personali, che consente di tutelare efficacemente un diritto (riservatezza) senza sacrificare l’altro (accesso).

Nel frattempo, il quadro costituzionale è mutato e lo stesso diritto europeo si è evoluto in via giurisprudenziale nel senso della pari dignità dei due diritti, anche al di là del particolare settore delle informazioni ambientali.

Il diritto di accesso è, così, assunto al rango di diritto costituzionalmente tutelato, in quanto afferente ai “*livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”* ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione [[10]](#footnote-10).

D’altra parte, la Corte europea dei diritti dell’uomo (CEDU) ha riconosciuto che il diritto di accesso alle informazioni detenute dalle P.A. può assurgere, in determinate circostanze ed a determinate condizioni, a *“diritto fondamentale dell’uomo”*, in quanto rientrante nella c.d. *“libertà di espressione”*, riconosciuta e tutelata dalle Convenzioni europee (art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1952 e art. 11 della Carta di Nizza del 2000) e rispetto alla quale è vietata l’*”ingerenza” “da parte delle autorità pubbliche”* [[11]](#footnote-11).

**2. L’accesso civico generalizzato (introdotto dal Decreto legislativo 25 maggio 2016 n. 97) e l’art. 5-bis del Decreto Legislativo 14 marzo 2013 n. 33.**

In questo quadro codificato e di diritto vivente si inseriscono prima il Decreto Legislativo n. 33/2013 e poi l’istituto dell’”accesso civico generalizzato”, introdotto dal D.Lgs. 97/2016, la cui disciplina non poteva non risentire dell’evoluzione sopra vista.

A cominciare dalla conferma che tutte le disposizioni del Decreto, ivi comprese quelle riguardanti il diritto di accesso civico, *“integrano l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione …”* (art. 1, comma 3, D.Lgs. 33/2013).

Il che ha indotto il Legislatore, in continuità con il metodo inaugurato dal diritto europeo, a strutturare il rapporto tra il nuovo istituto ed il diritto alla riservatezza in termini paritari, con ciò distanziandosi marcatamente dal modello della Legge 241/90.

Sotto questo profilo, la necessità di differenziare il sistema dei rapporti tra accesso civico e privacy da quello previsto dalla Legge generale sull’”accesso documentale” deriva da una ragione intrinseca alla natura ed ai caratteri stessi del nuovo istituto, che – a differenza dell’altro - nasce libero dal vincolo condizionante della “strumentalità” rispetto ad altri (eventuali) interessi giuridici sottostanti.

L’accesso civico generalizzato è, invero, per definizione un diritto che spetta a *“chiunque”, “indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti”* [art. 7, comma 1, lett. h) Legge delega n. 241/2015], *che “non e' sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente.”* (art. 5, comma 3, D.Lgs. 33/2013) e la cui unica ragione d’essere sta nello “*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”* (art. 5, comma 2, D.Lgs. 33/2013), sì che la relativa istanza “*non richiede motivazione”* (art. 5, comma 3, D.Lgs. 33/2013).

Così congetturato, non era, pertanto, neppure ipotizzabile un sistema di risoluzione del conflitto con il diritto alla riservatezza imperniato (come nella Legge 241/90) sulla “necessità di curare e difendere gli interessi giuridici” dell’istante, trattandosi di un criterio che sottende e presuppone una dimensione “privatistica” dell’accesso avulsa dalla logica del nuovo istituto, strettamente apparentato ai “diritti civici”.

Si è scelto, pertanto, di ripercorrere la strada, di coniazione europea, già sperimentata con l’accesso alle informazioni ambientali, prevedendo che l’accesso civico debba essere escluso soltanto quando “*il diniego e' necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela”* di uno degli interessi privati indicata dalla norma, tra cui “*a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;”* (art. 5-bis, comma 2, D.Lgs. 33/2013).

L’opzione è stata, quindi, quella di una “limitazione relativa” del diritto di accesso (secondo la terminologia suggerita da Anac con le “Linee guida” di cui diremo *infra*), la cui applicazione è rimessa alle singole Pubbliche Amministrazioni, chiamate ad individuare, volta per volta ed in relazione al caso concreto, il diritto da considerarsi prevalente, all’esito di una ponderata valutazione degli interessi in gioco.

Nulla di nuovo quindi rispetto alle precedenti esperienze normative di matrice europea, ma molto di nuovo rispetto alla Legge 241/90, con la quale si demandava ad un Regolamento governativo (peraltro mai rinnovato dopo la riforma del 2005) i singoli casi di esclusione per ragioni di riservatezza, imperniando la prevalenza del diritto di accesso su un altro e diverso diritto, quello di difesa (ex art. 24, comma 7).

Può essere interessante notare che l’impatto innovativo di siffatta impostazione suscitò, già a lavori in corso, immediate critiche da parte del Garante per la privacy, il quale, preoccupato per l’eccesso di discrezionalità delle Pubbliche Amministrazioni che sembrava profilarsi all’orizzonte, propose sostanzialmente un ritorno (quantomeno parziale) al tradizionale modello del regolamento governativo [[12]](#footnote-12).

Invero, l’ampia discrezionalità della fase decisoria ed il conseguente rischio di un’interpretazione disomogenea delle norme da parte delle singole Amministrazioni è un problema reale [[13]](#footnote-13), che lo stesso legislatore ha tentato di mitigare con lo strumento delle “Linee guida” previste dall’art. 5-bis, comma 6, del D.Lgs. 33/2013 [[14]](#footnote-14).

Come noto, le prime *“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”* sono state adottate dall’Autorità Nazionale Anticorruzione, d’intesa con il Garante per la privacy, con delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016 ed esse non pare abbiano sortito l’effetto sperato di conferire “certezza” o “prevedibilità” alle decisioni amministrative; situazione che pare potersi attribuire sia alla eccessiva genericità dei criteri proposti [[15]](#footnote-15), sia ai limiti propri della natura dello strumento regolatore [[16]](#footnote-16).

**3. I primi orientamenti del Garante per la privacy.**

Nel sistema ideato dal legislatore per l’attuazione dell’istituto dell’accesso civico generalizzato il Garante per la privacy svolge un ruolo importante, non soltanto nella fase della formazione delle “Linee guida”, ma anche per il suo diretto coinvolgimento nei procedimenti di “riesame” delle decisioni assunte in prima istanza dalle Amministrazioni, facoltativamente attivabile dagli interessati [[17]](#footnote-17).

Invero, benchè il parere del Garante, in assenza di una specifica prescrizione normativa sul punto, non sembra possa avere carattere vincolante per le Amministrazioni richiedenti [[18]](#footnote-18), esso rappresenta un passaggio necessario (il parere è certamente obbligatorio) ed uno strumento interpretativo autorevole, che assume innegabilmente un certo rilievo sia nella definizione del singolo procedimento (atteso che l’Amministrazione che dissente dal parere richiesto ha un obbligo di motivazione rafforzata), sia, più in generale, nella formazione di una “prassi” in materia.

E’ quindi doveroso, a distanza di più un anno dall’entrata in vigore dell’istituto, fare una sintetica ricognizione degli orientamenti del Garante.

Anzitutto, un primo dato di tipo meramente quantitativo: la gran parte dei pareri resi dal Garante va nel senso della reiezione dell’istanza di accesso.

Ma il dato quantitativo sarebbe, in realtà, poco significativo, se non fosse accompagnato dalla emersione di un chiaro indirizzo interpretativo che sembra volersi ricongiungere con la tradizionale visione di assoluta intangibilità del diritto alla tutela dei dati personali.

Tanto da far pensare che, il Garante, nel pur meritevole esercizio della propria *mission* istituzionale, stia cadendo nella (comprensibile) tentazione di massimizzare la rilevanza degli interessi di cui si fa interprete, in coerenza, del resto, con l’approccio fortemente critico manifestato, sin dall’inizio, nei confronti del nuovo istituto [[19]](#footnote-19).

Con l’effetto di rallentare il processo di equiordinazione del diritto di accesso civico voluto dal Legislatore e di limitarne sensibilmente l’ambito oggettivo di applicazione.

Ma vediamo alcuni casi concreti emblematici dell’orientamento del Garante.

In tema di procedure per la scelta del contraente privato, secondo il Garante non sono ostensibili le “manifestazioni di interesse” all’assunzione di un incarico (di Presidente di un’Autorità pubblica), unitamente al *curriculum vitae*, anche in considerazione del fatto che nel relativo avviso pubblico era stato espressamente previsto che detta documentazione non sarebbe stata pubblicata (par. n. 162 del 30.03.2017 – doc. web n. 6393422) [[20]](#footnote-20).

Sempre ad avviso del Garante, non può darsi accesso ad un elenco di immobili, detenuto dalla P.A., dal quale possono evincersi informazioni su “dati personali” di diversa natura, come l’esserne proprietario o possessore, l’avervi fissato la residenza, il tenore di vita e la situazione patrimoniale del proprietario/possessore in relazione alle particolari caratteristiche dell’immobile (par. n. 506 del 30.11.2017 – doc. web 7316508 [[21]](#footnote-21)).

In materia di pubblico impiego, per il Garante non è ottenibile, mediante accesso civico generalizzato, il certificato di laurea e l’attestazione dell’anzianità di servizio di un pubblico dipendente, documentazione rilevante per il conseguimento della qualifica dirigenziale (par. n. 18 del 18.01.2018 – doc. web 7688820).

Parimenti, non sono accessibili, neppure parzialmente, gli elaborati scritti presentati dal candidato ad un pubblico concorso (par. n. 246 del 24.05.2017 – doc. web 6495600; par. n. 433 del 26.10.2017 – doc. web 7156158) [[22]](#footnote-22).

Con riguardo ai procedimenti edilizi, non sarebbero ostensibili mediante accesso civico generalizzato i relativi atti ed informazioni, né in forma integrale, né in forma riassuntiva, potendo tutt’al più ammettersi l’accesso ad alcuni “dati statistici” (es. numero e tipologia di titoli edilizi rilasciati, numero e tipologia di interventi assentiti sul territorio di riferimento, *et similia*) (par. n. 360 del 10.08.2017 – doc. web 6969290; par. n. 25 del 18.01.2018 – doc. web 7688896) [[23]](#footnote-23).

Analogamente, secondo il Garante, non sarebbero ostensibili mediante l’accesso civico generalizzato gli atti relativi ai procedimenti sanzionatori per abusi edilizi (e ciò neppure se la relativa istanza è stata presentata dal denunciante), atteso che la possibilità di utilizzare tali informazioni potrebbe pregiudicare concretamente il diritto alla riservatezza dell’interessato (par. n. 295 del 28.06.2017 – doc. web n. 6693221).

**4. La posizione del Garante per la privacy sulla questione della sindacabilità delle “finalità” dell’istanza di accesso civico generalizzato e delle “effettive motivazioni” dell’istante.**

Il percorso interpretativo intrapreso dal Garante va incrociandosi con una delle questioni più delicate - e dense di risvolti pratici - riguardanti l’istituto dell’accesso civico generalizzato, quella della sindacabilità o meno della “finalità” dell’istanza di accesso e delle “effettive motivazioni” dell’istante.

Invero, con i diversi pareri resi in questo primo periodo di vigenza dell’istituto, il Garante ha mostrato (la maggior parte delle volte in modo implicito, ma talvolta in modo chiaro ed evidente) di ritenere che detto elemento (quello della “finalità” sottesa all’istanza di accesso) possa e debba considerarsi nella ponderazione degli interessi in gioco e segnatamente nella comparazione dell’interesse conoscitivo con l’interesse alla tutela dei dati personali.

Il Garante pone la questione in termini di *“non necessità”* dell’istanza e di *“sproporzione”* rispetto alla funzione dell’istituto dell’accesso civico generalizzato, ma la valutazione che ne consegue passa, per tutta evidenza, attraverso il sindacato sulla “finalità” della richiesta.

In particolare, con il già citato parere n. 360 del 10.08.2017 (riguardante la possibilità o meno di accedere, mediante l’istituto dell’accesso civico generalizzato, ai dati ed alle informazioni contenute nei titoli edilizi), il Garante afferma esplicitamente che la richiesta di accesso si appalesava “non necessaria” e comunque “sproporzionata” rispetto allo “scopo” perseguito dal legislatore, che è quello “*di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico”* (art. 5, comma 2, D.Lgs. 33/2013); e ciò anche in considerazione della circostanza (ritenuta dal Garante “non dirimente, ma comunque sintomatica”) che il richiedente l’accesso era un’impresa privata ed aveva come “oggetto sociale” l’attività di conduzione di campagne di marketing.

E’ evidente che, così argomentando, si vorrebbe che l’Ufficio verificasse se ed in che misura la conoscenza delle informazioni richieste sia in linea con le finalità della normativa, ovvero se l’accesso serva effettivamente a “*favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”*, con il conseguente corollario della necessaria motivazione dell’istanza di accesso.

Va notato, al riguardo, che gli effetti pratici che la questione della “motivazione dell’istanza di accesso civico generalizzato” è destinata a riverberare sul piano della operatività dell’istituto era, sin dall’inizio, ben chiara allo stesso Garante, che nel corso dell’*iter* di approvazione della riforma, con il citato parere n. 92/2016 reso sullo schema di decreto legislativo, aveva fortemente stigmatizzato la proposta governativa di un’istanza di accesso civico priva di motivazione [[24]](#footnote-24).

La tesi del Garante era chiara: il giudizio di ponderazione dell’interesse conoscitivo con il diritto alla privacy è possibile soltanto se si valutano le finalità e le reali motivazioni dell’istante.

E, benchè il Legislatore non abbia accolto il rilievo ed abbia seguito un’altra strada, il Garante non pare avere mutato opinione sul punto, ravvisando nel dato normativo vigente elementi sufficienti a giustificare un sindacato sulle “finalità” dell’istanza.

**5. Argomenti pro e contro l’ammissibilità di un sindacato sulle “effettive motivazioni” dell’istanza di accesso civico generalizzato.**

La questione della ammissibilità di un controllo sulle finalità dell’istanza di accesso civico generalizzato (in prima battuta da parte della P.A. e successivamente dal Giudice in sede giudiziale) è di grande impatto e rilievo pratico, perché incide sull’ambito di applicazione dell’istituto e dei suoi limiti.

Essa merita, pertanto, di essere esaminata *funditus*, prendendo analiticamente in rassegna gli argomenti a favore e quelli contro.

**5.1. Argomenti a favore.**

La posizione espressa dal Garante ha trovato la sponda in una parte della dottrina, ad avviso della quale nella valutazione dei limiti previsti dall’art. 5-bis del D.Lgs. 33/2013 la P.A. non potrebbe non tenere conto anche delle peculiari finalità della richiesta (criterio teleologico o finalistico), dovendo l’ufficio verificare se ed in che misura la conoscenza delle informazioni richieste sia in linea con le finalità della norma (*ratio legis*), ovvero se l’accesso serva effettivamente a “*favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche” [[25]](#footnote-25)*.

In questa prospettiva, la P.A., nel ponderare i contrapposti interessi (interesse alla conoscenza e tutela delle esigenze di riservatezza dei controinteressati), dovrebbe ritenere l’istanza di accesso civico meritevole di essere accolta soltanto se e quando l’esigenza conoscitiva assuma una “rilevanza pubblica” e non anche quando essa resti confinata ad un bisogno esclusivamente “privato, individuale, egoistico o utilitaristico” [[26]](#footnote-26).

Due sono i corollari di questa posizione.

Il primo è che, benchè la Legge non lo richieda espressamente, se il richiedente vuole consentire alla P.A. di effettuare un accurato bilanciamento degli interessi in gioco, egli deve corredare l’istanza di accesso civico generalizzato di una motivazione, dalla quale emerga la “rilevanza pubblica” dell’accesso [[27]](#footnote-27).

Il secondo è che, in questa prospettiva, assume rilievo anche la tipologia del soggetto istante e la natura dell’attività da esso svolta.

Sicché, un particolare favore nell’applicazione dell’istituto andrà, ad esempio, riconosciuto ai soggetti portatori di interessi collettivi e diffusi (mass media, organizzazioni della società civile, ricercatori ecc.), in considerazione della funzione sociale da essi svolta (c.d. *social watchdogs*) [[28]](#footnote-28), mentre un netto disfavore dovrà essere addebitato alle imprese private il cui oggetto sociale consista nell’attività di marketing e di pubblicità commerciale, trattandosi di un elemento sintomatico della finalità strettamente commerciale dell’istanza di accesso e pertanto della sua incoerenza rispetto alla *ratio* dell’istituto (Garante privacy par. n. 360/2017).

A sostegno dell’assunto sono stati espressi i seguenti argomenti.

In primo luogo, sul piano della interpretazione logica e teleologica, questa sarebbe l’unica interpretazione coerente con la *ratio legis* sottesa all’istituto dell’accesso civico generalizzato che, diversamente, si presterebbe ad un uso “abusivo e distorto” [[29]](#footnote-29).

Del resto, la “funzionalizzazione” dell’istituto sarebbe un dato positivo, visto che il legislatore delegato, con specifico riferimento all’”accesso civico generalizzato”, ha attribuito a tale istituto il “*fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”* (art. 7 della Legge delega n. 124/2015) [[30]](#footnote-30).

In secondo luogo e sul piano pratico, in assenza di più precisi criteri di ponderazione degli interessi in gioco forniti dal legislatore, tale *modus operandi* sarebbe utile per limitare l’eccessiva discrezionalità decisoria della P.A., comportando il vantaggio di approfondire il giudizio di meritevolezza dell’istanza avendo riguardo anche alle ragioni dell’istante, che avrebbero, pertanto, maggiori *chances* di prevalere sugli interessi che si oppongono alla ostensione, con l’ultimo effetto di rafforzare la tutela dell’accesso; per converso, un’istanza non motivata potrebbe ritorcersi a danno dell’istante, in quanto non risulterebbe enucleabile alcun argomento che possa risultare prevalente nel giudizio di comparazione con gli eventuali interessi di segno contrario all’ostensione [[31]](#footnote-31).

In terzo luogo, detta interpretazione sarebbe imposta dalle conseguenze particolarmente rilevanti derivanti dall’esercizio dell’accesso civico generalizzato, tenuto conto del particolare regime di pubblicità dei dati e dei documenti acquisiti previsto dall’art. 3 c. 1 D.Lgs. 33/2013, dei quali è consentito l’utilizzo ed il riutilizzo [[32]](#footnote-32).

Infine, la suddetta linea interpretativa sarebbe coerente con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, per la quale l’art. 10 della Cedu garantisce la “liberta di informazione” al cittadino nei confronti della P.A. soltanto se e quando l’esigenza conoscitiva attiene a “questioni di interesse pubblico” [[33]](#footnote-33).

**5.2. Argomenti contro.**

La tesi sopra esposta si presta ad alcune obiezioni, la principale delle quali è rappresentata dal dato positivo.

Invero, già il fatto che l’accesso civico generalizzato spetti a *“chiunque”, “indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti”* [art. 7, comma 1, lett. h) Legge delega n. 241/2015] e non sia “*sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente”* (art. 5, comma 3, D.Lgs. 33/2013) depone inequivocabilmente nel senso della netta emancipazione di questo tipo di accesso dal vincolo della “strumentalità” rispetto ad una dimensione di interessi (pubblici o privati) che non sia quella propria ed insindacabile del richiedente, il cui diritto conoscitivo è riconosciuto *ex se* come espressione della *“libertà di informazione”* [art. 7, comma 1, lett. h) Legge delega n. 124/2015] [[34]](#footnote-34).

Ma l’elemento ancor più decisivo è rappresentato dal fatto che, per espressa previsione dell’art. 5, comma 3, D.Lgs. 33/2013, l’istanza di accesso civico generalizzato “*non richiede motivazione”*, il che per tutta evidenza significa non soltanto che la P.A. non può esigerla, ma anche che la sua mancanza non può ridondare a danno del richiedente.

Invero, una volta definito l’ambito delle prerogative spettanti al titolare del diritto (e tra esse vi è quella di non motivare l’istanza), appare un controsenso voler recuperare spazi per un’ulteriore valutazione di giuridicità di un elemento che il Legislatore ha ritenuto irrilevante, sottoponendo l’*agere licere* così previamente definito dal legislatore al limite vago e sfuggente del controllo *ex post* sulla motivazione dell’istanza, se non compromettendo le più elementari esigenze di certezza e di prevedibilità del diritto, nonché della uguaglianza formale degli aventi titolo.

Sotto il primo profilo (prevedibilità del giudizio comparativo degli interessi), la pretesa “funzionalizzazione” dell’accesso civico finirebbe, infatti, per rappresentare un rimedio peggiore del male, aumentando i margini della discrezionalità amministrativa rimessa alla P.A., la quale si ritroverebbe onerata di quel *surplus* valutativo (di evidente complessità) afferente le “effettive finalità” perseguite dal richiedente [[35]](#footnote-35).

Sotto il secondo profilo, che la prospettiva funzionalista possa seriamente incidere sul valore dell’uguaglianza formale degli aventi titolo, sembra evidente ove si consideri che, in caso di legittima immotivata istanza, il controllo funzionale sulle effettive motivazioni del richiedente dovrebbe giocoforza operare sulla base di “presunzioni” di carattere generale, che finirebbero per trasformare un diritto esercitabile da *“chiunque”* in diritto esercitabile soltanto da alcune categorie di soggetti, in aperto dissidio con la lettera della norma [[36]](#footnote-36).

In realtà, la stringente evidenza del dato normativo (art. 5, comma 3, D.Lgs. 33/2013 che sancisce che l’istanza di accesso “*non richiede motivazione”*) non consente divagazioni sulla *mens* del Legislatore, stante il primato dell’interpretazione letterale [[37]](#footnote-37).

In merito all’argomento degli effetti pratici conseguenti all’accesso civico generalizzato, avuto riguardo al regime di pubblicità dei dati e dei documenti acquisiti di cui all’art. 3 c. 1 D.Lgs. 33/2013 [[38]](#footnote-38), trattasi di un aspetto fisiologico dell’istituto dal quale non è possibile desumere ulteriori e non previste limitazioni del diritto, confermando tutt’al più la (già nota) necessità di un attenta e ponderata valutazione degli interessi in gioco, anche considerato che colui che intende utilizzare o riutilizzare i dati acquisiti ha comunque l’obbligo di citarne la fonte e rispettarne l’integrità, nonché di effettuarne il “trattamento” nei limiti derivanti dal Codice per la privacy.

Quanto, infine, al richiamo degli ultimi approdi della Corte europea dei diritti dell’uomo, secondo la quale l’art. 10 della Cedu garantisce la “liberta di informazione” al cittadino nei confronti della P.A. soltanto se e quando l’esigenza conoscitiva attiene a “questioni di interesse pubblico”, anche questo argomento sembra provare troppo, non dando conto della complessità del tema.

Va, invero, considerato che l’evoluzione giurisprudenziale cui ci si riferisce attiene all’individuazione di quel livello di garanzia minima (“diritti fondamentali dell’uomo”) rispetto al quale è vietata l’*”ingerenza da parte delle autorità pubbliche”*, ma non impedisce affatto la previsione di una diversa e più ampia tutela del diritto di accesso da parte degli Stati nazionali [[39]](#footnote-39).

In secondo luogo ed in ogni caso, secondo la stessa Corte europea dei diritti dell’uomo, la “finalità della richiesta” è soltanto uno dei sintomi rivelatori della strumentalità del diritto di accesso rispetto alla “libertà di espressione”, a cui va affiancato il criterio oggettivo dell’”interesse pubblico o generale” delle informazioni (vertenti su questioni riguardanti il benessere dei cittadini e la vita della comunità) [[40]](#footnote-40).

Qualificazione rimessa alle singole legislazioni degli Stati membri, ai quali spetta individuare la rilevanza pubblica dei dati e dei documenti detenuti dalla pubblica autorità.

In conclusione, non sembrano esservi elementi che possano autorizzare l’interprete a mettere in discussione il connotato a-causale dell’istituto configurato dalla norma, tutto deponendo nel senso della assoluta irrilevanza delle finalità della richiesta e delle effettive motivazioni dell’istante nella ponderazione degli interessi in gioco necessaria per l’applicazione delle limitazioni previste dall’art. 5-bis D.Lgs. 33/2013.

Lo conferma il fatto che l’unico criterio che la norma indica per la ponderazione degli interessi in gioco è quello del *“pregiudizio concreto”* di determinati interessi (*“se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela …*”), mentre è del tutto evidente che se il Legislatore avesse inteso “relativizzare” l’interesse conoscitivo dando rilievo alla specifica “finalità” della richiesta, avrebbe indicato anche (o solo) un diverso (ed ulteriore) criterio, come prevede, ad esempio, l’art. 4 del Regolamento CE n. 1049/2001 per l’accesso agli atti delle Istituzioni europee (che adotta in parte il criterio del c.d. *“overriding public interest test”*) [[41]](#footnote-41) o l’art. 5 c. 1 del D.Lgs. 195/2005 per l’accesso alle informazioni ambientali (che prevede che *“L‘accesso all'informazione ambientale è negato nel caso in cui: … b) la richiesta è manifestamente irragionevole avuto riguardo alle finalità di cui all'articolo 1.”* [[42]](#footnote-42)).

Peraltro, proprio quest’ultima fattispecie normativa appare estremamente significativa della problematicità di un sindacato giurisdizionale sui “motivi” dell’istanza di accesso, se è vero che, pur in presenza di una clausola che sembra espressamente autorizzarne uno scrutinio di ragionevolezza, la giurisprudenza è tuttora divisa sul punto e complessivamente restia a fare uso di un siffatto potere giurisdizionale [[43]](#footnote-43).

**6. Sull’”abuso” del diritto di accesso civico generalizzato.**

Un ragionamento sulla “funzionalizzazione” dell’accesso civico generalizzato non sarebbe completo se non prendesse in considerazione anche le potenzialità applicative della controversa figura dell’”abuso del diritto”.

Non è questa la sede per ripercorrere lo storico dibattito tra sostenitori ed oppositori della tesi del “divieto di abuso del diritto” come principio generale dell’ordinamento giuridico ed in particolare, per quanto qui interessa, dell’abuso di “libertà” [[44]](#footnote-44).

Sarà sufficiente, ai nostri fini, rilevare che la giurisprudenza, dopo lunghi tentennamenti, ha chiaramente tracciato le coordinate entro le quali la figura è destinata ad operare nel nostro ordinamento, in stretta connessione con la clausola generale di “buona fede e correttezza” [[45]](#footnote-45).

Prescindendo dal rilievo secondo il quale gli esiti giurisprudenziali sembrano confermare le obiezioni mosse dalla dottrina sfavorevole al riconoscimento in via interpretativa di un autonomo principio generale di “divieto di abuso del diritto”, stante che il controllo sulle modalità di esercizio del diritto appare sufficientemente garantito da altri principi [[46]](#footnote-46), ciò che qui rileva è che la figura, alla luce della consolidata giurisprudenza, è destinata ad operare esclusivamente sul piano delle “modalità di esercizio” del diritto, non potendo essere intesa in funzione della determinazione del suo contenuto [[47]](#footnote-47).

In altri termini, è soltanto nella fase di esplicazione delle prerogative inerenti il diritto che può ammettersi un controllo sulle modalità attuative della regola formale (c.d. “limite modale”), senza che ciò implichi la modificazione del contenuto della stessa o la creazione di regole di condotta ulteriori [[48]](#footnote-48).

Aggiungasi che, in questa prospettiva, il predetto “controllo funzionale” va condotto sulla base di criteri di carattere “oggettivo”, avuto riguardo al comportamento tenuto dal titolare del diritto nella fase del suo esercizio e non già indagando le “motivazioni” di detto comportamento, giustamente relegati al “foro interno” dell’avente titolo [[49]](#footnote-49).

In questo senso, la giurisprudenza non ammette una distinta ed autonoma indagine giudiziale sui “motivi” dell’atto onde ricavarne l’abusività, in quanto il percorso logico è esattamente inverso: in presenza di tutti e quattro gli elementi costitutivi della figura, vi è prova che il diritto è stato esercitato in difformità alla *ratio legis*, ovvero per il conseguimento di obiettivi diversi da quelli previsti dal legislatore.

In tal senso depone anche la stretta connessione del “divieto di abuso del diritto” con la clausola di “buona fede e correttezza”, che è regola oggettiva di condotta e non stato d’animo soggettivo del titolare del diritto [[50]](#footnote-50).

**7. La posizione della giurisprudenza amministrativa.**

La giurisprudenza amministrativa non sembra ancora avere assunto una posizione netta sulla questione.

La tesi della “funzionalizzazione” dell’accesso civico trova un fuggevole riscontro nella pronuncia della 4^ sezione del Consiglio di Stato n. 3631 del 12.08.2016, in cui si sostiene che, a fronte di un’istanza di accesso civico generalizzato, *“la P.A. intimata dovrà in concreto valutare, se i limiti ivi enunciati siano da ritenere in concreto sussistenti, nel rispetto dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza, a garanzia degli interessi ivi previsti e non potrà non tener conto, nella suddetta valutazione, anche le peculiarità della posizione legittimante del richiedente.”*.

Va, però, considerato che il citato passo rappresenta un *obiter dictum* della decisione (il caso di specie riguardava un’istanza di accesso documentale ed è stato risolto in base alla Legge 241/90) ed è stata emessa ancor prima che entrasse in vigore la novella di cui al D.Lgs. 25 maggio 2016 n. 97 [[51]](#footnote-51), di talchè essa non può essere considerata un vero e proprio precedente.

In tutt’altra direzione sembrano, invece, orientate le prime pronunce del Giudice di primo grado, secondo il quale l’interesse conoscitivo è destinato a prevalere sulla tutela dei dati personali ogniqualvolta le informazioni richieste (a prescindere dalla finalità della richiesta) rientrino (oggettivamente) nell’ambito di quel “*controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”* previsto dalla norma (T.A.R. Napoli sez. VI 13.12.2017 n. 5901), con la condivisibile precisazione che *“l’indagine sulle reali motivazioni del richiedente l’accesso civico generalizzato esuli dai compiti attributi al Comune che deve limitarsi a verificare che non ricorrano casi di esclusione previsti dalla legge.”* (T.A.R. Napoli sez. VI 22.12.2017 n. 6028).

Altrettanto significative sono, inoltre, alcune recenti pronunce con le quali il Giudice amministrativo ha applicato il “divieto di abuso del diritto” ad istanze di accesso civico generalizzato [[52]](#footnote-52).

In proposito, è di rilievo il fatto che la suddetta figura di “abuso” è stata applicata non già nell’effettuazione del giudizio di comparazione del diritto di accesso con gli interessi al riserbo richiamati dall’art. 5-bis, comma 2, D.Lgs. 33/2013, bensì come limite alle c.d. “richieste massive e seriali”, ritenute espressione di un “abusivo esercizio del diritto” [[53]](#footnote-53).

In questi casi, invero, non può negarsi un legittimo spazio applicativo al “divieto di abuso”, inteso come divieto di quei comportamenti che, pur integrando formalmente gli estremi dell'esercizio di un diritto, si rivela, alla luce di criteri non formali di valutazione e delle circostanze concrete, in contrasto con la ragione della sua previsione legislativa e quindi privo di tutela giuridica.

Giudizio esperibile dalla Pubblica Amministrazione prima - e dal Giudice Amministrativo poi - all’insegna del “principio di proporzionalità” dei mezzi utilizzati dal titolare del diritto per il conseguimento del bene della vita cui quel diritto è riconosciuto dall’ordinamento [[54]](#footnote-54).

Trattasi, come è evidente, di una prospettiva e di un piano di valutazione ben diversi rispetto alla “funzionalizzazione” del contenuto del diritto di accesso nell’ambito dell’applicazione delle limitazioni previste dall’art. 5-bis, comma 2, D.Lgs. 33/2013.

**8. Il giudizio di ponderazione degli interessi contrapposti ai sensi dell’art. 5-bis, comma 2, D.Lgs. 33/2013.**

L’art. 5-bis, comma 2, del D.Lgs. 33/2013 prevede che la ponderazione dell’interesse conoscitivo con gli altri contrapposti interessi (a cominciare dalla tutela dei dati personali) debba essere effettuata sulla base di criteri oggettivi, avuto riguardo al *“pregiudizio concreto”* arrecabile a tali interessi.

Con le citate “Linee guida” l’Autorità Nazionale Anticorruzione ha opportunamente precisato che a giustificare il diniego dell’accesso non è sufficiente che il pregiudizio sia semplicemente “possibile in via generale ed astratta”, dovendo essere “altamente probabile” (Delibera Anac n. 1309/2016 [[55]](#footnote-55)).

Trattasi di un criterio già sperimentato in altri ordinamenti, che si è rivelato idoneo a risolvere anche le criticità derivanti dal rapporto con la tutela di diritti particolarmente rilevanti, come quello della privacy [[56]](#footnote-56).

A questo riguardo, non vi è dubbio che il giudizio di comparazione dei contrapposti interessi non sia di agevole soluzione, anche per effetto della genericità del rinvio disposto dall’art. 5-bis, comma 2, lett. a) del D.Lgs. 33/2013 alla normativa in materia di tutela della privacy [[57]](#footnote-57).

Problematicità che si manifestano a cominciare dalla questione dei rapporti con la disciplina dell’accesso documentale ex L. 241/90, dovendoci chiedere se i limiti già previsti da detta normativa operino anche per l’accesso civico generalizzato.

Come noto, la risposta delle Autorità di regolazione e della prima giurisprudenza amministrativa è nel senso della applicabilità all’accesso civico generalizzato dei limiti previsti dall’art. 24, comma 6, Legge 241/90 [[58]](#footnote-58).

Si è argomentato, al riguardo, in base alla lettera della norma (che richiama la “disciplina legislativa in materia” e quindi anche gli artt. 59 e 60 del Codice per la privacy che a loro volta rinviano alla Legge 241/90), invocando un’interpretazione costituzionalmente orientata (la Legge delega 124/2015 autorizzava il Governo a modificare unicamente il Decreto trasparenza e non anche le altre Leggi di settore, né tantomeno il Codice privacy, di talchè una diversa interpretazione porrebbe questioni di incostituzionalità del D.Lgs. 97/2016 per eccesso di delega), nonché esigenze di continuità e di coerenza sistematica, che precluderebbero l’utilizzazione del nuovo istituto per aggirare limiti già previsti dall’ordinamento (anche perché sarebbe del tutto illogico che i limiti di cui all’art. 24 L. 241/90 operassero quando il richiedente vanti un interesse qualificato all’accesso e non quando tale posizione qualificata non sussiste, come per l’accesso civico).

In realtà, le argomentazioni sopra esposte non convincono, per il semplice motivo che i limiti previsti dalla L. 241/90 a tutela del diritto alla riservatezza non si prestano ad una meccanica trasposizione all’accesso civico generalizzato, in quanto detto sistema di limitazioni è per buona parte incentrato sul c.d. “accesso difensivo” (art. 24, comma 7, L. 241/90) che presuppone la deduzione e la prova di una situazione giuridica qualificata, da cui invece prescinde l’accesso civico generalizzato (stante la sua peculiare funzione di “*favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”*), la cui istanza non ha bisogno di essere motivata.

Non sembra, pertanto, che la questione del rapporto tra accesso generalizzato e privacy possa essere risolta mutuando *ex se* i criteri previsti dall’art. 24 della Legge 241/90, che, anzi, proprio per l’ontologica alterità dell’”accesso documentale” rispetto al nuovo istituto appaiono difficilmente trasponibili allo stesso.

Il che rende ineludibile (anche se faticosa) l’opera dell’interprete di ponderazione, caso per caso, dell’interesse conoscitivo del richiedente rispetto alle esigenze di tutela dei dati personali, che potrà prevalere soltanto laddove l’Amministrazione possa dimostrare l’”alta probabilità” del pregiudizio arrecabile ai controinteressati.

Sotto questo profilo, di grande rilievo sul piano operativo sarà, come detto, l’opera dell’Autorità nazionale per l’anticorruzione, chiamata a svolgere un’opera di razionalizzazione e riordino, mediante la periodica revisione delle Linee guida.

Il sistema così delineato non sembra alterato dal Regolamento CE 27 aprile 2016, n. 2016/679/UE (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), che demanda ai singoli ordinamenti degli Stati membri la conciliazione degli opposti interessi [[59]](#footnote-59), che, nel nostro caso, è contenuta nel D.Lgs. 33/2013, come modificato con D.Lgs. 97/2016.

**9. Le potenzialità applicative dell’”accesso parziale” con oscuramento dei dati personali.**

Se è innegabile e fisiologica la complessità del giudizio di comparazione dell’interesse conoscitivo sotteso alla domanda di accesso civico generalizzato con gli altri contrapposti interessi al riserbo (primo tra tutti, in particolare, con la tutela dei dati personali), vi è un aspetto che sembra essere stato notevolmente sottovalutato in questo primo periodo di applicazione dell’istituto, che, invece, se adeguatamente valorizzato, potrebbe rivelarsi idoneo se non a risolvere – quantomeno a mitigare – le più rilevanti criticità.

Ci riferiamo a quella tecnica di ostensione consistente nell’oscuramento di quei dati personali la cui omissione non preclude il soddisfacimento dell’interesse conoscitivo del richiedente ed al tempo stesso preserva l’interesse al riserbo tutelato dalla norma.

Trattasi di un *modus operandi* ampiamente sperimentato dal diritto europeo, ove trova ampia diffusione [[60]](#footnote-60) e che, pur concretizzandosi in un semplice espediente pratico, consiste in un provvedimento (tipico) di “accoglimento parziale” della domanda di accesso.

L’art. 5-bis, comma 4, D.Lgs. 33/2013 vi dedica un’apposita norma, prevedendo che “*Se i limiti di cui ai commi 1 e 2 riguardano soltanto alcuni dati o alcune parti del documento richiesto, deve essere consentito l'accesso agli altri dati o alle altre parti.”*.

L’Autorità Nazionale Anticorruzione, con le Linee Guida del 28 dicembre 2016 ne ha dato ampio risalto, in quanto strumento in grado di soddisfare i contrapposti interessi in gioco [[61]](#footnote-61) ed anche in dottrina si è evidenziata la grande utilità della norma sotto il profilo pratico-operativo [[62]](#footnote-62).

Invero, un siffatto provvedimento di “accesso parziale” rappresenta il duplice corollario per un verso del “principio di proporzionalità” dell’azione amministrativa, che “esige che le limitazioni di un diritto non eccedano quanto è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo” [[63]](#footnote-63) e per altro verso dei principi di “necessità, pertinenza e non eccedenza” di cui all’art. 11 del Codice per la Privacy e di “minimizzazione dei dati” ex art. 5, comma 1, lett. c) del Regolamento CE n. 2016/679/UE [[64]](#footnote-64).

Va, peraltro, registrato che anche in questo caso il Garante per la privacy sembra orientato su posizioni piuttosto intransigenti, avendo espresso in più occasioni un indirizzo fortemente restrittivo in ordine all’applicabilità della norma.

Invero, ad avviso del Garante, l’”accesso parziale” mediante l’oscuramento dei dati personali non sarebbe idoneo a tutelare adeguatamente il diritto alla riservatezza dei soggetti menzionati nel documento richiesto in tutti i casi in cui il predetto accorgimento tecnico non elimini completamente la possibilità che detti soggetti vengano “re-identificati” attraverso le ulteriori informazioni contenute nel documento stesso [[65]](#footnote-65).

E’ evidente che un criterio applicativo siffatto porta inevitabilmente a detronizzare l’operatività della norma, non potendo quasi mai escludersi in modo assoluto la possibilità di una “re-identificazione” dei soggetti menzionati in un documento amministrativo attraverso le ulteriori informazioni ivi contenute.

Questo solo fatto non può, quindi, essere sufficiente ad escludere l’accesso parziale mediante la tecnica degli *omissis*, dovendo piuttosto verificarsi, caso per caso, se sia non solo “possibile, ma “altamente probabile” la re-identificazione dei soggetti, perché solo in tal caso potrà dirsi che il pregiudizio derivante dalla ostensione è “altamente probabile”.

Con l’ulteriore precisazione che neppure l’”alta probabilità” della re-identificazione è di per sé sufficiente ad escludere l’accesso parziale, dovendo verificarsi se, nonostante detta re-identificazione dei soggetti, questi ricevano effettivamente un “concreto pregiudizio”, alla luce dei criteri elaborati da Anac (tipologia di soggetto e ruolo ricoperto, ragionevoli aspettative dello stesso in ordine al trattamento dei suoi dati personali, conseguenze pratiche della ostensione, ecc.).

**Andrea Berti**

Avvocato

Pubblicato l’11 maggio 2018

1. Sotto questo profilo il “diritto alla riservatezza” è stato definito come diritto ad impedire la comunicazione, la divulgazione e la diffusione al pubblico delle informazioni attinenti alla vita privata delle persone, distinto, in quanto tale, dal “diritto alla segretezza”, quale diritto ad impedire la stessa conoscenza di tali informazioni (C.M. Bianca, Diritto civile, I, 1987, 170 ss.). [↑](#footnote-ref-1)
2. Il riferimento è all’art. 62 del Testo Unico della legge comunale e provinciale (R.D. 3 marzo 1934 n. 83), che prevedeva che ciascun "contribuente" aveva facoltà di avere copia delle deliberazioni comunali. [↑](#footnote-ref-2)
3. Come noto, le prime enunciazioni giurisprudenziali dei “diritto all'intimità personale” risalgono agli anni ’50 (Trib. Roma 14.9.1953; Pret. Napoli 25.8.1956), per poi trovare più compiuto riconoscimento nell’ambito della teoria monistica dei diritti della personalità con la pronuncia della Cassazione n. 990 del 1963 e poi con la sentenza n. 2129 del 1975 ("caso Soraya"). [↑](#footnote-ref-3)
4. Il diritto alla riservatezza è pacificamente ricondotto dalla dottrina e dalla giurisprudenza all’ambito dei diritti inviolabili di cui all’art. 2 Cost. in virtù della c.d. “tesi monistica” delle circolarità dei diritti della personalità, in base alla quale la norma costituzionale è una "clausola generale aperta", la cui finalità è quella di tutelare la persona umana integralmente e in tutti i suoi modi di essere essenziali, prestandosi all’esigenza di ampliare la tutela giuridica anche a nuovi interessi emergenti della persona. [↑](#footnote-ref-4)
5. Diverse sono le fonti di diritto internazionale che consacrano il diritto alla riservatezza come diritto fondamentale della persona, a cominciare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali del 1950, ratificata dall’Italia con Legge 4 agosto 1955 n. 848 (art. 10 comma 2). Vedi oggi l’art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 2007. [↑](#footnote-ref-5)
6. Il nesso tra la “trasparenza/pubblicità” ed i canoni di “buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa” di cui all'art. 97 Cost. è oggi pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza (vedi Corte Cost. 17.03.2006 n. 104 e, con specifico riferimento al diritto di accesso, Cons. Stato sez. VI 09.03.2007 n. 1119). Ma già in passato vedi Cons. Stato a.p. 22.04.1999 n. 5. [↑](#footnote-ref-6)
7. Impostazione ancora presente negli ultimi due pronunciamenti dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 6 e n. 7 del 2006. [↑](#footnote-ref-7)
8. Come noto, ai sensi dell’art. 24, comma 7, Legge 241/90, “*Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall' articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 , in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale*.“. [↑](#footnote-ref-8)
9. Vedi art. 5, comma 5, D.Lgs. 195/2005: *“… l'autorità pubblica dispone un accesso parziale, a favore del richiedente, qualora sia possibile espungere dall'informazione richiesta le informazioni escluse dal diritto di accesso ai sensi dei citati commi 1 e 2.”*. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ai sensi dell'art. 29, comma 2-bis, della Legge 241/90 (così come introdotto dalla L. 69/2009), "*Attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all’articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell’interessato al procedimento, ... e di assicurare l’accesso alla documentazione amministrativa, ..."*. [↑](#footnote-ref-10)
11. Vedi, da ultimo, CEDU Grande Camera sentenza del 08.011.2016 (Magyar Helsinki Bizottsag c. Ungheria, ricorso n. 18030/11). [↑](#footnote-ref-11)
12. Questi i rilievi sollevati dal Garante con il parere reso nel corso dell’iter di approvazione del D.Lgs. 97/2016 (par. n. 92/2016 del 3 marzo 2016): *“Appare evidente che il sistema copre, attraverso obblighi di pubblicazione e/o accesso civico, la totalità dei dati trattati dalla P.A., con un’ampiezza che, se non accompagnata dalla individuazione delle categorie di atti da ritenersi ricompresi nella definizione e dalla contestuale individuazione di limiti precisi a detto accesso, determinerà conseguenze patologicamente rilevanti e tra le più varie.”. … “Le suddette modifiche legislative dovrebbero comunque essere completate con un regolamento attuativo volto a individuare nel dettaglio le categorie di dati e di documenti suscettibili di accesso ai sensi dell'art. 5, comma 2, nonché i casi di rigetto dell'istanza a fini di tutela degli interessi di cui all'art. 5-bis In assenza di una normativa regolamentare di attuazione che declini con maggiore dettaglio oggetto e limiti dell’accesso, nella nuova forma prevista, vi è, infatti, il concreto rischio di interpretazioni irragionevolmente diverse tra le varie amministrazioni e, al loro interno, tra i vari uffici, con un’ingiustificata disparità di trattamento, per i cittadini, che ne deriverebbe.”*. [↑](#footnote-ref-12)
13. Al riguardo, si è rilevata la inevitabile correlazione tra l’ambito della discrezionalità decisoria rimessa alla P.A. e la certezza e la effettività del diritto (cfr. B. Ponti (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni,* ed. Maggioli, 2016, 56 ss.). Parte della dottrina ha criticato la scelta legislativa di affidare alla P.A. (e per essa al singolo funzionario) margini di discrezionalità così ampi ed indefiniti, anche in considerazione della complessità della decisione; al riguardo, si è parlato di *“un sistema regolativo debole e, per certi versi, incoerente, che si fonda, in ultima analisi, su una responsabilizzazione eccessiva del funzionario chiamato a decidere sull’istanza di ACG (soprattutto quando confligge con gli interessi di riservatezza intestati ad altri soggetti)”*, nonché di *“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.”*  (C. Deodato, *La difficile convivenza dell’accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile ?*, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) 20.12.2017). Sulla stessa linea, altra dottrina ha evidenziato che *“le eccezioni risultano ampie, fortemente indeterminate e demandate, nella loro concreta applicazione, ad un meccanismo che rimette in capo all’amministrazione ampi margini di apprezzamento, al punto che non appare scontato individuare settori, tipologie o esempi di informazioni detenute dalla P.A. per i quali sia possibile ritenere – con un significativo grado di certezza (ex ante) – che l’istanza di accesso sia destinata ad andare a buon fine. Il rischio, dato un sistema di eccezioni così ampio, indeterminato e dall’incerto margine di applicazione, è che – all’atto pratico – quella che dovrebbe rappresentare (in astratto, secondo il modello Foia) l’eccezione, possa in via di fatto sperimentarsi (ex post) come la regola, con l’accessibilità ridotta invece ad eccezione (in termini di casistica). Dunque, il rischio concreto di un tradimento del modello prefigurato dal legislatore delegante.”* (B. Ponti, *Nuova trasparenza ..* op. cit., 57 ss.). In una prospettiva comparatistica, si è evidenziato che nel sistema Foia statunitense i limiti, ancorchè presenti, sono tassativi e circoscritti, proprio con l’obiettivo di eliminare o ridurre sensibilmente la discrezionalità della P.A., mentre nel sistema italiano il diritto di accesso civico generalizzato finisce per essere un “diritto vuoto” (cfr. E. Carloni, *Se questo è un Foia. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, Astrid, n. 4/2016). In senso opposto, si è invece sostenuto che *“In realtà, il numero e la formulazione degli interessi-limite indicati dal legislatore delegato sono in linea con lo standard prevalente. I dieci interessi pubblici e privati indicati dall’art. 5 bis corrispondono all’elencazione che compare nella maggior parte dei FOIA europei, rispetto ai quali, anzi, il nostro legislatore è stato più parco. Occorre, poi, considerare che gli interessi indicati coincidono – con differenze marginali – con quelli del FOIA dell’Unione europea.”*, con la conseguente possibilità di utilizzare, come ausilio interpretativo, la giurisprudenza comunitaria (Savino, *Il Foia italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo – Il commento*, Giornale Dir. A.., 2016, 5). [↑](#footnote-ref-13)
14. Il Consiglio di Stato, con il parere del 24.02.2016 reso sullo schema di decreto legislativo, aveva segnalato che *<< In mancanza di criteri più dettagliati per la valutazione del pregiudizio che la pubblicazione potrebbe arrecare agli interessi tutelati, le amministrazioni, infatti, potrebbero essere indotte ad utilizzare la propria discrezionalità nella maniera più ampia, al fine di estendere gli ambiti non aperti alla trasparenza e sicuramente la genericità di alcune previsioni, pur riferite a tematiche “sensibili” … potrebbero essere motivo dell’insorgenza di ulteriore contenzioso. >>*, auspicando che *<< Tali criteri potrebbero essere forniti con linee guida appositamente adottate per meglio chiarire le incertezze di siffatta disciplina derogatoria. >>.* L’auspicio è stato raccolto dal legislatore, che ha previsto che *“Ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui al presente articolo, l'Autorita' nazionale anticorruzione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, adotta linee guida recanti indicazioni operative.”*. [↑](#footnote-ref-14)
15. In estrema sintesi, con le citate “Linee guida” Anac ha individuato i seguenti criteri utili per il giudizio di ponderazione degli interessi: a) opposizione del controinteressato, da considerarsi “un indice della sussistenza di un pregiudizio concreto”, non vincolante per la P.A., ma da valutare ai fini della decisione; b) tipologia di soggetto (es. minore, la cui riservatezza va tutelata in via tendenzialmente assoluta) e ruolo ricoperto dal controinteressato (es. soggetti che esercitano una funzione pubblica, la cui riservatezza è tutelata in modo inversamente proporzionale all’interesse pubblico del ruolo ricoperto; c) conseguenze pratiche della eventuale ostensione (es. effetti negativi sul piano giuridico, economico, morale e sociale, comprese le possibili azioni di terzi); d) le “ragionevoli aspettative” del controinteressato titolare del diritto alla riservatezza. [↑](#footnote-ref-15)
16. Come noto, le “Linee guida” costituiscono un atto amministrativo generale che, seppur autorevole, è privo di valenza normativa e non è pertanto vincolante per le Amministrazioni. Questa scelta legislativa di *soft law* è stata decisamente criticata da una parte della dottrina, che ha rilevato l’inidoneità di un sistema che affida ad indirizzi ed istruzioni operative non vincolanti il completamento della scarna disciplina legislativa, priva di un apparato regolativo univoco e puntuale. A conferma, si segnala il contrasto interpretativo tra le Linee guida Anac e la Circolare del Dipartimento della Funzione pubblica su alcune delle questioni più rilevanti della disciplina dell’accesso civico generalizzato (si è parlato di *“un confuso compendio di indirizzi contraddittori”*) (cfr. C. Deodato, *La difficile convivenza ..* op. cit.). [↑](#footnote-ref-16)
17. L’art. 5, comma 7, del D.Lgs. 33/2013 prevede che “*Nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine indicato al comma 6, il richiedente può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, di cui all'articolo 43, che decide con provvedimento motivato, entro il termine di venti giorni. Se l'accesso e' stato negato o differito a tutela degli interessi di cui all'articolo 5-bis, comma 2, lettera a), il suddetto responsabile provvede sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta. A decorrere dalla comunicazione al Garante, il termine per l'adozione del provvedimento da parte del responsabile e' sospeso, fino alla ricezione del parere del Garante e comunque per un periodo non superiore ai predetti dieci giorni.”.* [↑](#footnote-ref-17)
18. Va da sé che quando la legge prescrive un parere senza aggiungere altro, il parere è da ritenersi obbligatorio, ma non vincolante (cfr. A.M. Sandulli, Manuale di diritto amministrativo, Napoli, 1989, pag. 640). [↑](#footnote-ref-18)
19. Vedasi ancora il parere reso dal Garante nel corso dell’iter di approvazione del D.Lgs. 97/2016 (par. n. 92/2016 del 3 marzo 2016), con cui si manifestava viva preoccupazione in ordine ai rischi di possibile compromissione del diritto alla riservatezza derivanti dall’istituto dell’accesso civico: *“La trasparenza … non può essere realizzata violando la dignità e i diritti fondamentali della persona , come il diritto alla riservatezza e il diritto alla protezione dei dati personali, costituzionalmente garantiti e previsti anche dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (artt. 7 e 8) nonché della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.”*. [↑](#footnote-ref-19)
20. Rileva, al riguardo, il Garante che il *curriculum vitae* contenente dati personali, (es. nominativo, data e luogo di nascita, residenza, telefono, fax, e-mail, esperienze e competenze professionali, istruzione e formazione, ecc.) contiene “dati personali”, di cui è impossibile l’anonimizzazione ed il conseguente accesso parziale. [↑](#footnote-ref-20)
21. In quel caso si trattava dell’elenco, detenuto dal Comune, degli immobili ad uso residenziale prima casa compresi nel territorio comunale per i quali era stata versata l’IMU. [↑](#footnote-ref-21)
22. Ciò in quanto gli elaborati contengono “dati personali” rappresentati dalle informazioni circa le caratteristiche individuali e caratteriali che attengono alla personalità del candidato (come la preparazione professionale, la cultura, la capacità di espressione, ecc.) e possono talvolta contenere (a seconda della prova di esame) anche “dati sensibili”, come opinioni politiche, convinzioni filosofiche o di altro genere; e non è esclusa, inoltre, l’esistenza di altri interessi privati, quali il “diritto d’autore”, in quanto le prove scritte rappresentano un’”opera intellettuale” del candidato. Né – secondo il Garante - sarebbe ipotizzabile l’accesso parziale con la tecnica dell’oscuramento dei dati personali, atteso che gli elaborati sono redatti di proprio pugno dai candidati e non è escluso che essi si possano re-identificare a posteriori tramite la conoscenza o la comparazione della grafia (sul punto si tornerà più ampiamente *infra*). [↑](#footnote-ref-22)
23. Secondo il Garante, concedendo l’accesso generalizzato a tali dati si arrecherebbe un “concreto pregiudizio” al diritto di riservatezza dell’intestatario del titolo, dei tecnici e della ditta esecutrice dei lavori, che non sarebbe possibile evitare neppure effettuando operazioni di anonimizzazione, atteso che dai dati dell’immobile si potrebbe risalire ai dati personali delle persone coinvolte. [↑](#footnote-ref-23)
24. Rilevava nell’occasione il Garante: *“E' in primo luogo lecito domandarsi, come i soggetti pubblici, che detengono grandi banche di dati, anche sensibili, dei cittadini decideranno se accogliere o meno le istanze di accesso al documento contenente dati personali, in assenza di un parametro per effettuare il bilanciamento fra la protezione dei dati personali e l'interesse del richiedente, dal momento che l'istanza non è  motivata ed è dunque carente dell'indicazione della finalità perseguita, che costituisce elemento determinante ai fini della valutazione della legittimità del trattamento. Interpretazioni difformi potrebbero infatti determinare, oltretutto, un diverso grado di tutela del diritto alla protezione dei dati personali dei controinteressati, con conseguenze anche paradossali.”*. *“L'assenza di una motivazione da parte del richiedente, nel privare l'amministrazione destinataria delle istanze di ostensione dei necessari elementi di ponderazione in ordine al fine così perseguito, può determinare, alternativamente, una eccessiva rigidità interpretativa, per cui l'amministrazione medesima tenderà a rigettare le richieste depauperando di ogni utilità lo strumento dell'accesso civico, oppure, al contrario, una dilatazione ingiustificata della nozione di trasparenza, per cui verranno trasmessi al richiedente dati e documenti senza alcun ragionevole criterio selettivo. Ciò che appare fuor di dubbio è che la mancata previsione, per le richieste di accesso civico, dell'obbligo di motivazione - che, pur non arrivando ad assumere i contorni ben definiti di una "situazione giuridicamente rilevante", fornisca elementi di valutazione idonei a legittimare l'istanza – rischia di comportare un'applicazione della disposizione diseguale da ufficio a ufficio. Infatti, la decisione in ordine all'ostensibilità dell'atto o del documento, essendo affidata unicamente alla valutazione del funzionario pubblico senza aver fornito a quest'ultimo alcun parametro di valutazione, rischia altresì di essere talmente discrezionale da sfociare nell'arbitrarietà, conseguenza del tutto paradossale ove si consideri che il legislatore delegato ha voluto rafforzare l'istituto "al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche". “La disciplina in esame andrebbe pertanto significativamente rimodulata, prevedendo che laddove l'accoglimento dell'istanza di accesso possa determinare la comunicazione al richiedente di dati personali di terzi, l'ostensione del documento può essere effettuata soltanto ove risulti accertata, in atti, la prevalenza dell'interesse perseguito dall'accesso ovvero, previo oscuramento dei dati personali presenti.”*. [↑](#footnote-ref-24)
25. Su questa linea sembrano esprimersi M. Savino, *Il Foia italiano ..* op. cit., pagg. 593 ss. e, da ultimo, C. Deodato, *La difficile convivenza* … op. cit.). [↑](#footnote-ref-25)
26. Si è affermato, al riguardo, che *“l’asservimento dell’accesso civico generalizzato alla realizzazione delle finalità indicate all’art. 5, comma 2, … valga di fatto, unitamente alla sussistenza del pregiudizio concreto alla tutela della protezione dei dati personali, ai sensi dell’art. 5-bis, comma 2, lett. a) che l’ostensione può determinare, a paralizzare tutte le richieste di accesso che, effettivamente, sottendano interessi all’ostensione di matrice privata ed individuale, sconnessi, quindi, dalla verifica sul buon uso delle pubbliche risorse, sul perseguimento delle funzioni istituzionali, dalla partecipazione all’attività amministrativa ed al dibattito pubblico”*, pena, in caso contrario, *“un abuso dell’istituto dell’accesso civico generalizzato e la conseguente possibilità di negare lo stesso in quanto non riconducibile alle esclusive finalità espresse dalle norme (art. 1, comma 1 e art. 5, comma 2) e lesivo della sfera di riservatezza dei privati.”* (T. Tessaro-M. Bertin; *Accesso civico e finalità “esorbitanti” della richiesta di ostensione: una prima indagine casistica per la necessaria distinzione con l’accesso documentale*, www.lexitalia.it 20.03.2018). [↑](#footnote-ref-26)
27. Sul punto vedasi C. Deodato, *La difficile convivenza ..*, op. cit.: *“Per quanto la legge non esiga l’esplicitazione della motivazione della richiesta di accesso, deve intendersi implicita la sua rispondenza alla soddisfazione di un interesse che presenti valenza pubblica e che non resti confinato a un bisogno conoscitivo esclusivamente privato, individuale o, addirittura, utilitaristico …”*; analogamente, ma nel senso della motivazione dell’istanza come onere del richiedente, M. Savino, *Il Foia italiano* .., op. cit.: *“Non vi è obbligo di motivare l’istanza, ma il richiedente può (avere interesse a) farlo, per consentire all’amministrazione di operare, all’occorrenza, un più accurato bilanciamento con interessi antagonisti.”*. [↑](#footnote-ref-27)
28. Un riferimento al rilievo dei c.d. *social watchdogs* nell’applicazione dell’istituto è contenuto anche nella Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 2/2017 del 30.05.2017. [↑](#footnote-ref-28)
29. Si è parlato, al riguardo, di rischio di *“un vero e proprio stalking della trasparenza”*, che renderebbe improrogabile la necessità di ridimensionare, mediante il criterio funzionale, l’uso distorto dell’istituto, che avrebbe già prodotto, nella prima fase di applicazione, una prassi diffusa di presentare istanze con finalità “esorbitanti” (cfr. T. Tessaro-M. Bertin, *Accesso civico ..* op. cit.). [↑](#footnote-ref-29)
30. In ciò viene ravvisata la differenza fondamentale con l’accesso documentale ex L. 241/90: *“La valorizzazione del profilo dell’interesse appare quindi il criterio decisivo per tracciare l’actio finium regundorum tra accesso documentale nei confronti dell’accesso civico.”* (T. Tessaro-M. Bertin, ult. op. cit.). [↑](#footnote-ref-30)
31. L’argomento è esposto da B. Ponti, *Nuova trasparenza .. op. cit.* (60-61) e ripreso da R. Perna, *Accesso e trasparenza: due linee destinate ad incontrarsi ?*, www.giustizia-amministrativa.it, 2017. Sul punto sembra convenire anche C. Cudia, in B. Ponti (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni,* ed. Maggioli, 2016 (113), benchè dichiaratamente contraria alla “funzionalizzazione” dell’istituto. Su questa linea i rilievi del Garante per la privacy nel citato parere n. 92/2016. [↑](#footnote-ref-31)
32. Questa notazione si riviene in quasi tutti i pareri resi dal garante per la privacy a sostegno della dimostrazione del rischio di un “concreto pregiudizio” al diritto alla riservatezza. [↑](#footnote-ref-32)
33. Il riferimento è alla già citata sentenza della Corte europea dei Diritti dell’Uomo - Grande Camera - sentenza del 08.011.2016 (Magyar Helsinki Bizottsag c. Ungheria, ricorso n. 18030/11). [↑](#footnote-ref-33)
34. Sotto questo profilo, si è efficacemente rilevato che *“Se, infatti, si tratta di una situazione soggettiva completa e autonoma che appartiene al cittadino qualunque, ne consegue che tale diritto non solo non presuppone la titolarità di una posizione soggettiva differenziata e qualificata, ma anche che esso è fine soltanto a sé stesso ed è quindi privo di qualsiasi funzionalizzazione a interessi ulteriori e diversi.”.* Invero, *“Il diritto di informazione è un diritto individuale, che può ricevere una tutela più intensa laddove assolve una funzione sociale, ma senza che questa ponga il diritto al servizio di un fine predeterminato.”. “Ne consegue che il diritto in oggetto è volto a garantire la conoscibilità per la conoscibilità, che precede e prescinde completamente dal fatto che l’informazione possa essere preordinata alla partecipazione politica, amministrativa o alla eventuale difesa di situazioni giuridiche individuate.“. “… il diritto alla conoscibilità è fine solo a sé stesso: è neutro e può essere utilizzato per qualsivoglia interesse (dal controllo sociale diffuso, alla tutela di un interesse personale).”* (C. Cudia, in B. Ponti (a cura di), *Nuova trasparenza ..* op. cit., 105 ss.). Analogamente, anche se in modo più sfumato, si è altresì rilevato che *“con riferimento alla libertà di accesso ai dati e ai documenti detenuti dall’amministrazione, gli istituti del decreto non si configurano – dunque – come mezzo a fine, ma si propongono di realizzarla direttamente ed immediatamente”*, di talchè la funzionalizzazione di una libertà ad uno specifico obiettivo rischia di essere una contraddizione in termini, finendo per negare in radice la dimensione stessa della libertà (B. Ponti (a cura di), *Nuova trasparenza ..* op. cit., 32 ss.). [↑](#footnote-ref-34)
35. Rileva C. Cudia, in B. Ponti (a cura di), *Nuova trasparenza ..* op. cit., (pag. 105-106) che “*L’imposizione di un vincolo di scopo ai diritti di informazione, anzi, rischia di essere inutile o dannosa. Inutile, laddove si assuma come finalità dell’informazione un principio tanto generico da essere inidoneo a fungere da criterio di selezione degli interessi rilevanti: il riferimento, in particolare, al controllo e alla partecipazione democratica non può essere risolutivo, perché rispetto a quelle istanze qualsiasi aspirazione alla conoscenza è lecita e quindi non riesce a chiudere il sistema. Dannosa, nell’ipotesi opposta nella quale la finalità dell’informazione sia definita in modo preciso: perché sarebbe allora possibile verificare in ciascuno dei casi concreti se l’informazione agognata serva o meno a quel fine, con la conseguenza che la pretesa cognitiva risulterebbe compromessa ogni qual volta il suo oggetto sia ritenuto ininfluente rispetto al perseguimento dello scopo.”*. [↑](#footnote-ref-35)
36. Si pensi, al riguardo, al rilievo che il Garante per la privacy ha dato alla natura giuridica dei soggetti richiedenti (persona giuridica) ed all’oggetto della sua attività (commerciale) nel già citato parere n. 360/2017. [↑](#footnote-ref-36)
37. Il principio secondo il quale l’interpretazione logica e teleologica mediante il ricorso alla *ratio legis* si giustifica soltanto nell’ipotesi in cui la dizione letterale della norma non consenta

    di pervenire ad una lettura univoca della stessa, è pacifico e consolidato (vedasi, tra le tante, Cons. St. sez. VI 20 giugno 2012, n. 3585; sez. VI 07 dicembre 2007 n. 6307; Cass. sez. lav. 17 novembre 1993, n. 11359; sez. I 7 aprile 1983, n. 2454). [↑](#footnote-ref-37)
38. L’art. 3, comma 1, D.Lgs. 33/2013 così dispone:  *“Tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di accesso civico, ivi compresi quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli ai sensi dell'articolo 7.”*. [↑](#footnote-ref-38)
39. L’art. 10 della CEDU (Libertà di espressione) sancisce quanto segue: *“1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche e senza riguardo alla nazionalità. Il presente articolo non impedisce che gli Stati sottopongano a un regime di autorizzazione le imprese di radio-diffusione, di cinema o di televisione. 2. L'esercizio di queste libertà, comportando doveri e responsabilità, può essere subordinato a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge e costituenti misure necessarie in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico, la prevenzione dei disordini e dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, o per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.”*. Le sentenze a cui si fa riferimento rappresentano l’evoluzione giurisprudenziale più recente della Corte europea dei diritti dell’uomo, in base alla quale il diritto di accesso alle informazioni detenute dalle Pubbliche Autorità può assurgere, in determinate circostanze ed a determinate condizioni, a “diritto fondamentale dell’uomo” in quanto rientrante nella “libertà di espressione” riconosciuta dalle Convenzioni europee, rispetto alla quale è vietata l’”ingerenza da parte delle autorità pubbliche”. Secondo l’orientamento più risalente, invece, l’art. 10 della CEDU (Libertà di espressione) riconoscerebbe soltanto il “diritto di ricevere o di comunicare informazioni”, ma non anche il diritto di “cercare informazioni”. [↑](#footnote-ref-39)
40. Peraltro, la Corte neppure precisa se detti requisiti (interesse pubblico dell’informazione e finalità non individualistica della richiesta) debbano necessariamente sussistere tutti, oppure sia sufficiente la ricorrenza di uno solo di essi (cfr. Carpanelli E., *Sul diritto di accesso alle informazioni di interesse pubblico detenute dallo Stato: alcune riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte di Strasburgo nel caso Maghyar Helsinki Bizottsag c. Ungheria*, Osservatorio costituzionale n. 2/2017 del 10.06.2017). [↑](#footnote-ref-40)
41. Come noto, l’art. 4, commi 2 e 3, del Regolamento CE 30 maggio 2001 n. 1049/2001 (Regolamento relativo all’accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione) prevede delle “eccezioni” all’accesso che presuppongono il verificarsi di un “pregiudizio” a determinati interessi pubblici o privati e per le quali è ammessa la possibilità di verificare se nel caso di specie *“vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione”* del documento. In tutti questi casi il richiedente l’accesso è ammesso a dimostrare – e l’Istituzione è comunque tenuta a verificare - che, nonostante l’esistenza di un possibile pregiudizio agli interessi indicati dalla norma che possa giustificare l’esclusione, sussiste comunque un *“interesse pubblico prevalente alla divulgazione”*. [↑](#footnote-ref-41)
42. L’art. 1 del D.Lgs. 19 agosto 2005 n. 195 (di attuazione della Direttiva CE 4/2003 del 28 gennaio 2003 sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale) prevede quanto segue: *“Finalità -  Il presente decreto, nello stabilire i principi generali in materia di informazione ambientale, è volto a: a) garantire il diritto d'accesso all'informazione ambientale detenuta dalle autorità pubbliche e stabilire i termini, le condizioni fondamentali e le modalità per il suo esercizio; b) garantire, ai fini della più ampia trasparenza, che l'informazione ambientale sia sistematicamente e progressivamente messa a disposizione del pubblico e diffusa, anche attraverso i mezzi di telecomunicazione e gli strumenti informatici, in forme o formati facilmente consultabili, promuovendo a tale fine, in particolare, l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.”*. [↑](#footnote-ref-42)
43. Nonostante l’apparente chiarezza del dato normativo, l’interpretazione della norma è, infatti, tuttora controversa: accanto ad un orientamento che riconosce il diritto all’informazione ambientale nei limiti e nella misura in cui l’interesse che muove l’istante sia “genuinamente” volto alla tutela dell’ambiente, con conseguente onere della prova a carico del richiedente (Cons. St. sez. III 5 ottobre 2015 n. 4636; sez. V 18 ottobre 2011 n. 5571; sez. V 15 ottobre 2009 n. 6339), si registra altro e più consistente indirizzo secondo il quale la titolarità dell’accesso alle informazioni ambientali spetta, come sancisce lo stesso art. 3, comma 1, D.Lgs. 195/2005, "*a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dichiarare il proprio interesse"*, da ritenersi *in re ipsa* nell’oggetto stesso della richiesta (Cons. St. sez. IV 7 settembre 2004 n. 5795; T.A.R. Venezia sez. I 27 aprile 2015 n. 450; sez. III 18 novembre 2003 n. 5731 e, da ultimo, C.GA Sicilia 17 gennaio 2018 n. 15). Particolarmente significativa è quest’ultima sentenza, con la quale il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Sicilia precisa che, in questa prospettiva, la circostanza che l’istante sia un imprenditore od un operatore commerciale è del tutto irrilevante, perché ciò che rileva è soltanto l’elemento oggettivo della natura delle informazioni richieste, anche in considerazione del fatto che *“…il particolare interesse imprenditoriale eventualmente sottostante alla richiesta individuale di accesso, lungi dall’essere incompatibile con la finalità di tutela ambientale che le dette norme perseguono, consente al contrario, le quante volte occasionalmente converga con tale finalità, una sua più completa attuazione.”*. [↑](#footnote-ref-43)
44. Tra l’amplissima letteratura in materia si ricorda il fondamentale contributo di P. Rescigno, *L’abuso del diritto*, Riv. Dir. civ., 1965 (pagg. 205-290), ove veniva ricordata, tra le altre, la tesi di Roubier, (*Les prérogatives juridiques*, in *Arch. de philos. du droit*, 1960), secondo il quale “*al diritto la legge, che lo ha creato, imprime una determinata finalità particolare; la libertà, invece, costituisce una prerogativa discrezionale, che può esercitarsi in tutte le direzioni, poiché essa è precisamente la libertà”. “Perciò della libertà può esservi un uso eccessivo … dal punto di vista del volume quantitativo accordato alla prerogativa, ma non già un uso abusivo, con riguardo alla direzione qualitativa, impressa alla libertà.”*. [↑](#footnote-ref-44)
45. Il punto sull’evoluzione giurisprudenziale è esaustivamente ricostruito da Cass. civ. sez. III 18 settembre 2009, n. 20106: *““Oggi, i principi di buona fede oggettiva e dell’abuso del diritto debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali – funzione sociale ex art. 42 Cost. – e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti. In questa prospettiva i due principi si integrano a vicenda …”.* In questi termini, *“Il controllo del giudice sul carattere abusivo degli atti di autonomia privata è stato pienamente riconosciuto dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte di legittimità ..”*, al fine di *“evitare che il diritto soggettivo … possa sconfinare nell’arbitrio.”*. [↑](#footnote-ref-45)
46. Come noto, il Codice Civile non contempla un divieto generale di ”abuso del diritto”. Il progetto ministeriale aveva inizialmente previsto una norma di carattere generale (*“Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è conferito.”)*, che però non fu recepita per il timore di vedere compromessa la certezza e la prevedibilità del diritto, stante la latitudine di potere che una siffatta clausola generale avrebbe attribuito al Giudice (cfr. Cass. sez. III 18 settembre 2009, n. 20106). [↑](#footnote-ref-46)
47. Cass. civ. sez. III 18 settembre 2009, n. 20106: *“Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto - ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale - sono i seguenti: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrifico cui è soggetta la controparte. L'abuso del diritto, quindi, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore. E' ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede.”*. [↑](#footnote-ref-47)
48. In proposito, C. Salvi, *Abuso del diritto (dir. civ.)*, Enc. Giur. Treccani, 1988, rilevava che *<< .. il divieto dell’abuso, per la sua stessa strutturazione tecnica, può implicare infatti un controllo sulla condotta attuativa di una regola formale data e non la modificazione del contenuto della regola medesima. >>*, atteso che la tematica dell’abuso *<< si riferisce non all’eventuale imposizione di regole di condotta ulteriori rispetto a quelle poste dalle parti o dalla legge; ma al controllo sulle modalità di svolgimento della condotta, oltre l’osservanza formale della “regola”, comunque posta. >>* (pag. 3). In giurisprudenza, il concetto di “limite modale” per l’enucleazione della figura dell’abuso del diritto è chiaramente affermato da Cons. St. a.p. 23 marzo 2011, n. 3: “*Viene così in rilievo una condotta che, pur formalmente conforme al paradigma normativo, disattende il limite modale che impone al titolare di ogni situazione soggettiva di non azionarla con strumenti, sostanziali e processuali, che infliggano all'interlocutore un sacrificio non comparativamente giustificato dal perseguimento di un lecito e ragionevole interesse.”*. [↑](#footnote-ref-48)
49. Sempre secondo Cass. civ. sez. III n. 2016/2009 cit., la verifica dell’”abuso” *“può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere: elementi questi tipici degli atti emulativi …”.* [↑](#footnote-ref-49)
50. In questa prospettiva, vedasi U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria generale dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1958 (18 ss.), secondo il quale *“la questione … riguarda, … non tanto un comportamento in buona fede, quanto, invece, un comportamento secondo buona fede”*. [↑](#footnote-ref-50)
51. L’art. 42, comma 1, del D.Lgs. 97/2016 prevedeva che *“I soggetti di cui all'articolo 2-bis del decreto legislativo n. 33 del 2013 si adeguano alle modifiche allo stesso decreto legislativo, introdotte dal presente decreto, e assicurano l'effettivo esercizio del diritto di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo n. 33 del 2013, come modificato dall'articolo 6 del presente decreto, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto.”*. [↑](#footnote-ref-51)
52. Ci riferiamo, in particolare a due sentenze del T.A.R. Milano (la n. 1951 del 11 ottobre 2017 e la n. 669 del 9 marzo 2018) e ad una del T.A.R. Venezia (la n. 607 del 29 giugno 2017). [↑](#footnote-ref-52)
53. Come noto, le c.d. richieste “massive o seriali” riguardano il caso in cui il richiedente indica un numero ed una mole considerevole di documenti o presenta più domande entro un periodo di tempo limitato. Ad esempio, nel caso deciso con sentenza n. 669/2018, il T.A.R. Milano ha ritenuto inammissibile, in quanto “abusiva”, un’istanza di accesso civico generalizzato volta ad acquisire copia di n. 50 determinazioni e relativi allegati, facente seguito a numerose istanze (n. 148) presentate dallo stesso soggetto negli ultimi due anni. [↑](#footnote-ref-53)
54. Sul punto vedasi, ancora, Cass. civ. sez. III n. 20106/2009 cit.: *“.. posto che si verte in tema di interessi contrapposti, .. il punto rilevante è quello della proporzionalità dei mezzi usati. Proporzionalità che esprime una certa procedimentalizzazione nell’esercizio del diritto ..”*. [↑](#footnote-ref-54)
55. Così testualmente la delibera Anac n. 1309/2016: *“Affinché l’accesso possa essere rifiutato, il pregiudizio agli interessi considerati dai commi 1 e 2 deve essere concreto quindi deve sussistere un preciso nesso di causalità tra l’accesso e il pregiudizio. L’amministrazione, in altre parole, non può limitarsi a prefigurare il rischio di un pregiudizio in via generica e astratta, ma dovrà: a) indicare chiaramente quale – tra gli interessi elencati all’art. 5 bis, co. 1 e 2 – viene pregiudicato; b) valutare se il pregiudizio (concreto) prefigurato dipende direttamente dalla disclosure dell’informazione richiesta; c) valutare se il pregiudizio conseguente alla disclosure è un evento altamente probabile, e non soltanto possibile.”*. [↑](#footnote-ref-55)
56. Un modello parzialmente analogo è contemplato dall’art. 4, comma 1, del Regolamento CE 30 maggio 2001 n. 1049/2001 (Regolamento relativo all’accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione), che prevede quanto segue: “*Le istituzioni rifiutano l'accesso a un documento la cui divulgazione arrechi pregiudizio alla tutela di quanto segue: a) l'interesse pubblico, in ordine: - alla sicurezza pubblica, - alla difesa e alle questioni militari, - alle relazioni internazionali, - alla politica finanziaria, monetaria o economica della Comunità o di uno Stato membro; b) la vita privata e l'integrità dell'individuo, in particolare in conformità con la legislazione comunitaria sulla protezione dei dati personali.”*. L’analogia con l’accesso civico italiano è soltanto parziale, perché in quel caso l’Istituzione europea può avvalersi di “presunzioni di carattere generale che si applicano a determinate categorie di documenti” (ancorchè verificandone la congruità con il caso di specie), mentre, al di fuori di tali presunzioni, l’Istituzione ha l’onere di dimostrare come l’accesso al documento possa arrecare “concretamente e ed effettivamente” un pregiudizio all’interesse pubblico tutelato dalla norma (Corte Giustizia UE 1 luglio 2008 – cause C-39/05 e C-52/05, p. 49-50 e Corte di Giustizia Ue Grande sezione 29 giugno 2010 – causa C-139/07), ovvero se il rischio di arrecare un pregiudizio è “ragionevolmente prevedibile e non meramente ipotetico” (Trib. UE 13 aprile 2005 – causa T 2/03, p. 69). Discorso a parte riguarda la tutela dei dati personali, per i quali trova applicazione l’art. 8 del Regolamento CE 18 dicembre 2000, n. 45 (*Regolamento concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle Istituzioni e degli organi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati*). Il discorso sulle analogie e sulle diversità rispetto alla disciplina nazionale è complesso meriterebbe una separata trattazione. [↑](#footnote-ref-56)
57. L’art. 5-bis, comma 2, del D.Lgs. 33/2013 prevede che *“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; ..”*. [↑](#footnote-ref-57)
58. Con il parere reso sullo schema di decreto legislativo il Garante per la privacy rilevava che *“… appare coerente con il sistema che i limiti imposti dal rispetto della protezione dei dati personali per l'accesso agli atti amministrativi ai sensi della l. n. 241/1990, siano pienamente efficaci anche per coloro che inoltrano richieste di accesso civico ai sensi del d.lgs. n. 33/2013.”* (par. n. 92 del 3 marzo 2016). La tesi è stata ribadita anche dopo l’entrata in vigore della riforma del D.Lgs. 33/2013 con parere n. 459 del 09 novembre 2017 (doc. web 7156608). Secondo l’Anac, laddove la P.A. neghi l’accesso documentale adducendo motivi di esclusione ex art. 24 L. 241/90, per ragioni di coerenza sistematica dovrebbe tendenzialmente negare anche l’accesso generalizzato ai sensi dell’art. 5-bis D.Lgs. 33/2013 (Del. n. 1309/2016 cit.). Nello stesso senso anche A. Porporato, *Il nuovo accesso civico generalizzato introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento*, www.federalismi.it, n. 12/2017 (pag. 12). In giurisprudenza, vedasi T.A.R. Venezia sez. I 10 maggio 2017, n. 463, secondo il quale *“In sostanza, l’accesso civico non può essere utilizzato per superare, in particolare in materia di interessi personali e dei principi della riservatezza, i limiti imposti dalla legge 241 del 1990.”*. [↑](#footnote-ref-58)
59. Il 154° “considerando” del Regolamento UE n. 2016/679 prevede che *“Il presente regolamento ammette, nell'applicazione delle sue disposizioni, che si tenga conto del principio del pubblico accesso ai documenti ufficiali. L'accesso del pubblico ai documenti ufficiali può essere considerato di interesse pubblico. I dati personali contenuti in documenti conservati da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico dovrebbero poter essere diffusi da detta autorità o organismo se la diffusione è prevista dal diritto dell'Unione o degli Stati membri cui l'autorità pubblica o l'organismo pubblico sono soggetti. 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 e possono quindi prevedere la necessaria conciliazione con il diritto alla protezione dei dati personali, in conformità del presente regolamento. Il riferimento alle autorità pubbliche e agli organismi pubblici dovrebbe comprendere, in tale contesto, tutte le autorità o altri organismi cui si applica il diritto degli Stati membri sull'accesso del pubblico ai documenti. La direttiva 2003/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio non pregiudica in alcun modo il livello di tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali ai sensi delle disposizioni di diritto dell'Unione e degli Stati membri e non modifica, in particolare, gli obblighi e i diritti previsti dal presente regolamento. Nello specifico, tale direttiva non dovrebbe applicarsi ai documenti il cui accesso è escluso o limitato in virtù dei regimi di accesso per motivi di protezione dei dati personali, e a parti di documenti accessibili in virtù di tali regimi che contengono dati personali il cui riutilizzo è stato previsto per legge come incompatibile con la normativa in materia di tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali.”*. L’art. 6, comma 1, lett. e) stabilisce che *“Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: […] e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento;”*. L’art. 9, comma 2, prevede che il divieto di trattamento dei dati sensibilissimi (previsto dal comma 1), non si applica se *“g)  il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato;”*. L’art. 85, comma 1, sancisce che *“Il diritto degli Stati membri concilia la protezione dei dati personali ai sensi del presente regolamento con il diritto alla libertà d'espressione e di informazione, incluso il trattamento a scopi giornalistici o di espressione accademica, artistica o letteraria.”.* Il successivo art. 86 (Trattamento e accesso del pubblico ai documenti ufficiali) dispone che *“I dati personali contenuti in documenti ufficiali in possesso di un'autorità pubblica o di un organismo pubblico o privato per l'esecuzione di un compito svolto nell'interesse pubblico possono essere comunicati da tale autorità o organismo conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri cui l'autorità pubblica o l'organismo pubblico sono soggetti, al fine di conciliare l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali e il diritto alla protezione dei dati personali ai sensi del presente regolamento.”*. [↑](#footnote-ref-59)
60. Vedasi l’art. 4, comma 4, della Direttiva CE 28 gennaio 2003, n. 4 in tema di accesso alle informazioni ambientali (*“L'informazione ambientale detenuta dalle autorità pubbliche o per loro conto e oggetto di richiesta è messa a disposizione in maniera parziale quando è possibile estrarre dal resto dell'informazione richiesta le informazioni indicate al paragrafo 1, lettere d) ed e), o al paragrafo 2.“*), che ha trovato attuazione con l’art. 5, comma 5, del D.Lgs. 195/2005 (*“Nei casi di cui al comma 1, lettere d) ed e), ed al comma 2, l'autorità pubblica dispone un accesso parziale, a favore del richiedente, qualora sia possibile espungere dall'informazione richiesta le informazioni escluse dal diritto di accesso ai sensi dei citati commi 1 e 2.”).* Vedasi, inoltre, l’art. 4, comma 6, del Regolamento CE 30 maggio 2001 n. 1049/2001 (Regolamento relativo all’accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione), per il quale *“Se solo alcune delle parti del documento richiesto sono interessate da una delle eccezioni, le parti restanti del documento sono divulgate.”*. [↑](#footnote-ref-60)
61. Sul punto Anac rileva quanto segue: *<< Allo stesso modo, l’amministrazione dovrà consentire l’accesso parziale utilizzando, se del caso, la tecnica dell’oscuramento di alcuni dati, qualora la protezione dell’interesse sotteso alla eccezione sia invece assicurato dal diniego di accesso di una parte soltanto di esso. In questo caso l’amministrazione è tenuta a consentire l’accesso alle parti restanti (art. 5-bis, comma 4, secondo alinea). L’amministrazione è tenuta quindi a privilegiare la scelta che, pur non oltrepassando i limiti di ciò che può essere ragionevolmente richiesto, sia la più favorevole al diritto di accesso del richiedente. Il principio di proporzionalità, infatti, esige che le deroghe non eccedano quanto è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo perseguito (cfr. sul punto CGUE, 15 maggio 1986, causa C-222/84; Tribunale Prima Sezione ampliata 13 aprile 2005 causa T 2/03) >>* (Del. Anac n. 1309/2016, cit., punto 5.2). *<< In attuazione dei predetti principi >>* [principi generali sul trattamento dei dati personali, ovvero di necessità, proporzionalità, pertinenza e non eccedenza], *<< 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. In tal modo, tra l’altro, si soddisfa anche la finalità di rendere più celere il procedimento relativo alla richiesta di accesso generalizzato, potendo accogliere l’istanza senza dover attivare l’onerosa procedura di coinvolgimento del soggetto «controinteressato» (art. 5, comma 5, del d. lgs. n. 33/2013). Al riguardo, deve essere ancora evidenziato che l’accesso generalizzato è servente rispetto alla conoscenza di dati e documenti detenuti dalla p.a. «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» (art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 33/2013). Di conseguenza, quando l’oggetto della richiesta di accesso riguarda documenti contenenti informazioni relative a persone fisiche (e in quanto tali «dati personali») non necessarie al raggiungimento del predetto scopo, oppure informazioni personali di dettaglio che risultino comunque sproporzionate, eccedenti e non pertinenti, l’ente destinatario della richiesta dovrebbe accordare l’accesso parziale ai documenti, oscurando i dati personali ivi presenti. (Si pensi, ad esempio, ai dati di persone fisiche, quali, fra l’altro, la data di nascita, il codice fiscale, il domicilio o l’indirizzo di residenza, i recapiti telefonici o di posta elettronica personali, l’Isee o la relativa fascia, i dati bancari, ecc.) >>* (Del. Anac 1309/2016, cit., punto 8.1). [↑](#footnote-ref-61)
62. Si è, al riguardo, affermato che la tecnica del mascheramento o di anonimizzazione dei dati personali merita di essere valorizzata (così come accade nel sistema Foia statunitense) proprio perché “contiene l’impatto opacizzante dei numerosi limiti previsti all’accesso civico generalizzato” (cfr. E. Carloni, *Se questo è un Foia* cit. pag. 10). Altra dottrina ha rilevato che l’accesso parziale mediante criptazione del nominativo del titolare dei dati anche non sensibili quando l’identità non è di alcuna utilità per l’istante, oltre che tutelare il diritto alla privacy, finisce per rappresentare anche una semplificazione a livello decisionale per le P.A. (A. Simonati, *L’accesso civico come strumento di trasparenza amministrativa: luci, ombre e prospettive future (anche per gli Enti locali)*, Istituzioni del federalismo n. 372016, pag. 748). [↑](#footnote-ref-62)
63. In questi termini Corte di Giustizia europea 6 dicembre 2001 (causa C-353/99). [↑](#footnote-ref-63)
64. L’art. 11, comma 1, del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice della privacy) prevede che *“1. I dati personali oggetto di trattamento sono: […] d) pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati.* L’art. 5, comma 1, Reg. CE 27 aprile 2016 n. 2016/679/UE (Principi applicabili al trattamento dei dati personali) conferma che *<< I dati personali sono […] c) adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati (“minimizzazione dei dati”) >>*. [↑](#footnote-ref-64)
65. In questi termini si è espresso il Garante per la privacy con il parere n. 528 del 14 dicembre 2017 (doc. web 7450772), relativo ad un’istanza di accesso ai verbali del “Comitato unico di garanzia delle pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni” costituito da un piccolo Comune ai sensi dell’art. 57 del D.Lgs. 165/2001; detti verbali contenevano dati e informazioni personali di dipendenti e per tale motivo il Garante ha escluso la possibilità *“di accordare un eventuale accesso civico parziale ai documenti in questione, tramite oscuramento dei nominati delle persone interessate, in quanto il predetto accorgimento tecnico non eliminerebbe completamente la possibilità che i soggetti menzionati possano essere re-identificati attraverso il complesso delle vicende descritte e le ulteriori informazioni contenute nei documenti di cui è negata l’ostensione, considerato che nell’ambito del Comune in questione, di ridotte dimensioni, gli interessati potrebbero facilmente essere identificati.”*. Per le stesse ragioni il Garante ha ritenuto inapplicabile l’accesso parziale agli elaborati presentati nell’ambito di una procedura selettiva del personale pubblico, in considerazione del fatto che essi sono redatti di proprio pugno dai candidati, cosìcchè non potrebbe escludersi che essi possano essere re-identificati a posteriori tramite la conoscenza o la comparazione della grafia (parere n. 246 del 24 maggio 2017 - doc. web n. 6495600 e parere n. 433 del 26 ottobre 2017 – doc. web n. 7156158). Per inciso, questi ultimi pareri sono stati giustamente criticati in dottrina anche per la evidente contraddittorietà rispetto al principio dell’anonimato degli elaborati concorsuali (ex art. 14, comma 6, D.P.R. 487/1994), atteso che delle due l’una: o l’elaborato è riconoscibile ed allora deve essere escluso, oppure non è riconoscibile e quindi non sussiste un pregiudizio per la privacy (sulla questione vedasi T. Tessaro-M. Bertin, *Acceso agli atti di un concorso e “mascheramento” degli elaborati. Nota a Garante della Privacy, registro dei provvedimenti n. 246 del 24 maggio 2017, doc. web n. 6495600*, www.lexitalia.it 07.07.2017). Anche con riguardo ai procedimenti edilizi, i relativi atti ed informazioni non sarebbero ostensibili mediante accesso parziale, atteso che dai dati dell’immobile si potrebbe risalire ai dati personali delle persone coinvolte (par. n. 360 del 10.08.2017 – doc. web 6969290; par. n. 25 del 18.01.2018 – doc. web 7688896). [↑](#footnote-ref-65)