



OSSERVATORIO TRASPARENZA
21 APRILE 2021

Principi e garanzie del diritto di
accesso: riflessioni a margine della
entrata in vigore della Convenzione del
Consiglio d'Europa sull'accesso ai
documenti

di Leonardo Droghini
Dottore di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi Roma Tre

Principi e garanzie del diritto di accesso: riflessioni a margine della entrata in vigore della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti*

di Leonardo Droghini

Dottore di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi Roma Tre

Abstract [It]: L'articolo analizza i principi e le garanzie del diritto di accesso contenuti nella Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti, recentemente entrata in vigore dopo dieci anni dalla sua adozione. Si tratta del primo strumento giuridico internazionale vincolante che riconosce il diritto generale di accesso ai documenti, enunciando al contempo le garanzie fondamentali da applicare nel trattamento delle istanze. L'analisi della Convenzione consente anche di chiarire alcuni aspetti del diritto di accesso civico di cui al d.lgs. n. 33/2013 e di mettere in luce gli aspetti di convergenza e divergenza tra la disciplina internazionale e quella nazionale.

Abstract [En]: This paper examines the legal principles and the guarantees of the right to access enshrined in the Council of Europe Convention on access to official documents. The Convention, which entered into force recently, ten years after its adoption, is the first binding international legal instrument to recognise a general right of access to official documents, providing at the same time a core of basic guarantees. The analysis of the Convention shed light on a few elements of the right to civic access set out in the d.lgs. n. 33/2013 and on its consistency with the international framework.

Parole chiave: Consiglio d'Europa; Convenzione di Tromsø; diritto di accesso; trasparenza; libertà di informazione
Keywords: Council of Europe; Tromsø Convention; right of access; transparency; freedom of information

Sommario: 1. Introduzione. 2. La Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti. Profili generali. 3. I principi contenutistici del diritto di accesso. L'oggetto: dalla logica dei documenti a quella dei dati. 3.1. *Segue:* i limiti alla conoscenza. 4. Le garanzie procedurali. Informalità e collaborazione. 5. La tutela amministrativa e giurisdizionale. 6. Conclusioni.

1. Introduzione

La recente entrata in vigore della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti (*Council of Europe Convention on Access to Official Documents*), a più di dieci anni dalla sua adozione¹, rappresenta l'epilogo di un lungo percorso che ha visto il Consiglio d'Europa impegnato a sostenere il riconoscimento

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Il trattato, adottato dal Consiglio d'Europa a Tromsø il 18 giugno 2009, è entrato in vigore il 1° dicembre 2020, tre mesi dopo la ratifica da parte dell'Ucraina, il decimo Stato a ratificarla. Gli altri Stati ratificanti sono Bosnia-Erzegovina, Estonia, Finlandia, Lituania, Montenegro, Norvegia, Repubblica di Moldova, Svezia, Ucraina e Ungheria.

del diritto di accesso ai documenti detenuti dalle autorità pubbliche, nell'ambito della sua generale missione di promozione della tutela dei diritti umani, della democrazia e dello Stato di diritto.

Le iniziative del Consiglio d'Europa in questo campo sono infatti risalenti. Dopo una prima fase in cui il diritto di accesso era per lo più genericamente riconosciuto in via di principio, senza la relativa elaborazione in termini di garanzie², i lavori si intensificarono a partire dal 1998, con la formazione di un gruppo di specialisti sul diritto di accesso all'interno dello *Steering Committee for Human Rights (CDDH)*, incaricato d'individuare i principi e le garanzie fondamentali in materia di diritto di accesso e, su tale base, elaborare strumenti giuridici vincolanti e/o non vincolanti³. I primi frutti di questo lavoro si concretizzarono nella Raccomandazione Rec(2002)2⁴ e nella connessa Guida sull'Accesso ai documenti del 2004, di carattere esplicativo/illustrativo del contenuto della Raccomandazione; atti giuridici non vincolanti, che complessivamente individuavano la disciplina base del diritto di accesso per favorire e guidare gli Stati membri del Consiglio d'Europa nella elaborazione delle discipline nazionali in materia di accesso ai documenti.

Sulla scia dell'impatto positivo della suddetta Raccomandazione, i lavori dello *Steering Committee* sui diritti umani e del Gruppo di specialisti sull'accesso proseguirono con l'idea di compiere un passo ulteriore e promuovere l'elaborazione di uno strumento giuridico vincolante⁵. Al riguardo, si osservava come nella Comunità internazionale fosse nel frattempo maturata la convinzione per cui l'accesso ai documenti rappresenta un importante diritto per i cittadini nelle moderne democrazie, funzionale anche ad alimentare e sostenere la relazione di fiducia che deve legare cittadini e Autorità, nonché a promuovere l'integrità di quest'ultima⁶. L'atto giuridico vincolante avrebbe dunque contribuito a rafforzare ulteriormente il riconoscimento e la tutela di un diritto strettamente connesso ai principi di democrazia e di buona amministrazione.

² Il primo atto rilevante risale al 1981, quando il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha riconosciuto la centralità del diritto di accesso adottando la raccomandazione n. 81 (19) sull'accesso alle informazioni detenute dalle autorità pubbliche - *Recommendation no. r (81) 19 of the committee of ministers to member states on the access to information held by public authorities* - che già invitava a non rifiutare l'accesso ai documenti sulla base dell'assenza di uno specifico interesse del richiedente.

³ Cfr. il *meeting report* della prima riunione del gruppo di specialisti del 4-6 marzo 1998, disponibile a: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806964f1>

⁴ *Recommendation Rec(2002)2 of the Committee of Ministers to member states on access to official documents*, adottata il 21 febbraio 2002.

⁵ Sui vari passaggi dei lavori del Comitato sui diritti umani e del Gruppo di specialisti, V. F. SCHRAM, *From a General Right of Access to Environmental Information in the Aarhus Convention to a General Right of Access to All Information in Official Document. The Council of Europe's Tromsø Convention*, in M. PALLEMAERTS (edited by), *The Aarhus Convention at Ten: Interactions and Tensions between Conventional International Law and EU Environmental Law*, Europa Law, 2011, pp. 67 – 89.

⁶ Cfr. il *meeting report* del 30 September 2004 DH-S-AC(2004)003, disponibile a: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680696558>

Ulteriore argomento a favore dell'adozione di uno strumento giuridico vincolante era poi rinvenuto nella opportunità di sopperire, almeno in parte, all'assenza di riferimenti espressi nella CEDU al diritto di accesso⁷, che come noto non contempla il diritto a ricercare le informazioni⁸.

In questo contesto, il 18 giugno 2009 venne adottata a Tromsø la Convenzione del Consiglio d'Europa sull'Accesso ai documenti (d'ora in avanti Convenzione), attualmente firmata da 18 Stati membri del Consiglio d'Europa e ratificata da 10, numero quest'ultimo che ne ha determinato l'entrata in vigore il 1° dicembre 2020. Si tratta del primo strumento giuridico internazionale vincolante – almeno nell'area Europea – che oltre a enunciare il diritto di accesso generale (o generalizzato, per utilizzare un termine più diffuso nel nostro ordinamento) ai documenti detenuti dalle autorità pubbliche, sviluppa una serie di principi e garanzie per assicurarne l'effettivo esercizio.

Nei paragrafi che seguono, dopo una panoramica sulle caratteristiche generali della Convenzione, verranno analizzate le principali garanzie in essa previste, soffermandosi in particolare su quelle di maggiore interesse, anche in raffronto alla disciplina nazionale di cui al d.lgs. 33/2013, nonostante l'Italia non abbia attualmente ratificato né firmato la Convenzione.

2. La Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti. Profili generali

Come accennato, la Convenzione detta le regole fondamentali da applicare in materia di diritto di accesso, offrendo un nucleo comune di garanzie che, al contempo, rappresentano standard di riferimento per i legislatori nazionali, invitati a prevedere eventualmente garanzie anche più estese.

Occorre sotto tale profilo avvertire che la Convenzione non racchiude una sintesi delle *best practices* esistenti nelle leggi nazionali relative al diritto di accesso, bensì individua le regole minime, il nucleo irrinunciabile di garanzie che ogni legge sull'accesso ai documenti dovrebbe rispettare. Come emerge dall'*explanatory report* della Convenzione⁹, tale punto è stato particolarmente dibattuto nei lavori dello *Steering Committee for human rights*, essendosi valutata anche la possibilità di redigere un testo ispirato ai più elevanti standard di tutela. Alla fine, tuttavia, tale ipotesi venne scartata per il timore che ciò avrebbe condotto all'adozione di un testo “per pochi” e di difficile attuazione in molti ordinamenti europei non caratterizzati da una radicata e risalente cultura della trasparenza. Per scongiurare tale eventualità e al fine

⁷ Cfr. F. SCHRAM, *op. cit.*, p. 70.

⁸ È peraltro altrettanto noto che all'esito di una progressiva evoluzione giurisprudenziale, la Corte EDU è giunta a estendere la portata dell'art. 10 CEDU anche al diritto di accesso a informazioni di interesse pubblico, ma solo in presenza di precise e stringenti condizioni. Cfr. Corte EDU, 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*; *Id.*, 14 aprile 2009, *Társaság a Szabadságjogokért (TASZ) c. Ungheria*. In dottrina, V. M. VACIRCA, *Il diritto d'accesso come presupposto essenziale della libertà d'espressione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, n. 6, p. 755; E. CARPANELLI, *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 Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*, in *Oss. Cost.*, 2017, n. 2.

⁹ Cfr. in particolare il par. I. dell'*Explanatory report to the Council of Europe Convention on Access to Official Documents*

di raccogliere il gradimento e la sottoscrizione di un numero il più elevato possibile di Stati, venne perciò ritenuto più opportuno individuare i “*core principles*”, un nucleo comune di regole da intendere come punto di partenza per l’effettivo esercizio del diritto di accesso¹⁰.

Tale scelta, se poteva apparire, almeno in parte, condivisibile al momento di elaborazione e adozione della Convenzione¹¹, può rappresentare una criticità se valutata *ex post*, quantomeno per due ragioni.

In primo luogo, la richiamata impostazione minimalista non ha nei fatti condotto all’auspicata ampia adesione degli Stati membri del Consiglio d’Europa alla Convenzione, allo stato attuale ratifica solo da 10 Stati (a fronte dei 47 membri) e a distanza di oltre dieci anni dalla sua adozione, senza che peraltro tra questi 10 figure nessuno dei maggiori paesi europei, in termini di popolazione ed economici (Germania, Francia, Regno Unito, Italia e Spagna).

Occorre poi notare che nel non breve lasso di tempo trascorso tra ideazione ed entrata in vigore della Convenzione, la gran parte degli Stati europei - anche non firmatari, tra cui ad esempio l’Italia - ha adottato leggi più o meno assimilabili al paradigma *freedom of information*, o emendato la disciplina interna per allinearla al riferito modello, c.d. *Foia*¹². La Convenzione entra dunque in vigore in un mutato contesto generale, in cui è ragionevole pensare che l’obiettivo di favorire la diffusione delle garanzie minime del diritto di accesso dovrebbe essere accompagnato dalla promozione delle *best practices* presenti a livello comparato.

Quanto appena osservato sulla limitata adesione all’iniziativa pattizia, spinge peraltro a interrogarsi sulle ragioni sottese alla ritrosia dimostrata dai vari Stati nel firmare e ratificare la Convenzione.

Sebbene la scelta di assumere o meno impegni vincolanti in campo internazionale dipenda, in ultima analisi, da valutazioni di carattere politico interne ai singoli Stati, si può a tale riguardo ipotizzare che due aspetti tra loro connessi possano avere alimentato la riferita reticenza. Il primo, è rappresentato dal sistema di monitoraggio previsto dalla Convenzione, che sottopone gli Stati ratificanti al giudizio di un gruppo di specialisti sul diritto di accesso, chiamato a valutare l’adeguatezza delle misure, normative e d’implementazione pratica, adottate per garantire l’effettività degli standard di tutela previsti dalla

¹⁰ Cfr. F. SCHRAM, op. cit., p. 74-75.

¹¹ Una posizione opposta e critica verso la richiamata impostazione minimalista era invece sostenuta dalla *Parliamentary Assembly* del Consiglio d’Europa nel parere reso sulla bozza di Convenzione, dove si osservava che “*the current draft has some shortcomings which need to be resolved in order not to miss the opportunity to enshrine modern standards for access to information in what will be the first binding international legal instrument in this field*”. Disponibile a: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=11994&lang=en>

¹² Per una panoramica sulle leggi di vari paesi europei in materia di accesso e sulle caratteristiche comuni delle stesse, V. D.C. DRAGOS, E. DRAPALOVA, A. T. MARSEILLE (edited by), *The Laws of Transparency in Action. A European perspective*, Palgrave Macmillan, 2019; B.G. MATTARELLA, M. SAVINO, *L’accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

Convenzione¹³. Tale giudizio esterno potrebbe essere poco gradito ad alcuni Stati, anche in considerazione del fatto che – e questo è il secondo aspetto – molti ordinamenti, sebbene abbiano adottato leggi c.d. *Foia*, si mostrano carenti nel momento della attuazione pratica delle disposizioni normative, finendo dunque per non rispettare in concreto gli standard contenuti nello strumento pattizio¹⁴.

Al netto delle riferite potenziali criticità in termini d'impostazione e di adesione, la Convenzione mantiene comunque il suo interesse e ben può essere considerata un rilevante punto di riferimento a cui i legislatori nazionali, anche dei paesi non ratificanti, dovrebbero ispirarsi, a partire dal contenuto del Preambolo, che ricorda le finalità e il fondamento democratico del diritto di accesso.

Le finalità del diritto di accesso vengono precisamente individuate nel (i) fornire informazioni al pubblico, (ii) favorire la formazione dell'opinione pubblica sull'operato delle autorità e (iii) promuovere l'integrità, l'efficienza, l'efficacia e *l'accountability* dell'amministrazione, così aumentandone anche la legittimazione. Si può immediatamente notare come la disciplina venga considerata, nel suo complesso, a beneficio tanto dei singoli quanto dell'amministrazione, e dunque della società nel suo complesso. Preme inoltre osservare che il fondamento primario del diritto di accesso – punto *sub.* (i) – è individuato nella centralità del bene della vita “informazione”¹⁵, essenziale, come ricorda puntualmente l'*explanatory report* della Convenzione, “*to the self-development of people and to the exercise of fundamental human rights*”.

Sotto tale profilo, è interessante rilevare che una simile premessa fondamentale è ormai condivisa anche dalla giurisprudenza nazionale, concorde nell'affermare – specie dopo i preziosi chiarimenti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – che la disciplina sull'accesso civico generalizzato tutela l'interesse individuale alla conoscenza in sé e per sé: “*la conoscenza si atteggia quale diritto fondamentale (c.d. right to know), in sé, che è premessa autonoma e fondamentale per l'esercizio di qualsivoglia altro diritto*”¹⁶.

¹³ Art. 11 della Convenzione. Il Gruppo di specialisti sull'accesso ai documenti ufficiali, non ancora nominato, è un organo composto da 10 fino a 15 specialisti indipendenti e altamente qualificati nel campo dell'accesso ai documenti ufficiali. Lo scopo di questo organo è monitorare l'efficacia dell'applicazione delle disposizioni della Convenzione da parte dei paesi firmatari.

¹⁴ In questo senso si veda la nota di commento all'entrata in vigore della Convenzione della Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa Dunja Mijatović, *Access to official documents is crucial – let's make it a reality*, disponibile a: <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/access-to-official-documents-is-crucial-let-s-make-it-a-reality#:~:text=It%20establishes%20minimum%20rules%20for,procedures%20when%20access%20is%20denied.>

¹⁵ Qualifica le informazioni come autonomi beni della vita, G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, n. 8/9, p. 879.

¹⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10. Sulla stessa linea, Cons. St., sez. V, 4 gennaio 2021, n. 60; Cons. St., sez. VI, 5 ottobre 2020, n. 5861; TRGA Bolzano, 23 novembre 2020, n. 305.

Indirizzo giurisprudenziale, questo, che pur non qualificando espressamente l'informazione come bene della vita¹⁷, correttamente coglie la natura e la logica di fondo dell'accesso civico generalizzato, dopo una prima fase di marcata incertezza sia in dottrina che in giurisprudenza¹⁸.

Tornando ora agli aspetti generali della Convenzione, interessa infine richiamare la presunzione a favore della *disclosure* contenuta nella parte finale del Preambolo, per cui tutti i documenti sono in linea di principio pubblici e conoscibili, salva la tutela di altri diritti concorrenti¹⁹.

L'esistenza di una simile presunzione è stata sostenuta, con riferimento alla disciplina nazionale, anche dal Dipartimento della funzione pubblica, che ha ritenuto connotato nel FOIA italiano “*il principio della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo*”²⁰; principio che ha immediatamente provocato la reazione del Garante privacy, fermo nel sottolineare l'impossibilità di accordare una generale prevalenza al diritto di accesso generalizzato a scapito di altri diritti ugualmente riconosciuti dall'ordinamento²¹.

Questa differenza di vedute sembra essere nient'altro che il risultato del differente approccio ideologico verso il tema della trasparenza e dell'accessibilità totale, sostenuto dal DFP e indigesto al Garante privacy. Ma a prescindere dalle posizioni di principio e argomentando in base al dato normativo, sembra essere corretto ritenere che quando l'amministrazione non raggiunge la prova dell'esistenza del pregiudizio concreto dell'interesse limite²² (o non dimostra che il documento richiesto è riconducibile a uno dei casi di eccezione assoluta), il dato o il documento dovrebbe essere osteso e, in questo senso, si può dire che nel dubbio, ossia quando non è raggiunta la prova del pregiudizio, debba prevalere l'interesse conoscitivo.

¹⁷ Qualifica viceversa espressamente l'informazione come bene della vita, TAR Campania, sez. VI, 10 dicembre 2019, n. 5837: “*Le informazioni, i dati e i documenti si configurano, quindi, come il "bene della vita" cui il cittadino aspira, al fine di soddisfare il proprio diritto a conoscere e a "partecipare" al sistema democratico*”.

¹⁸ Immediatamente dopo l'introduzione dell'accesso generalizzato, a opera del d.lgs. 97/2016, si è in particolare discusso se la nuova disciplina fosse espressione di un diritto fondamentale della persona o piuttosto un ulteriore strumento di controllo e di prevenzione della corruzione. V. G. GARDINI, *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal "FOIA Italiano"*, op. cit., p. 2 ss; ID., *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, in G. GARDINI, M. MAGRI, *Il FOIA Italiano: vincitori e vinti*, Rimini, Maggioli, 2019, p. 17 ss; M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. Amm.*, 2019, n. 3, p. 452. In giurisprudenza, si ricorda in particolare l'indirizzo secondo il quale l'accesso generalizzato non consente di soddisfare un bisogno conoscitivo individuale e privato, essendo al contrario necessario che la richiesta ostensiva sia supportata da un interesse di valenza pubblica. In tale senso, TAR Lazio, sez. I, 23 luglio 2018, n. 8303; TAR Abruzzo, sez. I, 22 novembre 2018, n. 347; TAR Lombardia, sez. II, 6 marzo 2019, n. 219. Dello stesso avviso Cons. St., sez. VI, 13 agosto 2019, n. 5702, secondo il quale l'accesso civico generalizzato non è incentrato su “*libertà singolari, onde tal accesso non può mai essere egoistico*”. In dottrina, sostengono la necessità di un controllo sulle finalità dell'istante, abbracciando in parte la tesi della suddetta giurisprudenza, D. U. GALETTA, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali*, op. cit., p. 25; C. DEODATO, *La difficile convivenza dell'accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, p. 7.

¹⁹ Il preambolo afferma precisamente che “*all official documents are in principle public and can be withheld subject only to the protection of other rights and legitimate interests*”.

²⁰ Cfr. Circolare DFP n. 2/2017.

²¹ Cfr. nota del 30 maggio 2017 del Presidente del Garante privacy [doc. web n. 6439745] e il parere del Garante privacy del 18 agosto 2017, n. 363, [doc. web n. 6947348]. Critica verso la Circolare anche D. U. GALETTA, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali*, in *federalismi.it*, n. 10/2018, p. 5 ss.

²² Il riferimento è all'art. 5-bis D.lgs. 33/2013.

Tale conclusione, del resto, rappresenta la logica conseguenza del passaggio dalla valutazione soggettiva (tipica dell'accesso documentale) a quella oggettiva di cui al D.lgs. 33/2013: in quest'ultima disciplina non è l'istante a dovere giustificare il proprio bisogno di conoscere, ma è l'amministrazione a dovere dimostrare che il diritto di conoscere non può essere soddisfatto in ragione della salvaguardia di un contrapposto interesse.

3. I principi contenutistici del diritto di accesso. L'oggetto: dalla logica dei documenti a quella dei dati

La garanzia del diritto di chiunque di accedere ai documenti detenuti dalle autorità pubbliche, deve essere in primo luogo apprezzata alla luce dell'estensione contenutistica del diritto stesso, da definire considerando vari profili e, precisamente, i legittimati passivi, l'oggetto dell'accesso e i limiti alla conoscenza. Tali aspetti contribuiscono nel complesso a definire il contenuto del diritto: cosa si può conoscere e da chi.

Con riguardo ai profili di legittimazione passiva, è sufficiente segnalare che la Convenzione propende per una soluzione tendenzialmente restrittiva²³, specie con riguardo ai soggetti privati, inclusi nel campo di applicazione soggettivo solo quando investiti dell'esercizio di poteri amministrativi. Tuttavia, al contempo la Convenzione permette e invita gli Stati membri ad allargare il concetto di amministrazione pubblica, in modo da includervi anche i soggetti di natura privata finanziati dallo Stato o esercenti servizi pubblici²⁴. Merita invece una riflessione più ampia il tema dell'oggetto del diritto di accesso.

A tale riguardo, occorre muovere dal concetto di "*official documents*", nella versione inglese, e "*documents publics*" in quella francese, le uniche due versioni ufficiali della Convenzione.

Il raffronto tra le due versioni linguistiche, apparentemente divergenti, consente di chiarire che oggetto del diritto di accesso non sono esclusivamente, come potrebbe suggerire la versione inglese, i documenti ufficiali, intesi come atti adottati a conclusione di un determinato procedimento e in contrapposizione ai c.d. atti interni²⁵. Piuttosto, il concetto di "*official documents*" deve essere inteso come documento formato

²³ Critico al riguardo il parere della *Parliamentary Assembly* sulla bozza di Convenzione, che suggeriva di ampliare il concetto di "*public authorities*" to include a wider range of activities of public authorities and hence widening the scope of the information made available".

²⁴ Art. 1 della Convenzione. Nel campo di applicazione soggettiva rientrano anche i corpi legislativi e gli organi giudiziari, limitatamente alle funzioni amministrative da essi esercitate, pur essendo prevista la possibilità di estendere la disciplina anche alle altre funzioni da questi esercitate.

²⁵ Sull'accessibilità agli atti interni nel diritto nazionale, cfr. TAR Lazio, sez. I, 11 giugno 2020, n.6457; Cons. di St., sez. IV, 20 ottobre 2016, n.4372.

o detenuto da un soggetto pubblico (in questo senso, *official*), in contrapposizione ai documenti detenuti da soggetti privati²⁶.

Chiarito tale aspetto linguistico, si deve notare che la Convenzione individua l'oggetto del diritto di accesso riferendosi ai documenti e non al più ampio concetto di informazioni; soluzione normativa che non stupisce affatto se si tiene a mente l'impostazione generale, sopra richiamata, di limitarsi a individuare le garanzie minime e maggiormente diffuse del diritto di accesso.

Ora, vale la pena di ricordare che, nonostante il concetto di documento sia particolarmente ampio, comprendendo tutte le informazioni contenute su qualsiasi supporto²⁷, la distinzione tra documento e informazione assume particolare rilevanza pratica nelle ipotesi in cui l'istante voglia conoscere elementi informativi non contenuti direttamente in un documento esistente, la cui ostensione richiederebbe, perciò, un'attività di recupero o di elaborazione dati in possesso dell'amministrazione.

In questa eventualità, laddove la normativa faccia riferimento ai documenti, l'accesso tende a essere negato, proprio per l'assenza di un documento di riferimento; viceversa, i sistemi che garantiscono l'accesso alle informazioni consentono la presentazione di siffatte istanze, con il conseguente obbligo per la p.a. di estrarre dal proprio patrimonio informativo i dati richiesti²⁸, a meno che si tratti di un'attività talmente complessa da sfociare nella creazione di nuove informazioni²⁹.

In questo quadro, appare interessante considerare come l'ordinamento nazionale sembri sfuggire dalla mera alternativa informazioni-documenti, venendo individuato l'oggetto dell'accesso civico generalizzato tanto nei documenti quanto, soprattutto, nei dati³⁰.

Partendo dal presupposto che per dato possiamo intendere una unità informativa scindibile, che può essere raccolta e riorganizzata in via autonoma³¹, sembra possibile ritenere che l'istanza di accesso

²⁶ In tale senso, cfr. l'*Explanatory memorandum* alla bozza di Convenzione, disponibile a: <https://pace.coe.int/en/files/11994/html>

²⁷ Art. 1, par. 2, lett b) della Convenzione.

²⁸ Cfr. M. SAVINO, "The Right to open Public Administrations in Europe: Emerging Legal Standards", Ocse-Sigma, Paris, 2010, p. 19. Si pensi, ad esempio, all'accesso alle informazioni ambientali di cui al d.lgs. 195/2005, rispetto al quale la giurisprudenza ha riconosciuto l'obbligo di svolgere un'attività di recupero dati qualora le informazioni richieste non siano contenute in documenti già formati. In tale senso, Cons. St., sez. IV, 7 agosto 2004, n. 5795; TAR Campania, sez. V, 19 febbraio 2009, n. 1062.

²⁹ In questo senso si veda, ad esempio, il FOIA Inglese, che contempla la possibilità di estrazione e organizzazione di dati al fine di evadere la richiesta, senza tuttavia l'obbligo di creare nuove informazioni. Cfr. le *guidelines dell'Information Commissioner Office (ICO)* relative a "Determining whether information is held", disponibili a: https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1169/determining_whether_information_is_held_foi_eir.pdf

³⁰ Art. 5, co. 2 d.lgs. 33/2013.

³¹ In questi termini, D. U. GALETTA, *Open Government, Open Data e azione amministrativa*, in *Ist. del fed.*, 2019, n. 3, p. 671. Sotto il profilo definitorio, si veda anche il Glossario delle Linee guida nazionali per la valorizzazione del patrimonio informativo pubblico (2014), che definisce i "Dati" come "la rappresentazione fisica di fatti, eventi atomici, fenomeni oggettivi, informazioni atte alla comunicazione, interpretazione ed elaborazione da parte di essere umani o mezzi automatici". L'informazione, invece, sempre secondo le citate Linee guida, attiene alla conoscenza ricavabile tra "dati associati tra loro o inseriti in un determinato contesto".

generalizzato si possa invero riferire anche a elementi informativi non immediatamente rappresentati in un documento, che l'amministrazione dovrebbe essere in grado di raccogliere e comunicare nella loro forma esistente.

In quest'ottica può essere letta una recente pronuncia del TAR Piemonte³², in un caso che vedeva un comitato locale impugnare il diniego, opposto da una società in *bourse* del Comune di Torino, all'istanza di accesso ai dati relativi ai flussi veicolari su base oraria nell'area urbana di Torino degli ultimi 3 anni. In sede giurisdizionale, la società ammetteva di possedere i dati richiesti, ma solo sotto forma di "impulsi" generati dalle spire induttive e inviati ai sistemi di controllo del traffico. Sosteneva, quindi, che non fosse possibile evadere positivamente l'istanza, se non attraverso una – inammissibile – attività di elaborazione dati.

Il TAR, ricordato l'orientamento per cui non è possibile imporre all'amministrazione lo svolgimento di attività di aggregazione e/o elaborazione³³, ha osservato che l'informazione richiesta, nel caso di specie, era a ben vedere esistente, sebbene nella sua versione più elementare e disaggregata, ossia sotto forma di "impulsi". Ed è ragionevole che tale informazione possa essere raccolta e rappresentata senza per questo giungere a necessarie, ulteriori e complesse operazioni di elaborazione. Su questa base, il TAR ha condannato la società resistente a individuare, in dialogo con il ricorrente, i dati disponibili nel patrimonio informativo relativi alla circolazione del traffico, ostensibili nella loro forma esistente.

La pronuncia mostra, in definitiva, come attraverso la valorizzazione del concetto di "dato" sia possibile individuare un punto di ragionevole equilibrio tra interesse dell'istante a poter accedere anche a elementi conoscitivi non già direttamente strutturati in un documento e l'interesse pubblico a non compromettere il buon funzionamento dell'amministrazione, che non dovrebbe perciò essere gravata da faticose attività di elaborazione dati. Diventa in questo modo decisiva, anche se la sentenza non è esplicita sul punto, la differenza tra attività – dovuta - di recupero/raccolta dati e quella – inammissibile - di elaborazione in senso stretto, che equivale alla creazione di nuove informazioni.

Tornando a questo punto alle disposizioni della Convenzione relative all'oggetto dell'istanza, ultimo aspetto da segnalare è la regola - ricavabile dall'art. 5 della Convenzione, letto alla luce dell'*explanatory report* - per cui dovrebbero essere in linea di principio ammissibili anche istanze di carattere esplorativo, concretamente volte a verificare se l'amministrazione abbia formato o detenga determinati documenti. In diritto di accesso ai documenti, difatti, dovrebbe includere anche il diritto di conoscere se l'amministrazione detiene o non detiene un certo documento, con l'eccezione dei casi in cui l'esistenza o

³² TAR Piemonte, sez. II, 12 novembre 2020, n. 720.

³³ Nella motivazione della sentenza questo argomento sembra essere riferito, in maniera poco condivisibile, anche alla richiesta di accesso alle informazioni ambientali, presentata cumulativamente dal ricorrente insieme all'accesso civico e all'accesso documentale. Cfr. nota n. 25.

meno di un documento debba rimanere essa stessa riservata a tutela di uno degli interessi posti alla base delle cause di esclusione.

3.1. *Segue: i limiti alla conoscenza*

Caratteristica strutturale di tutte le normative sull'accesso ai documenti è la previsione di limiti o di esclusioni, attraverso i quali il legislatore individua il punto di equilibrio tra l'interesse del singolo alla conoscenza di informazioni amministrative e la tutela di altri interessi rilevanti, pubblici e privati, parimenti meritevoli di protezione. La chiara identificazione dei limiti l'accesso e la modalità di applicazione degli stessi, rappresentano elementi decisivi per saggiare il grado di effettività ed estensione del diritto a conoscere.

Il principio generale da cui parte la Convenzione è quello per cui i limiti devono essere stabiliti in maniera precisa dalla legge (riserva di legge), essere necessari in una società democratica e proporzionati rispetto al fine di tutela di altri diritti e interessi rilevanti. Detta formula è molto simile a quella adottata in generale dalla CEDU per consentire e, al contempo, delimitare la restrizione dei diritti fondamentali ivi stabiliti³⁴, il che conferma ulteriormente, in via indiretta, il carattere fondamentale del diritto di accesso.

Gli interessi-limite individuati nella Convenzione, di natura pubblica³⁵ e privata³⁶, sono complessivamente dodici e corrispondono a quelli in genere contenuti nelle varie legislazioni FOIA, tendenzialmente convergenti sul punto³⁷.

L'aspetto più interessante, anche nell'ottica di comparazione con il nostro ordinamento, è quello della modalità di applicazione dei limiti, dovendosi stabilire la sequenza di operazioni logiche che devono essere compiute ai fini della corretta trattazione delle istanze di accesso.

Sul punto, la Convenzione richiama i noti test del danno e test dell'interesse pubblico, chiarendo che l'accesso può essere negato solo se l'ostensione *"would or would be likely to harm any of the interests mentioned in paragraph 1, unless there is an overriding public interest in disclosure"*³⁸.

³⁴ Si veda, ad esempio, l'Art. 10 CEDU, che consente solo restrizioni previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario. Più diffusamente sul punto, anche per i riferimenti giurisprudenziali, V. la *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights*, 31 March 2020, in cui si ricorda che in base alla giurisprudenza della Corte EDU, il test di necessità della restrizione include un attento scrutinio sulla proporzionalità della stessa.

³⁵ Art. 3, par. 1: Sicurezza, difesa nazionale e relazioni internazionali, sicurezza pubblica, conduzione di indagini penali, procedimenti disciplinari, attività ispettive e di vigilanza, politica economica e monetaria, svolgimento di procedimenti giurisdizionali e la formazione di decisioni all'interno o tra amministrazioni.

³⁶ Art. 3, par. 1: Protezione dei dati personali, interessi economici e commerciali e i segreti professionali.

³⁷ Cfr. M. SAVINO, *op. cit.*, 21.

³⁸ Art. 3, par. 2. della Convenzione.

Maggiori dettagli al riguardo sono contenuti nell'*explanatory report*, dove si precisa che i due test menzionati dalla disposizione – *l'harm test* e *il public interest test* - non devono essere necessariamente applicati di volta in volta dall'amministrazione, potendo essere direttamente il legislatore a definire quale modalità di applicazione deve essere seguita e in relazione a quali interessi-limite. In questo senso, per via legislativa è possibile escludere il test dell'interesse pubblico rispetto a certi interessi³⁹ e definire il grado d'intensità o probabilità del danno (es. danno potenziale, attuale, concreto o probabile), con anche la possibilità di prevedere singole presunzioni contro o a favore della *disclosure*⁴⁰ e, infine, disciplinare eccezioni assolute, che comunque dovrebbero rappresentare casi straordinari e il più possibile circoscritti.

Alla luce di questo ventaglio di possibilità, il legislatore nazionale ha, come noto, individuato all'art. 5-*bis* del d.lgs. 33/2013 casi di esclusione assoluta – dovendosi in tal caso solo valutare se il dato o documento richiesto rientra nella tipologia descritta dalla legge (es. tra quelli coperti da segreto di Stato), senza valutare il profilo del pregiudizio né quello dell'interesse pubblico – ed esclusioni relative. Per queste ultime, la formula adottata dal legislatore è quella del solo “pregiudizio concreto”, a cui si deve aggiungere il carattere dell'attualità del pregiudizio stesso, desumibile dal co. 5 dell'art. 5-*bis* del d.lgs. 33/2013, in base al quale l'accesso civico non può essere negato ove, per la tutela degli interessi di cui ai co. 1 e 2, sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento⁴¹.

In questa cornice normativa, parrebbe che il legislatore, a differenza di quanto espressamente previsto in tema di accesso alle informazioni ambientali⁴², abbia optato per il solo test del danno, pur precisando che il pregiudizio deve essere concreto e attuale, dunque non ipotetico, astratto o potenziale.

³⁹ Si veda, ad esempio, la disciplina sull'accesso agli ai documenti nel diritto Europeo (Art. 4 del Reg. CE n. 1049/2001), in cui per alcuni interessi-limite si fa riferimento al solo pregiudizio, mentre per altri è previsto che il pregiudizio consente di rifiutare l'accesso a meno che vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione.

⁴⁰ Presunzioni generali di riservatezza sono, ad esempio, contemplate nella disciplina sull'accesso agli atti nell'ordinamento europeo. In argomento, V. M. FILICE, *L'applicazione estensiva delle presunzioni generali di riservatezza: il lato oscuro del FOIA europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, n. 4, p. 493; M. COSTA, S. PEERS, *Beware of Courts Bearing Gifts: Transparency and the Court of Justice of the European Union*, in *European public Law*, 2019, 3, p. 403.

⁴¹ Con riguardo al potere di differimento, la Circolare del DFP n. 2/2017 chiarisce molto bene che il differimento dell'accesso deve essere disposto quando ricorrano cumulativamente due condizioni: (i) l'accesso comporterebbe un pregiudizio concreto a uno degli interessi pubblici o privati di cui ai co. 1 e 2 dell'art. 5-*bis*, (ii) quel pregiudizio ha carattere transitorio, in quanto i limiti si applicano “unicamente per il periodo nel quale la protezione è giustificata in relazione alla natura del dato”. Nel caso in cui ricorrano queste condizioni, in forza del principio di proporzionalità, l'accesso non deve essere negato, ma solo differito.

⁴² L'art. 5, co. 3 del d.lgs. 195/2005 prevede che le ipotesi di esclusione vadano applicate “effettuando, in relazione a ciascuna richiesta di accesso, una valutazione ponderata fra l'interesse pubblico all'informazione ambientale e l'interesse tutelato dall'esclusione dall'accesso”.

L'apparente univocità della riferita scelta normativa, è stata tuttavia messa in discussione da parte della dottrina⁴³ - seguita poi dall'ANAC⁴⁴ e dalla giurisprudenza⁴⁵ - secondo la quale nell'applicare le eccezioni relative si deve avere riguardo al canone di proporzionalità, che imporrebbe all'amministrazione non solo di valutare la probabilità del danno all'interesse-limite, ma anche a contemperarlo con l'interesse del richiedente, con conseguente esercizio di un potere di bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla *disclosure* generalizzata e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento. Questo orientamento, al di là del richiamo al principio di proporzionalità, poggia sul solo aggancio testuale rappresentato dal concetto di "concretezza" del pregiudizio, che, in assenza di un meccanismo di bilanciamento stabilito in sede legislativa, diventa *"la principale valvola di salvaguardia delle esigenze conoscitive"*⁴⁶, permettendo di evitare il rigetto di istanze in presenza di pregiudizi alle esigenze di riserbo sì concreti, ma di scarso impatto, flebili o inconsistenti, specie se raffrontati all'interesse pubblico alla conoscenza sotteso all'istanza.

In questo modo, non senza voci contrarie⁴⁷, si opera una parziale rilettura del sistema in un'ottica di *favor* per la trasparenza, introducendo in via interpretativa il test dell'interesse pubblico in aggiunta a quello del danno, cosicché il pregiudizio a uno degli interessi pubblici e privati rappresenta solo una condizione necessaria, ma non sufficiente, per negare l'ostensione.

Ora, pur dovendosi apprezzare lo sforzo ermeneutico e le finalità del citato orientamento, è opinione di chi scrive che l'introduzione del *"public interest test"*, in linea generale auspicabile e condivisibile, debba avvenire per via legislativa e non possa essere ricavato dall'applicazione di un principio generale - quello di proporzionalità⁴⁸ - e nemmeno da un'interpretazione del concetto di "concretezza" del pregiudizio che

⁴³ M. SAVINO, *Il Foia italiano, La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, n. 5, p. 599; B. PONTI, *La trasparenza e i suoi strumenti: dalla pubblicità all'accesso generalizzato*, in B. PONTI (a cura di) *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Rimini, Maggioli, 2016, p.p. 60-61. Analogamente, A. CORRADO, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli, ESI, 2018, p. 175 ss.

⁴⁴ Del. 1309/2016 (c.d Linee Guida FOIA).

⁴⁵ TAR Campania, sez. VI, 9 maggio 2019, n. 2486; TAR Lazio, sez. I, 20 ottobre 2020, n. 10994. Richiama la necessità di un bilanciamento nell'applicare le eccezioni relative anche Cons. St., Ad. Plen. 2 aprile 2020, n. 10.

⁴⁶ Cit. E CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. amm.*, 2016, n. 4, p. 599.

⁴⁷ C. P. SANTACROCE, *Conquiste e arretramenti nella trasparenza amministrativa che cambia*, in *Dir. e Soc.*, 2017, n. 3, p. 607, ad avviso del quale, pur richiamando l'ANAC la tecnica del bilanciamento, *"parrebbe poi indicare per punti, invece, proprio le tappe tipiche dell'harm test. E in verità, non potrebbe essere altrimenti. Il dato di diritto positivo è a tal riguardo particolarmente puntuale...Accertata la probabilità della lesione...l'amministrazione, dunque, deve opporre un diniego. Essa cioè, non deve (rectius, non può) valutare discrezionalmente, secondo la diversa tecnica del public interest test, se pesi di più il pregiudizio da disclosure o la lesione all'interesse pubblico alla full disclosure"*.

⁴⁸ Come noto, il principio di proporzionalità è un criterio di esercizio del potere discrezionale che comporta la necessità di adottare la misura idonea a raggiungere lo scopo perseguito e che comporti il minor sacrificio possibile agli interessi contrapposti. Sul principio di proporzionalità, V. A. M. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, CEDAM, 1998; D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, 151 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, n. 2, p. 361.

sembra eccedere l'estensione semantica del concetto stesso. Quanto precisamente alla proporzionalità, principio che guida e limita la discrezionalità amministrativa, si dovrebbe ritenere che essa operi solo nel senso di imporre all'amministrazione di verificare se il pregiudizio (concreto) possa essere comunque evitato con un accesso differito, parziale o altrimenti modulato, cioè adottando una misura più favorevole per il soggetto richiedente rispetto al diniego. Non pare tuttavia che il suddetto principio si possa spingere fino a integrare il dato normativo, aggiungendo un parametro di giudizio, cioè la valutazione dell'interesse pubblico alla ostensione, non previsto dalla legge.

Tutto ciò anche nell'ottica di maggiore chiarezza sul reale spazio di operatività del test dell'interesse pubblico, ben potendo il legislatore, in ipotesi, scegliere di limitare la valutazione comparativa tra interessi-limite e interesse pubblico alla *disclosure* solo ad alcune delle esclusioni relative, come avviene ad esempio nell'ordinamento dell'unione europea⁴⁹.

Altro profilo problematico della disciplina nazionale che potrebbe parimenti meritare un intervento legislativo, è poi quello del rapporto tra esclusioni assolute di cui al d.lgs. 33/2013 ed esclusioni *ex art.* 24 l. 241/1990.

Qui il rischio è che il rinvio all'art. 24, co. 1, l. 241/1990, ad opera dall'art. 5-*bis*, co 3 del decreto trasparenza, finisca per includere anche divieti di divulgazione previsti dai regolamenti delle singole pubbliche amministrazioni, adottati in base del co. 2 del medesimo articolo 24. Se così fosse, le amministrazioni potrebbero di fatto non solo respingere l'istanza sulla base di eccezioni previste dai regolamenti interni, ma potrebbero anche introdurre limiti ulteriori all'accesso generalizzato semplicemente aggiungendo nuove categorie di documenti esclusi dall'accesso nel regolamento interno, vanificando in gran parte la riserva di legge assoluta e il principio di tassatività delle esclusioni.

Detta questione è stata affrontata nella Circolare n. 1/2019 del DFP, che ha suggerito un'interpretazione rigorosa del rinvio dell'art. 5, co. 3 d.lgs. 33/2013 all'art. 24 l. 241/90, di modo che un generale riferimento a regolamenti che escludono l'accesso documentale non dovrebbe essere sufficiente a respingere un'istanza di accesso generalizzato, pur potendo le disposizioni regolamentari essere utilizzate come ausilio interpretativo nella verifica delle esclusioni dei limiti all'accesso civico generalizzato, compresa la valutazione del pregiudizio concreto a uno degli interessi indicati dall'art. 5-*bis*.

Questa sembra essere l'impostazione seguita anche da una recente decisione del Consiglio di Stato, relativa al diniego all'accesso di alcuni documenti della Guardia di Finanza, suscettibili di rivelare i punti di forza o di debolezza del relativo assetto organizzativo⁵⁰. Nel confermare la legittimità del diniego, il Collegio ha ritenuto corretta l'esclusione dell'accesso generalizzato ai fini di tutela degli interessi inerenti

⁴⁹ Si rinvia, sul punto, alla nota n. 39.

⁵⁰ Cons. St., sez. IV, 20 aprile 2020, n. 2496.

alla sicurezza pubblica e l'ordine pubblico, alla sicurezza nazionale, alla difesa e alle questioni militari - art. 5-*bis*, co. 1, lett. a), b) e c), del d. lgs. n. 33/2013 (eccezioni relative) – anche alla luce della esclusione assoluta all'accesso rispetto all'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti amministrativi generali di pianificazione e di programmazione (art. 24, co. 1, lett. c, l. 241/1990), per come perimetrata attraverso l'individuazione delle categorie di documenti formati dall'amministrazione di settore e sottratti all'accesso *ex* art. 24 co. 2, l. 241/1990⁵¹.

4. Le garanzie procedurali. Informalità e collaborazione

Alle garanzie contenutistiche del diritto di accesso appena analizzate, la Convenzione affianca una serie di garanzie procedurali, complessivamente volte a limitare al massimo le formalità e gli oneri identificati in capo al richiedente, nonché ad assicurare la pronta evasione dell'istanza entro tempi certi, nell'ottica del minor aggravio possibile nell'esercizio del diritto, anche attraverso la fattiva collaborazione dell'amministrazione interessata.

Al riguardo, occorre in primo luogo richiamare il principio di stretta necessità, per cui i requisiti formali dell'istanza devono essere contenuti a quanto strettamente necessario per la corretta trattazione della richiesta, evitando inutili appesantimenti procedurali⁵².

Premesso che l'istanza non richiede motivazione, l'unico onere che, in definitiva, è posto in capo al ricorrente, riguarda l'identificazione dei documenti richiesti, essendo a tale riguardo sufficiente che la richiesta venga formulata in modo tale da consentire all'amministrazione di giungere all'identificazione dei documenti d'interesse, ben potendo l'istante non essere nella condizione d'individuare in maniera precisa e puntuale⁵³.

Laddove poi la richiesta risulti eccessivamente vaga, l'amministrazione è tenuta, prima di rigettare l'istanza, ad attivare un dialogo endoprocedimentale con il richiedente, invitandolo a specificare i documenti da mettere a disposizione e prestandogli, a tale scopo, la propria assistenza⁵⁴.

Si nota immediatamente come la disciplina in commento si caratterizzi per garantire la massima trasparenza e accessibilità limitando al massimo gli oneri identificativi in capo al richiedente, secondo una logica “deformalizzata” del diritto di accesso, e con conseguente centralità dell'obbligo collaborativo tra p.a. e istante.

⁵¹ Nella specie il d.m. 29 ottobre 1996, n. 603.

⁵² Art. 4, par. 3 della Convenzione. Principio di stretta necessità correttamente riconosciuto anche dalla giurisprudenza nazionale e, in particolare, dalla più volte citata sentenza del Consiglio di Stato, 2 aprile 2020, n. 10.

⁵³ Precisa sul punto *l'explanatory report*, che è infatti responsabilità dell'amministrazione classificare e conservare i documenti in maniera ordinata, così da essere in grado di identificarli e recuperarli quando occorre.

⁵⁴ Art. 5, par. 1 e 5 della Convenzione.

Dal testo della Convenzione, tuttavia, non è completamente chiaro se il medesimo dialogo cooperativo debba trovare spazio anche nei casi di istanze manifestamente irragionevoli, in termini di mole di documenti richiesti, o vessatorie. Premesso che siffatte istanze possono essere rigettate⁵⁵, appare possibile ritenere che, almeno per le richieste c.d. massive, l'amministrazione dovrebbe permettere al richiedente di ridurre e rimodulare l'istanza entro limiti compatibili con i principi di buon andamento e di proporzionalità. Soltanto qualora il richiedente non intenda riformulare la richiesta entro i predetti limiti il diniego si potrebbe considerare legittimo.

Discorso diverso, invece, potrebbe valere per le istanze vessatorie, ontologicamente diverse da quelle c.d. massive, essendo caratterizzate da una immeritevolezza del fine perseguito che non necessariamente si riflette nell'oggetto della richiesta. L'esercizio disfunzionale e abusivo del diritto di accesso - situazione che, ad esempio, si può verificare quando un soggetto reiteri più volte una stessa istanza già respinta o presenti a distanza ravvicinata più istanze al solo fine di intralciare l'attività amministrativa - non parrebbe dunque idoneo a essere "corretto" nel dialogo procedimentale con l'amministrazione, che potrebbe di conseguenza direttamente rigettare l'istanza.

Quello del dialogo cooperativo, come noto, è un tema ampiamente discusso anche sul piano nazionale, specie in correlazione al problema delle istanze massive.

L'assenza nel d.lgs. 33/2013 di una disposizione che espressamente lo preveda, a differenza della disciplina sull'accesso alle informazioni ambientali⁵⁶, non ha impedito la formazione di un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale che qualifica il principio del dialogo cooperativo come un valore immanente alle previsioni della legge sull'accesso generalizzato e della finalità di condividere con la collettività il patrimonio informativo pubblico⁵⁷.

In quest'ordine di idee, il dialogo cooperativo dovrebbe servire per correggere richieste sia generiche sia eccessivamente ampie, in modo da conciliare il diritto a conoscere con le insopprimibili esigenze di buon andamento dell'amministrazione. Del resto, ciò è espressione dei canoni di buona fede e correttezza che

⁵⁵ Art. 5, par. 5 della Convenzione. Si vedano al riguardo anche le osservazioni contenute nell'*explanatory report*, per cui quando la richiesta è "*manifestly unreasonable (for example, if the request requires a disproportionate amount of searching or examination)... [or] is clearly vexatious (for example, one of many requests intended to hinder a department's work, repeated requests for the same document within a very short space of time by the same applicant), it might be refused*".

⁵⁶ Art. 3, co. 3 d.lgs. 195/2005.

⁵⁷ TAR Puglia, sez. III, 19 febbraio 2018, n. 234. Nello stesso senso, TAR Lazio, sez. II-ter, 4 maggio 2018, 4977; TAR Firenze, sez. I, 28 gennaio 2019, n. 133; TAR Campania, sez. VI, 9 maggio 2019, n. 2486. Sul tema V. anche la Circolare n. 2/2017DFP. In parziale controtendenza rispetto al riferito indirizzo, la V sezione del Consiglio di Stato, con la decisione n. 5702 del 13 agosto 2019, ha invece ritenuto che il dialogo cooperativo tra amministrazione e istante, quale formula per giungere ad una soluzione concordata sul perimetro concreto dell'accesso, è una mera facoltà per la P.a. e non si riviene a guisa d'obbligo nell'art. 5 del decreto trasparenza. Inoltre, deve essere il ricorrente a denunciare l'eventuale omissione non potendo "*il giudice accertarla d'ufficio e, certo, non per realizzare una sorta d'ortopedia dell'istanza d'accesso*". In dottrina, complessivamente critico verso il principio del dialogo cooperativo, N.VETTORI, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico* in *Dir. amm.*, 2019, n. 3, p. 359.

pervadono anche il rapporto amministrativo⁵⁸, di modo che se, da un lato, il privato non può presentare istanze di accesso insostenibili o indeterminate, dall'altro, la p.a. deve evitare atteggiamenti ostruzionistici, lesivi sia dell'interesse conoscitivo del singolo che di quello generale alla trasparenza⁵⁹.

Ritornando alla Convenzione, si segnala infine l'importanza di due ulteriori garanzie. L'obbligo di motivazione posto in capo all'amministrazione in caso di diniego, totale o parziale⁶⁰, e il principio di gratuità dell'accesso, ad eccezione dei costi di riproduzione e trasmissione dei documenti⁶¹.

5. La tutela amministrativa e giurisdizionale

Il quadro di garanzie minime del diritto di accesso è infine completato dagli strumenti di tutela amministrativa e giurisdizionale, attivabili nei casi di diniego, espresso o implicito, dell'istanza⁶².

In termini generali, la prima tipologia di rimedio è tendenzialmente più rapida, meno costosa e funzionale alla riduzione del contenzioso; eppure, almeno nella sua impostazione tradizionale, dove la decisione è contestata dinanzi allo stesso organo che ha adottato l'atto o al superiore gerarchico, emergono tutta una serie di limiti legati alla carenza di indipendenza del decisore: l'amministrazione, infatti, è contemporaneamente una delle parti della lite e giudice della lite stessa⁶³.

L'esigenza di rendere la tutela amministrativa più incisiva e imparziale, ha portato alla diffusione in molti ordinamenti di autorità centrali, specializzate e indipendenti (o quasi indipendenti) dal Governo, a cui è attribuita la competenza sui ricorsi amministrativi in tema di accesso⁶⁴, percorso non seguito per ora nel nostro ordinamento⁶⁵.

⁵⁸ Art. 1, co. 2-bis, l. 241/1990, recentemente introdotto dall'art. 12, comma 1, lett. a), l. n. 120/2020.

⁵⁹ Su questa linea, TAR Toscana, sez. II, 25 settembre 2019, n. 1295, ha evidenziato come l'accesso generalizzato deve essere usato senza abusare dello stesso, nell'ambito del rapporto di leale collaborazione tra cittadini e Amministrazione. *"Sulla base di tali condizioni si dovrà concordemente pervenire alla corretta individuazione dell'oggetto dell'istanza di accesso civico, che, anche se libera da requisiti soggettivi legittimanti, dovrà comunque identificare "i dati, le informazioni o i documenti richiesti" ex art. 5 comma 3, d.lgs. n. 33/2013; non potendo, da una parte, anche in base a tale disciplina, essere ritenute ammissibili richieste... tali da dover comportare un carico di lavoro in grado d'interferire con il buon funzionamento dell'Amministrazione (come quella oggetto del presente giudizio); e dall'altra, dovendosi quest'ultima astenere dall'opporre preclusioni automatiche e assolute alla conoscibilità dei documenti richiesti, al di fuori dei casi previsti dall'art. 5 bis, comma 3, del d.lgs. n. 33/2013"*.

⁶⁰ Art. 5, par. 6. della Convenzione.

⁶¹ Art. 7 della Convenzione.

⁶² Art. 8 della Convenzione.

⁶³ Cfr. G. FALCON, *Conclusioni*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? modelli giurisdizionali a confronto*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2015, p. 257. Sui limiti strutturali e funzionali dei ricorsi amministrativi tradizionali, V. anche M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giurisdizionale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *federalismi.it.*, 2017, n. 10, pp. 3 e 4.

⁶⁴ Rileva la crescente diffusione di *independent body* al livello europeo, P. KOVAC, *Legal Remedies in Exercising the Right to Information: A Comparative Overview*, in D. C. DRAGOS, P. KOVAC, A. T. MARSEILLE (a cura di) *The Laws of Transparency in Action*, *op. cit.*, pp. 647 ss. Cfr. anche M. SAVINO, *The Right to open Public Administrations in Europe*, *op. cit.*, p. 35

⁶⁵ Si condividono al riguardo le osservazioni di G. GARDINI, *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal "FOIA Italia"*, in *federalismi.it.*, 2018, n. 19, p. 16, ad avviso del quale il Responsabile della trasparenza presente all'interno di ciascuna amministrazione non si può considerare una figura adeguata a garantire l'effettività del diritto di accesso

Sul piano giurisdizionale, è invece interessante notare che, per come è formulata la Convenzione, il contegno inerte dell'amministrazione sull'istanza di accesso è equiparato al diniego. Il meccanismo, dunque, è quello del silenzio-rigetto, inizialmente immaginato anche dal legislatore nazionale nello schema di d.lgs. 97/2016, ma poi sostituito con il silenzio inadempimento, senz'altro più coerente rispetto all'impianto complessivo del decreto trasparenza⁶⁶ e tuttavia foriero di incertezze sotto il profilo del rito da intentare⁶⁷.

Tema invece su cui la Convenzione non prende posizione, è quello dei poteri attribuiti all'organo di ricorso, amministrativo-indipendente e/o giurisdizionale, trattandosi di un aspetto intimamente connesso all'assetto costituzionale di ogni ordinamento sotto il profilo della divisione dei poteri e, più in particolare, dei limiti del sindacato sull'attività amministrativa. È pertanto lasciato ai singoli ordinamenti stabilire se attribuire all'organo di ricorso il mero potere di annullamento del diniego – seguito da una nuova valutazione amministrativa dell'istanza – oppure poteri di revisione incidenti direttamente sulla fondatezza della pretesa conoscitiva⁶⁸.

6. Conclusioni

All'esito della panoramica che si è tracciata sulle principali garanzie del diritto di accesso contenute nella Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti, è possibile elaborare un giudizio di sintesi dal punto di vista della disciplina nazionale.

Nel complesso, emerge una tendenziale uniformità tra i principi e le garanzie della Convenzione e quelle previste nel d.lgs. 33/2013, anche grazie al prezioso contributo del Dipartimento della funzione pubblica e della giurisprudenza amministrativa, specie sotto i profili della natura del diritto a conoscere, della necessaria valutazione dell'interesse pubblico alla *disclosure* nella trattazione dell'istanza e dell'obbligo del

civico, mentre la possibilità di chiamare in causa il Difensore civico sconta il difetto di essere subordinata e limitata alla sua presenza nelle diverse Regioni.

⁶⁶ V. parere del Consiglio di Stato n. 515/2016, per il quale il silenzio-rigetto porterebbe al paradosso “*che un provvedimento in tema di trasparenza neghi all'istante di conoscere in maniera trasparente gli argomenti in base ai quali la P.A. non gli accorda l'accesso richiesto*”.

⁶⁷ V. A. CORRADO, *L'accesso civico e i poteri del giudice amministrativo: alla ricerca di una azione in materia di accesso generalizzato*, in *federalismi.it*, n. 10/2020; F. LOMBARDI, *L'inerzia della p.a. a fronte di richieste di accesso civico. Un nuovo rito per il silenzio-inadempimento?*, in *Ist. del fed.*, 2019, n. 3. Sulle incertezze processuali dell'accesso civico generalizzato V. M. A. SANDULLI, L. DROGHINI, *La trasparenza amministrativa nel FOIA italiano. Il principio della conoscibilità generalizzata e la sua difficile attuazione*, in *federalismi.it*, n. spec. 19/2020, p. 424 ss.

⁶⁸ Cfr. sul punto le osservazioni critiche contenute nell'*Explanatory memorandum*, per cui “*What is not altogether clear, however, is whether [Article 8] envisages a judicial review by a court of the process of reaching the decision or whether it envisages an appeal against the substance and process of the decision. In other words, can such a review body seek further information from the authority about the substance of the information as well as the process of deciding, and overrule the authority and order disclosure if it thinks fit?*”.

dialogo cooperativo; profili, questi ultimi due, che meriterebbero tuttavia un intervento legislativo chiarificatore, se non altro per una questione di certezza giuridica⁶⁹.

Più avanzata è poi la disciplina interna con riguardo all'oggetto del diritto, non circoscritto al solo tradizionale concetto di "documento", ma esteso anche ai "dati", con conseguente dilatazione delle possibilità conoscitive offerte agli amministrati rispetto a elementi informativi "grezzi" detenuti dalle pubbliche amministrazioni.

Garanzia, viceversa, prevista dalla Convenzione e attualmente non valorizzata dal legislatore nazionale, è quella rappresentata dalla tutela giustiziale, da affidare ad autorità centralizzate, specializzate e indipendenti; modello di tutela giustiziale che nell'esperienza comparata trova una discreta diffusione, anche in ragione della preziosa funzione guida che le riferite autorità possono esercitare, a beneficio tanto delle singole amministrazioni quanto degli amministrati.

A conclusione di queste notazioni di sintesi, si deve infine avvertire che il tendenziale allineamento del d.lgs. 33/2013 agli *standard* internazionali (minimi) sintetizzati nella Convenzione dovrebbe comunque essere considerato, al pari della Convenzione stessa, non tanto un punto di arrivo, quanto un punto di partenza per la concreta diffusione della cultura della trasparenza e della effettività del diritto a conoscere.

⁶⁹ Sul tema V. M. A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 2018, n. 3.