



OSSERVATORIO SULLA TRASPARENZA
1 GIUGNO 2022

Tendenze e controtendenze in materia
di accesso civico generalizzato:
riflessioni a margine della sentenza
T.A.R. Lombardia, 17 agosto 2021, n.
1939

di Gloria Francesca Pulizzi
Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico
Sapienza – Università di Roma



Tendenze e controtendenze in materia di accesso civico generalizzato: riflessioni a margine della sentenza T.A.R. Lombardia, 17 agosto 2021, n. 1939*

di Gloria Francesca Pulizzi

Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico
Sapienza – Università di Roma

Abstract [It]: Prendendo le mosse dalla sentenza del TAR Lombardia n. 1939/2021, l'Autore esamina le difformità giurisprudenziali che si riscontrano sull'istituto dell'accesso civico generalizzato, inquadrato talvolta in una visione funzionalista talaltra in una dimensione solidarista. Nonostante la recente Adunanza Plenaria n. 10/2020 accolga la seconda, rimane, soprattutto in giurisprudenza, un'incertezza che, di certo, non favorisce la diffusione in senso garantistico dell'istituto.

Title: Trends and counter-trends regarding public access: reflections on the margin of the judgment T.A.R. Lombardy, 17 August 2021, no. 1939

Abstract [En]: Starting from the judgment of the Lombardy Regional Administrative Court No. 1939/2021, the Author examines the jurisprudential differences that are found on the institution of the italian *FOIA*, sometimes framed in a functionalist vision and other times in a solidarist dimension. Despite the recent Plenary Assembly No. 10/2020 welcomes the second, there remains, especially in jurisprudence, an uncertainty that does not favor the diffusion in the guaranteeing sense of the institute.

Parole chiave: Accesso civico generalizzato; trasparenza; riqualificazione dell'istanza; solidarismo e individualismo; Art. 10 CEDU

Keywords: Freedom of information act; transparency; requalification of the instance; solidarism and individualism; Art. 10 ECHR

Sommario: 1. Premessa. 2. L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza: la natura dell'accesso civico generalizzato e il problema della stratificazione degli accessi. 3. Gli approdi della giurisprudenza amministrativa in materia di accesso: la portata chiarificatrice dell'Adunanza Plenaria n. 10/2020. 4. L'intervento del Tar Lombardia e i persistenti tentativi di funzionalizzazione del diritto di accesso. 5. Le prospettive del diritto di accesso tra dimensione individuale e dimensione solidaristica.

1. Premessa

Nell'ambito delle pronunce giurisprudenziali che si stanno occupando della disciplina e della natura dell'accesso civico generalizzato continuano ad assumere un rilievo problematico gli orientamenti che tendono ad esaltare, a diversi fini, la ricostruzione del diritto di accesso non come diritto dell'individuo,

* Articolo sottoposto a referaggio. Nota a sentenza.

ma come un istituto “funzionalizzato” alla tutela di interessi pubblici¹. La pronuncia in commento si inserisce all’interno di tale (contro)tendenza.

L’occasione dell’intervento giurisprudenziale scaturisce dalla richiesta di ostensione dei documenti e delle informazioni detenute dall’amministrazione nell’ambito di una gara pubblica per l’affidamento di un appalto di servizi, formulata da parte della società aggiudicataria, la quale, dopo esser subentrata nel contratto precedentemente stipulato tra l’amministrazione e una diversa società per l’affidamento di un’ulteriore prestazione oggetto dell’appalto, si vedeva riconoscere un corrispettivo inferiore rispetto a quanto dovuto dall’amministrazione per le prestazioni svolte e si trovava, al contempo, nella impossibilità di conoscere gli atti negoziali relativi al subentro. Tali atti, infatti, contenevano un rinvio *per relationem* al precedente rapporto contrattuale. A fronte del diniego opposto dall’amministrazione, la ricorrente adiva il giudice amministrativo al fine di ottenere l’ostensione della documentazione richiesta.

Nonostante l’intervento chiarificatore della Plenaria del 2020², la quale, nel sostenere l’applicazione dell’accesso civico ai contratti pubblici³, aveva onerato le pubbliche amministrazioni di procedere comunque ad una valutazione dell’“*anelito ostensivo*” per soddisfare la pretesa sostanziale del cittadino, rifuggendo da formalismi e appesantimenti procedurali (su cui, v. *infra*, 3), il T.A.R. ritiene di discostarsi da tali indicazioni, venendo per questa via a mettere in discussione la stessa natura dell’accesso come diritto individuale. E infatti il T.A.R. Lombardia, con la sentenza in commento, è tornato ad assumere un orientamento maggiormente restrittivo, attraverso una lettura in chiave funzionalista dell’istituto dell’accesso civico generalizzato nel bilanciamento con altri interessi giuridicamente rilevanti, subordinando l’esercizio del primo ai secondi.

In tale decisione, sembrano quindi essere rimessi in discussione gli equilibri individuati dalla Plenaria circa la possibilità di una riqualificazione del titolo giuridico dell’istanza di accesso. Il Tribunale ha infatti assunto un rigoroso orientamento secondo il quale, in assenza dei presupposti soggettivi e oggettivi richiesti dalla legge ai fini dell’accesso documentale, non può neppure essere riconosciuta l’ostensione ai

¹ Su cui di recente, M. SAVINO, “*Il Foia italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*” in *Dir. Amm.*, XXVII, n. 3, 2019, p. 453 ss.; A. MOLITERNI, *La natura giuridica dell’accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Dir. Amm.*, n. 3, 2019, p. 577 ss. Tra i sostenitori della teoria c.d. funzionalista, si veda G. GARDINI, *L’incerta natura della trasparenza amministrativa*, in *Orizzonti del diritto pubblico*, Santarcangelo di Romagna, 2019; *contra*, A. CORRADO, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2018, p. 153; ID. *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. In giurisprudenza, si v. TAR Lazio (Roma), Sez. II-bis, sentenza 2 luglio 2018, n. 7326; TAR Abruzzo (Pescara), Sez. I, sentenza, 22 novembre 2018, n. 347; TAR Lombardia (Brescia) Sez. II, sentenza 6 marzo 2019, n. 2019. Tuttavia, la c.d. funzionalizzazione dell’istituto, sebbene mascherata da esigenze di tutela di interessi pubblici prevalenti, è sembrata, in realtà, idonea a rispondere all’esigenza di porre un freno a istanze massive o a problemi pratici posti nei confronti delle amministrazioni.

² Cons. Stato, Adunanza Plenaria 2 aprile 2020, n. 10.

³ A. MOLITERNI, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 4, 2020, p. 505 ss.; A. CORRADO, *L’accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fini ai dubbi interpretativi*, in *federalismi.it*, n. 16/2020.

sensi della disciplina in materia di accesso civico generalizzato, non potendo, tale istituto, essere considerato come una sorta di “*passpartout*” utilizzabile come un palliativo, laddove il richiedente non sia titolare di una posizione giuridica tutelabile in relazione alla domanda di accesso.

Alla luce di tale pronuncia appare utile, dunque, soffermarsi sulla natura giuridica e sulla evoluzione normativa che hanno caratterizzato l'istituto dell'accesso nell'ordinamento italiano, per poi esaminare gli equilibri raggiunti sul piano dogmatico dalla giurisprudenza amministrativa in materia e gli eventuali profili critici concernenti la pronuncia dei giudici lombardi, al fine di individuare possibili prospettive evolutive in materia di accesso civico generalizzato. La rilevanza del problema giuridico sotteso agli interrogativi della dottrina e della giurisprudenza amministrativa, infatti, come si dirà, se da un lato richiede una necessaria composizione in ragione delle esigenze di certezza del diritto e di regolazione dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione, d'altra parte esorbita da una mera finalità di applicazione pratica dello stesso, richiedendo, invece, un'attenta analisi sulla natura giuridica e sugli scopi dogmatici dell'istituto.

2. L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza: la natura dell'accesso civico generalizzato e il problema della stratificazione degli accessi

L'introduzione della disciplina sull'accesso civico generalizzato nell'ordinamento italiano costituisce l'ultima tappa del travagliato percorso di trasposizione del principio di trasparenza – nella sua genesi volto a tutela dell'antica *societas mercatorum*⁴ e, quindi, operante nella regolazione dei rapporti privati – anche all'interno dello Stato e dei pubblici poteri, al fine di rendere conoscibili e comprensibili “dall'esterno” le attività compiute “all'interno” dalla pubblica amministrazione⁵.

Storicamente, le vicende del diritto di accesso passano attraverso l'evoluzione del concetto di trasparenza in relazione al potere pubblico, in cui si assiste inizialmente al passaggio dal c.d. «*segreto senza limiti*» ad una

⁴ M. D'ALBERTI, *La trasparenza amministrativa tra progressi e incertezze*, in *Lo sguardo del giurista e il suo contributo all'amministrazione in trasformazione. Scritti in onore di Francesco Merloni*, Giappichelli Editore, Torino, 2021.

⁵ Sul punto, si v., A. CORRADO, *Il principio di trasparenza*, in M.A. SANDULLI, (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano, 2017, p. 104.

«trasparenza con eccezioni»⁶, sino a giungere, con l'affermarsi della visione moderna dell'amministrazione⁷, al riconoscimento della trasparenza come principio generale dell'esercizio della funzione amministrativa e quale manifestazione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti all'art. 97 Cost.⁸.

La pubblicità dell'agere amministrativo, nonostante l'assenza di un diretto fondamento costituzionale, ha quindi gradualmente assunto il valore di principio generale di attuazione dei suddetti canoni di imparzialità e buon andamento, nonché tutela di ulteriori interessi protetti a livello costituzionale, tra i quali di sicuro rilievo è il diritto di difesa nei confronti dell'amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.)⁹. La trasparenza viene quindi progressivamente ad essere intesa quale valore fondante l'ordinamento¹⁰ e, al contempo, quale strumento utile ad incrementare la fiducia del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. Il canone della trasparenza, peraltro, è oggi indicato tra i "criteri" attinenti alle modalità di svolgimento del rapporto tra la pubblica amministrazione e i privati¹¹, in modo da assicurare l'intelligibilità dell'azione del pubblico potere sotto profili strettamente correlati e direttamente proporzionali: da un lato, la conoscenza effettiva dell'attività amministrativa e, dall'altro, il controllo sulla stessa.

⁶ M. D'ALBERTI, *La trasparenza amministrativa tra progressi e incertezze*, cit.; Sull'opacità dello Stato, si v. N. BOBBIO, *Democrazia e segreto*, Einaudi Editore, Torino, 2011. In tal senso, pregna di significato è l'esperienza statunitense, nella quale le tre tappe della trasparenza vengono pacificamente individuate nell'*Administrative Procedure Act* "APA" del 1946, nel *Freedom of Information Act* del 1967 e nel *Government in the Sunshine Act* del 1976. In Inghilterra, invece, la dottrina critica la tardività dell'affermarsi del diritto di accesso come *openness* del sistema. Sul punto, si v. P. BIRKINSHAW, *Grievances, Remedies and the State*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 7, No. 1, London, 1985, p. 21 ss. In Germania, l'art. 29 della Legge federale tedesca del 25 maggio 1967, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, limitava la garanzia dell'accesso soltanto alle parti del procedimento ed esclusivamente a protezione dei loro interessi giuridicamente rilevanti. Più in generale, sull'evoluzione delle garanzie della "visione" nei diversi sistemi giuridici si v., M. D'ALBERTI, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, fasc. 1, 2000, p. 5 ss.

⁷A. CORRADO, *La trasparenza negli appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale*, in *federalismi.it*, n.1/2018. Sull'evoluzione del principio di trasparenza nell'ordinamento italiano si v., *ex multis*, G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. Giur.*, XXX, Roma, 1995; ID., *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006; R. GAROFOLI, F. CARINGELLA, M.T. SEMPREVIVA, *Accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè Editore, Milano, 2003; F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano, 2008; ID., *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in ID. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, p. 9 ss.; M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, IV agg., 2000; M. OCCHIENA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 141 ss.

⁸ *Ex multis*, U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova, 1965, p. 241 ss. Più di recente, anche la giurisprudenza amministrativa ha affermato come il buon andamento dell'amministrazione in relazione al principio di trasparenza rappresenti un valore cogente e non recessivo. Sul punto, si v. Tar Campania (Napoli), sez. VI, sentenza 7 febbraio 2020, n. 604.

⁹ In tal senso si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza 17 marzo 2006, n. 104. In dottrina, sul principio di trasparenza come principio generale, si veda A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *www-astriid-online.it*, n. 17/2013.

¹⁰ Cfr. M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità. Trasparenza e imparzialità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, (a cura di) M.A. SANDULLI, Giuffrè Editore, Milano, 2017.

¹¹ Il riferimento è all'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241. Tra gli interventi legislativi che richiamano il principio di trasparenza, si veda anche il Codice dell'Amministrazione Digitale, introdotto con il D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, che definisce il contenuto obbligatorio dei siti istituzionali delle Amministrazioni pubbliche e identifica gli obblighi di pubblicità quali primo strumento di realizzazione del c.d. *open government*.

Sul piano empirico, il principio di trasparenza si è disvelato, *inter alia*, tramite l'introduzione dell'accesso quale istituto volto concretamente a soddisfare il bisogno conoscitivo del cittadino, garantendo la "visione" dei documenti in possesso dell'amministrazione. Proprio in virtù di tale principio, l'azione amministrativa è preordinata a far sì che gli amministrati possano accedere alle informazioni relative al procedimento, ad eccezione dei limiti previsti dalla legge.

Com'è noto, tuttavia, l'ordinamento italiano, differentemente dagli altri paesi in cui pure tale istituto ha trovato piena attuazione¹², ha espressamente riconosciuto il diritto di accesso come principio generale di una amministrazione trasparente soltanto con l'introduzione della legge sul procedimento amministrativo. L'origine storica della disciplina nazionale in materia di accesso è quindi da ricercare nella legislazione degli anni Novanta. Per la prima volta, infatti, la legge del 7 agosto 1990, n. 241 ha generalizzato l'istituto dell'accesso, precedentemente previsto solo nella disciplina di settore¹³, introducendo l'accesso ai documenti amministrativi e circoscrivendolo, tuttavia, a stringenti limiti soggettivi e oggettivi¹⁴. Dal punto di vista soggettivo, l'accesso procedimentale si fonda sulla titolarità di un interesse concreto, diretto e attuale a prendere visione e ad estrarre copia dei documenti amministrativi¹⁵. Sul piano oggettivo, la conoscibilità è limitata a specifici documenti in possesso dell'amministrazione, non essendo accessibili le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano la forma del documento amministrativo. In ordine alla natura giuridica, oggi non vi sono dubbi circa la configurazione dell'istituto quale diritto soggettivo perfetto, in quanto, a fronte di un'istanza di accesso, la pubblica amministrazione è priva di discrezionalità amministrativa, dovendo essa limitarsi all'accertamento della sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi richiesti ai fini dell'ostensione¹⁶.

Se, da un lato, la disciplina sull'accesso si colloca in una logica eminentemente difensiva, a tutela del singolo nei confronti del potere amministrativo, dall'altro, la disciplina ha conosciuto la sua piena evoluzione con l'adesione dell'Italia ai modelli FOIA (*Freedom of Information Act*), al fine di consolidare il

¹² Il riferimento è alla disciplina statunitense e alla disciplina inglese.

¹³ Tra le prime applicazioni dell'istituto dell'accesso nella disciplina di settore, si ricordino gli artt. 25 della l. 27 dicembre 1985, n. 816 e 7 della l. 2 agosto 1990, 142, i quali disciplinano l'accesso agli atti degli enti locali e la l. 8 luglio 1986, n. 349 in materia di accesso alle informazioni ambientali. In realtà, nell'originario progetto di legge sul procedimento proposto dalla Commissione Nigro vi era *in nuce* l'idea dell'introduzione di un accesso generalizzato, conferito a chiunque, indipendentemente dalla titolarità di interessi giuridicamente rilevanti. Si v., sul punto, *Rassegna degli archivi di Stato*, Roma, maggio-dicembre, 1991, p. 362.

¹⁴ Sull'accesso documentale, si v. F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, 2019, p.743; F. FRANCIOSI, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, in *federalismi.it*, n. 10/2019.

¹⁵ Art. 22, l. n. 241/1990, cit.

¹⁶ Così, Cons. Stato, Sez. consultiva atti normativi, 13 febbraio 2006, n. 3586; Si veda anche Cons. Stato, Sez. V, 10 agosto 2007, n. 4411, con la quale il giudice amministrativo ha invertito l'interpretazione circa la qualificazione dell'accesso come interesse legittimo, su cui, invece, Cons. di Stato, Ad. Plen. 24 giugno 1999, n. 16.

canone della trasparenza come modo di agire della Pubblica amministrazione verso le realizzazione di un diritto “civico e a tutela indifferenziata”¹⁷, tramite l’emanazione del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, riformato con il decreto legislativo del 25 maggio 2016, n. 97. In particolare, in attuazione della legge n. 190/2012, il D. lgs. n. 33/2013 ha introdotto l’istituto dell’accesso civico semplice, la cui *ratio* si fonda nelle esigenze di prevenzione e repressione della corruzione al fine di garantire un corretto esercizio della spesa pubblica, tramite forme di controllo diffuso da parte dei cittadini. La previsione dell’art. 5 del d. lgs. n. 33/2013, infatti, legittima il richiedente ad accedere non solo ai documenti ma anche a qualsiasi informazione o dato in possesso della pubblica amministrazione e per i quali esistono specifici obblighi di pubblicazione. Il successivo decreto del 2016 ha invece introdotto l’ulteriore strumento dell’accesso civico generalizzato, in base al quale “*chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, può accedere a tutti i dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, nel rispetto di alcuni limiti tassativamente indicati dalla legge*”¹⁸. L’ultima tappa compiuta dal legislatore italiano ha sicuramente evidenziato la consacrazione dell’accesso, sul piano dogmatico, come *right to know*, ossia come il diritto riconosciuto a chiunque a conoscere le informazioni in possesso della pubblica amministrazione, indipendentemente dalla sussistenza di obblighi di pubblicazione, in un’ottica di trasparenza *proattiva*, nella quale è la stessa amministrazione ad attivarsi per garantire la *total disclosure*.

Tale susseguirsi di norme aventi carattere generale è andato affiancandosi alla preesistente normativa di carattere speciale¹⁹, creando una eccessiva frammentazione del quadro normativo di riferimento, tanto che la dottrina si è chiesta se oggi si sia in presenza di più diritti di accesso²⁰ ovvero di un unico istituto avente diverse connotazioni. L’entropia normativa dovuta alla stratificazione dell’istituto dell’accesso²¹,

¹⁷ C. MARZUOLI, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano, 2008; 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. 19/2020.

¹⁸ Relazione illustrativa al Decreto legislativo n. 97/2016, p. 1.

¹⁹ Oltre quanto già richiamato *supra* (nota n. 9), si v., legge 8 luglio 1986, n. 348 e D. lgs. 19 agosto 2005, n. 195 sul diritto di accesso alle informazioni ambientali; D. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 sul diritto di accesso alle informazioni dei consiglieri comunali; D. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in materia di contratti pubblici.

²⁰ Anche tale profilo sembra essere esaurito dall’Ad. Plen. n. 10/2020, par. 25.1, in favore dell’unitarietà dell’istituto: «*In linea generale il rapporto tra le due discipline generali dell’accesso documentale e dell’accesso civico generalizzato e, a sua volta, il rapporto tra queste due discipline generali e quelle settoriali – si pensi, tra le più importanti, all’accesso civico di cui all’art. 10 del d. lgs. n. 267 del 2000 e a quello ambientale di cui all’art. 3 del d. lgs. n. 195 del 2005 – non può essere letto unicamente e astrattamente, secondo un criterio di specialità e, dunque, di esclusione reciproca, ma secondo un canone ermeneutico di completamento/inclusione, in quanto la logica di fondo sottesa alla reazione tra le discipline non è quella della separazione, ma quella dell’integrazione dei diversi regimi, pur nelle loro differenze, in vista della tutela preferenziale dell’interesse conoscitivo che rifugge in sé da una segregazione assoluta “per materia” delle singole discipline.*».

²¹ Sul punto, si veda S. SERGIO, *Il diritto d’accesso procedimentale e il diritto d’accesso civico, fra differenze e analogie. In particolare, la legittimazione ad esercitare il diritto di accesso*, in *federalismi.it*, n. 20/2020; E. CARLONI, *Se questo è un FOIA. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Astrid*, n. 4/2016; B.G. MATTARELLA, - M. SAVINO, *L’Italia e gli altri sistemi F.O.I.A.: convergenze at last?*, in B.G. MATTARELLA – M. SAVINO (a cura di), *L’accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 20; A. NATALINI, *Il giardino dei sentieri che si biforcano: la progressiva stratificazione delle norme sulla trasparenza*, in F. DI MASCIO – A. NATALINI – P. RUBECCHINI, *Quattro trasparenze per un’amministrazione ancora chiusa*, in *Giorn. Dir. Amm., Speciali digitali*, 2018, p. 13 ss.; G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell’arte di rendere oscure le cose semplici*, in *federalismi.it*, n. 1/2017, p. 3; E. CARLONI, - F.

sia da un punto di vista formale che da un punto di vista sostanziale ed il mancato coordinamento degli istituti sono posti a fondamento del disordine giurisprudenziale cui attualmente si assiste nella materia *de qua*. Proprio sotto tale profilo, infatti, i giudici amministrativi hanno spesso ancorato le novità sottese alla disciplina dell'accesso civico generalizzato alla *ratio* propria dell'accesso procedimentale, svuotando l'effettiva portata innovativa del primo²², nonché lo spirito partecipativo che anima la stessa disciplina. Infatti, la giurisprudenza ha, in più occasioni, ritenuto di dover individuare un “*contrappeso*” alla mancata previsione di limiti oggettivi e soggettivi stringenti alla disciplina dell'accesso civico generalizzato nella necessità che le richieste di accesso fossero effettivamente idonee al soddisfacimento di finalità pubbliche concernenti il controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sulla gestione delle risorse pubbliche²³, rendendo, quindi, l'istituto meramente servente (ma anche servile) al soddisfacimento di interessi pubblici superiori (c.d. funzionalizzazione dell'accesso, su cui v. *infra*, 4).

La previsione, nell'attuale sistema, di una disciplina disorganica in materia di accesso, o, per meglio dire, la mancata previsione di una disciplina strutturale dimostra il percorso evolutivo compiuto dalla legislazione. Questa, originariamente improntata all'esigenza di rendere l'amministrazione una “*casa di vetro*”²⁴, in una visione democratica e orientata alla piena conoscibilità delle informazioni, se, da un lato, ha conosciuto un effettivo ampliamento volto alla effettiva tutela degli amministrati, dall'altro, ha in realtà visto il prodursi di un effetto contrario: non più la trasparenza, ma l'opacità del sistema. Da ciò sembra ancora attuale l'esigenza, da un lato, di una maggiore differenziazione delle *rationes* che governano l'istituto e, dall'altro, di individuarne chiaramente efficacia e limiti per assicurare la coerenza e la tenuta dell'intero sistema.

GIGLIONI, *Three transparencies and the persistence of opacity in the Italian government system*, in *European public law*, 2017, 2, p. 285 ss.; D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della pubblica amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del decreto legislativo n. 33/2013*, in *federalismi.it*, n. 5/2016.

²² Cfr. A. MOLITERNI, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, cit. p. 505 ss.; Sul punto, si v. anche, Cons. Stato, parere allo schema legislativo in materia di accesso civico generalizzato, 24 febbraio 2016, n. 515.

²³ T.A.R. Lazio (Roma), Sez. II-bis, sentenza 2 luglio 2018, n. 732; TAR Abruzzo (Pescara), Sez. I, sentenza 22 novembre 2018, n. 347. Anche in relazione alla disciplina di settore, com'è avvenuto nella materia dei pubblici appalti, alcune pronunce hanno escluso l'applicabilità dell'istituto dell'accesso civico generalizzato in virtù del richiamo contenuto nell'art. 53 del Codice dei contratti pubblici, secondo cui lo stesso richiamo avrebbe già garantito il bilanciamento tra l'esigenza di trasparenza e la tutela dei contrapposti interessi pubblici e privati. In tema di bilanciamento, si v., C. TOMMASI, *Le prospettive del nuovo diritto di accesso civico generalizzato*, in *federalismi.it*, n. 5/2018; ID., *Criteri di bilanciamento e discrezionalità amministrativa nell'accesso civico generalizzato*, in G. GARDINI e M. MAGRI (a cura di), *Foia Italia: vincitori e vinti. Un bilancio a due anni dalla riforma*, Maggioli Editore, Roma, 2019.

²⁴ L'espressione si deve a F. TURATI, in *Atti del Parlamento italiano*, Camera dei deputati, sessione 1904- 1908, 17 giugno 1908. In relazione all'accesso, l'espressione è stata richiamata dal Cons. Stato nel parere n. 515/2016, cit. secondo cui il Sistema Foia «*rappresenta per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine [...] della Pubblica Amministrazione trasparente come una “casa di vetro”*».

3. Gli approdi della giurisprudenza amministrativa in materia di accesso: la portata chiarificatrice dell'Adunanza Plenaria n. 10/2020

Un tentativo di composizione dei contrasti interpretativi dovuti alla stratificazione delle discipline in materia di accesso è recentemente pervenuto ad opera dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con un intervento di portata storica, in quanto essa ha definito, tramite una compiuta esegesi dell'istituto, non solo la natura e la *ratio* fondanti l'accesso civico generalizzato, distinguendolo da quello procedimentale, ma ha anche chiarito il rapporto tra tale istituto e gli ulteriori strumenti di accesso, sino ad analizzare, sul piano dogmatico, il ruolo e la funzione effettivamente ascritti al principio di trasparenza nell'attuale sistema amministrativo. In particolare, il Supremo Collegio, esercitando la propria funzione nomofilattica, si è pronunciato in merito a due contrapposti orientamenti circa la possibilità di una riqualificazione del titolo giuridico di un'istanza di accesso originariamente presentata secondo una differente disciplina.

Sul piano generale, occorre premettere che le questioni giuridiche sottese alla difficile convivenza degli istituti in materia di accesso hanno riguardato i presupposti dell'*an*. Da un lato, infatti, ci si è chiesti se l'accesso civico generalizzato fosse applicabile anche ai casi in cui l'istanza fosse stata originariamente presentata ai sensi dell'art. 22 l. 241/1990, ossia dell'accesso documentale, e – nel caso in cui si potesse pervenire ad una risposta affermativa – quando fosse possibile una riqualificazione del titolo giuridico della stessa.

A fronte della compresenza di diverse discipline generali che regolano il diritto di accesso, infatti, nella concreta prassi applicativa dell'istituto, si è verificata una inevitabile sovrapposizione dei due differenti regimi²⁵, anche in riferimento alle precedenti discipline speciali²⁶. Secondo un primo orientamento, che non ammetteva la possibilità di siffatta riqualificazione, il diritto di accesso deve configurarsi come strumentale alla tutela di interessi pubblici. Di conseguenza, in presenza di una richiesta espressamente qualificata dal richiedente, la P.A. dovrebbe valutare la medesima “*solo ed esclusivamente*” alla luce del modello prescelto dal cittadino in sede di presentazione dell'istanza²⁷. Secondo tale orientamento, neppure in sede di riesame o in sede giudiziale il ricorrente potrebbe invocare l'applicazione del differente istituto dell'accesso civico generalizzato, poiché in tale ultimo caso vi sarebbe una inammissibile sostituzione del giudice all'amministrazione nell'esercizio di poteri non ancora esercitati²⁸. A tale tesi si contrapponeva, per contro, un orientamento favorevole alla riqualificazione dell'istanza, secondo il quale

²⁵ Sul punto, TAR Piemonte, Sez. I, 11 marzo 2020, n. 186, secondo cui «*la coesistenza di tre istituti a portata generale ma a diverso oggetto comporta, in via di principio, che ciascuno sia pari ordinato all'altro, che non vi è assorbimento dell'una fattispecie in un'altra, che non opera l'abrogazione implicita ad opera della normativa successiva nel tempo*».

²⁶ Su cui, si v. B. G. MATTARELLA, - M. SAVINO, *L'Italia e gli altri sistemi FOIA: convergenza at last?, cit.*

²⁷ Sul punto, *ex multis*, Cons. St., Sez. V, sentenza 20 marzo 2019, n. 1817; TAR. Lazio (Roma), Sez. I, sentenza 8 marzo 2018, n. 2628; TRGA. Trento, sentenza 23 gennaio 2017, n. 21.

²⁸ TAR Toscana, Sez. II, sentenza 20 dicembre 2019, n. 1748.

la P.A. dovrebbe *comunque* – ed in presenza dei presupposti legittimanti l’una o l’altra richiesta²⁹ – valutare l’applicabilità della disciplina più favorevole al richiedente³⁰, al fine di assicurare la *tutela preferenziale all’interesse conoscitivo*³¹ del cittadino. Tale orientamento deriva dalla presa d’atto che l’amministrato potrebbe non possedere le conoscenze giuridiche di cui è in possesso l’amministrazione e pertanto, sussisterebbe, primo tra tutti, un “dovere di assistenza” dell’amministrazione nei confronti del cittadino, che si espliciterebbe nell’attuazione di un effettivo “dialogo cooperativo”. Tale concezione avrebbe, inoltre, il pregio di garantire una più elevata coerenza sistematica tramite una maggiore “intercambiabilità” degli istituti.

A fronte dei contrapposti orientamenti che hanno polarizzato la giurisprudenza amministrativa, la Plenaria, nell’avallare tale seconda ricostruzione, ha chiarito che, ferma restando la coesistenza nell’ordinamento di diversi regimi di accesso governati da diverse *rationes*, il privato può formulare l’istanza con riferimento all’uno o all’altro istituto. L’ammissibilità del concorso tra le diverse forme di accesso, infatti, al di là di specifiche discipline speciali³², deve ritenersi giustificata, sul piano generale, dall’art. 5, comma 11, del d.lgs. n. 33/2013 nella parte in cui prevede che, oltre all’accesso civico semplice di cui al comma 1 e a quello generalizzato di cui al comma 2, restano ferme anche «*le diverse forme di accesso degli interessati previste dal capo V della legge 7 agosto 1990, n. 241*». In tal senso, infatti, la compresenza nell’ordinamento di una pluralità di declinazioni in materia di accesso non può comprimere *tout court* il bisogno conoscitivo del cittadino.

Se ciò è vero in via generale, la Plenaria chiarisce che, in particolare, tale ragionamento deve applicarsi anche nel settore della contrattualistica pubblica, governato da principi di trasparenza e pubblicità, nel quale, altrimenti, verrebbe a configurarsi una zona franca, soggetta a «*segreti di fatto*»³³.

Dirimendo le incertezze interpretative circa il rapporto intercorrente tra le differenti discipline generali in materia di accesso e, in particolare, pronunciandosi favorevolmente circa la possibilità di una

²⁹ Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 29 aprile 2019, n. 2737, par. 10, secondo cui «rispetto ad una complessa domanda di accesso civico generalizzato e, in alternativa, documentale proposta dall’accedente, l’amministrazione che detiene la documentazione richiesta può, (anch’essa) alternativamente, fare applicazione di un istituto piuttosto che dell’altro, in ragione dell’esito della verifica circa la sussistenza dei presupposti legittimanti l’una o l’altra richiesta». Sul punto, più recentemente, TAR Sicilia (Catania), Sez. IV, sentenza 28 ottobre 2020, n. 2819; TAR Piemonte, Sez. II, sentenza 12 novembre 2020, n. 720; TAR Lazio (Roma), Sez. II-quater, sentenza 9 dicembre 2020, n. 13188.

³⁰ Così, *ex multis*, TAR Lombardia (Milano), Sez. IV, sentenza 11 gennaio 2019, n. 45; TAR Toscana (Firenze), Sez. II, sentenza 15 gennaio 2019, n. 84; TAR Toscana (Firenze), Sez. I, sentenza 26 aprile 2019, n. 611; Cons. Stato, Sez. III, 5 giugno 2019, n. 3789; TAR Campania (Napoli), Sez. VI, 10 dicembre 2019, n. 5837.

³¹ In dottrina, sul punto, A. MOLITERNI, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 505 ss; cfr. anche circolare Dipartimento della Funzione Pubblica, n. 1/2017, par. 2.2. secondo cui «l’istituto dell’accesso generalizzato assicura una più ampia tutela all’interesse conoscitivo, qualora non sia specificato un diverso titolo giuridico della domanda, la stessa dovrà essere trattata dall’amministrazione come richiesta di accesso civico generalizzato».

³² Il riferimento è alla disciplina prevista nel settore dei Contratti Pubblici.

³³ Così, al par. 25.4 della sentenza, i “segreti di fatto” vengono contrapposti ai “segreti di diritto”, espressamente previsti dalla legge. Sul punto, in dottrina, nota di L. IANNOTTA, *I rapporti tra accesso tradizionale ed accesso civico generalizzato: la riqualificazione dell’istanza di accesso in corso di giudizio*, in *Foro Amministrativo*, III, fasc. 7-8, 2020, p. 1373 ss.

riqualificazione dell'istanza, l'intervento della Plenaria si è mostrato particolarmente significativo: essa, infatti, chiarendo i rapporti problematici tra l'accesso documentale e l'accesso civico generalizzato, ha ammesso la possibilità di una modifica del titolo giuridico dell'istanza di accesso sia nel caso in cui il cittadino, in sede di presentazione della domanda non opti chiaramente per un regime, sia nel caso in cui, pur avendola espressamente qualificata secondo uno dei due regimi, non risulti chiara la volontà del richiedente di escludere l'altra via³⁴. In altri termini, laddove il cittadino – del tutto legittimamente – presenti entrambe le istanze in unico atto, l'amministrazione ha il dovere di esaminare le stesse, ancorché formulate in modo indistinto, duplice o ancipite. Proprio superando tale contraddizione, la Plenaria ha risolto numerosi equivoci che hanno caratterizzato, a seguito dell'introduzione della disciplina sull'accesso civico generalizzato, non solo la ricostruzione della struttura e dei rapporti intercorrenti tra gli istituti, ma anche l'idea stessa della trasparenza amministrativa, fugando ogni dubbio circa la possibilità di limitarne la portata alla mera realizzazione dei diversi interessi pubblici cui l'orientamento c.d. funzionalista tendeva, invece, ad ascriverla.

4. L'intervento del Tar Lombardia e i persistenti tentativi di funzionalizzazione del diritto di accesso

Nonostante i principi di diritto espressi nella richiamata sentenza dell'Adunanza Plenaria si pongano come fondamentale insegnamento ai fini di una corretta interpretazione ed applicazione dell'istituto dell'accesso, persistono, ancora oggi, numerosi tentativi volti a restringere la portata dell'istituto dell'accesso civico generalizzato a favore di un ancoraggio dell'accesso procedimentale quale unico strumento a valenza generale. Ascrivibile a tale tentativo di funzionalizzazione del diritto di accesso è, infatti, la pronuncia del giudice lombardo. Essa trae origine dalla presentazione di un'istanza di accesso formulata ai sensi dell'art. 22 e ss. della legge n. 241/1990, nonché, per ciò che occorresse, ai sensi del d.lgs. n. 33/2013 da parte della società Domina s.c. a r.l., società di servizi, nei confronti del Comune di Milano. La società era risultata aggiudicataria in una gara ad evidenza pubblica indetta dal Comune per l'affidamento di servizi di accoglienza, *reception* e custodia presso le sedi dei musei civici e delle mostre del Comune e, a seguito della risoluzione del contratto di adesione alla Convenzione Consip, già stipulato tra una diversa ditta (Romeo Gestioni S.p.A.) e l'amministrazione, subentrava nel contratto anche per l'ulteriore affidamento del "Servizio di pulizia da eseguirsi negli immobili in uso alla Civica Amministrazione" sino al 2017. All'atto della cessazione del servizio, l'amministrazione ometteva di

³⁴ Sul punto, par. 8 della sentenza «*Il solo riferimento dell'istanza ai soli presupposti dell'accesso documentale non preclude alla pubblica amministrazione di esaminare l'istanza anche sotto il profilo dell'accesso civico generalizzato, laddove l'istanza contenga sostanzialmente tutti gli elementi utili a vagliarne l'accoglimento sotto il profilo "civico", salvo che il privato abbia inteso espressamente far valere e limitare il proprio interesse ostensivo solo all'uno o all'altro aspetto*».

conteggiare, ai fini del pagamento, numerose ore in cui il servizio era stato svolto e, pertanto, la società aggiudicataria citava in giudizio il Comune innanzi al Tribunale Civile di Milano. Proprio in pendenza del giudizio in sede civile, la società formulava nei confronti dell'amministrazione una richiesta di ostensione della documentazione di gara. Tale documentazione, attinente al rapporto contrattuale tra l'Amministrazione e la società Romeo Gestioni S.p.A., anteriore al 2017, secondo la ricorrente, si dimostrava non solo funzionale alla conoscibilità degli atti contrattuali dai quali fossero evincibili i patti e le condizioni economiche applicate alla Romeo, ma anche necessaria ai fini del pieno esercizio del diritto di difesa in sede giurisdizionale e, conseguentemente, della corretta definizione del pendente giudizio in sede civile. Di fronte al diniego dell'istanza da parte dell'amministrazione, motivato sulla genericità ed indeterminatezza della richiesta, la società attivava il giudizio dinanzi al giudice amministrativo.

I giudici amministrativi, decidendo sulla questione, hanno negato l'applicabilità dell'accesso documentale per l'assenza di un "collegamento" tra la posizione giuridica soggettiva del richiedente e i documenti per i quali era richiesta l'ostensione. Secondo il collegio, infatti, non sussisterebbero i presupposti richiesti dalla legge consistenti non soltanto nella presenza di una posizione giuridicamente tutelata, ma anche nel collegamento tra la stessa e il documento per il quale è richiesta l'ostensione³⁵. Poiché, secondo il collegio, *«la posizione sostanziale è la causa e il presupposto dell'accesso documentale e non la conseguenza, e la sua esistenza non può quindi essere costruita sulle risultanze, eventuali, dell'accesso documentale»*, in mancanza di tale collegamento l'esercizio del diritto si presenterebbe come pretestuoso e temerario per radicale assenza dei presupposti legittimanti e l'istanza sarebbe espressamente vietata dalla legge perché finalizzata ad un controllo generalizzato sull'attività pubblicistica o privatistica dell'amministrazione.

D'altra parte, con specifico riguardo all'accesso difensivo di cui all'art. 24, co. 7, l. 241/1990, il T.A.R. lombardo ha affermato che *«non può considerarsi sufficiente nell'istanza di accesso un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare»*. In questa prospettiva, viene espressamente richiamato il recente orientamento del Consiglio di Stato secondo cui deve essere escluso l'accesso laddove vi siano istanze nelle quali il riferimento ad esigenze probatorie e difensive sia meramente generico e non adeguatamente giustificato. Secondo tale orientamento, ancorato ad una – non condivisibile – interpretazione teleologica della normativa sull'accesso, la volontà del legislatore

³⁵Secondo il Collegio, p. 5 della sentenza, *«essere titolare di una situazione giuridicamente tutelata non è una condizione sufficiente perché l'interesse rivendicato possa considerarsi 'diretto, concreto e attuale', essendo anche necessario che la documentazione cui si chiede di accedere sia collegata a quella posizione sostanziale, impedendone o ostacolandone il soddisfacimento»*. In relazione all'assenza di una legittimazione soggettiva della richiedente, il collegio ritiene che gli atti oggetto di richiesta di accesso riguardino un rapporto contrattuale intercorrente tra l'amministrazione e la società originariamente appaltatrice, a cui la richiedente sarebbe totalmente estranea.

sarebbe quella di esigere che le finalità dell'ostensione siano dedotte e rappresentate dall'istante in modo puntuale e specifico e che siano adeguatamente motivate, così da permettere all'amministrazione di valutare la sussistenza del nesso di strumentalità necessaria tra il documento richiesto e la situazione controversa³⁶.

Per quel che più rileva, una volta accertato il difetto dei presupposti richiesti *ex lege* ai fini dell'accesso documentale, il T.A.R. ha ritenuto *comunque* non applicabile la disciplina di cui al d.lgs. n. 33/2013, in materia di accesso civico generalizzato, negando la possibilità di una riqualificazione della stessa istanza in sede giurisdizionale. Secondo i giudici, «l'art. 5 del d.lgs. 33/2013, pone infatti quale limite all'accesso civico la 'tutela di interessi giuridicamente rilevanti'» i quali, laddove non rinvenibili in capo al richiedente e non adeguatamente indicati nell'istanza, non consentono di applicare la disciplina dell'accesso civico generalizzato.

La concreta operatività della disciplina sull'accesso, così come oggi declinato, ha fatto sì che diventassero stridenti i contrasti in merito ai principali profili di funzionamento dell'istituto, sia sotto gli aspetti sostanziali che sotto gli aspetti procedurali³⁷ e ciò in ragione della suddetta sovrapposizione di tali istituti in assenza di un effettivo coordinamento³⁸.

Nella fattispecie esaminata dal Tribunale amministrativo lombardo, in particolare, vengono in rilievo le incertezze circa la ricostruzione del rapporto tra il diritto di accesso documentale di cui alla l. n. 241/1990 e l'istituto dell'accesso civico generalizzato nel momento di presentazione della medesima istanza di accesso. I giudici amministrativi, infatti, hanno sostenuto che la qualificazione con cui un soggetto pretende l'ostensione in relazione ad una disciplina non possa essere valutata diversamente laddove la suddetta richiesta venga vagliata secondo il «*cono prospettivo di una disciplina differente*» dovendo, il sistema complessivo, essere coordinato ed integrato. Secondo i giudici, pertanto, l'accesso civico non può costituire una sorta di «*lascia passare*» attribuito al soggetto che, in base alla disciplina di cui alla l. 241/1990, non sia titolare di una posizione giuridica tutelabile in relazione alla domanda di accesso³⁹. In altre parole,

³⁶ Così, Cons. Stato, Adunanza Plenaria 18 marzo 2021, n. 4, par. 18.1 secondo cui «*La volontà del legislatore è di esigere che le finalità dell'accesso siano dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate con idonea documentazione (ad es. scambi di corrispondenza; diffide stragiudiziali; in caso di causa già pendente, indicazione sintetica del relativo oggetto e dei fatti oggetto di prova; ecc.), così da permettere all'amministrazione detentrica del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta sub specie di astratta pertinenza con la situazione "finale" controversa.*

³⁷ Sul punto, cfr. A. MOLITERNI, *La via italiana al FOIA: bilancio e prospettive*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1, 2019, p. 23 ss.; G. GARDINI, *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal "FOIA Italia"*, in *federalismi.it*, n. 19/2018.

³⁸ I tentativi di ricostruzione di un coordinamento tra i tre tipi di accesso sono avvenuti principalmente ad opera della giurisprudenza. Sul punto, ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, sentenza 20 marzo 2019, n. 1817, ha richiamato le diverse forme di accesso «*per dar conto delle ragioni di una convivenza tra istituti che, altrimenti, avrebbero finito per sovrapporsi l'uno all'altro, in modo irragionevole.*» In dottrina, si v., E. CARLONI, F. GIGLIONI, *Three transparencies and the persistence of opacity in the Italian government system*, *cit.*, p. 285 ss.

³⁹ Così, nella sentenza in commento «*Il rapporto tra la disciplina generale dell'accesso documentale e quella dell'accesso civico generalizzato deve essere letto secondo un canone di integrazione dei diversi regimi (cfr. Ad. Plen. n. 10/2020). La qualificazione con cui un soggetto pretende l'ostensione in relazione ad una disciplina non può essere vista diversamente se quella richiesta viene vagliata secondo il*

la maggiore ostensibilità connaturata all'applicazione delle norme sull'accesso civico generalizzato non può fungere da *passerpartout*, a cui far ricorso in tutti quei casi in cui il richiedente non abbia a disposizione sufficienti elementi per motivare la domanda e non possa essere utilizzato l'accesso documentale in mancanza di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso.

A supporto delle proprie argomentazioni, il T.A.R. richiama la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2020, laddove il Supremo Collegio fonda il rapporto tra le diverse tipologie di accesso non secondo un criterio di specialità e, dunque, di esclusione reciproca, ma secondo «*un canone ermeneutico di completamento/inclusione, in quanto la logica di fondo sottesa alla reazione tra le discipline non è quella della separazione, ma quella dell'integrazione dei diversi regimi, pur nelle loro differenze*».⁴⁰

E tuttavia, proprio tale richiamo non appare del tutto convincente, soprattutto alla luce di una lettura più attenta della portata della Plenaria. Quest'ultima, infatti, nel chiarire la diversa funzione dei due istituti, ha affermato il principio di diritto in base al quale l'amministrazione avrebbe il potere-dovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell'accesso civico generalizzato, «*a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l'istanza solo con specifico riferimento ai profili della l. n. 241 del 1990 senza che il giudice amministrativo possa mutare il titolo dell'accesso, definito dall'originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla pubblica amministrazione all'esito del procedimento*»⁴¹.

Tale enunciazione di principio è foriera di importanti conseguenze, soprattutto sul piano procedimentale, in relazione alla concreta operatività dell'istituto in quanto viene così ad essere introdotto un vincolo che dal procedimento si traspone al processo, poiché, laddove l'amministrazione accerti l'inammissibilità di un'istanza di accesso qualificata espressamente in virtù dell'accesso procedimentale, essa non può convertire l'istanza secondo una diversa disciplina, né il giudice può farlo in corso di giudizio, data l'impossibilità di modifica del titolo in sede giurisdizionale⁴². Come affermano i giudici di Palazzo Spada, del resto, «*electa una via in sede procedimentale, alla parte è preclusa la conversione dell'istanza da un modello all'altro, che non può essere né imposta alla pubblica amministrazione né ammessa – ancorché su impulso del privato – in sede di riesame o di ricorso giurisdizionale, ferma restando però, come si è già rilevato, la possibilità di strutturare in termini*

cono prospettico di una disciplina differente, dovendo il sistema complessivo essere coordinato ed integrato. L'accesso civico, detto altrimenti, non può costituire una sorta di lascia passare attribuito al soggetto che, in base alla generale disciplina ex L. 241/1990, non sia titolare di una posizione giuridica tutelabile in relazione alla domanda di accesso.».

⁴⁰ Cons. Stato, Ad. Plen. n. 10/2020, *cit.* par. 25.1

⁴¹ Cons. Stato, Ad. Plen. n. 10/2020, *cit.*, par. 11.1.

⁴² F. MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, in *federalismi.it*, n. 20/2021, p. 162 ss.

*alternativi, cumulativi o condizionati la pretesa ostensiva in sede procedimentale*⁴³. Secondo il collegio, infatti, non è mai realizzabile – neppure ad opera del privato – un’inversione tra procedimento e processo, che si verificherebbe nel caso in cui nel processo venissero introdotte pretese o ragioni nuove, che si sarebbero dovute esprimere, invece, in fase procedimentale⁴⁴. In tal senso, nel risolvere il contrasto interpretativo circa il rapporto intercorrente tra le differenti istanze di accesso avanzate in sede procedimentale, prevarrebbe una “*riserva di amministrazione*”⁴⁵, in quanto l’interesse conoscitivo dell’amministrato deve essere fatto valere *innanzitutto* all’interno del procedimento, di modo che possa essere valutato dalla pubblica amministrazione nell’esercizio del proprio potere. Al giudice, infatti, in virtù della previsione di cui all’art. 34, c.p.a., è preclusa la possibilità di pronunciarsi su un potere non ancora esercitato.

Non può sostenersi che si possa chiedere al giudice, *primum tempus*, in sede giurisdizionale, la modifica del titolo legittimante l’accesso, ma al contrario, ad egli non può essere impedita qualsivoglia possibilità di qualificare un’istanza priva di un *nomen*.

La su-richiamata pronuncia del Consiglio di Stato in composizione Plenaria ha consentito di razionalizzare il controverso rapporto tra i due tipi di accesso⁴⁶, in ragione della tutela dell’“*anelito ostensivo*” del cittadino e dell’esigenza di evitare eccessivi formalismi e aggravii procedurali. Questi svilirebbero l’effettiva portata dell’istituto e si porrebbero in contrasto con le esigenze di economicità e speditezza dell’azione amministrativa.

Con particolare riferimento al differente, ma strettamente connesso profilo dell’accesso civico in materia di contratti pubblici, poi, la Plenaria ha chiarito che è comunque necessario valorizzare la diversa *ratio* che governa i due strumenti di accesso. Secondo i giudici, infatti, «*non può escludersi che un’istanza di accesso documentale, non accoglibile per l’assenza di un interesse attuale e concreto, possa essere invece accolta sub specie di accesso civico generalizzato*»⁴⁷, fermi restando i limiti previsti all’art. 5-bis D. lgs. n. 33/2013.

Sulla base di tali rilievi, risulta evidente come la differente interpretazione fornita dai giudici amministrativi lombardi non possa essere condivisa, in quanto essa, ponendosi in contrasto con i principi dettati dalla richiamata Adunanza Plenaria, sembra escludere qualsiasi spazio di applicazione della disciplina

⁴³ Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/2020, *cit.* par. 11.5.

⁴⁴ Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/2020, *cit.* par. 11.6.

⁴⁵ Così, F. MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell’Adunanza plenaria*, *cit.* p. 162.

⁴⁶ Le incertezze circa la gestione dei due istituti si sono accentuate anche in relazione ai doveri incombenti in capo all’amministrazione: da un lato, da più parti si ritiene che l’amministrazione dovrebbe valutare l’istanza esclusivamente alla luce del *petitum* del cittadino che abbia ancorato l’istanza ad una normativa specifica, dall’altro, l’amministrazione, ai fini di una maggiore garanzia di soddisfacimento dell’interesse conoscitivo, dovrebbe *comunque* valutare quale sia il regime più favorevole a soddisfare le esigenze del richiedente. Sul punto, la Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 1/2017 precisa che «*qualora non sia specificato un diverso titolo giuridico della domanda, la stessa dovrà essere trattata dall’amministrazione come richiesta di accesso generalizzato*».

⁴⁷ Cons. Stato, Ad. Plen. n. 10/2020, *cit.*, par. 9.4.

dell'accesso civico generalizzato alla materia dei contratti pubblici, sulla base di una lettura limitativa del principio di specialità.

Se si aderisse all'orientamento del Tar Milano, infatti, il pregiudizio derivante dal mancato coordinamento della disciplina determinerebbe una ulteriore frustrazione dell'esigenza di assicurare il soddisfacimento sostanziale del bisogno conoscitivo del richiedente.

Da questo punto di vista, anche nella pronuncia in commento sembra confermarsi una certa tendenza interpretativa a leggere le innovazioni apportate dall'accesso civico generalizzato attraverso le *lenti* dell'accesso procedimentale⁴⁸, con la evidente compromissione dell'effettiva capacità dell'accesso civico di realizzare il cambiamento di rotta nei rapporti tra pubblici poteri e soggetti privati verso l'*accessibilità totale*. Infatti, nel caso in esame, il più esteso ambito di applicazione oggettivo e soggettivo che caratterizza l'accesso civico generalizzato viene ad essere messo in discussione dalla verifica circa l'effettiva idoneità della richiesta di accesso ad assicurare il soddisfacimento di ulteriori finalità pubbliche, secondo una prospettiva di inammissibile funzionalizzazione del diritto di accesso civico generalizzato che non trova fondamento nella disciplina legislativa⁴⁹. Alla luce di tale prospettiva, l'accesso civico verrebbe ad essere degradato a situazione strumentale al diritto alla conoscibilità, tutelabile nei limiti della sussistenza di un interesse pubblico alla divulgazione delle informazioni e, quindi, a configurarsi come diritto servente alla soddisfazione di un principio o interesse di rango "superiore" e avente carattere generale. Si tratta di una prospettiva che, come *supra* accennato, in fondo, risente del più radicato convincimento per cui sarebbe l'accesso procedimentale – soprattutto nella materia conflittuale dei contratti pubblici – lo strumento generale e privilegiato di trasparenza *reattiva*.

5. Le prospettive del diritto ad accesso tra dimensione individuale e dimensione solidaristica

A dispetto di quanto emerge dalla sentenza in commento, la quale, come detto, si pone in evidente contrasto con l'interpretazione fornita dalla Plenaria, sotto il profilo dogmatico, il diritto di accesso andrebbe invece riconosciuto come diritto dell'individuo, sebbene avente una chiara connotazione solidaristica. Esso, infatti, assolve ad una funzione di rilievo sociale e viene a configurarsi quale diritto "*pieno*", avulso da qualsiasi limitazione in merito alla predeterminazione di un vincolo di scopo, in quanto costituisce premessa autonoma e fondamentale per il corretto esercizio di qualsivoglia altro diritto e come *condicio sine qua non* per il miglior soddisfacimento degli altri diritti fondamentali che l'ordinamento

⁴⁸ Sul punto, cfr. A. MOLITERNI, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 505 ss.

⁴⁹ Conformi alla ricostruzione del diritto di accesso in chiave funzionalistica sono le tesi sostenute in dottrina da C.G. WEERAMANTRY, *Access to information: A New Human Right. The Right to Know*, in *Asian Yearbook of International Law*, vol. 4, 1994, p. 101 ss. Sul rapporto tra la teoria c.d. "individualista" e la teoria c.d. "funzionalista" del diritto di accesso, si v., C. CUDIA, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione*, in *Dir. Pubbl.*, fasc. 1/2007; L. GIZZI, *L'interesse conoscitivo del proprietario confinante tra accesso documentale e accesso civico generalizzato*, in *federalismi.it*, n. 29/2021.

giuridico riconosce e garantisce alla persona⁵⁰. L'esigenza di una maggiore certezza attraverso cui elevare il diritto di accesso a valore di rilievo primario e costituzionale è stata colmata dall'art. 10 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, in tema di protezione della libertà di espressione nonché dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tale materia.

In virtù dell'art. 10 CEDU, infatti, il diritto di accesso si atteggia quale diritto fondamentale⁵¹, la cui *ratio* si rinviene nella necessità di “*contribuire al miglior soddisfacimento degli altri diritti fondamentali che l'ordinamento giuridico riconosce alla persona*”⁵², poiché consente al cittadino di giungere alla propria libera autodeterminazione. Sul piano nazionale, quindi, il grimaldello per il riconoscimento del diritto di accesso in chiave solidaristica può essere facilmente rinvenuto nell'art. 2 della Costituzione italiana. Proprio in tal senso, allora, il diritto di accesso si pone come “precondizione” per il godimento e l'esercizio di altri diritti, poiché, soltanto una effettiva garanzia della “visione” consente la piena autodeterminazione dell'individuo. Non deve essere quindi considerato strumentale, ma addirittura prodromico alla tutela e all'affermazione stessa dei diritti e, per tale via, sembra potersi affermare che, insieme alla “voce”, la garanzia della “visione” costituisca *l'habeas corpus* del diritto amministrativo.

Il diritto a conoscere del cittadino non può quindi essere letto all'interno di una anacronistica dicotomia del rapporto autorità-libertà – così come avverrebbe se si considerasse il diritto di accesso quale “lasciapassare”, ossia quale diritto “concesso” – ma richiede, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, che esso sia elevato a diritto fondamentale dell'individuo, in un'ottica individualista, ma al contempo solidaristica⁵³. Proprio in virtù di tale necessità, il diritto di accesso civico dovrebbe essere più saldamente ancorato, dal punto di vista del fondamento costituzionale, al richiamato art. 10 della Convenzione che, ai sensi dell'art. 117 Cost., funge da norma interposta. La Convenzione, sebbene non faccia espreso riferimento al diritto di accesso, sancisce espressamente il diritto alla libertà di espressione, riconoscendo “*a ogni persona*” la libertà di “*ricevere o di comunicare*” informazioni o idee senza

⁵⁰Cons. Stato, Ad. Plen. n. 10/2020, *cit.* par. 15.2 e 23.2.

⁵¹A livello sovranazionale, sulla concezione del diritto di accesso come diritto fondamentale, si v. *Regno dei Paesi Bassi c. Consiglio dell'Unione Europea*, CGUE, Concl., 28 novembre 1995, causa C-58/94, par. 16, in cui si evidenzia come negli Stati membri vi fosse, già all'epoca, “*una progressiva e sempre più ampia affermazione del diritto dell'individuo ad accedere alle informazioni ufficiali, o come sviluppo di diritti precedentemente riconosciuti all'individuo o come diritto autonomo, frutto di un'evoluzione nella concezione dei rapporti tra amministrazione e cittadini, o, in termini generali, tra governanti e governati*” e, pertanto, “*il diritto di accedere alle informazioni è configurato, in maniera sempre più evidente, come un diritto civile fondamentale*” che trova fondamento giuridico nel principio democratico, di cui costituisce elemento essenziale”. Più di recente, sulla qualificazione del diritto di accesso come “*special fundamental right*”, si v. *Gaby Thesing e Bloomberg Finance LP c. Banca Centrale Europea (BCE)*, CGUE, causa C-28/13, par. 73.

⁵² Cfr. H.J. BLANKE – R. PERLINGEIRO (Eds.), *Essentials of the Right of Access to Public Information: An Introduction*, in H.J. BLANKE – R. PERLINGEIRO, (Eds.) *The right of Access to Public Information*, 2018; R. PELED, Y. RABIN, *The Constitutional Right to Information*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2011, 42, p. 357 ss.

⁵³ In dottrina, si v., sul punto, M. SAVINO, *Il FOLA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 5, 2016, p. 593 ss.; M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Ist. Fed.*, 2013, p. 429 ss.

che vi possa essere ingerenza da parte dei pubblici poteri⁵⁴. In tale prospettiva, allora, sembra potersi sostenere come una corretta interpretazione della portata dell'istituto non possa prescindere dal riferimento all'art. 10 CEDU e alle conseguenze che, sul piano della disciplina, tale ancoraggio comporta. In tal senso, infatti, esso viene a configurarsi quale strumento elettivo per assicurare il pieno sviluppo della persona umana e per garantire il concreto e migliore esercizio dei diritti, sia a livello nazionale che sul piano sovranazionale. Deve quindi esserne valorizzata la sua dimensione *innanzitutto* soggettiva⁵⁵.

Al tempo stesso, però, l'ampia consistenza che oggi viene attribuita a tale diritto consente di esaltare la sua dimensione "*ultra-individuale*" e, rifuggendo da apparenti contraddizioni tra le suddette connotazioni, permette di sostenere la loro piena complementarità e stretta inscindibilità: da un lato, infatti, non può negarsi la connotazione personalistica, consistente nell'esercizio di un diritto fondamentale dell'individuo; dall'altro, tale connotazione assume dimensioni solidaristiche, poiché, soltanto una piena apertura dell'amministrazione a rendere disponibili dati e informazioni in proprio possesso consentirebbe di realizzare una conoscenza diffusa sull'effettivo utilizzo del potere nello Stato democratico⁵⁶, nel rispetto del buon funzionamento dell'amministrazione, nell'ottica di una trasparenza *proattiva*. Tale proattività, nell'epoca del costituzionalismo moderno, non può essere qualificata, in accezione critica, come obbligo incombente in capo all'amministrazione ma come regola a valenza generale, connaturata alla stessa logica dei sistemi improntati alla libertà dell'informazione e all'*open government*. Quest'ultimo è caratterizzato, *inter alia*, dalla trasparenza e dalla partecipazione quali garanzie di *accountability* dell'amministrazione. In tal senso l'amministrazione deve essere aperta alla conoscenza collettiva, la quale è funzionale a garantire la disponibilità di dati di affidabile provenienza pubblica e ad evitare il diffondersi di "*pseudocoscienze e pseudocoscienze*"⁵⁷.

Proprio la complementarità tra la dimensione personalistica e la dimensione *anche* solidaristica dell'istituto consente di rifuggire da quegli orientamenti tendenti ad una sua funzionalizzazione, in quanto appare erronea una confusione tra la *ratio* dell'istituto e l'interesse del richiedente che, al momento di

⁵⁴ Sul punto, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza *Studio Monitori and Others vs. Georgia*, 30 gennaio 2020, ha interpretato estensivamente l'art. 10, garantendo al cittadino la conoscibilità delle informazioni in possesso delle istituzioni ai fini "*dell'esercizio effettivo del diritto individuale di esprimersi e per alimentare il dibattito pubblico su materie di interesse generale*". In tale prospettiva, il diritto a ricevere le informazioni, pur in assenza di un'esplicita elevazione a diritto fondamentale, assolve alla funzione di precondizione per l'esercizio della piena libertà di espressione. Si veda anche, *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, CGUE, Grande Camera, 8 novembre 2016, ricorso n. 18030/11, in cui la Corte ha ritenuto come alla luce dei fatti fosse necessario accertare preliminarmente "*whether and to what extent article 10 of the European Convention embodies a right of access to State-held information*". A livello nazionale, anche la Corte costituzionale, con la sentenza del 21 febbraio 2019, n. 20, p. 2.2., ha riconosciuto il rango costituzionale del diritto «*dei cittadini ad accedere ai dati e alle informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni*».

⁵⁵ A. MOLITERNI, *op. cit.*, p. 505 ss.

⁵⁶ Cfr. M.G. LOSANO, *Trasparenza e segreto: una convivenza difficile nello Stato democratico*, in *Dir. Pubbl.*, 3, 2017; E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Santarcangelo di Romagna, 2014; M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici*, *cit.*, p. 453 ss.

⁵⁷ M. SAVINO, *op. cit.*, p. 453.

presentazione dell'istanza, può ben non essere altruistico o sociale e, soprattutto, non può essere soggetto ad un filtro di meritevolezza⁵⁸.

Inoltre, si ha il superamento delle tesi aderenti alla c.d. *teoria funzionalista* del diritto di accesso se si assume quale punto di osservazione il dettato costituzionale. Infatti, riconoscendo la natura di libertà fondamentale all'istituto dell'accesso, come *supra* descritta, il limite della sussistenza di interessi pubblici rilevanti si avrà soltanto in relazione agli interessi pubblici o privati di pari rango, non potendosi sostenere, invece, che sussistano interessi “superiori” cui l'istituto possa sempre essere piegato. Nei confronti di tali eccezioni, infatti, in virtù della riserva di legge posta all'art. 10 CEDU, si pone chiaramente un potere vincolato e di stretta interpretazione dell'amministrazione⁵⁹ consistente nella “sussunzione del caso nell'ambito dell'eccezione assoluta”. All'amministrazione, infatti, sarebbe vietata la possibilità di creare un c.d. “*bucò nero della trasparenza*”⁶⁰, in quanto ad essa è preclusa, in *subiecta materia*, la possibilità di operare in via discrezionale.

In conclusione e a fronte degli approdi cui sembrano essere pervenute la dottrina e la giurisprudenza più attente in materia, i diversi orientamenti che animano tutt'oggi la disciplina del diritto di accesso sembrano condurre, *de iure condendo*, verso l'esigenza di una riduzione e di una uniformazione degli strati della trasparenza, al fine di evitare che la diversità delle discipline e delle *rationes* sottese al diritto di accesso possano portare ad esiti interpretativi che limitino e non potenzino il livello di trasparenza. Sembrano quindi necessarie una più ampia e consapevole regolazione dell'istituto ed un ripensamento dello stesso sistema di trasparenza amministrativa, tramite una *reductio ad unum* delle scelte di valore compiute dal legislatore, con il precipuo obiettivo di garantire la piena ed effettiva soddisfazione del bisogno conoscitivo del richiedente e, proprio in tale prospettiva, di evitare i numerosi profili di incertezza che oggi ricadono sui cittadini, amministrazioni, giudici, e, ancor prima, sullo stesso legislatore. Diversamente operando – come il legislatore ha fatto sin dal 2013 e come è dimostrato dalle decisioni della giurisprudenza in materia – si rischierebbe una collisione interna al sistema e ancor di più uno svilimento della funzione stessa dell'istituto dell'accesso. Il legislatore, in altre parole, dovrebbe compiere una scelta di principio e, in particolare, una scelta improntata a garantire congiuntamente la tutela della dimensione individuale e di quella solidaristica.

⁵⁸ Cons. Stato, Ad. Plen. n. 10/2020, *cit.* par. 37.2. Sul punto, di recente, A. CORRADO, *Il tramonto dell'accesso generalizzato come “accesso egoistico”*, in *federalismi.it*, n. 11/2021, p. 203; G. GARDINI, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, in *Foia Italia: vincitori e vinti. cit.*; E. GARNIERI, *Accesso civico generalizzato: àrbitri e arbitri*, in *federalismi.it*, n. 29/2020.

⁵⁹ A. MOLITERNI, *op. cit.*, p. 505 ss.

⁶⁰ Cons. Stato, Ad. Plen. n. 10/2020, par. 25.4. e 25.5.