

Barbara Montini

Il procedimento amministrativo e l'evoluzione del principio di trasparenza tra accessibilità totale e tutela della riservatezza

1. PREMESSA

Il procedimento amministrativo rappresenta argomento di largo respiro, oltreché di grande fascino per gli studiosi del diritto amministrativo, poiché esso coinvolge sia l'attività amministrativa che l'organizzazione della Pubblica Amministrazione, con un indubbio, importante, impatto sociale.

È per questo motivo che la normativa, a partire dalla legge 241/1990, attraverso le leggi Bassanini, fino ad arrivare alle più recenti legge 190/2012 e alla legge 124/2015 (con l'obiettivo ambizioso di una riforma strutturale della Pubblica Amministrazione), ha inciso sia sull'uno che sull'altro versante.

L'esigenza di innovazione e, soprattutto, di una non più procrastinabile riforma della pubblica amministrazione, cui oggi si accompagna una pressante esigenza di prevenzione di fenomeni corruttivi dilaganti costituivano, e costituiscono, una spinta costante per l'introduzione e/o la modifica degli istituti procedurali. La consapevolezza che un tale traguardo non possa essere raggiunto senza una e-(ri)voluzione della pubblica amministrazione in senso digitale, emerge in maniera chiara e precisa dalle deleghe contenute nella recente legge 124/2015.

In particolare nell'art. 1, c. 1 lett. b) era contenuta la delega al Governo allo scopo di «ridefinire e semplificare i procedimenti amministrativi, in relazione alle

esigenze di celerità, certezza dei tempi e trasparenza nei confronti dei cittadini e delle imprese, mediante una disciplina basata sulla loro digitalizzazione e per la piena realizzazione del principio “innanzitutto digitale” (*digital first*), nonché l’organizzazione e le procedure interne a ciascuna amministrazione».

Si tratta di un intervento concepito come *multidimensionale*, non più strettamente legato al campo prettamente giuridico, che richiede il coinvolgimento di diverse professionalità, non sempre contemporaneamente presenti all’interno del variegato mondo della pubblica amministrazione¹.

La digitalizzazione del procedimento, e di tutta l’attività della pubblica amministrazione, rappresenta lo strumento per consentire la piena attuazione dei principi di pubblicità e trasparenza, soprattutto in virtù degli obblighi introdotti dal D.Lgs. 33/2013, oggetto di un intervento correttivo a seguito dell’esercizio della delega contenuta nell’art. 7 della legge 124/2015, avente lo scopo di revisionare e razionalizzare le disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza che ha visto la luce come D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97 (c.d. FOIA, acronimo di *Freedom of Information Act*).

Proprio con tali riforme si è inteso completare la metamorfosi del principio di trasparenza, ancorato dalla legge 241/1990 al procedimento ed al fascicolo procedimentale, per giungere al principio di accessibilità totale, ovvero alla completa realizzazione di quella *casa di vetro*² che dovrebbe essere la Pubblica Amministrazione, ma alla luce del quale ci si pone ancora una volta il problema, oggi più pressante, del bilanciamento tra trasparenza e diritto alla riservatezza.

Inutile dire che il FOIA non poteva non coinvolgere nuovamente il Garante per la protezione dei dati personali che, nel recente provvedimento 3 marzo 2016, n. 92 sullo schema di decreto, è tornato a riproporre le stesse perplessità, peraltro in

1 Come osservato da Gianni PENZO DORIA, *Il procedimento amministrativo tra digitale e gestione documentale*, in «Pubblica Amministrazione 24 – Speciale Dig Eat», 2016: «In primo luogo, serve il consapevole utilizzo del digitale nativo, posto che gli adempimenti previsti possono essere portati a termine soltanto attraverso l’informatica; in seconda istanza, gli scienziati dell’organizzazione devono poter incidere in un campo solo apparentemente appannaggio del diritto amministrativo e intersecarsi, in una visione trasversale, con giuristi, archivisti, diplomatisti e informatici. In poche parole, è impensabile il lavoro a silos, a compartimenti stagni, a segmenti autistici autoreferenziali all’interno delle amministrazioni pubbliche».

2 La storica ed emblematica immagine risale al discorso pronunciato dall’onorevole Filippo Turati alla Camera dei Deputati nel lontano 1908: «Dove un superiore, pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell’amministrazione dovrebbe essere di vetro». La frase è citata da Francesco CARINGELLA - Roberto GAROFOLI, *L’accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 121.

parte inascoltate, già evidenziate in occasione del precedente parere sullo schema di provvedimento approvato come D.Lgs. 33/2013³.

Si tratta di un bilanciamento certamente difficile da attuare in concreto, nella consapevolezza che la *total disclosure* sia funzionale alla prevenzione della corruzione e ad una dialettica democratica cittadino/Pubblica amministrazione, nonché all'efficacia ed all'efficienza della stessa ma che, tuttavia, come acutamente osservato dallo stesso Ufficio del Garante, occorre considerare che «... è giusto che la Pubblica Amministrazione dev'essere una casa di vetro: ma... i suoi abitanti devono comunque rimanere vestiti!»⁴.

2. L'EVOLUZIONE DEL PRINCIPIO DI TRASPARENZA

La prima legge italiana volta a disciplinare il procedimento amministrativo non enunciava, tra i principi informatori dell'azione amministrativa, il principio di trasparenza, anche se gli artt. 22 e ss. della medesima legge ne rappresentano la concreta traduzione, venendo ad estendere a tutte le pubbliche amministrazioni quel *diritto di accesso agli atti* che qualche mese prima, nel giugno del 1990, l'art. 7 della legge 142 aveva già riconosciuto nei confronti degli atti di Comuni e Province⁵.

Trattasi di principio che non trova, ancora oggi, espressa previsione nella nostra Costituzione, dal momento che il tentativo di colmare una tale lacuna, perseguito

³ www.garanteprivacy.it, doc. web n. 2243168.

⁴ ForumPa 2014 – Roma, 28 maggio 2014, *Le nuove Linee guida del Garante privacy sulla trasparenza nella PA*, Relazione Prof.ssa Licia Califano Componente del Garante per la protezione dei dati personali, in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/export/3236215>.

⁵ Art. 7 legge 8 giugno 1990, n. 142:

«3. Tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale sono pubblici, ad eccezione di quelli riservati per espressa indicazione di legge o per effetto di una temporanea e motivata dichiarazione del sindaco e del presidente della provincia che ne vieti l'esibizione, conformemente a quanto previsto dal regolamento, in quanto la loro diffusione possa pregiudicare il diritto alla riservatezza delle persone, dei gruppi o delle imprese.

4. Il regolamento assicura ai cittadini, singoli e associati, il diritto di accesso agli atti amministrativi e disciplina il rilascio di copie di atti previo pagamento dei soli costi; individua, con norme di organizzazione degli uffici e dei servizi, i responsabili dei procedimenti; detta le norme necessarie per assicurare ai cittadini l'informazione sullo stato degli atti e delle procedure e sull'ordine di esame di domande, progetti e provvedimenti che comunque li riguardano; assicura il diritto dei cittadini di accedere, in generale, alle informazioni di cui è in possesso l'amministrazione».

dalla proposta di modifica costituzionale presentata dal governo Renzi, è naufragato a seguito della bocciatura del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016: sarà, pertanto, ancora necessario ricavare dal sistema della Carta costituzionale il fondamento, al fine di legittimare la scelta del legislatore nazionale nell'imporre obblighi precisi alle pubbliche amministrazioni in grado di incidere in maniera significativa su diritti fondamentali, quali il diritto alla riservatezza ed alla tutela dei dati personali⁶.

L'introduzione del diritto di accesso agli atti rappresentava, certo, una svolta epocale in grado di consentire il superamento del principio del segreto d'ufficio che aveva da sempre pervaso l'azione amministrativa verso una democratizzazione dell'esercizio dei poteri pubblici⁷.

Con la nuova disciplina l'esercizio del potere amministrativo viene a trovare ora una serie di regole in attuazione del principio di legalità dell'azione amministrativa tra cui spiccano, nell'architettura della legge, gli istituti procedurali con il compito di garantire la dialettica tra cittadino e pubblica amministrazione.

Ma poiché proprio la partecipazione ha bisogno della trasparenza, a distanza di quindici anni dall'entrata in vigore della legge 241/1990 il legislatore interviene per correggere quelle prime norme alla luce dell'esperienza maturata sul banco di prova delle amministrazioni italiane e delle aule dei Tribunali amministrativi.

Tra le novità introdotte dalla legge 15/2005, di modifica della legge 241/1990, anche l'inserimento, nei principi di cui all'art. 1, del principio di trasparenza: si tratta di un riconoscimento esplicito, con carattere enunciativo accompagnato, contemporaneamente, dalle prime sostanziali modifiche alla legge 241/1990, tra cui la riscrittura dell'art 22 e la definizione dell'ambito oggettivo del diritto di accesso⁸.

6 La modifica all'art. 118 della Costituzione era contenuta nell'art. 32 del testo di legge costituzionale (C. 2613-D) approvato da entrambe le Camere, in seconda deliberazione, a maggioranza assoluta dei componenti, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 15 aprile 2016.

7 Art. 15 (Segreto d'ufficio) «1. L'Impiegato deve mantenere il segreto d'ufficio. Non può trasmettere a chi non ne abbia diritto informazioni riguardanti provvedimenti od operazioni amministrative, in corso o concluse, ovvero notizie di cui sia venuto a conoscenza a causa delle sue funzioni, al di fuori delle ipotesi e delle modalità previste dalle norme sul diritto di accesso. Nell'ambito delle proprie attribuzioni, l'impiegato preposto ad un ufficio rilascia copie ed estratti di atti e documenti di ufficio nei casi non vietati dall'ordinamento)». La norma è stata modificata dall'art. 31, 1° c. della legge 241/1990».

8 Art. 22, c. 1, lett. d), legge 7 agosto 1990, n. 241: d) per "documento amministrativo", ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblica o privatistica della loro disciplina sostanziale.

La norma, sulla scorta dell'applicazione fatta dalla giurisprudenza amministrativa, opera ora un'estensione della trasparenza: non solo più diritto di accesso nei confronti degli atti amministrativi, ma diritto di accesso ai documenti, intesi sia come atti amministrativi (frutto di un procedimento amministrativo regolato), ma anche atto di natura privatistica e non necessariamente legati ad uno "specifico procedimento".

Viene così meno la correlazione tra diritto di accesso e procedimento amministrativo, ma non solo: il legislatore riconosce che il diritto di accesso ai documenti «attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione» garantendone così la tutela nei confronti di tutte le pubbliche amministrazioni.

Mentre le norme sul diritto di accesso riguardano l'azione amministrativa, l'introduzione, a livello normativo, dell'*obbligo di motivazione* traduce l'esigenza di trasparenza a livello provvedimento, tracciando, al contempo, uno stretto legame tra provvedimento amministrativo e fase dell'istruttoria procedimentale

L'art. 3 della legge 241/1990 individua il contenuto dell'obbligo di motivazione ed espressamente dispone: «La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria». Essa consente, in questo modo, un controllo sull'esercizio del potere discrezionale da parte della Pubblica Amministrazione e sul rispetto delle regole procedurali, contenute nella stessa legge 241/1990. La necessità della correlazione con le risultanze dell'istruttoria significa, appunto, che l'amministrazione deve dare conto dell'applicazione degli istituti procedurali e dell'attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buona amministrazione che, attraverso essi, hanno trovato nella legge 241/1990 un contenuto precettivo. Ma questa previsione ha una portata ancora più ampia, non limitata al piano prettamente giuridico: significa stretta correlazione con il fascicolo procedimentale.

Gli elementi formali dell'atto amministrativo, quali preambolo e motivazione, non possono non essere legati ai documenti (ed ora anche ai dati) contenuti nel fascicolo procedimentale, anzi fra gli stessi ci deve essere una corrispondenza biunivoca; che questa stretta correlazione debba ora essere pensata in chiave digitale non rappresenta certo un ostacolo ma, anzi una risorsa preziosa.

Il fascicolo è ora un fascicolo informatico: già l'art. 41 del D.Lgs. 82/2005 c.d. CAD (per lungo tempo inattuato) lo prevedeva. Nel frattempo, il volto della trasparenza è venuto assumendo un carattere multiforme, ad opera di diversi interventi normativi che non riguardano più solamente la legge sul procedimento amministrativo, ma anche la stessa organizzazione amministrativa.

La necessità, incalzante, di avere un'amministrazione efficace ed efficiente ha spinto il legislatore ad intervenire, dettando norme volte ad ottimizzare il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, nonché in materia di trasparenza delle pubbliche amministrazioni, attraverso il D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (la c.d. legge Brunetta) che, all'art. 11, comma 1, introduce il concetto di principio di trasparenza inteso come accessibilità totale, anticipando la disciplina successiva contenuta nel D.Lgs. 33/2013⁹.

Rispetto alla normativa precedente la novità sostanziale è duplice: da un lato, l'accesso non riguarda più solo i documenti, ma anche le informazioni relative all'organizzazione amministrativa, dall'altro si viene a consentire un controllo diffuso e democratico dell'utilizzo delle risorse economiche, umane e strumentali da parte della pubblica amministrazione per verificare il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento.

3. LA TRASPARENZA COME STRUMENTO DI PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE: LE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA LEGGE 190/2012 ALLA LEGGE 241/1990

Le innovate esigenze di lotta alla corruzione, causate dal dilagare di fenomeni che oramai pervadono ed inquinano i diversi settori della società derivanti, in parte, anche dal fallimento della normativa repressiva penalistica successiva al c.d. fenomeno di *Mani pulite*, hanno recentemente indotto il legislatore ad intervenire nuovamente con l'attesa (ed invocata dalle istituzioni europee) legge 6 novembre 2012, n. 190.

La novità sostanziale è rappresentata da un intervento del legislatore questa volta a livello preventivo, in sede amministrativa, e non più solo in sede repressiva, ossia penalistica seppur accompagnato comunque da un'ulteriore novella al

⁹ Art. 11, c. 1, D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (Trasparenza): 1. La trasparenza è intesa come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità. Essa costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione.

Capo I, titolo II libro II del Codice penale che contiene la disciplina dei *Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione*¹⁰.

Ciò che è risultato evidente dalle analisi condotte sul fenomeno corruttivo in Italia è il fatto che la corruzione è un fenomeno sistemico, per il quale la repressione ex post si mostra come rimedio inefficace e troppo debole. Da qui la necessità di intervenire, dunque, sul piano della prevenzione, quindi in ambito amministrativo, per consentire di intercettare quei fenomeni di cattiva amministrazione che inquinano l'attività della Pubblica Amministrazione, cercando di evitare, in primo luogo, il conflitto di interessi.

Anche in questo caso il legislatore si è mosso sulla base di principi già presenti nella nostra Costituzione, ma, evidentemente, molto spesso ignorati: tra questi l'art. 54 che stabilisce che i funzionari pubblici debbano svolgere la loro funzione con "disciplina ed onore", ad "esclusivo servizio della Nazione", l'art. 3 che sancisce il principio di uguaglianza e l'art. 97, da cui derivano i principi di imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione.

Proprio per evitare fenomeni di conflitto di interessi, vengono introdotte con l'esercizio della delega, contenuta nella stessa legge di prevenzione della corruzione, le nuove disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico dettate dal D.Lgs. 8 aprile 2013, n. 39.

Nella stessa ottica il legislatore interviene, nuovamente, sulla legge 241/1990 sia attraverso l'introduzione dell'art. 6 bis, imponendo l'obbligo di astensione del responsabile del procedimento in caso di conflitto di interessi, sia con la modifica dell'art. 2, attraverso l'introduzione dell'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento, seppur succintamente motivato, a fronte di un'istanza irricevibile, inammissibile o infondata allo scopo di impedire il formarsi di "vuoti procedurali e provvedimentali", possibile terreno di fenomeni collusivi ed, infine, con la modifica dell'art. 11.

Con tale ultima modifica stabilisce che l'accordo tra pubblica amministrazione e privato cittadino (modello decantato di amministrazione semplificata) necessita di

10 Giovanni Maria FLICK, *Dalla repressione alla prevenzione o viceversa?* in «Contributi in tema di corruzione e su altre questioni all'intersezione tra economia e diritto», Genova, Camera di commercio, 2015: «Si parla tanto di prevenzione della corruzione, almeno dai tempi di Mani pulite; da quando si cominciò a capire che la repressione affidata ai pubblici ministeri e ai giudici penali è necessaria, ma non basta. Chiude la stalla quando i buoi sono già scappati; si occupa solo di casi singoli, mentre la corruzione purtroppo sistemica richiede interventi di sistema; è poco efficace e non fa paura per le condizioni di crisi, di lentezza e di inefficienza della giustizia (prescrizione, leggi ad personam, eccessi di garantismo per difendersi dal processo anziché nel processo...)».

una congrua motivazione, onde evitare che un simile accordo mascheri un fenomeno corruttivo o, meglio, di “maladministration”, secondo un’accezione più lata di corruzione, accolta dalla recente normativa in materia di prevenzione della corruzione.

Al contempo, è risultato sempre più chiaro che la strada per la prevenzione della corruzione debba passare, necessariamente, attraverso una trasparenza¹¹ che consenta un controllo diffuso: ciò ha fatto sì che nella stessa legge di prevenzione della corruzione fosse inserita anche la delega per l’adozione di un testo unico sulla pubblicità e trasparenza, ossia il D.Lgs. 14 marzo 2013 n. 33.

L’enunciato dell’art. 1 del nuovo decreto è chiaro: «La trasparenza è intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti l’organizzazione e l’attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche».

4. DALLA TRASPARENZA ALL’ACCESSIBILITÀ TOTALE: IL D.LGS. 33/2013 E LA DELEGA CONTENUTA NELLA C.D. LEGGE MADIA PER L’ADOZIONE DEL *FREEDOM OF INFORMATION ACT* ITALIANO

Gli obiettivi fondamentali del D.Lgs. 33/2013 dichiarati dal Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione sono stati individuati nell’esigenza di favorire la prevenzione della corruzione, di attivare un nuovo tipo di *controllo sociale* (accesso civico), di sostenere il miglioramento delle *performance*, di migliorare l’*accountability* dei manager pubblici, nonché di abilitare nuovi meccanismi di partecipazione e collaborazione tra PA e cittadini.

Dal titolo del decreto appare chiaro come esso fosse, nell’intento del legislatore, un testo unico di razionalizzazione e riordino dei numerosi (e stratificati) obblighi di pubblicità, trasparenza ed informazione gravanti in capo alla pubblica amministrazione che, tuttavia, ha al contempo previsto nel nostro ordinamento istituti nuovi, come l’accesso civico c.d. semplice (art. 5, D.Lgs. 33/2013) e, dopo le modifiche introdotte dal D.Lgs. 97/2016, l’accesso civico generalizzato (art. 5, comma 1, D.Lgs. 33/2013), istituti che presentano entrambi sostanziali differenze con l’accesso agli atti c.d. *documentale*¹².

11 *Transparency International* definisce la trasparenza come «the surest way of guarding against corruption, and helps increase trust in the people and institutions on which our futures depend».

12 Secondo la distinzione dei tre istituti operata dall’ANAC nella delibera 28 dicembre 2016, n. 1309.

Le due nuove tipologie di accesso si distinguono, infatti, rispetto al precedente, sotto il profilo della legittimazione attiva, poiché colui che esercita l'accesso civico non deve avere, necessariamente, un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento nei confronti del quale è richiesto l'accesso come previsto dall'art. 22 della legge 241/1990.

La richiesta di accesso civico semplice è motivata, gratuita e va inoltrata al responsabile della trasparenza. Sotto il profilo oggettivo, l'accesso civico non riguarda i documenti amministrativi, ma documenti, dati o informazioni che sono oggetto di pubblicazione, ai sensi della vigente normativa per cui, a fronte dell'esercizio di tale diritto, scatta in capo alla Pubblica amministrazione l'obbligo di pubblicazione, in caso di inadempienza accertata, ovvero l'obbligo di indicare al richiedente il relativo *link*, in caso di avvenuta pubblicazione. L'accesso civico generalizzato invece estende l'accessibilità a dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto.

L'introduzione dei nuovi obblighi di pubblicazione e dell'accesso civico semplice non poteva non destare la preoccupazione del Garante privacy che nelle sue *Linee guida in materia di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati* (prov. 15 maggio 2014, n. 243), dettate per richiamare l'attenzione al rispetto delle disposizioni del Codice privacy nell'adempimento ai nuovi obblighi, ha ricordato, tra le altre cose, che accanto agli obblighi di pubblicità, ai fini di trasparenza «permangono altri obblighi di pubblicità on-line di dati, informazioni e documenti della p.a. – contenuti in specifiche disposizioni di settore diverse da quelle approvate in materia di trasparenza – come, fra l'altro, quelli volti a far conoscere l'azione amministrativa in relazione al rispetto dei principi di legittimità e correttezza, o quelli atti a garantire la pubblicità legale degli atti amministrativi (es.: pubblicità integrativa dell'efficacia, dichiarativa, notizia)».

La distinzione assume particolare rilevanza tenuto conto che, secondo il parere del Garante «tutte le ipotesi di pubblicità non riconducibili a finalità di trasparenza, qualora comportino una diffusione di dati personali, sono escluse dall'oggetto del D.Lgs. 33/2013 e dall'ambito di applicazione delle relative previsioni fra cui, in particolare, quelle relative all'accesso civico (art. 5), all'indicizzazione (art. 4 e 9), al riutilizzo (art. 7), alla durata dell'obbligo di pubblicazione (art. 8) e alla trasposizione dei dati in archivio (art. 9)».

Appare evidente da questa bipartizione come il già difficile contemperamento tra trasparenza, pubblicità ed accessibilità da un lato e tutela della riservatezza, dall'altro, risulti nell'attuazione concreta delle disposizioni normative, ancora più complesso.

5. ACCESSIBILITÀ TOTALE E TUTELA DELLA RISERVATEZZA:
LE COORDINATE PER IL BILANCIAMENTO NEL PARERE DEL GARANTE
(PROVV. 3 MARZO 2016, N. 92) E NEL NUOVO REGOLAMENTO EUROPEO
GENERALE SULLA PROTEZIONE DEI DATI IN APPLICAZIONE
DAL 25 MAGGIO 2018

A distanza di un anno dall'entrata in vigore del D.Lgs. 97/2016, modificativo della legge 190/2012 e del D.Lgs. 33/2013, non sembra, ad un primo esame, che il legislatore sia riuscito a raggiungere lo scopo perseguito, ossia quello di introdurre nel nostro ordinamento un *Freedom of Information Act* (FOIA) italiano¹³.

L'accesso civico introdotto dall'art. 5 del D.Lgs. 33/2013 trova la propria disciplina in un articolato normativo oggi più complesso, che sembra fondere l'istituto dell'accesso civico con quello dell'accesso agli atti, mutuando ora dall'uno, ora dall'altro, i propri elementi costitutivi. L'intento di ampliare sotto il profilo oggettivo l'istituto dell'accesso civico c.d. semplice (che nei tre anni di vigenza della norma non pare avere trovato grande applicazione) è stato raggiunto con una formulazione invero ampia, che ha introdotto il c.d. *accesso civico generalizzato*: il nuovo comma 2 dell'art. 5 prevede infatti che: «Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti».

Le difficoltà legate alla coesistenza di tre diverse tipologie di accesso (documentale, civico semplice e civico generalizzato), il difficile coordinamento tra norme, Linee guida ANAC e circolari che si stratificano ed intersecano, la necessità di

13 Come emerge dallo studio realizzato dalla onlus *Diritto di sapere* riportato nell'articolo di Arturo DI CORINTO, http://www.repubblica.it/tecnologia/2017/04/10/news/foia_la_legge_sulla_trasparenza_amministrativa_non_decolla_in_italia-162644568/.

incidere sull'organizzazione e sull'attività amministrativa che l'accessibilità comporta, la necessità di un cambiamento culturale di chi opera nella pubblica amministrazione ma, soprattutto, il difficile equilibrio con la tutela dei dati personali, sembrano essere gli ostacoli che rallentano il cammino della trasparenza.

Le difficoltà su tale rapporto e l'ampliamento delle ipotesi di conflittualità a seguito dell'estensione, solo apparentemente indiscriminata della trasparenza, sono state evidenziate dallo stesso Garante per la protezione dei dati personali che nel recente parere 3 marzo 2016, n. 92 (in parte favorevole), reso preventivamente sullo schema di decreto, ha sottolineato come la modifica all'accesso civico porta a ricomprendere «un volume enorme di dati che non sono, di per sé, oggetto di pubblicazione».

La modifica¹⁴ che il Garante aveva proposto all'art. 1, comma 1, nel suo parere è chiara: la trasparenza deve porsi innanzitutto come baluardo dei diritti fondamentali, ovvero quelli del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione ma anche e, forse soprattutto, del diritto alla riservatezza ed alla tutela degli individui.

Che si tratti, tuttavia, di un obiettivo non semplice lo ha sottolineato sia l'ANAC intervenuta, d'intesa con il Garante privacy, con la deliberazione 28 dicembre 2016, n. 1309, a dettare le prime *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, D.Lgs. 33/2013* (seguite presto da ulteriori annunciate integrazioni), sia lo stesso Ministero per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione il quale, con la circolare n. 2/2017 (c.d. circolare Madia), ha fornito indicazioni operative «al fine di promuovere una coerente e uniforme attuazione della disciplina sull'accesso civico generalizzato».

Ad un tale compito di bilanciamento di contrapposte esigenze, del resto, ci richiama non solo la Corte di Giustizia, ma anche la normativa europea¹⁵, da ultimo con il Regolamento paneuropeo sulla protezione dei dati personali, approvato nell'aprile 2016, che dovrà trovare obbligatoria applicazione negli Stati membri a partire dal 25 maggio 2018 e che, in Italia, sostituirà il D.Lgs. 196/2003 (c.d. Codice privacy.)

14 «La trasparenza è intesa come accessibilità dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti fondamentali e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, nei limiti del presente decreto».

15 Dapprima con la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali.

In conclusione, una rincorsa tra quelli che possiamo definire *opposti complementari* sembra attendere prossimamente il legislatore, auspicando che il già complesso quadro normativo di riferimento non si appesantisca ulteriormente, a scapito della reale e concreta realizzazione di un vero e proprio diritto all'informazione amministrativa.