

6 MAGGIO 2015

Decisioni amministrative  
“multipolari” e problematiche  
connesse: la libertà di informazione e  
il diritto alla riservatezza in una  
prospettiva di Diritto comparato  
(Italia – Germania)

di Diana-Urania Galetta

Professore Ordinario di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Milano

e Martin Ibler

Professore Ordinario di Diritto amministrativo  
Università di Costanza



# Decisioni amministrative “multipolari” e problematiche connesse: la libertà di informazione e il diritto alla riservatezza in una prospettiva di Diritto comparato (Italia – Germania)\*

**di Diana-Urania Galetta**

Professore Ordinario di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Milano

**e Martin Ibler\*\***

Professore Ordinario di Diritto amministrativo  
Università di Costanza

**Sommario:** **I.** Decisioni amministrative “multipolari” e problematiche connesse: l’esempio del Garante federale tedesco per la protezione dei dati e la libertà di informazione. **1.** Introduzione. **2.** La legge federale sulla protezione dei dati (BDSG). **3.** La legge federale sulla libertà di informazione (IFG). **3.1.** La decisione “multipolare” sul diritto di accesso. **3.2.** La cd. “unione personale” fra il Garante per la protezione dei dati e il Garante della libertà di informazione. **4.** Primi rilievi critici sulla cd. “unione personale”. **5. I** parametri costituzionali. **5.1.** La garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva (art. 19, par. 4 GG). **5.2.** Il diritto fondamentale ad informarsi senza impedimento da fonti accessibili a tutti (Art. 5 par. 1 GG). **5.3.** Il diritto fondamentale

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

\*\* La sez. I è a cura di M. Ibler, la sez. II a cura di D.U. Galetta. Lo scritto rappresenta la versione ampliata delle relazioni presentate al seminario sul tema: La “Informationsverwaltung”, fra diritto tedesco, diritto italiano e diritto dell’Unione europea, svoltosi il 19 febbraio 2015 presso la Sala Crociera Alta della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Milano e si inquadra nell’ambito delle pubblicazioni riferibili al progetto PRIN 2012 (2012SAM3KM) sulla codificazione dei procedimenti dell’Unione europea. La traduzione e l’adattamento della sez. I del presente contributo, redatta dall’A. in lingua tedesca, è di Diana-Urania Galetta.



all'autodeterminazione informativa (art. 1, par. 1, in combinato disposto con l'art. 2, par. 1 GG).

**6.** Conseguenze inerenti la cd. “unione personale” fra il Garante federale per la protezione dei dati e il Garante federale per la libertà di informazione. **7.** Conseguenze inerenti la cd. “unione personale” fra il Garante federale per la protezione dei dati e il Garante federale per la libertà di informazione. **II.** Tutela della riservatezza e principio di trasparenza dell'attività della Pubblica Amministrazione nel sistema italiano: una decisione multipolare, con troppi profili critici irrisolti. **1.** Premessa introduttiva. **2.** L'accesso agli atti della Pubblica Amministrazione quale decisione “multipolare”: fra previsioni della legge 241/90 e norme speciali. **3.** Segue. L'accesso civico e le sue conseguenze (dirette e indirette) sul diritto d'accesso ex art. 22 L. 241/90. **4.** Il bilanciamento fra diritto di accesso e tutela della riservatezza dopo il D.Lgs. n. 33/2013: due metri e due misure? **5.** Segue. Trasparenza, accesso civico e garanzie (insufficienti) imposte dal legislatore del 2013 a tutela della riservatezza. **6.** Conclusioni.

## **I. Decisioni amministrative “multipolari” e problematiche connesse: l'esempio del Garante federale tedesco per la protezione dei dati e la libertà di informazione**

### **1. Introduzione.**

Fra le attività poste in essere quotidianamente dalla Pubblica amministrazione rientra l'adozione di atti autoritativi favorevoli e sfavorevoli, capaci tanto di valorizzare i diritti e gli interessi di alcuni cittadini, quanto di sacrificare, al contempo, quelli di altri.

Decisioni simili, proprio perché in grado di investire la sfera dei diritti e degli interessi di una pluralità di soggetti, vengono definite come “multipolari”.

Il concetto di decisioni “multipolari” (*mehrpölig*) viene utilizzato dalla dottrina tedesca con riferimento a decisioni a contenuto amministrativo che, andando al di là delle situazioni di mero conflitto bipolare tra lo Stato ed un singolo cittadino, possono produrre effetti anche nei confronti di altri soggetti, come ad esempio per il caso in cui una decisione della Pubblica Amministrazione abbia l'effetto di divulgare segreti industriali o commerciali di un terzo<sup>1</sup>. La Corte costituzionale federale parla a questo proposito, anche, di un “conflitto multipolare fra interessi giuridici”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. Corte Cost. federale (BVerfG), sentenza del 14.03.2006 – 1 BvR 2087 e 2111/03 – BVerfGE 115, 205 (232 s.).

<sup>2</sup> Corte Cost. federale (BVerfG), sentenza del 14. 03. 2006 – 1 BvR 2087 e 2111/03 – BVerfGE 115, 205 (240).



In ragione della loro specifica natura, le decisioni amministrative multipolari possono essere assunte dalla Pubblica amministrazione solo ove il Legislatore adotti una legge finalizzata ad autorizzarla a questo scopo.

Spetterà dunque alla legge individuare gli interessi da privilegiare nell'ipotesi in cui le scelte delle competenti autorità amministrative riguardino più soggetti, oppure affidare scelte simili alla ponderazione o alla discrezionalità dell'Amministrazione di volta in volta interessata. Nel caso in cui la decisione spetti alla sola Pubblica amministrazione, il Legislatore, però – ossia la legge – non sarà poi del tutto libero, come è ovvio, di determinare quale diritto o interesse favorire.

Chiaro è che da questa impostazione logica nasce una domanda, finalizzata a comprendere in modo inequivocabile quale sia l'ambito più preciso che la legge è chiamata a disciplinare.

Secondo il Tribunale costituzionale federale, “le decisioni fondamentali” (c.d. *Wesentlichkeitstheorie*) spettano soltanto al Parlamento: la natura “fondamentale” delle decisioni da assumere sarebbe data dallo specifico oggetto e dal più ampio ambito di riferimento delle stesse<sup>3</sup>; il loro carattere “essenziale” deriverebbe dal fatto che toccano principi costituzionali e, in particolare, i diritti fondamentali<sup>4</sup>.

Anche il Tribunale amministrativo federale si è espresso in questa direzione, addirittura quando ha dovuto confrontarsi con decisioni solamente “bipolari”: valutare, ad esempio, se la protezione di interessi della collettività possa impedire la costruzione di un fabbricato, o, in altri termini, stabilire se una simile tutela possa limitare il diritto di proprietà sancito dalla Costituzione tedesca<sup>5</sup>, mai potrà dipendere unicamente dalla decisione discrezionale affidata ad un'autorità amministrativa<sup>6</sup>.

In ogni caso, si può affermare che al Legislatore spetti un margine di discrezionalità quando vi siano in gioco diritti fondamentali, e in particolare se si tratta di individuare le modalità per proteggerli.

In quest'ottica la legge può imporre, ad esempio, obblighi e divieti<sup>7</sup>, oppure richiedere particolari procedimenti amministrativi, mirati a garantire in modo efficace specifici diritti fondamentali (c.d.

---

<sup>3</sup> Cfr. ad es. Corte Cost. federale (BVerfG), sentenza del 14. 7. 1998 – I BvR 1640/97 – BVerfGE 98, 218 (251).

<sup>4</sup> Cfr. ad es. Corte Cost. federale (BVerfG), sentenza del 14. 7. 1998 – I BvR 1640/97 – BVerfGE 98, 218 (251).

<sup>5</sup> Art. 14 par. 1 GG.

<sup>6</sup> Tribunale amministrativo federale (BVerwG), sentenza del 29. 4. 1964 – I C 30.62 – BVerwGE 18, 247 (250 f.).

<sup>7</sup> Ulteriori esempi sono: le richieste di autorizzazione, gli obblighi di bonifica, gli obblighi di risarcimento, gli obblighi di protezione dei dati.

protezione dei diritti per il tramite del procedimento). Ne sono esempi<sup>8</sup> le audizioni formalizzate dei cittadini, specifici doveri di notifica posti in capo ai funzionari pubblici o quei procedimenti specifici, volti alla protezione concreta di dati o segreti, noti in Germania come “procedimenti camerali”<sup>9</sup>.

Inoltre, la legge può riservare al superiore gerarchico del funzionario responsabile della decisione proprio l'adozione di quei provvedimenti amministrativi che potrebbero incidere in misura intensa su un diritto fondamentale (c.d. *Behördenleitervorbehalt*)<sup>10</sup> o, addirittura, al giudice, l'esame e l'autorizzazione preventiva all'adozione della decisione (c.d. *Richtervorbehalt*)<sup>11</sup>: si pensi alle ipotesi in cui si debba ordinare l'applicazione di misure di sorveglianza caratterizzate dall'utilizzo di speciali strumenti tecnologici, oppure una perquisizione domiciliare.

Per garantire, poi, una particolare forma di protezione ad alcuni diritti fondamentali, al Legislatore tedesco è permesso individuare non solo specifici procedimenti amministrativi, ma, pure, altrettanto specifiche autorità chiamate a porli in essere (c.d. *Grundrechtsschutz durch Organisation*).

Per questa ragione la legge istituisce peculiari autorità amministrative indipendenti, affidando loro determinate decisioni. Proprio questo è accaduto con l'adozione della *Legge federale sulla protezione dei dati* e con *La legge federale sulla libertà di informazione*.

## 2. La legge federale sulla protezione dei dati (BDSG)

La *Legge federale sulla protezione dei dati* tutela i dati personali delle persone fisiche<sup>12</sup>. Essa ha introdotto, nel 1977<sup>13</sup>, l'istituto del *Garante per la protezione dei dati*, caratterizzandolo come una autorità amministrativa indipendente<sup>14</sup>.

In realtà, l'indipendenza risulta limitata dalla previsione che affida il controllo sul Garante al Governo federale<sup>15</sup>, e la vigilanza sulle sue attività al Ministro federale degli Interni<sup>16</sup>: il che, fra

---

<sup>8</sup> Ulteriori esempi sono: richieste di autorizzazione speciali, specifici requisiti per potere presentare una richiesta, quali l'obbligo di presentare particolari documenti, progetti, relazioni, etc.

<sup>9</sup> Cfr. ad es. E. Schmidt-Aßmann, *In-camera-Verfahren*, in: Baumeister/Roth/Ruthig (a cura di), *FS Schenke*, 2011, p. 1147 ss. Per l'Italia occorre fare riferimento, per avere un termine di paragone, alle decisioni collegiali assunte in sedute non pubbliche, o adottate dai più diversi magistrati in camera di consiglio.

<sup>10</sup> Ad es.: § 22 par. 6 *alinea* 1 Polizeigesetz Baden-Württemberg; § 28 par. 3 *alinea* 1 Bundespolizeigesetz (Datenerhebung mit besonderen Mitteln).

<sup>11</sup> Ad es.: 31 par. 5 *alinea* 3 Polizeigesetz Baden-Württemberg; § 46 par. 1 *alinea* 1 Bundespolizeigesetz (Wohnungsdurchsuchung).

<sup>12</sup> Cfr. § 1 par. 1 in combinato disposto con § 3 par. 1 BDSG.

<sup>13</sup> Legge sulla protezione contro l'uso improprio dei dati personali nel trattamento dei dati del 27. gennaio 1977, in *Bundesgesetzblatt* I, p. 201, in vigore dal 1° gennaio 1978.

<sup>14</sup> § 17 par. 4 *alinea* 2 BDSG 1977, § 22 par. 4 *alinea* 2 BDSG 1991/2003



l'altro, è contrario a quanto stabilito dalla *Direttiva europea sulla protezione dei dati* del 2005, per la quale le autorità di questa natura debbono essere “pienamente indipendenti”<sup>17</sup>.

Vero è che questo contrasto, oramai, è stato riconosciuto (dopo due pronunzie in questo senso della Corte di giustizia UE)<sup>18</sup> anche in Germania<sup>19</sup>: di recente<sup>20</sup>, infatti, il Governo federale ha presentato un disegno di legge<sup>21</sup> finalizzato a modificare la normativa esistente - e antecedente l’emanazione della direttiva comunitaria - per dare piena indipendenza al Garante, attribuendogli il rango di autorità amministrativa federale apicale<sup>22</sup>, come tale sottratta al controllo del Governo federale ed alla vigilanza del Ministro federale degli Interni<sup>23</sup>.

Il disegno di legge in parola è nel frattempo diventato una legge federale intitolata “Seconda legge di modifica alla legge sulla protezione dei dati – rafforzamento dell’indipendenza del controllo sulla protezione dei dati nel *Bund* attraverso l’istituzione di una autorità federale apicale” ed entrerà in vigore il 1° gennaio 2016<sup>24</sup>.

La *legge federale sulla protezione dei dati* fissa le competenze del Garante per la protezione dei dati<sup>25</sup>, in particolare affidandogli il controllo sul rispetto della *Legge federale sulla protezione dei dati* e delle altre norme sulla protezione dei dati da parte delle autorità pubbliche federali. Ove constati una violazione di legge o una carenza nella elaborazione dei dati, il Garante la contesta e invita l’autorità amministrativa competente a prendere posizione a tale riguardo entro un dato termine<sup>26</sup>.

---

<sup>15</sup> § 17 par. 4 *alinea* 3 BDSG 1977, § 22 par. 4 *alinea* 3 BDSG 1991/2003.

<sup>16</sup> § 17 par. 5 *alinea* 2 BDSG 1977, § 22 par. 5 *alinea* 2 BDSG 1991/2003.

<sup>17</sup> Art. 28 par. 1 della Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in *Gazzetta ufficiale* n. L 281 del 23/11/1995, p. 31 ss.

<sup>18</sup> Cfr. Corte giust., sentenza del 9.3.2010, in causa C-518/07; Corte giust., sentenza del 16. 10. 2012, in causa C 614/10.

<sup>19</sup> Diversa era invece l’opinione in precedenza prevalente. Cfr. ad es. P. Gola, R. Schomerus, *BDSG - Kommentar*, 9<sup>^</sup> Ed. 2007, § 22 par. 10 e rifer. ivi contenuti; cfr. però anche P. Gola, R. Schomerus, *BDSG - Kommentar*, 11<sup>^</sup> Ed. 2012, § 22 par. 10 f.

<sup>20</sup> Il 27. 8. 2014.

<sup>21</sup> Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes - Stärkung der Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht im Bund durch Errichtung einer obersten Bundesbehörde, consultabile in

[www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzestexte/Entwuerfe/Entwurf\\_unabhaengigkeit-bfdi.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzestexte/Entwuerfe/Entwurf_unabhaengigkeit-bfdi.pdf?__blob=publicationFile). In argomento v. ad es. M. Grenzer, *BReg: Gesetzentwurf zur Stärkung der Unabhängigkeit der Bundesdatenschutzbeauftragten*, in CR-aktuell 2014, R110.

<sup>22</sup> Lettera 9f della proposta di legge governativa che modifica il § 22 par. 5.

<sup>23</sup> Lettera 9e e f della proposta di legge governativa cit.

<sup>24</sup> Zweites Gesetz zur Änderung des Datenschutzgesetzes – Stärkung der Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht im Bund durch Errichtung einer obersten Bundesbehörde, del 25.02.2015, in *Bundesgesetzblatt* I, p. 162.

<sup>25</sup> Per un’indicazione dei diversi compiti v. § 26 BDSG.

<sup>26</sup> § 25 par. 1 *alinea* 1 BDSG

### 3. La legge federale sulla libertà di informazione (IFG)

Con una legge successiva, la *Legge federale sulla libertà di informazione* del 2006, è stata istituita un'ulteriore autorità amministrativa indipendente.

Questa legge attribuisce a chiunque il diritto di accedere alle informazioni non coperte da segreto, disciplinandone le modalità di esercizio, e stabilendo che lo stesso diritto può essere fatto valere nei confronti di qualsiasi pubblica amministrazione federale<sup>27</sup>. Spetta al *Garante per la libertà di informazione* vigilare affinché le autorità amministrative federali rispettino i doveri loro imposti dalla legge.

Il nuovo “diritto di accesso alle informazioni” ha suscitato grande interesse fra i giuristi tedeschi. In effetti, prima del 2006 era possibile esercitare un diritto di accesso di tal fatta solo con riguardo alle informazioni in materia ambientale, e perché un obbligo in tal senso discendeva dal diritto europeo<sup>28</sup>.

Il nuovo diritto di accesso ad informazioni che toccano i più diversi profili della vita del cittadino modifica la concezione risalente dell'attività della Pubblica amministrazione tedesca. In precedenza vigeva, infatti, il principio della segretezza degli atti della pubblica amministrazione, identificato anche come “principio del diritto di accesso limitato agli atti”. In base ad esso i cittadini non possedevano, in linea di principio, alcun diritto di accesso agli atti della pubblica amministrazione. Solo i soggetti parti in un procedimento amministrativo in corso potevano all'epoca esigere un accesso agli atti. Il nuovo diritto di accesso apre, invece, a chiunque l'accesso alle informazioni di cui disponga una pubblica amministrazione federale<sup>29</sup>.

#### 3.1. La decisione „multipolare“ sul diritto di accesso

La richiesta (di accesso) non è vincolata alla sussistenza di precondizioni particolari.

Ciò significa, nello specifico, che chi chiede di accedere a determinate informazioni non deve essere portatore di un particolare diritto od interesse all'informazione richiesta. Grazie a questo diritto “incondizionato” di accesso alle informazioni, il Legislatore intendeva infatti migliorare la trasparenza della Pubblica amministrazione e i meccanismi di funzionamento della democrazia.

---

<sup>27</sup> § 1 par. 1 *alinea* 1 IFG

<sup>28</sup> Direttiva 90/313/CEE del Consiglio, del 7 giugno 1990, concernente la libertà di accesso all'informazione in materia di ambiente, modificata dalla Direttiva 2003/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale e che abroga la direttiva 90/313/CEE del Consiglio.

<sup>29</sup> Molti (ma non tutti) i Länder hanno previsto un omologo obbligo anche in capo alle pubbliche amministrazioni dei Länder.



Anche se la *Legge federale sulla libertà di informazione* non menziona alcun particolare requisito o preconditione per l'esercizio del diritto essa pone comunque delle limitazioni allo stesso, con l'obiettivo di proteggere dati di altri soggetti: in questa prospettiva la decisione sul fornire o meno un'informazione è qualificabile come una decisione "multipolare".

L'accesso ai dati riferiti ad altre persone può essere concesso solo nella misura in cui l'interesse all'informazione da parte del richiedente prevalga sull'interesse protetto del terzo ad impedire l'accesso alle informazioni, ovvero laddove vi sia l'accordo del terzo<sup>30</sup>.

Con riguardo ad alcune categorie di dati personali è invece il Legislatore stesso ad avere individuato il corretto bilanciamento fra diritti e stabilito se l'interesse del richiedente ad ottenere l'informazione prevalga sul diritto di un'altra persona alla segretezza delle informazioni che la riguardano, sottraendo così ogni decisione all'amministrazione.

La legge esclude il diritto di accesso con riguardo alle informazioni concernenti le origini razziali ed etniche, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o personali, l'appartenenza a sindacati, la salute o la vita sessuale di una persona<sup>31</sup>.

La legge statuisce, altresì, che l'interesse all'informazione receda nel momento in cui le informazioni siano contenute in documenti connessi alla attività professionale di servizio o al mandato di un terzo, e nell'ipotesi di informazioni soggette al segreto professionale o d'ufficio<sup>32</sup>.

E' sempre la legge a escludere poi il diritto all'informazione quando in gioco vi sia la tutela della proprietà intellettuale<sup>33</sup>, così come il segreto industriale o commerciale, a meno che, in quest'ultimo caso, non sia il soggetto interessato al segreto ad autorizzare l'accesso alle informazioni protette<sup>34</sup>.

In altre ipotesi, invece, il Legislatore non ha determinato in modo univoco, se l'interesse all'informazione del richiedente prevalga sul diritto alla protezione dei dati relativi a un altro soggetto.

Di conseguenza, per alcune tipologie di informazioni, la regola è che l'interesse di un soggetto ad ottenere le informazioni prevalga sull'interesse di un altro soggetto alla riservatezza<sup>35</sup>.

"Di regola" vanno quindi rilasciate le informazioni relative a nome, titolo, titoli accademici, professione e funzione esercitata, indirizzo dell'ufficio e numero di telefono ufficiali del terzo,

---

<sup>30</sup> § 5 par. 1 *alinea* 1 IFG.

<sup>31</sup> § 5 par. 1 *alinea* 2 IFG in combinato disposto con § 3 par. 9 BDSG.

<sup>32</sup> § 5 par. 2 IFG.

<sup>33</sup> § 6 *alinea* 1 IFG.

<sup>34</sup> § 6 *alinea* 2 IFG.

<sup>35</sup> § 5 par. 3 IFG, 1. Halbsatz.



che, nell'ambito di un procedimento, abbia fornito un parere professionale, o in qualità di esperto o simile<sup>36</sup>.

In ogni singolo caso di questa natura l'amministrazione deve valutare se fornire o meno l'informazione. Anche in altre ipotesi spetta all'amministrazione adottare una decisione per il singolo caso: più precisamente, con riferimento a specifiche indicazioni concernenti il soggetto che ha istruito gli atti, "se queste sono espressione e conseguenza delle sue attività di servizio"<sup>37</sup>.

Se l'autorità amministrativa federale respinge una richiesta di accesso, il richiedente può proporre un ricorso amministrativo (ricorso in opposizione - *Widerspruch*) e, in caso di esito negativo di quest'ultimo, può rivolgersi al Tribunale amministrativo, ricorrendo al rimedio giurisdizionale (*Verpflichtungsklage*)<sup>38</sup>.

Di particolare interesse qui è, però, che chiunque ritenga violato il suo diritto all'informazione, protetto dalla *Legge sulla libertà di informazione*, possa rivolgersi al *Garante per il diritto all'informazione*<sup>39</sup>.

Il Garante esercita una funzione di vigilanza sul rispetto, da parte dell'autorità amministrativa federale delle previsioni della *Legge sulla libertà di informazione*<sup>40</sup>.

A questo scopo egli deve non soltanto verificare che l'autorità amministrativa competente abbia correttamente interpretato la legge, e che il caso di specie sia stato correttamente sussunto, bensì anche verificare che non siano stati commessi errori nell'operare la valutazione comparativa necessaria fra l'interesse all'informazione e gli altrui diritti. Ove il Garante federale constati l'esistenza di una violazione di legge, o la presenza di altri vizi, li contesta e invita l'autorità amministrativa a prendere posizione sul punto informandone, se necessario, contestualmente, l'autorità competente a vigilare sull'autorità che ha commesso l'errore<sup>41</sup>.

Fra gli ulteriori compiti del Garante federale vi è, poi, quello di presentare ogni due anni una relazione al *Bundestag* tedesco<sup>42</sup> e di fornire pareri e/o produrre relazioni su richiesta del *Bundestag* o del Governo federale<sup>43</sup>.

---

<sup>36</sup> § 5 par. 3 IFG, 2. Halbsatz.

<sup>37</sup> § 5 par. 4 IFG.

<sup>38</sup> Cfr. § 9 par. 4 IFG.

<sup>39</sup> § 12 par. 1 IFG.

<sup>40</sup> Cfr. § 12 par. 3 IFG in combinato disposto con § 24 BDSG.

<sup>41</sup> Cfr. § 12 par. 3 IFG in combinato disposto con § 25 BDSG.

<sup>42</sup> Cfr. § 12 par. 3 IFG in combinato disposto con § 26 par. 1 *alinea* 1 BDSG.

<sup>43</sup> Cfr. § 12 par. 3 IFG in combinato disposto con § 26 par. 2 *alinea* 1 BDSG.



### 3.2. La cd. “unione personale” fra il Garante per la protezione dei dati e il Garante della libertà di informazione

L'istituzione del *Garante federale per la libertà di informazione* nasce con la *Legge sulla libertà di informazione* del 2006.

Il Legislatore del 2006 aveva quale esempio di riferimento il *Garante federale per la protezione dei dati*, già istituito dalla *Legge federale sulla protezione dei dati*: sulla base di questo modello, il Parlamento ha perciò stabilito che “le funzioni del Garante federale per la libertà di informazione” venissero assunte dal Garante federale per la protezione dei dati”<sup>44</sup>.

Il legislatore ha poi modificato il *nomen* del *Garante per la protezione dei dati*, adottando quello di „*Garante per la protezione dei dati e la libertà di informazione*”<sup>45</sup>.

A questa modifica legislativa va ricondotta la cd. “unione personale”<sup>46</sup> fra le due figure di Garante, che ha permesso al Legislatore di astenersi da una elencazione personalizzata dei compiti propri dell'uno e dell'altro Garante.

La *Legge sulla libertà di informazione* rinvia dunque alla *Legge sulla protezione dei dati*, stabilendo<sup>47</sup> che le “disposizioni della *Legge sulla protezione dei dati* inerenti alle funzioni di controllo del Garante federale per la protezione dei dati (§ 24 cpv. 1 e da 3 a 5), ai reclami (§ 25 cpv. 1, comma 1, n. 1 e 4, comma 2 e par. 2 e 3), così come alle ulteriori competenze ai sensi del § 26 par. 1 a 3, si applicano *mutatis mutandis*”.

### 4. Primi rilievi critici sulla cd. “unione personale”

Un tale “unione personale” fra *Garante per la protezione dei dati* e *Garante per la libertà di informazione* non può che far sorgere molteplici dubbi, dato che la protezione dei dati e la libertà di informazione possono entrare facilmente in conflitto, soprattutto, nel caso delle cd. “decisioni amministrative multipolari”.

Se il Garante decide a favore dell'accesso alle informazioni, accetta al contempo di divulgare dati di un terzo. Se vengono in rilievo dati personali, o addirittura dati coperti dall'obbligo di riservatezza, sorge un conflitto tipizzato, ossia ancorato al diritto alla protezione dei dati.

Funzioni, competenze e attività del *Garante per la protezione dei dati e la libertà di informazione* sono perciò, *ab origine*, in contrasto fra loro. Osservato in un'ottica di politica del diritto, questo “vizio

---

<sup>44</sup> § 12 par. 2 IFG.

<sup>45</sup> La traduzione in inglese, fornita dal servizio linguistico del Ministero federale degli Interni è: “The Federal Commissioner for Data Protection and Freedom of Information”

<sup>46</sup> So F. Schoch, *IFG-Kommentar* (2009), § 12 par. 1.

<sup>47</sup> Nel § 12 par. 3 IFG.



d'origine" fa nascere almeno due preoccupazioni opposte: è possibile che il Garante, nell'adottare le sue decisioni, preferisca, nel più pieno rispetto delle sue funzioni e sulla base della tradizione legata ai suoi compiti classici, dare protezione ai dati. Oppure che, al contrario, spinto dal desiderio "alla moda" di un'amministrazione trasparente, voglia permettere la più ampia, ma prematura divulgazione delle informazioni richieste.

Non è dato comprendere se ed in che modo sarà l'una o l'altra preoccupazione a influenzare la sua decisione.

Più che discutere questioni di politica del diritto, vorrei però individuare i limiti costituzionali che ostano ad una simile "unione personale". Se, infatti, un istituto simile dovesse essere ritenuto costituzionalmente illegittimo, allora il Legislatore sarebbe costretto a cercare altre soluzioni al problema.

## 5. I parametri costituzionali

Quali sono, dunque, i parametri costituzionali che il Legislatore tedesco deve rispettare nel momento in cui crea una simile "unione personale"?

Per quel che concerne l'organizzazione delle Pubbliche amministrazioni federali e il relativo procedimento, la Legge fondamentale (*Grundgesetz*) non sembra contenere regole organizzative *espresse* contrarie all'istituzione della cd. "unione personale". Al Legislatore - democraticamente legittimato - rimane, quindi, in merito, un margine notevole di scelta.

Ciò nonostante, la *Grundgesetz* a mio avviso pone comunque dei limiti al Legislatore, ai quali egli non può sottrarsi. Tuttavia, questi limiti sono impliciti e vanno individuati grazie a un'operazione ermeneutica e con l'ausilio della dogmatica costituzionalistica.

I più importanti discendono dall'art. 20 par. 3 GG, che vincola il Legislatore al "principio dello Stato di diritto", e all'art. 1 par. 3 GG, che statuisce espressamente che tutti i diritti fondamentali hanno forza vincolante anche nei confronti del legislatore.

In questa prospettiva, proprio l'interpretazione dei diritti fondamentali decisivi per l'esercizio della libertà di accedere alle informazioni e per la protezione dei dati fornisce i parametri costituzionali utili a individuare i limiti impliciti.

Vengono dunque in rilievo il diritto di informarsi, senza limite alcuno, ricorrendo a fonti accessibili a tutti (art. 5 par. 1 GG), il diritto fondamentale alla autodeterminazione informativa (art. 1, par. 1, in combinato disposto con l'art. 2, par. 1 GG), alla libertà professionale (art. 12, par. 1 GG e alla proprietà (art. 14 cpv. 1 GG), e nonché la garanzia della tutela giurisdizionale (art. 19, par. 4 GG).



Mi limiterò, qui seguito, all'analisi di tre fra questi.

### **5.1. La garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva (art. 19, par. 4 GG)**

Di primo acchito, parrebbe possibile escludere una violazione del diritto fondamentale ad una effettiva tutela giurisdizionale, dal momento che, a chiunque venga colpito in modo sfavorevole dalla richiesta di informazioni, o veda toccati i propri dati personali e segreti dalla stessa, è riconosciuta la possibilità di presentare un ricorso amministrativo o giurisdizionale avverso la decisione dell'autorità amministrativa<sup>48</sup>.

In alternativa o in aggiunta a questi rimedi lo stesso soggetto può rivolgersi al *Garante per la protezione dei dati e la libertà di informazione*.

Anche questa possibilità è finalizzata alla tutela giurisdizionale, dal momento che il destinatario di una decisione negativa del Garante può, a sua volta, impugnarla con ricorso in via amministrativa e, poi, davanti al tribunale. Sicché parrebbe addirittura che la tutela giurisdizionale sia, in questa maniera, rafforzata.

Tuttavia, in effetti, non si può non mettere in evidenza come, oggi, la tutela giurisdizionale sia divenuta più complessa e più opaca al tempo stesso: la *Legge sulla libertà di informazione* consente infatti di rivolgersi al Garante. Ma non evidenzia con sufficiente chiarezza che il ricorso a questo particolare rimedio comporta che i termini per chiedere la tutela giurisdizionale decorrono in modo infruttuoso, se, al momento della richiesta rivolta al Garante, e non oltre un mese dalla stessa non si presenta anche il ricorso in via amministrativa e, in eventuale sequenza<sup>49</sup>, il ricorso giurisdizionale.

Una simile ipotesi risulta ancor più critica nella misura in cui il *Garante per la protezione dei dati e la libertà di informazione* non può garantire una piena tutela.

Anche se è una sorta di "supervisore indipendente", non è un giudice; prima di tutto, non può annullare una decisione errata dell'autorità amministrativa, ma solo censurarla.; inoltre, la legge non chiarisce in ogni caso e in modo soddisfacente quali siano le conseguenze di una "censura" siffatta. Un solo dato è certo: l'autorità amministrativa interessata dalla "censura" dovrà prendere posizione rispetto alla stessa.

---

<sup>48</sup> Diversamente da quanto previsto nel sistema italiano, in quello tedesco il previo ricorso in via amministrativa è, in linea di principio e salvo norme derogatorie espresse, un presupposto necessario per potere proporre il ricorso giurisdizionale. Sul punto v. per tutti H.-J. Knack, H.-G. Henneke, *VwVfG Kommentar*, X ed., Köln 2014, § 79.

<sup>49</sup> V. al riguardo quanto già specificato alla nota precedente.



La legge, infine, non trae alcuna conseguenza anche nel caso in cui il Tribunale dichiari legittima la decisione dell'autorità amministrativa, mentre il *Garante per la protezione dei dati e la libertà di informazione* giunga ad un esito diverso.

Va da sé che, in questo modo, la tutela giurisdizionale non diviene più intensa, bensì più opaca: e questo non serve lo scopo ed il senso del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva.

## **5.2. Il diritto fondamentale ad informarsi senza impedimento da fonti accessibili a tutti (Art. 5 par. 1 GG)**

Non è a priori chiaro se il diritto fondamentale di informarsi senza impedimento da fonti accessibili a tutti possa porre dei limiti al legislatore ordinario della *Legge sulla libertà di informazione*. In Germania molti Autori ritengono che questa legge non interessi il diritto in questione, dato che quest'ultimo parrebbe contemplare soltanto la possibilità di "informarsi da fonti accessibili a tutti" senza alcun ostacolo; al contrario le informazioni possedute dalla Pubblica amministrazione non sarebbero affatto "accessibili a tutti".<sup>50</sup>

Questo approccio, attualmente, non pare essere corretto, dal momento che proprio il Legislatore ha reso ormai accessibili a tutti, in via generale, queste informazioni, disciplinando il nuovo diritto di accesso "incondizionato" di chiunque alle informazioni non coperte da segreto (§ 1 par. 1 *alinea* 1 IFG)<sup>51</sup>. Questa conseguenza deriva da una decisione della Corte costituzionale federale nella quale si è statuito che: "Ove il legislatore stabilisca il tipo di accessibilità delle operazioni dello Stato e, quindi, anche il grado di apertura di questa fonte di informazione, il campo di applicazione della libertà di informazione viene a questo punto, e nella medesima misura, aperto"<sup>52</sup>.

In linea di principio, la *Legge sulla libertà di informazione* si estende dunque anche a questo diritto fondamentale.

Ciò su cui val invece la pena di riflettere, è se lo stesso diritto presenti profili inerenti l'istituto della cd. "unione personale" fra il *Garante federale per la protezione dei dati* e il *Garante federale per la libertà di informazione* e, laddove così sia, di quali si tratti.

---

<sup>50</sup> Cfr. Ad es. P. Lerche, *Aktuelle Grundfragen der Informationsfreiheit*, in *Jura*, 1995, p. 561 ss. (565); A. Scherzberg, *Die Öffentlichkeit der Verwaltung*, 2000, p. 339 s. e Id., in *ThürVBl.*, 2003, p. 193 ss. (196 ss.).

<sup>51</sup> Per approfondimenti: M. Ibler, *Wie konkretisiert Verwaltungsrecht Verfassungsrecht*, in: Ibler (a cura di), *Konstanzer Symposium für Hartmut Maurer*, 2012, p. 1 (4 ss.).

<sup>52</sup> Corte Cost. federale (BVerfG), sentenza del 24.01.2001 – 1 BvR 2623/95, 622/99 – BVerfGE 103, p. 44 (61).



Il diritto fondamentale in questione esige che il Legislatore ponga in essere una disciplina normativa che, nel momento in cui garantisce al massimo il diritto stesso, ampliando il nòvero delle fonti di informazione accessibili, lo faccia senza le incertezze sopra menzionate?

Va da sé che la questione richiede ulteriori approfondimenti. Mi limito qui soltanto ad osservare, che il Legislatore ha il compito di imprimere al sistema giuridico un carattere il più coerente possibile<sup>53</sup>.

Questa esigenza, che scaturisce dal principio dello Stato di diritto, vale anche per la definizione della libertà di informazione. Se il Legislatore vuole rafforzare la trasparenza dell'azione pubblica, le previsioni in materia di organizzazione e di procedimento adottate in questa prospettiva nulla hanno a che vedere con questa forma di “unione personale”: che pare agire piuttosto in direzione opposta rispetto al principio di trasparenza.

### **5.3. Il diritto fondamentale all'autodeterminazione informativa (art. 1, par. 1, in combinato disposto con l'art. 2, par. 1 GG)**

Il diritto fondamentale all'autodeterminazione informativa tutela il diritto di ogni individuo di decidere, in linea di principio, in quali circostanze e nel rispetto di quali limiti sia possibile conoscere informazioni relative alla sua vita<sup>54</sup>.

Il Tribunale costituzionale federale ha sviluppato questo particolare “diritto fondamentale alla tutela dei dati”<sup>55</sup> nel 1983, interpretando in via estensiva il più generale diritto al rispetto della persona (Art. 2 par. 1 GG) e della dignità umana (Art. 1 par. 1 GG).

Successivamente, anche il Legislatore è intervenuto in materia, quando, nel 2006, ha introdotto e delineato, nella *Legge sulla libertà di informazione*, il diritto di accesso alle fonti informative, consentendo alle Pubbliche amministrazioni di diffondere anche le informazioni relative a dati personali e ciò persino nell'ipotesi in cui la persona alla quale i dati si riferiscono sia contraria alla loro divulgazione.

Una simile compressione del diritto fondamentale alla protezione dei dati potrebbe essere costituzionalmente legittima solo in presenza di una base giuridica sufficientemente specifica, posta in essere nel più pieno rispetto del divieto di eccesso di potere legislativo (*Übermaßverbot*), e se, da un lato, la divulgazione dei dati perseguisse un obiettivo fornito di copertura costituzionale,

---

<sup>53</sup> Con riferimento all'esigenza di coerenza del sistema giuridico cfr. ad es. Corte Cost. federale (BVerfG), sentenza del 07.05.1998 – 2 BvR 1991, 2004/95 – BVerfGE 98, 106 (131 ss.).

<sup>54</sup> BVerfG, sentenza del 15. 12. 1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 – BVerfGE 65, 1 (42).

<sup>55</sup> Critico rispetto a questa denominazione ad es. F. Schoch, *Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft*, in: Sachs/Siekmann (a cura di), FS Stern (2012), p. 1491 (1507).



e, dall'altro, il Legislatore predisponesse sufficienti presidi organizzativi e procedurali contro una divulgazione illecita delle informazioni richieste.

E' dubbio che la *Legge sulla libertà di informazione* soddisfi tutti questi requisiti: da un canto, essa vieta al Legislatore (al § 6 IFG) di divulgare informazioni personali e segreti commerciali specificamente individuati; il che non suscita alcuna obiezione. Da un altro canto tuttavia, per quel che concerne la divulgazione di altre informazioni personali, essa lascia (v. § 5 IFG) la decisione sul punto alle autorità amministrative e senza delineare in modo chiaro entro quali limiti sia possibile compiere una simile valutazione.

Anche gli scopi della legge, volti a migliorare “la trasparenza della pubblica amministrazione” e le condizioni di funzionamento della democrazia”, sono formulati in modo così ampio da non potere adeguatamente guidare la scelta ponderata che l'amministrazione deve adottare. A questo si aggiungono, inoltre, le lacune organizzative e procedurali più volte menzionate, consistenti nella previsione della cd. “unione personale” dei due Garanti competenti in materia.

## **6. Conseguenze inerenti la cd. “unione personale” fra il Garante federale per la protezione dei dati e il Garante federale per la libertà di informazione**

Probabilmente il Legislatore ha violato alcuni diritti fondamentali nel momento in cui ha configurato, nella *Legge sulla libertà di informazione*, il diritto di accesso alle informazioni. In particolare, parrebbe aver violato la garanzia ad una tutela giurisdizionale e il diritto fondamentale alla tutela dei dati, ma non soltanto: forse anche il diritto fondamentale di informarsi senza alcun impedimento da fonti accessibili a tutti. Il dubbio o la possibilità che la fonte normativa in questione abbia violato un diritto fondamentale non rende la legge però di certo, automaticamente, costituzionalmente illegittima.

Non c'è dubbio che la protezione dei dati, il principio di trasparenza nello Stato di diritto e la concezione stessa di “democrazia” pongano importanti sfide allo Stato e al legislatore: la Legge fondamentale non può dirimere prima che sorgano i conflitti che possono nascere in relazione a questi principi e nozioni. Una domanda nasce dunque spontanea: è necessario salvaguardare proprio in questi casi la libertà del Legislatore democraticamente legittimato?

Il Tribunale costituzionale federale, proprio in ragione della particolare importanza da riconoscere, nella società dell'informazione, alla protezione dei dati ha cercato di individuare limiti ulteriori all'operato del Legislatore, fornendo l'interpretazione delle disposizioni sui diritti fondamentali e con l'aiuto della dottrina costituzionalistica.



Affinché la legge possa fronteggiare i possibili conflitti fra i diritti fondamentali, come, ad es., quelli che possono nascere fra il diritto alla protezione dei dati, il diritto fondamentale alla autodeterminazione informativa e altre disposizioni costituzionali, è necessario che il Legislatore, ove non sia in grado di bilanciare esso stesso correttamente i due diritti, garantisca almeno la tutela dei diritti fondamentali adottando previsioni sull'organizzazione delle Pubbliche amministrazioni e sul procedimento che queste devono seguire<sup>56</sup>.

Proprio questo non è riuscito alla *Legge sulla libertà di informazione*, anzi: l'istituto della cd. "unione personale" sembrerebbe, piuttosto che risolverli, riuscire a celare i possibili conflitti fra protezione dei dati e libertà di informazione.

Affidare, poi, la risoluzione di simili conflitti a una stessa persona è operazione che si può rivelare poco trasparente e in contraddizione con il desiderio e la volontà del Legislatore di modellare proprio in questa direzione l'azione della Pubblica amministrazione. Inoltre, così facendo pure la tutela giurisdizionale viene resa più complicata.

Questi inconvenienti, peraltro, non sembrano poter essere compensati nemmeno dal nuovo disegno di legge presentato dal Governo federale e che mira a dare piena indipendenza al *Garante per la protezione dei dati e la libertà di informazione*.

Pertanto, in conclusione, ritengo che la cd. "unione personale" sia incostituzionale.

## **7. Le possibili soluzioni al problema**

Il Legislatore deve dunque trovare un'altra soluzione.

Di quale si potrebbe trattare?

La giurisprudenza e la dottrina sulla tutela dei diritti fondamentali mediante l'organizzazione e il procedimento possono aiutare a rispondere al quesito.

Ad esempio, si potrebbero istituire due Garanti distinti, rispettivamente per la protezione dei dati e per la libertà di informazione.

Il Legislatore potrebbe poi introdurre anche la "riserva giurisdizionale" (*Richtervorbehalt*) già menzionata all'inizio del mio contributo<sup>57</sup>. La "riserva al giudice" implicherebbe, in questo caso, una decisione che, già nell'ambito del procedimento amministrativo - nel momento stesso, cioè, in cui si tratta di decidere se, nel caso di specie, prevalga la tutela dei dati personali o la libertà di

---

<sup>56</sup> Cfr. ad es. Corte Cost. federale (BVerfG), Urteil vom 15. 12. 1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 – BVerfGE 65, 1 (49 ss.).

<sup>57</sup> *Supra*, par. 1.



informazione - possa essere adottata solo e unicamente da un giudice indipendente, e non già da un'autorità amministrativa.

## **II. Tutela della riservatezza e principio di trasparenza dell'attività della Pubblica Amministrazione nel sistema italiano: una decisione multipolare, con troppi profili critici irrisolti**

### **1. Premessa introduttiva**

Non è questa la sede per ripercorrere le sin troppo note vicende che hanno condotto, nel 1990, all'emanazione di una legge generale italiana sul procedimento amministrativo: seguendo (fra gli altri) l'illustre esempio rappresentato proprio dalla *Verwaltungsverfahrensgesetz* tedesca del 1976<sup>58</sup>.

Prima di concentrarsi sul tema oggetto del presente approfondimento - quello del principio di trasparenza e del suo rapporto con le esigenze di tutela della riservatezza, nella prospettiva delle c.d. decisioni multipolari - vale tuttavia la pena di richiamare, seppur in via di estrema sintesi, le quattro funzioni principali che si riteneva dovessero ricondursi al procedimento amministrativo, almeno così come esso era stato disciplinato dalla legge n. 241, nella sua versione originaria del 1990.

In primo luogo, si sottolineava l'importanza della funzione di accertamento: il procedimento ha quale funzione di accertare la corrispondenza fra il provvedimento che si intende emanare e le previsioni normative in vigore. Il che implica un'attività di accertamento e verifica dei fatti, che è evidentemente imprescindibile anche nei procedimenti più semplici (e non solo in quelli più complessi, caratteristici delle decisioni "multipolari").

Vi è, poi, la funzione di integrazione della legge: il procedimento amministrativo deve consentire, attraverso l'esercizio della c.d. discrezionalità amministrativa, di riempire quello spazio che la legge volutamente ha lasciato libero, allo scopo di assicurare all'amministrazione la possibilità di adeguare il provvedere all'oggetto del provvedere, in special modo per tutti quei casi in cui vi è la necessità di tenere conto di contesti in perenne e rapido mutamento (interventi nell'economia e nel sociale *in primis*; ma anche interventi connessi ad ambiti interessati dalle nuove tecnologie).

La terza funzione del procedimento veniva identificata come connessa all'esigenza di consentire l'acquisizione e la selezione degli interessi. L'interesse pubblico identificato dalla norma è, infatti,

---

<sup>58</sup> Su cui si rinvia a D.U. Galetta, *Il procedimento amministrativo nella scienza del diritto amministrativo in Italia, dalle origini ad oggi: linee generali di sviluppo e critica di alcune recenti « involuzioni »*, in *Il Foro amministrativo - TAR*, 2011/11, p. 3779 ss. e dottrina ivi richiamata. Per una introduzione generale alla *Verwaltungsverfahrensgesetz* tedesca si veda invece D.U. Galetta, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo*, Milano, 2002, p. 1 ss.



necessariamente generale ed astratto e spetta all'amministrazione renderlo specifico e concreto accertando, oltre a tutti i fatti, anche tutti gli interessi che entrano potenzialmente in gioco rispetto all'emanando provvedimento<sup>59</sup>.

La quarta ed ultima funzione del procedimento era infine individuata come una funzione di tipo organizzativo: con riguardo agli interessi coinvolti dall'emanando provvedimento e sulla base dell'applicazione di principi generali<sup>60</sup>.

Nella prospettiva delle decisioni c.d. multipolari - come è evidente anche dall'esame del caso tedesco, svolta nella precedente sez. I - l'espletamento corretto di tutte queste funzioni si rivela essenziale al fine di addivenire ad una decisione amministrativa il più possibile corretta ed aderente all'interesse pubblico. Rispetto, tuttavia, a decisioni complesse ed a carattere multipolare è certamente la terza funzione, quella di acquisizione e selezione degli interessi, a svolgere (insieme alla quarta) un ruolo centrale. E non è infatti un caso che essa fosse considerata come un elemento del tutto fondamentale nella architettura del 1990 della l. 241 sul procedimento amministrativo.

## **2. L'accesso agli atti della Pubblica Amministrazione quale decisione "multipolare": fra previsioni della legge 241/90 e norme speciali**

Nel 1990 la legge n. 241, oltre a disciplinare in generale il procedimento amministrativo, ha disciplinato anche il diritto di accesso ai documenti amministrativi<sup>61</sup>, che era previsto già in varie leggi di settore e che la legge 241/90 ha esteso, in linea di principio, a tutti gli ambiti dell'attività amministrativa.

Come è noto la dottrina italiana ha identificato, quale base costituzionale di questo diritto, l'art. 21 Cost. sul diritto di manifestazione del pensiero. Tuttavia, il diritto di accesso ai documenti

---

<sup>59</sup> A questo proposito è fondamentale rileggere le pagine di F. Benvenuti, *Disegno dell'Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Cedam, Padova, 1996, p. 222 ss., su "Natura e significato del procedimento" e sulla "Rilevanza del procedimento".

<sup>60</sup> Funzione, quest'ultima, che era particolarmente cara al Prof. Nigro, nella cui concezione il procedimento amministrativo aveva soprattutto un «valore organizzativo». Cfr. M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 252 ss., ma anche, già, M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 122 ss.

<sup>61</sup> Come è infatti noto lo schema di legge sul procedimento amministrativo proposto dalla Commissione Nigro, dopo varie modifiche, venne infine unificato con un altro schema di legge, redatto sempre dalla Commissione Nigro, sul diritto d'accesso ai documenti amministrativi. L'insieme dei due è perciò divenuto la legge 7 agosto 1990, n. 241, intitolata "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti amministrativi".

amministrativi rappresenta senz'altro una proiezione anche delle previsioni degli artt. 97 e 98 Cost. e dei principi in esse contenuti<sup>62</sup>.

Dopo l'emanazione della l. 241/90 era affermazione comune in dottrina che, con la previsione in tema di diritto d'accesso dell'art. 22 l. 241/90, il principio della segretezza dell'attività amministrativa<sup>63</sup> fosse stato ribaltato in favore dell'opposto principio di trasparenza<sup>64</sup>. La legge 15/2005 ha però poi riscritto quasi interamente il capo V della L. 241/90 sull'accesso ai documenti amministrativi sicché, allo stato attuale, non appare affatto ovvio che ci si possa riferire al diritto di accesso agli atti ex art. 22 L. 241/90 quale estrinsecazione del principio di trasparenza<sup>65</sup>. Secondo quanto risulta, infatti, dal tenore letterale del novellato art. 22, l'esercizio del diritto di accesso è ormai senz'altro connesso all'esistenza di un interesse qualificato (“interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso”<sup>66</sup>) ed è perciò funzionale, nella maggior parte delle ipotesi, alla protezione di una situazione giuridicamente rilevante rispetto alla quale l'accesso svolge, in questo caso, una funzione puramente strumentale<sup>67</sup>. L'accesso agli atti ex art. 22 L. 241/90 viene infatti subordinato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, in questa ipotesi, alla sussistenza di un vero e proprio *“interesse ad agire per l'accesso, da intendersi non come legittimazione ad esperire la relativa azione, fondata sulla sussistenza di una situazione giuridicamente tutelata e*

---

<sup>62</sup> V. a questo proposito ad es., in modo esplicito, Corte Cost. sentenza 23.03.2007, n. 103.

<sup>63</sup> Connesso alla previsione di cui all'art. 15 del D.P.R. n. 3/1957, Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, che disciplinava il segreto d'ufficio. Norma che si caratterizzava per un ampio grado di incertezza sul suo significato ed i suoi contenuti concreti. Sul punto si rinvia, per tutti, a V. Italia, R. Depiero, *Segreto e riservatezza*, in A. Zucchetti e al. (a cura di), *Il Regolamento sull'accesso ai documenti* (Commento al D.P.R. 12 aprile 2006, n.184), Milano, 2006, p. 1 ss.

<sup>64</sup> In argomento v. per tutti F. Merloni, G. Arena, (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.

<sup>65</sup> Per approfondimenti sul punto: D.U. Galetta, *Transparency and Access to Public Sector Information In Italy: a Proper Revolution?*, in *Italian Journal of Public Law*, 2014/2. Si veda anche l'insuperato contributo di S. Cognetti, *«Quantità» e «qualità» della partecipazione*, Milano, 2000, in particolare p. 44 ss., che sottolineava come il nostro legislatore non ha collegato la pretesa del privato ad ottenere l'esibizione degli atti richiesti all'interesse civico di chi chiede piena trasparenza sull'operato della propria amministrazione, bensì alla soddisfazione di un altro interesse: quello ad ottenere un bene idoneo a soddisfare i propri bisogni e rispetto a cui la conoscenza dell'informazione è puramente strumentale.

<sup>66</sup> Per un esame della giurisprudenza in tema di legittimazione ad accedere, prima e dopo la modifica della L. 15/2005, si rinvia alle ampie riflessioni di R. Leonardi, *il diritto di accesso ai documenti amministrativi: a proposito dei soggetti attivi per un'azione amministrativa trasparente, ma non troppo*, in *Foro amm. TAR*, 2012/6, p. 2155 ss. e dottrina e giurisprudenza ivi richiamate.

<sup>67</sup> Sottolinea peraltro parte della giurisprudenza che *“La sussistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale ... come più volte chiarito dalla giurisprudenza ... non significa che l'accesso abbia carattere meramente strumentale rispetto alla difesa in giudizio della situazione sottostante, assumendo esso una valenza autonoma”*. Così, da ultimo, T.A.R. sez. III Bari, Puglia, 29.10.2014, n. 1269.



*collegata al documento per il quale è chiesto l'accesso, bensì come utilità del documento alla concreta protezione di tale situazione*<sup>68</sup>.

Le norme della l. 241/90 sul diritto d'accesso non precludono, tuttavia, la possibilità di prevedere nella legislazione speciale di settore un più ampio diritto d'accesso. Ed il legislatore italiano ha fatto più volte ricorso a questa possibilità così che, lungi dal risultare omogeneo ed unificato, il regime giuridico del diritto di accesso agli atti della pubblica amministrazione si declina attualmente in modo diverso e più ampio in importanti normative di settore.

In materia ambientale, ad esempio, il diritto di accesso riguarda chiunque ne faccia richiesta, senza bisogno di dichiarare o qualificare il proprio interesse<sup>69</sup>. Mentre l'art. 43 del d.lgs. n. 267/2000, nel disciplinare il diritto di accesso esercitato dai consiglieri comunali e provinciali<sup>70</sup>, lo amplia a tal punto da avere sollevato il dubbio che si possa trattare, più che di un diritto, di un vero e proprio privilegio<sup>71</sup>.

### **3. Segue. L'accesso civico e le sue conseguenze (dirette e indirette) sul diritto d'accesso ex art. 22 L. 241/90**

Un ulteriore esempio di ampliamento del diritto di accesso ben oltre i confini delineati dalla legge generale sul procedimento amministrativo è rappresentato dal D.Lgs. 33/2013, c.d. Testo Unico per la trasparenza nelle pubbliche amministrazioni<sup>72</sup>, che introduce l'istituto del c.d. "accesso civico".

L'accesso civico al quale si riferisce espressamente l'art. 5 del D.Lgs. 33/2013 risulta, in verità, correlato all'obbligo, previsto in capo alle pubbliche amministrazioni, di pubblicare una serie di documenti, informazioni e dati e si sostanzia nel diritto di chiunque di richiedere l'accesso ai medesimi, nel caso in cui ne sia stata omessa la pubblicazione. Sicché, come ha di recente

---

<sup>68</sup> Così Cons. St., sez. VI, 20.02.2008, n. 590, punto 3.

<sup>69</sup> In argomento si rinvia a S. Grassi, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, (con il coordinamento di D.U. Galetta e M. Gigante), Milano, 2011 p. 1321 ss. e bibliografia ivi indicata.

<sup>70</sup> Art. 43, comma 2, D.lgs. 18 agosto del 2000, n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL). In argomento v. R Nania, *Il diritto di accesso nell'esperienza delle Regioni e degli enti locali*, in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it), Rassegna, 20/2010.

F. Manganaro, *L'accesso agli atti ed alle informazioni degli enti locali*, in M.A. Sandulli, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1066 ss. e bibliografia ivi citata; M. Bombardelli, *L'esercizio del diritto di accesso da parte dei consiglieri comunali*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 10, 1112 ss.; M.A. Sandulli, *Partecipazione e autonomie locali*, in *Dir. amm.*, 2002, 554 ss..

<sup>71</sup> Cfr. sul punto R. Leonardi, *il diritto di accesso ai documenti amministrativi* cit., p. 2170 ss.

<sup>72</sup> D.Lgs. 14.03.2013 n. 33, Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, in *GU* 05.04.2013, n. 80.



osservato il nostro Consiglio di Stato in un'articolata pronunzia sul punto, “... le nuove disposizioni, dettate con d.lgs. 14.3.2013, n. 33 in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni disciplinano situazioni, non ampliative né sovrapponibili a quelle che consentono l'accesso ai documenti amministrativi, ai sensi degli articoli 22 e seguenti della legge 7.8.1990, n. 241, come successivamente modificata ed integrata”<sup>73</sup>.

Secondo l'opinione espressa in giurisprudenza il D.Lgs. 33/2013 è peraltro pienamente applicabile anche ai procedimenti avviati prima della sua entrata in vigore<sup>74</sup>.

Si è venuta perciò a creare una situazione nella quale, sin dal momento di entrata in vigore delle sue norme, il Decreto 33 ha creato una sorta di doppio binario: l'accesso tradizionale di cui alla L. 241/1990, che continua ad operare, con i propri diversi presupposti e la sua diversa disciplina, e l'accesso civico ex D.Lgs. 33/2013. Questa coesistenza implica, fra le altre cose, che un soggetto, pur titolare di una posizione differenziata (e che potrebbe essere dunque tutelata secondo la tipologia di accesso ex art. 22 L. 241/90), possa decidere di avvalersi, invece, dell'accesso civico qualora ne ricorrano i presupposti. Vale a dire che, per gli atti compresi negli obblighi di pubblicazione di cui al D.lgs. 33/2013 potranno operare cumulativamente tanto il diritto di accesso ‘classico’ ex legge 241/1990, quanto il diritto di accesso civico ex D.Lgs. 33/2013. Mentre per gli atti non rientranti in tali obblighi di pubblicazione opererà, evidentemente, il solo diritto di accesso ‘classico’ di cui alla L. 241/1990<sup>75</sup>, con tutte le relative limitazioni.

Il fatto che esista ora un diritto di accesso civico ai sensi dell'art. 5 del D. Lgs. n. 33/2013, che si affianca al diritto di accesso ‘classico’ ex art. 22 L. 241/90, implicherebbe poi, secondo la giurisprudenza che si è nel frattempo espressa sulla questione, una serie di ulteriori conseguenze in tema di trasparenza, che ad una lettura critica non possono non apparire in contraddizione fra loro.

Da un lato si afferma, infatti, che l'ampliamento del diritto di accesso sotto forma di accesso civico deve fare considerare superata la vecchia diatriba sulla natura del diritto di accesso, se diritto soggettivo o interesse legittimo, per quelle situazioni in cui è possibile fare riferimento ad entrambi perché coperte dagli obblighi di trasparenza ex D.Lgs. n. 33/2013<sup>76</sup>. Dall'altro lato si sottolinea però, in altre pronunzie, come l'aver trasformato il diritto di accesso ex art. 22 L. 241/90 in accesso civico limitatamente ad alcune categorie di atti implichi per converso che, per

<sup>73</sup> Così Cons. Stato, sez. VI, 20.11.2013, n. 5515

<sup>74</sup> Così, ad es., T.A.R. Napoli (Campania) sez. VI, 05.11.2014, n. 5671.

<sup>75</sup> Cfr. giurisprudenza cit. nota precedente.

<sup>76</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24.02.2014, n. 865.



tutti gli atti non soggetti ad obbligo di trasparenza ai sensi e per gli effetti del D.Lgs. n. 33/2013, i requisiti per l'accesso siano da interpretarsi in modo ancor più restrittivo. Viene infatti sottolineato, a questo riguardo come, la *“diversificazione di finalità e di disciplina dell'accesso agli atti, rispetto al cosiddetto accesso civico”* implica che *“non bastino esigenze difensive genericamente enunciate per garantire l'accesso, dovendo quest'ultimo corrispondere ad una effettiva necessità di tutela di interessi che si assumano lesi ed ammettendosi solo nei limiti in cui sia strettamente indispensabile la conoscenza di documenti, contenenti dati sensibili e giudiziari”*<sup>77</sup>.

#### **4. Il bilanciamento fra diritto di accesso e tutela della riservatezza dopo il D.Lgs. n. 33/2013: due metri e due misure?**

In materia di accessibilità dei documenti - come emerge anche dai contenuti della pronuncia citata in chiusura del precedente paragrafo - la questione più delicata concerne senz'altro il rapporto fra il diritto d'accesso e la tutela della riservatezza. Ciò emerge chiaramente già dal tenore del nuovo comma 7 dell'art. 24, L. 241/90 che, se da un lato (*alinea 1*) specifica chiaramente che *“Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici”*, dall'altro lato (*alinea 2*) precisa che *“Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale”*.

Sulla questione del bilanciamento in concreto fra accesso e riservatezza la giurisprudenza appare tuttavia oscillante. Si tratta, in effetti, di operare valutazioni comparative assai difficili e delicate che impongono *“... un'attenta valutazione, caso per caso, delle situazioni giuridiche che vengono via via in considerazione”*<sup>78</sup>. In questo senso la soluzione sembra piuttosto risiedere in quella 'limitazione' dell'accesso cui fa riferimento l'art. 25 comma 3 (a fianco alle ipotesi del rifiuto e del differimento). Limitazione che - come ci dice la giurisprudenza - può consistere nella utilizzazione, *“se necessario”*, de *“la formula ‘omissis’”*<sup>79</sup> per quelle informazioni che ricadono sotto l'ombrello di protezione del diritto alla riservatezza.

Prevale peraltro, in giurisprudenza, una lettura alquanto rigorosa dell'art. 24, comma 7, intesa ad escludere *“... la prevalenza acritica di esigenze difensive anche genericamente enunciate”*; viene infatti

---

<sup>77</sup> Così Cons. Stato, Sez. VI, 20.11.2013, n. 5515, in riforma di TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 18 luglio 2013, n. 1904, che aveva ordinato un'ampia produzione documentale all'amministrazione resistente facendo all'uopo riferimento ad *“un'evoluzione sempre più favorevole alla trasparenza”*.

<sup>78</sup> Così Cons. Stato, Sez. V, 28.09.2007, n. 4999.

<sup>79</sup> Cons. Stato, Sez. V, 2007/4999 cit. nota precedente.

sottolineato come una lettura siffatta sia la sola “... idonea a sottrarre la medesima norma a dubbi di costituzionalità, per irragionevole sacrificio di interessi protetti di possibile rilevanza costituzionale e comunitaria”<sup>80</sup>.

Se così è per il diritto di accesso ex L. 241/90, la stessa cosa non può dirsi per quel che concerne l’accesso civico ex art. 5 del D.Lgs. 33/2013. Essendo infatti, quest’ultimo, correlato all’ampio obbligo di pubblicazione di documenti, informazioni e dati previsto dal decreto in questione in capo alle pubbliche amministrazioni, esso si sostanzia nel *diritto di chiunque* di richiedere l’accesso ai medesimi, nel caso in cui l’amministrazione ne abbia ingiustificatamente omissa la pubblicazione.

## **5. Segue. Trasparenza, accesso civico e garanzie (insufficienti) imposte dal legislatore del 2013 a tutela dalla riservatezza**

Prima di potere trarre delle conclusioni circa la compatibilità, o meno, del quadro normativo attuale con le esigenze imposte da un corretto bilanciamento fra trasparenza e riservatezza appare necessario soffermarsi ancora brevemente sulle norme più recenti in tema di trasparenza e sulla loro *ratio*.

Già il D.Lgs. 150/2009 (c.d. decreto Brunetta)<sup>81</sup> specificava a questo proposito, al suo art. 11, che “La trasparenza è intesa come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni?”. Sicché si costituisce in questo modo, in capo a ciascun cittadino, una posizione giuridica qualificata ad ottenere le informazioni pubbliche che è dichiaratamente volta, diversamente da quanto previsto per il diritto di accesso agli atti, “a favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità” (così art. 11, comma 1, del D.Lgs. 150/2009).

Quanto agli obiettivi perseguiti, la trasparenza, come disciplinata dal legislatore del 2009, può dirsi finalizzata a due obiettivi essenziali: da un lato l’efficienza della pubblica amministrazione perseguita per il tramite della trasparenza sulle performance dell’amministrazione e dei servizi pubblici; e, dall’altro, la prevenzione della corruzione, perseguita attraverso la trasparenza dei procedimenti e degli assetti organizzativi.

---

<sup>80</sup> Così Cons. Stato, sez. VI, 2013/5515 cit., che richiama sul punto anche: Cons. St., Ad. Plen., 04.02.1997, n. 5; Cons. St., sez. VI, 24.03.1998, n. 498; Cons. St., sez. VI, 26.1.1999, n. 59; Cons. St., sez. VI, 20.4.2006, n. 2223; Cons. St., sez. VI, 27.10.2006, n. 6440; Cons. St., sez. VI, 13.12.2006, n. 7389; Cons. St., sez. V, 21.10.1998, n. 1529.

<sup>81</sup> Decreto legislativo 27.10.2009, n. 150, Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.



E' in particolare su questa seconda linea direttrice che si colloca, invece, il D.Lgs. 33/2013: che ha come obiettivo specifico - in base alla legge delega n. 190/2012 - quello di *prevenire e reprimere l'illegalità nella P.A.* Data questa premessa, le pubbliche amministrazioni sono tenute ad adempiere agli ampi obblighi di trasparenza riguardanti la loro attività attraverso l'uso dello strumento del 'sito istituzionale' di ogni singola amministrazione, sul quale ogni utente potrà ricercare tutte le informazioni inerenti all'attività e all'organizzazione degli enti, senza la necessità di autenticarsi o essere in qualsivoglia modo identificato (così art. 2, comma 2 del D.Lgs. 33/2013). Le suddette informazioni devono, infatti, essere pubblicate nella *home page* dei siti istituzionali all'interno della sezione 'Amministrazione trasparente'. Inoltre è espressamente previsto che *"le amministrazioni non possono disporre filtri e altre soluzioni tecniche atte ad impedire ai motori di ricerca web di indicizzare ed effettuare ricerche all'interno della sezione"* (così art. 9, comma 1 del D.Lgs. 33/2013).

Il decreto n. 33/2013 ha implicato anche la sostituzione dell'art. 54 del Codice dell'amministrazione digitale, rubricato "*Contenuto dei siti delle pubbliche amministrazioni*", il quale, dopo la modifica prodotta dall'art. 52, comma 3 del D.Lgs. 33/2013, in luogo di indicare (come faceva in precedenza) quali 'dati pubblici' debbono essere contenuti nei siti delle pubbliche amministrazioni, si limita ora a stabilire che i "*siti delle pubbliche amministrazioni contengono i dati di cui al decreto legislativo recante il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, adottato ai sensi dell'articolo 1, comma 35, della legge 6 novembre 2012, n. 190*"<sup>82</sup>.

Dopo di che, nella prospettiva di garantire un minimo equilibrio tra obblighi di trasparenza ed esigenze di tutela della riservatezza, sono previsti all'art. 4 del D.Lgs. 33/2013 dei "limiti alla trasparenza" escludendo, da un lato, l'accessibilità totale dei dati sensibili e giudiziari. L'art. 4, comma 4, prevede infatti che *"Nei casi in cui norme di legge o di regolamento prevedano la pubblicazione di atti o documenti, le pubbliche amministrazioni provvedono a rendere non intelligibili i dati personali non pertinenti o, se sensibili o giudiziari, non indispensabili rispetto alle specifiche finalità di trasparenza della pubblicazione"*. E dall'altro lato prevedendo che, per il caso di erogazioni pubbliche destinate a determinate categorie di beneficiari, *"È esclusa la pubblicazione dei dati identificativi delle persone fisiche destinatarie dei provvedimenti di cui al presente articolo, qualora da tali dati sia possibile ricavare informazioni relative allo stato di salute ovvero alla situazione di disagio economico-sociale degli interessati"* (art. 26, comma 4 del D.Lgs. 33/2013).

---

<sup>82</sup> Decreto legislativo 07.03.2005, n. 82 e successive modifiche (Codice dell'amministrazione digitale).

Tuttavia sia nella prassi applicativa<sup>83</sup>, sia nella giurisprudenza (ovviamente ancora scarna) sul punto<sup>84</sup>, prevale un atteggiamento di evidente *favor* nei confronti della trasparenza (*rectius* pubblicazione). E questo non favorisce, a mio parere, lo sviluppo di un approccio adeguato da parte delle pubbliche amministrazioni, nell'adottare quella decisione multipolare complessa che è tipica delle situazioni in cui, alla generica esigenza di trasparenza amministrativa (intesa sovente quale acritica trasposizione di "open data policies"<sup>85</sup>), si oppongono concrete esigenze di tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti.

## 6. Conclusioni

E' stato di recente autorevolmente affermato che *"La trasparenza – con una vera e propria rivoluzione culturale – viene intesa sempre più come accessibilità totale sulle informazioni e sui dati: un 'accesso civico' che tenga conto del necessario bilanciamento di interessi fra il principio di trasparenza e la tutela della privacy"*<sup>86</sup>. Tuttavia, se si va a verificare la situazione che si riscontra nella realtà concreta, questa appare assai meno rosea del previsto. Sussiste, infatti, una situazione assai diversificata in materia di rapporto tra riservatezza e trasparenza e che si riflette chiaramente nelle prime pronunce giurisprudenziali in tema di accesso civico. Da un lato vi è, infatti, un diritto di accesso agli atti sempre più limitato e ristretto all'interno degli angusti spazi disegnati dall'art. 22 ss. della L. 241/90 (*post* 2005) e dal D.P.R. 184/2006<sup>87</sup>. Dall'altro lato vi è, invece, l'ampio accesso civico disegnato dall'art. 5 del nuovo D.Lgs. n. 33/2013, che fa da contraltare agli obblighi di pubblicità dei dati e delle informazioni previsti dalla normativa recente in tema di trasparenza. In quest'ottica, peraltro, la trasparenza non è intesa quale diritto d'informazione del cittadino, in

---

<sup>83</sup> V. a questo proposito le chiare indicazioni contenute, ad esempio, nella Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, 14 febbraio 2014, n. 1/2014, *Ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione delle regole di trasparenza di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190 e al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33*, in GU 31.03.2014, n. 75, che opta per un'interpretazione molto ampia dell'ambito oggettivo di applicazione delle norme del decreto.

<sup>84</sup> V. ad es. T.A.R. Lazio, sez. III Roma, 19.03.2014, n. 3014 ove si afferma che *"La disposizioni legislative impone un obbligo generalizzato di pubblicazione esteso a tutte le banche dati, con la sola eccezione dell'Anagrafe tributaria detenuta dall'Amministrazione finanziaria"*.

<sup>85</sup> V. a questo proposito, ad es., la Delibera della Giunta regionale della Basilicata del 30/01/2014, n. 92, *Approvazione Programma Triennale per la Trasparenza e l'Integrità 2014/2016*, in GU 16/02/2014, n. 4, che al punto 1.2. dell'introduzione fa espresso riferimento al concetto di "Regione open data".

<sup>86</sup> G.M. Flick, *Dalla repressione alla prevenzione o viceversa? Dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione*, in *Cassazione Penale*, 2014/9, p. 2754 ss., par. 6.

<sup>87</sup> D.P.R. 12 aprile 2006, n. 184 cit. V. in questo senso, ad es., T.A.R. Parma (Emilia-Romagna) sez. I, 23.10.2014, n. 377, che ribadisce che il diritto di accesso civico *"deve ritenersi che debba comprendere la documentazione specificata nei capi II (di interesse ai fini del presente giudizio), III, IV e V del medesimo D.Lgs.n. 33/2013"* e non si estende in alcun modo implicitamente a fattispecie analoghe od assimilabili. Così già Cons. Stato, Sez. VI, 20 novembre 2013, n. 5515.

linea di continuità rispetto alle migliori tradizioni di altri Paesi europei ed extraeuropei<sup>88</sup>. Essa è concepita, piuttosto, come una sorta di *azione popolare*, in un'ottica che appare eccessivamente funzionalizzata al controllo sull'adempimento di specifici obblighi di pubblicazione da parte delle pubbliche amministrazioni<sup>89</sup>.

Questa prospettiva finisce, in ultima analisi, per fare perdere di vista del tutto le esigenze di necessario bilanciamento fra accesso e riservatezza: con quest'ultima che rischia di venire travolta (ed annientata) da una prospettiva tutta ispirata al principio di massima 'disseminazione' delle informazioni attraverso la rete Internet<sup>90</sup>. Disseminazione che poco o nulla ha a che fare, in verità, con il raggiungimento di quell'obiettivo di trasparenza che il legislatore si era prefissato.

Come è stato acutamente osservato non vi è, infatti, un rapporto di equivalenza diretta fra quantità di informazioni rese disponibili in rete e trasparenza: poiché la conoscenza che il cittadino è in grado di maturare rispetto all'attività dell'amministrazione non è direttamente proporzionale rispetto alla quantità di informazioni disponibili. Anzi si possono produrre, attraverso la pubblicazione di troppi dati ed elementi, fenomeni di "opacità per confusione"<sup>91</sup>: perché la grande quantità di informazioni disponibile finisce per occultare le poche informazioni davvero significative, disorientando così gli interessati<sup>92</sup>.

In questa prospettiva la scelta del nostro legislatore nazionale, di restringere il diritto di accesso ex art. 22 L. 241/90 per privilegiare una forma di trasparenza intesa essenzialmente come obblighi di pubblicazione imposti in capo alle Pubbliche Amministrazioni, non pare una scelta felice, neppure nella menzionata prospettiva di assoluto *favor* per il principio di trasparenza<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup> V. sul punto, ad es., P.A. Comeau, A. Ouimet, *Freedom of Information and Privacy: Quebec's Innovative Role in North America*, in *Iowa Law Review*, 1995/3, p. 651 ss.

<sup>89</sup> Sul punto si concorda infatti pienamente con quanto osservato da V. Torano, *Diritto di accesso civico come azione popolare*, in *Diritto Amministrativo*, 2013/4, p. 789 ss.

<sup>90</sup> Sul punto E. Carloni, *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Diritto pubblico*, 2009/3, p. 779 ss. (793 ss.).

<sup>91</sup> Così E. Carloni, *La "casa di vetro" e le riforme* cit., p. 806.

<sup>92</sup> P. Canaparo, *La via italiana alla trasparenza pubblica: Il diritto di informazione indifferenziato e il ruolo proattivo delle pubbliche amministrazioni*, in *Federalismi.it*, 2014/4, p. 1 ss. (57 ss.).

<sup>93</sup> Non si ignora che in dottrina vi sono state prese posizioni di segno opposto: intese, cioè, a sottolineare come il diritto di accesso dovrebbe costituire lo strumento eccezionale per esercitare il diritto di informazione nei confronti delle amministrazioni pubbliche. Si veda, a tale riguardo, l'ampio contributo di M. Occhiena, *La necessaria riforma del diritto di accesso: diffusione e accesso telematico alle informazioni amministrative*, in *Il diritto dell'economia*, 2008/1, p. 177 ss. (193), cui si rinvia anche per i riferimenti dottrinari ulteriori sul punto.

Se si può infatti certamente condividere l'affermazione, che la regolazione del diritto di accesso non possa più prescindere dalla "rivoluzione informatica" nel frattempo intervenuta<sup>94</sup>, è mia opinione che la piena applicazione del principio di trasparenza esigerebbe che vi sia non solo un'amministrazione "casa di vetro", che chiunque possa dall'esterno osservare<sup>95</sup>. Sarebbe necessario che vi fosse la reale possibilità per il cittadino di comprendere quello che osserva, avvalendosi del supporto dell'amministrazione medesima, che faccia da filtro e tramite delle sue richieste di trasparenza: in un'ottica non certo di "accompagnamento pedagogico" del cittadino, bensì di amministrazione al servizio del cittadino e delle sue richieste di accesso finalizzate anche alla comprensione e condivisione dell'attività dell'amministrazione medesima. A questo servono, tipicamente, le norme sul diritto d'accesso: che presuppongono ed implicano una concreta interazione del cittadino con un soggetto (funzionario della P.A.), che è in grado di supportarlo nella sua richiesta di trasparenza e di veicolarli i contenuti di informazioni altrimenti criptiche e in sé difficilmente comprensibili.

In questo senso la rivoluzione dell'*open access* mi pare essere, più che un traguardo comunque auspicabile, un obiettivo non privo di grandi aspetti di criticità. Tanto più che la 'apertura totale' auspicata dal legislatore delle norme sulla trasparenza<sup>96</sup> implica altresì un rischio di "*ingiustificate lesioni della privacy individuale*"<sup>97</sup>, che non mi pare francamente accettabile.

La soluzione sta perciò, nella prospettiva di chi scrive, sempre e solo nel procedimento amministrativo. E, in questa prospettiva è necessario evitare di confondere il cosa con il come. Il problema, cioè, non può essere posto in termini di alternatività fra un diritto di accesso procedimentalizzato, da un lato, ed un accesso generalizzato nella forma di *open access* dall'altro. L'errore è semmai, come già è stato sottolineato dottrina<sup>98</sup>, di avere operato una eccessiva procedimentalizzazione del diritto di accesso, subordinandolo - attraverso la modifica delle norme sul diritto di accesso della L. 241/90 e dei relativi regolamenti di attuazione - ad una serie di passaggi procedurali che hanno il solo scopo di aggravare il procedimento, operando

---

<sup>94</sup> Così M. Occhiena, *La necessaria riforma del diritto di accesso* cit. nota precedente, p.194.

<sup>95</sup> M. Clarich, *Trasparenza e diritti della personalità nell'attività amministrativa*, intervento al Convegno su "Trasparenza e protezione dei dati personali nell'azione amministrativa" Roma, Palazzo Spada, 11 febbraio 2004, in [http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi\\_contributi/clarich4.htm](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/clarich4.htm)

<sup>96</sup> "L'impressione è che ad una chiusura totale si voglia sostituire un'apertura totale: all'oscurità deprimente di ieri, la luce accecante di domani?": così F. Carinci, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla Legge 133/2008 alla Legge n. 15/2009*, in *LPA*, 2008, I, p. 949 ss. (990).

<sup>97</sup> A. Bellavista, A. Garilli, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 2010/1, p. 1 ss. (11).

<sup>98</sup> M. Occhiena, *La necessaria riforma del diritto di accesso* cit., p. 184 ss.



una forma di burocratizzazione dell'accesso che, certamente, ne limita le intrinseche potenzialità<sup>99</sup>.

Il procedimento correttamente inteso - e privo, dunque, di quegli aspetti di eccessiva burocratizzazione che finiscono inevitabilmente per allontanare il cittadino e dissuaderlo dall'esercitare il proprio diritto di accesso - è infatti l'unica sede per l'adozione di decisioni multipolari in ambiti tanto complessi: esso consente infatti, al suo interno, quell'adeguato bilanciamento fra interessi contrapposti<sup>100</sup> che rappresenta, come già si è ricordato in apertura<sup>101</sup>, una delle 'ragioni d'essere', in sé, del procedimento amministrativo.

Anche per questa ragione la recente normativa italiana sulla trasparenza, intesa e declinata come mero obbligo di pubblicazione (di una enorme quantità di informazioni, documenti e dati) imposto in capo alle pubbliche amministrazioni, appare del tutto insoddisfacente. Essa non solo non corrisponde ad una vera trasparenza: poiché - come è stato giustamente osservato - l'informazione utile ed interessante, anche quando è resa disponibile, "*è difficilmente compresa nella sua portata perché inframmezzata a numerosi elementi privi di interesse*"<sup>102</sup>. Ma anche perché la trasparenza così intesa non consente all'amministrazione di operare quelle valutazioni e decisioni caso per caso che, sole, sarebbero in grado di garantire un adeguato bilanciamento fra gli interessi contrapposti in gioco. Interessi che - è bene dirlo chiaramente - sono tutti espressione di valori costituzionali fondamentali: la trasparenza, da un lato, e la riservatezza degli individui e la protezione dei loro dati personali, dall'altro.

Di certo sarebbe stato meglio, dunque, invece di optare per obblighi di pubblicazione che facilmente possono sfuggire di mano<sup>103</sup>, potenziare ed ampliare l'istituto dell'accesso agli atti ex L. 241/90, riconducendo magari ad unità le discipline contenute nelle varie norme di settore, per

---

<sup>99</sup> Sulla inutile complicazione del diritto di accesso, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della legge 15/2005, v. M. Lipari, *L'accesso «inaccessibile»*, in *Corr. merito*, 2006, p. 1067ss.

<sup>100</sup> Come è stato di recente, acutamente osservato, in contesti di questo tipo "*si ripropongono costantemente situazioni conflittuali la cui soluzione non può essere individuata una volta per tutte, ma richiede valutazioni duttili e circostanziate, tanto più in presenza di un mezzo in continua evoluzione e di cui non sono compiutamente note le potenzialità ed i rischi*". Così M. Cuniberti, *Democrazia, dissenso politico e tutela dell'anonimato*, in *Dir. Informaz. e Informatica*, 2014/2, p. 111 ss., par. 6.

<sup>101</sup> V. *supra*, par. 1 di questa parte II.

<sup>102</sup> Così E. Carloni, *La "casa di vetro" e le riforme cit.*, p. 806.

<sup>103</sup> Sottolinea a questo proposito il Garante della privacy, nella sua ultima relazione (2013), come "*Deve a questo proposito segnalarsi con preoccupazione il fenomeno della pubblicazione in internet, spesso per il tramite dell'albo pretorio online, di dati sensibili - si pensi al caso della diffusione di ordinanze concernenti l'esecuzione di trattamenti sanitari obbligatori su siti web istituzionali di numerosi comuni (par. 4.4) - o comunque eccedenti, riferiti a individui e pubblici dipendenti (par. 11.5), rispetto al quale il Garante è intervenuto con provvedimenti di divieto*". Così Relazione 2013, *La protezione dei dati nel cambiamento. Big data, trasparenza, sorveglianza*, in <http://www.garanteprivacy.it>, spec. p. 41 ss.

fornire finalmente una disciplina generale omogenea, priva di elementi di eccessiva burocratizzazione dell'accesso e saldamente ancorata ai principi della L. 241/90 sul procedimento amministrativo.

Le 'open data policy' adottate di recente - e in maniera spesso acritica - da molte amministrazioni pubbliche<sup>104</sup> appaiono invece sovente in contrasto con le norme sulla tutela della privacy e non garantiscono un adeguato bilanciamento dei diversi diritti fondamentali nella sostanza in gioco<sup>105</sup>. Come ha infatti sottolineato lo stesso Garante della privacy nella sua ultima Relazione, non tutte le indicazioni fornite del Garante sullo schema di decreto sono state tenute in considerazione nell'adozione del D.Lgs. 33/2013<sup>106</sup>; ma, ciò che più rileva, "... è che è mancata la richiesta riflessione generale sull'impianto della disciplina in esame"<sup>107</sup>. Sicché potrebbe concretizzarsi, a breve, un auspicabile intervento correttivo sul D.Lgs. 33/2013, avente come obiettivo di eliminarne i maggiori aspetti di criticità<sup>108</sup>, anche alla luce delle esperienze negative già registrate in sede di sua prima applicazione<sup>109</sup>.

---

<sup>104</sup> V. quanto osservato al precedente par. 5 e in particolare le note n. 84 s.

<sup>105</sup> Come ha infatti sottolineato espressamente il Garante della privacy appare "*imprescindibile la ricerca di un equilibrio fra trasparenza dell'azione amministrativa e privacy dei cittadini. Beni entrambi preziosi per il corretto svolgimento della vita democratica e che vanno bilanciati in concreto*". Relazione 2012, Discorso del Presidente Antonello Soro, Roma, 11 giugno 2013, par. 2, p. 5 ss.

<sup>106</sup> "*In particolare per quanto riguarda l'utilizzo dei motori di ricerca, la durata della pubblicazione e l'accesso alle informazioni pubblicate nei siti*". Così in Relazione 2013 cit., p. 30.

<sup>107</sup> Così in Relazione 2013 cit., p. 30.

<sup>108</sup> V. il resoconto del 14 novembre 2014 di P. Canaparo, *Anticorruzione: gli appelli per semplificare gli obblighi di pubblicità, in Enti Locali & Pa*, reperibile all'indirizzo <http://www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com/print/ABuiEgN/0>, che fa riferimento alla lettera congiunta che il presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione e il Garante per la privacy hanno inviato al Ministro per la Semplificazione e la Pubblica amministrazione.

<sup>109</sup> Nella corso della recente Tavola rotonda su "*Trasparenza e privacy. Le questioni aperte e l'opportunità di un intervento normativo*" (Roma, Camera dei Deputati, 18 novembre 2014) organizzata dal Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Cantone, e dal Garante per la protezione dei dati personali, Soro, si è infatti discusso del rapporto tra trasparenza e privacy e delle problematiche aperte, sviluppando apertamente riflessioni sull'opportunità di un intervento correttivo sul D.Lgs. 33/2013.