

ACCESSO GENERALIZZATO E RICHIESTE MASSIVE: IL TAR IMPONE IL DIALOGO COOPERATIVO

TAR CAMPANIA, sez. VI, 9 maggio 2019, n. 2486

Annamaria Bonomo

Accesso ai documenti - Accesso generalizzato - Istanze massive ed eccessivamente onerose - Dialogo cooperativo -- Intralcio al buon funzionamento dell'amministrazione - Accoglimento.

È illegittimo il provvedimento di diniego di accesso generalizzato sulla base di un generico riferimento alla mole cospicua di documenti. L'intralcio al buon andamento della pubblica amministrazione va adeguatamente dimostrato e comunque deve seguire una fase di dialogo endoprocedimentale tesa a permettere la specificazione dei documenti richiesti da parte dell'istante.

SOMMARIO - Premessa - **1.** La vicenda. - **2.** I limiti dell'accesso generalizzato: tra genericità del dato normativo e misure di *soft law*. - **3.** Le istanze massive e la giurisprudenza amministrativa. - **4.** La decisione del Tar Campania e il dialogo cooperativo.

Premessa.

Le nuove modalità di trasferimento dei dati pubblici ed in particolare il tanto invocato accesso civico generalizzato secondo il modello FOIA¹,

¹ Il *Freedom of Information Act* (Foia), codificato come 5 U.S.C. 552, fu promulgato il 4 luglio 1966 dal Presidente Lyndon Johnson e soggetto ad una serie di emendamenti successivi (si ricordi il c.d. "*Privacy Act*" del 1974, il c.d.

introdotto com'è noto dall'art. 6 del d.lgs. n. 97/2016 (che ha modificato l'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013), hanno fin da subito creato tensioni tra cittadini e amministrazioni e chiamato il giudice amministrativo a risolvere le controversie sorte per le numerose difficoltà applicative². Se è indubbio che i nuovi traguardi raggiunti dal legislatore in tema di trasparenza rappresentino un passo avanti importante nel processo di democratizzazione dei rapporti tra l'amministrazione e i cittadini, tuttavia è inevitabile che uffici, utenti e organi giurisdizionali abbiano ancora bisogno di affinare e delimitare le tecniche di *enforcement*.

Di tale opera di definizione, nella consapevolezza della difficoltà di individuare dei criteri oggettivi per delineare il necessario confine tra modalità lecite e non lecite dell'accesso civico generalizzato, si stanno occupando a diverso titolo numerosi soggetti. Una preziosa opera di precisazione delle modalità operative è affidata alla pubblica amministrazione. L'Autorità nazionale anticorruzione³, il Ministero della Funzione pubblica e il Garante per la protezione dei dati personali⁴, attraverso Linee guida e Circolari, intervengono ad orientare amministrazioni ed utenti nell'implementazione della nuova modalità di accesso, le cui principali criticità

¹ "Government in the Sunshine Act" del 1976; e il c.d. "Electronic Freedom of Information Act" del 1966). In argomento *ex multis* G. ARENA, *La «Legge sul diritto alla informazione» e la pubblicità degli atti dell'Amministrazione negli Stati Uniti*, in *Pol. Dir.*, 1978, 279; E. CARLONI, *La qualità delle informazioni diffuse dalle amministrazioni negli Stati Uniti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, XI, 1232 ss.; G.F. FERRARI, *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni*, in G. ARENA (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1991, 127 ss.; E.H.N. FOERSTEL, *Freedom of Information and the Right to Know: the origins and applications of the Freedom of Information Act*, Greenwood Press, 1999; in termini comparativi con l'esperienza italiana cfr. E. CARLONI, *Se questo è un FOIA. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Rassegna Astrid*, 2016, IV, 1 ss.; M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, V, 594 ss.; A. MARCHETTI, *Le nuove disposizioni in tema di pubblicità e trasparenza amministrativa dopo la riforma "Madia": anche l'Italia ha adottato il proprio Foia? Una comparazione con il modello statunitense*, in *Federalismi.it*, 17 maggio 2017; S. VILLAMENA, *Il cd. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *Federalismi.it*, 30 novembre 2016; P. FALETTA, *Il freedom of information act italiano e i rischi della trasparenza digitale*, in *Federalismi.it*, 30 novembre, 2016.

² Il trasferimento dei dati, documenti ed informazioni detenuti dalla pubblica amministrazione è oggi assicurato nel nostro ordinamento da tre modalità: 1) l'accesso documentale ex art. 22 e ss. della l. 241/1990; 2) gli obblighi di pubblicazione che gravano sulle pubbliche amministrazioni con il correttivo dell'accesso civico "semplice" disciplinato dall'art. d.lgs. 33/2013 e 3) l'accesso civico "generalizzato" introdotto dall'art. 6 del d.lgs. 33/2013 (modificato dal d.lgs. n. 97/2016) esteso ai documenti e dati *ulteriori* rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria. Sulle nuove modalità di accesso G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi.it*, 2017, sia consentito rinviare a A. BONOMO, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2014; Id., *Gli obblighi di pubblicazione concernenti l'attività delle pubbliche amministrazioni*, in B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Rimini, 2016, 325 – 341; S. VACCARI, M. RENNA, *Dalla "vecchia" trasparenza amministrativa al c.d. open government*, in *Giustamm.it*, 1/2019.

³ Come espressamente stabilito dall'art. 5 comma 6 del d.lgs. n. 33/2013 «Ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui al presente articolo, l'Autorità nazionale anticorruzione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, adotta linee guida recanti indicazioni operative».

⁴ Sulla casistica dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali cfr. T. TESSARO e M. BERTIN, *Accesso civico e finalità "esorbitanti" della richiesta di ostensione: una prima indagine casistica per la necessaria distinzione con l'accesso documentale*, in *LexItalia.it*, n. 3/2018

riguardano la differenziazione rispetto all'accesso documentale, gli aspetti relativi ai presupposti e all'individuazione dei limiti.

L'avvio burrascoso emerge con evidenza anche dalla casistica della giurisprudenza amministrativa, sollecitata ad intervenire per indirizzare le amministrazioni e gli utenti di fronte ad un impiego distorto, a volte pretestuoso, della nuova modalità di accesso⁵, che fatto parlare di un vero e proprio *stalking* della trasparenza⁶.

La giurisprudenza amministrativa fin da subito chiamata a pronunciarsi sui provvedimenti di diniego adottati dalle amministrazioni destinatarie di spesso confuse istanze di accesso, ha focalizzato la sua attenzione principalmente su due aspetti: in primo luogo sulla differenziazione delle due tipologie di accesso (documentale e civico generalizzato)⁷ e poi sull'individuazione dei criteri interpretativi di riferimento, in particolare su come le amministrazioni debbano esercitare ed applicare in concreto il margine di apprezzamento (indubbiamente ampio e complesso) nella valutazione dei limiti fissati dal legislatore all'esercizio del diritto di accesso generalizzato⁸. In una prima fase, l'orientamento dei giudici amministrativi, presumibilmente motivati dall'esigenza di contenere l'entusiasmo degli istanti verso il nuovo strumento di trasparenza, appare orientato a restringere le maglie dell'accesso civico generalizzato nel tentativo di tracciare un confine chiaro fra uso ed abuso del diritto. La prospettiva che sembra delinearci dalle prime pronunce sull'utilizzo del nuovo strumento di accesso generalizzato, infatti, è quella di un approccio ispirato alla logica del bilanciamento, della proporzionalità e della ragionevolezza, laddove a fronte di un'istanza, l'accesso non deve essere automatico perché riconosciuto *uti cives*, ma dovrà comunque essere effettuato un bilanciamento tra l'interesse del richiedente e della collettività a conoscere l'attività amministrativa di cui trattasi e l'eventuale *concreto* pregiudizio che tale istanza possa arrecare ad altri interessi pubblici e privati, di cui all'elencazione dell'art. 5-bis del d.lsg. n. 33/2013. Tra questi interessi ha assunto rilievo nella giurisprudenza più

⁵ Sulla protezione giurisdizionale riconosciuta alle diverse forme di accesso ai documenti amministrativi dagli artt. 116 e 133 del c.p.a. cfr. V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 2018, 11 ss.

⁶T. TESSARO e M. BERTIN, *Accesso civico e finalità "esorbitanti" della richiesta di ostensione*, cit., 3. L'uso eccessivo, a volte pretestuoso, dell'istituto dell'accesso generalizzato è stato in più occasioni dalla giurisprudenza amministrativa stigmatizzato come 'abuso' di diritto di accesso civico generalizzato. Cfr. infra § 3.

⁷ La giurisprudenza sui differenti ambiti di applicabilità del tre tipologie di accesso è già molto ampia. Il primo giudice è stato il Tar Trento, 23 gennaio 2017, n. 21, *ex multis* cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 31 gennaio 2018, n. 651 che osserva "può affermarsi dunque che, anche dopo l'entrata in vigore delle norme che disciplinano l'accesso civico "generalizzato", permane un settore "a limitata accessibilità", nel quale continuano ad applicarsi le più rigorose norme della l. 241/1990". Continua il Supremo Collegio «Il legislatore ha quindi operato per un verso mitigando la possibilità di conoscenza integrale ed indistinta dei documenti detenuti dall'ente introducendo dei limiti all'ampio accesso (art. 5-bis, commi 1 e 2, d.lgs. 33/2013) e, per altro verso, mantenendo in vita l'istituto dell'accesso ai documenti amministrativi e la propria disciplina speciale dettata dalla l. 241/1990».

⁸ Cfr. B. PONTI, *La trasparenza e i suoi strumenti: dalla pubblicità all'eccesso generalizzato*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013*, n. 33, Maggioli, Rimini, 2016, 25, 59.

recente quello del buon andamento dell'attività amministrativa⁹, divenuto valore cogente e non recessivo rispetto alla finalità primaria di trasparenza amministrativa, in nome del quale i giudici amministrativi sostengono i dinieghi delle amministrazioni nei confronti delle istanze di accesso generalizzate¹⁰.

Invero, uno dei problemi applicativi più ricorrenti, nonché maggiormente patiti dalle amministrazioni è quello delle richieste massive o "esorbitanti". Tale questione si verifica quando il cittadino singolo, o più spesso l'associazione, si rivolgono alle amministrazioni con richieste che hanno ad oggetto un numero considerevole di documenti, informazioni o dati che causano notevoli difficoltà agli uffici per il tempo da dedicare al loro reperimento, spesso in assenza di risorse sufficienti, complice la clausola di invarianza finanziaria che, com'è noto, accompagna la gran parte delle riforme degli ultimi anni¹¹.

La sentenza in commento che, come evidenziato, assume interesse anche nella misura in cui approfondisce i numerosi aspetti applicativi dell'istituto dell'accesso generalizzato, affronta anche tale questione, giungendo a delle interessanti conclusioni che appaiono in parziale discontinuità rispetto alle precedenti pronunce del giudice amministrativo.

Dalle prime applicazioni infatti è emerso un orientamento restrittivo della giurisprudenza amministrativa nei confronti delle richieste di accesso ex art. 5, comma 2 del d.lgs. 33/2013 caratterizzate da una mole cospicua di documenti, proprio al fine di "ridimensionare" l'eccesso ed il cattivo uso dell'accesso civico generalizzato. Il più delle volte, quando l'istanza si configura come "massiva" e quindi sproporzionata, irragionevole o eccessiva rispetto al buon funzionamento dell'amministrazione, il bilanciamento effettuato dai giudici amministrativi finisce per propendere a favore della salvaguardia del principio del buon andamento della pubblica amministrazione invece che della trasparenza amministrativa¹².

⁹ In base al principio del buon andamento dell'azione amministrativa, principio costituzionalmente sancito dall'art. 97 Cost., l'amministrazione deve realizzare l'interesse pubblico nel modo più adeguato e conveniente possibile garantendo la proporzionalità tra azione amministrativa e interesse pubblico. Sull'art. 97 della Costituzione italiana, cfr per tutti R. CARANTA, Art. 97, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, A. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II ed., Torino, Utet, 2006, 1889 ss.

¹⁰ Come precisato dal Ministero della Funzione Pubblica, la sussistenza del buon andamento, tuttavia, non può essere genericamente affermata, bensì deve essere adeguatamente dimostrata da parte dell'amministrazione che nega l'accesso (cfr. Circolare 30 maggio 2017 n. 2/2017).

¹¹ Come prevede infatti l'art. 51 del d.lgs. 33/2013 «[d]all'attuazione del presente decreto non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Le amministrazioni interessate provvedono agli adempimenti previsti con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente». In argomento, L. BERIONNI, *Attuazione della trasparenza: il responsabile per la trasparenza e l'invarianza finanziaria*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013*, n. 33, cit., 372 ss..

¹² Anche precedentemente alle pronunce in commento già il Tar Veneto, sez. III, sentenza 29 giugno 2017, n. 607 aveva affermato che il diritto di accesso generalizzato sancito dall'art. 5 co. 2 dell'art. 5 d.lgs. 33/2013 non può essere esercitato dal suo titolare con finalità emulative o con modalità distorte e abusive che possano compromettere il buon andamento dell'azione amministrativa.

1. La vicenda.

Il Tar Campania interviene in questo dibattito con una sentenza - trattato, nella quale affronta tutte le questioni più rilevanti relative sia all'accesso documentale, sul quale esiste già un consolidato orientamento giurisprudenziale ed una profonda riflessione dottrinale, sia all'accesso civico generalizzato istituito invece, nelle parole del collegio, "ancora poco esplorato nel nostro ordinamento".

La fattispecie riguarda un'istanza di accesso, proposta sia ai sensi della legge n. 241/90 come accesso documentale, che del d.lgs. n. 33/2013 come accesso civico generalizzato, per avere copia di *"tutte le licenze commerciali di qualunque natura rilasciate nel comune di Serrara Fontana; dei certificati di agibilità di dette attività commerciali (alberghi, ristoranti, negozi, ecc.); delle domande di condono non ancora evase ovvero a cui non è stata ancora concessa la sanatoria in relazione ad immobili in cui vengono esercitate attività commerciali per le quali è stata rilasciata licenza di commercio; di tutte le continuità d'uso rilasciate per immobili sottoposti a pratica di condono non ancora esaminata e concessa"*¹³.

Il Comune nega l'accesso, sia documentale che civico, ritenendo entrambe le istanze inammissibili sotto profili diversi.

L'istanza di accesso documentale viene respinta dall'amministrazione comunale poiché preordinata ad un controllo generalizzato sull'operato dell'amministrazione, come noto escluso dall'art. 24 legge n. 241/90, che non consente il controllo generalizzato sull'esercizio dell'attività amministrativa. Invece, quella di accesso civico generalizzato ex art. 5, co. 2 del d.lgs. n. 33/2013 viene rigettata dal comune poiché da un lato, avrebbe comportato un carico di lavoro eccessivo per l'amministrazione (c.d. istanza massiva), e dall'altro non era finalizzata al soddisfacimento di un interesse della collettività, ma bensì corrispondeva ad un bisogno conoscitivo esclusivamente individuale ed egoistico.

Il Tar campano investito della questione, respinge il ricorso nella parte relativa all'accesso documentale ex art. 22 e ss. della legge 241/90, accogliendo le motivazioni dell'amministrazione comunale. Pur sussistendo, infatti, l'interesse qualificato in capo al richiedente, tuttavia, per la mole dei documenti richiesti, l'istanza soggiace al limite di cui all'art. 24, comma 3, della legge n. 241/90 poiché appare, per la sua ampiezza, preordinata ad un controllo generalizzato dell'operato della pubblica amministrazione¹⁴.

¹³ Il richiedente, titolare di un'attività commerciale, motivava la sua richiesta di accesso anche con l'esigenza di difendersi in un altro giudizio relativo all'impugnazione del provvedimento di sospensione della propria attività commerciale a causa dell'assenza dell'agibilità del proprio locale che il Comune non rilasciava in attesa che fosse evasa la domanda di condono.

¹⁴ Il Tar Campania a sostegno della sua decisione richiama una recente pronuncia del Consiglio di Stato (Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2018, n. 651) nella quale il Supremo Collegio spiega la scelta del legislatore di mantenere in vita l'istituto dell'accesso documentale e la necessità dei suoi limiti. Secondo il Consiglio di Stato «*Il legislatore ha quindi*

Viceversa, nell'esaminare l'istanza di accesso generalizzato in base all'art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 33/2013, i giudici di primo grado giungono ad un esito diverso e accolgono alcune delle censure avanzate dal ricorrente.

La pronuncia con apprezzabile sistematicità, presenta un'analisi lucida e approfondita dei singoli aspetti di tale nuovo istituto alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, prospettando al contempo soluzioni interpretative innovative.

Se in queste brevi note ci si occuperà dell'aspetto relativo all'oggetto dell'accesso civico generalizzato e alle sue modalità esecutive, tuttavia è interessante segnalare due elementi di novità che emergono dalle riflessioni del Tar campano.

In primo luogo, il superamento, in assenza di alcun riferimento normativo, del criterio del pregiudizio concreto (*harm test*) nella valutazione delle esclusioni dell'accesso generalizzato che tiene conto del solo interesse protetto dall'esclusione, a favore del c.d. *public interest test*, noto ai sistemi anglosassoni, che ammette la possibilità di effettuare, ai fini della decisione finale sull'istanza di accesso, un bilanciamento tra il pregiudizio che subirebbe l'interesse da proteggere e l'interesse pubblico alla diffusione dell'informazione. In altri termini l'amministrazione intimata deve valutare in base al principio di proporzionalità, non solo il pregiudizio concreto all'interesse-limite¹⁵, ma anche "il contributo positivo alla "conoscenza diffusa" dell'attività amministrativa che l'ostensione richiesta potrebbe comportare"¹⁶.

Il secondo aspetto di interesse riguarda il superamento del c.d. limite implicito all'accesso generalizzato contenuto nel dato normativo che impone come necessaria la finalità pubblica della richiesta ostensiva, quella cioè di «favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico» (art. 5, co. 2. d.lgs. 33/2013). La giurisprudenza amministrativa precedente aveva sovente sottolineato che la valutazione dell'istanza di accesso civico generalizzato deve sempre tener conto della finalità perseguita attraverso l'istanza di accesso, la quale dovrà

operato per un verso mitigando la possibilità di conoscenza integrale ed indistinta dei documenti detenuti dall'ente introducendo dei limiti all'ampio accesso (art. 5 bis, commi 1 e 2, d.lgs. 33/2013) e, per altro verso, mantenendo in vita l'istituto dell'accesso ai documenti amministrativi e la propria disciplina speciale dettata dalla legge 241/1990 (evitando accuratamente di novellare la benché minima previsione contenuta nelle disposizioni da essa recate), anche con riferimento ai rigorosi presupposti dell'ostensione, sia sotto il versante della dimostrazione della legittimazione e dell'interesse in capo al richiedente sia sotto il versante dell'inammissibilità delle richieste volte ad ottenere un accesso diffuso»

¹⁵Evidenzia che il legislatore avesse previsto solo tale tipo di bilanciamento B. PONTI, *Rafforzare la libertà di ricercare le informazioni e rendere più chiare (e nette) le indicazioni per le amministrazioni: indicazioni per la valorizzazione del criterio del "pregiudizio concreto"*, in *ASTRID Rassegna*, n. 21/2016.

¹⁶Punto 8 della motivazione. Se il legislatore italiano, contrariamente ad altre esperienze FOIA, non ha accolto espressamente tale impostazione, tuttavia il richiamo esplicito al principio di proporzionalità nella valutazione di tutti gli interessi coinvolti dalla richiesta di accesso lo si ritrova anche nella recente sentenza della Corte costituzionale, n. 20/2019 che lo ritiene applicabile in materia di trasparenza e obblighi di pubblicazione, nonché nelle Linee Guida Anac n. 1309/2016 che propendono per una valutazione più favorevole alla soddisfazione dell'interesse conoscitivo.

necessariamente essere quella di consentire un controllo diffuso sull'operato dell'amministrazione a vantaggio di tutta la collettività¹⁷ e non quella preordinata all'acquisizione di atti o documenti per la tutela di meri interessi privati o egoistici¹⁸. Secondo il Collegio, se dette finalità rappresentano gli obiettivi che la legge vuole perseguire, tuttavia, essendo l'accesso civico generalizzato uno degli strumenti volti a realizzare un ordinamento democratico, tali finalità non possono trasformarsi in limiti "impliciti", perché così si correrebbe il rischio di introdurre limiti alla libertà di informazione non previsti espressamente dal legislatore¹⁹. In quest'ottica, osserva il Tar Campania, devono essere accoglibili, anche istanze che, pur sottese all'acquisizione di informazioni utili a fini personali, ad esempio professionali, del richiedente, tuttavia consentano l'acquisizione alla collettività di dati documenti o informazioni che possano considerarsi di "interesse pubblico" essendo inerenti a scelte amministrative, all'esercizio di funzioni istituzionali, all'organizzazione e alla spesa pubblica²⁰, e quindi possano favorire un controllo diffuso sull'amministrazione²¹.

Arrivando infine all'oggetto di queste riflessioni, e cioè al rigetto da parte del Comune dell'istanza in base al divieto di istanze massive (c.d. abuso del diritto) poiché di intralcio al buon funzionamento dell'azione amministrativa, il Tar, discostandosi dall'orientamento giurisprudenziale precedente, accoglie il ricorso ed annulla il provvedimento di diniego, giudicando non solo la motivazione eccessivamente generica e quindi insufficiente, ma la decisione carente sotto il profilo della modalità procedimentali, in quanto il Comune, prima di negare l'accesso, avrebbe dovuto cercare una soluzione condivisa con il privato.

17 Sul punto si vedano le osservazioni di T. TESSARO, M. BERTIN, *Accesso civico e finalità "esorbitanti" della richiesta di ostensione*, cit., 5 che evidenziano come il riferimento all'art. 1 del modificato d.lgs. 33/2013 "alla tutela dei diritti dei cittadini", introducendo una finalità non contemplata dalla normativa di delega (c.d. Legge Madia), ed assente tanto nel comma 35 dell'art. 1 della L. 190/2012 quanto nell'art. 1, comma 1, dell'originario d.lgs. 33/2013, possa rappresentare un'ipotesi di eccesso di delega.

18 In tal senso cfr. Tar Lombardia Milano, sez. III, 11 ottobre 2017, n. 1951 nel quale i giudici di prime cure affermano che *l'istituto dell'accesso generalizzato (...) non può essere utilizzato in modo disfunzionale rispetto alla finalità per la quale è stato introdotto nell'ordinamento (id est, favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico*; TAR Veneto, sez. III, sentenza 29 giugno 2017, n. 607 secondo il quale *il diritto di accesso generalizzato sancito dall'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013 non può essere esercitato dal suo titolare con finalità emulative o con modalità distorte e abusive che possano compromettere il buon andamento dell'azione amministrativa*.

19 Punto 10 della motivazione.

20 Sul concetto di "utilità sociale dell'informazione" cfr. E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole, strumenti, limiti dell'open government*, Rimini, Maggioli, 2014; E. CARLONI, M. FALCONE, *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, in *Dir. pubblico*, 3, 2017, 723 ss.

21 Nelle parole del Collegio, punto 15 della motivazione "La norma non prevede alcuna motivazione "a conoscere" da porre a supporto dell'istanza di accesso generalizzato e anche se l'amministrazione, nella istanza presentata dal ricorrente, sia stata a conoscenza dell'interesse "personale" di questi a conoscere (...) questo non può ridondare sull'accesso generalizzato, per il quale la norma dispone che sia "il chiunque" a poter chiedere, senza dover spiegare le sue "ragioni".

2. I limiti dell'accesso generalizzato: tra genericità del dato normativo e misure di soft law.

Il Tar Campania nella sua ampia e analitica sentenza affronta anche la questione della valutazione delle ipotesi di deroga contenute nell'art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 33 del 2013 (così come modificato dal d.lgs. n. 97/2016) da parte dell'amministrazione chiamata a decidere su un'istanza di accesso civico generalizzato.

Com'è noto l'art. 5 al comma 2 attribuisce a «*chiunque il 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 giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis*».

Con l'introduzione di tale comma il legislatore ha introdotto nel nostro ordinamento l'accesso generalizzato secondo il modello del FOIA statunitense che prevede sì l'accessibilità diffusa a tutti i dati detenuti dalle amministrazioni, ma impone il rispetto di una serie cospicua di limiti a presidio di interessi giuridicamente rilevanti in presenza dei quali l'accesso può o deve essere escluso²². Così come nella disciplina statunitense, anche nel nostro sistema è stato ribaltato l'onere della prova: non è più imposto all'individuo il dovere di motivare le proprie richieste al fine di dimostrare la titolarità di un interesse qualificato all'ostensione dell'informazione, ma è l'amministrazione interpellata a dover motivare espressamente il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso nelle ipotesi in cui la richiesta possa creare un pregiudizio a determinati interessi tutelati dall'ordinamento²³.

I limiti all'esercizio dell'accesso generalizzato, analogamente alle *exemptions* nella disciplina del FOIA statunitense²⁴, sono elencati espressamente dalla legge e contenuti nell'art. 5 *bis* del d.lgs. n. 33/2013. Il nostro legislatore ha dunque individuato una lista di ipotesi rispetto alle quali il principio di trasparenza recede rispetto alla tutela di altri interessi pubblici o privati ritenuti prevalenti, in presenza dei quali al cittadino può essere preclusa la possibilità di conoscere il contenuto della documentazione o dell'informazione richiesta.

²² Il modello statunitense accogliendo un regime di accesso generalizzato alle informazioni pubbliche, in cui tutto è accessibile tranne ciò che rientra nelle nove *exemptions* rappresenta l'archetipo del modello di accessibilità diffusa. Sui vari modelli di trasparenza in una prospettiva comparata sia consentito rinviare a A. BONOMO, *La trasparenza amministrativa: riflessioni di diritto comparato*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, n. 2, Bari, 2008, 55 ss.; ID, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Cacucci, Bari, 2012, 84 ss.

²³ Come specificato anche nelle citate Linee guida ANAC (approvate con delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016) par. 5.3, p. 12, in particolare soggetti che, come controinteressati, sono stati coinvolti ai sensi dell'art. 5, comma 5 de d.lgs. 33/2013.

²⁴ Per un'accurata analisi delle nove *exemptions* previste dal FOIA cfr. G.F. FERRARI, *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni*, in G. ARENA (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991, 117 ss.

Oltre ai limiti assoluti, previsti all'art. 5 bis comma 3²⁵, per i quali l'accesso deve essere escluso, senza alcuna discrezionalità per l'amministrazione che riceve l'istanza, vi è un'ampia lista di interessi pubblici (comma 1) e privati (comma 2), delineati in termini molto generici, la cui applicabilità è rimessa all'amministrazione che dovrà valutare caso per caso il pregiudizio concreto che l'estensione dei documenti potrebbe causare a quegli interessi. In base a questa impostazione grava dunque sull'amministrazione che riceve l'istanza di accesso l'onere di verificare se esistano esclusioni assolute all'accesso o se la richiesta di accesso impatti su interessi pubblici o privati, c.d. eccezioni relative. In questa seconda ipotesi, al fine di decidere se sia possibile autorizzare l'accesso ai dati, ai documenti e alle informazioni oggetto dell'istanza di accesso, l'amministrazione interpellata dovrà operare una valutazione comparativa tra il pregiudizio concreto che l'ostensione arrecherebbe agli interessi pubblici o privati e l'interesse pubblico alla trasparenza²⁶.

L'eccessiva genericità della formulazione delle clausole di esclusione contenute nell'art. 5 bis²⁷, insieme alla rimessione all'amministrazione del giudizio comparativo tra gli interessi in gioco, è stata, sin dall'indomani dell'emanazione del decreto Trasparenza, da più parti letta come un tradimento da parte del legislatore che, in sostanza, avrebbe rimesso in capo all'amministrazione un compito "creativo", ossia di integrazione della norma per il tramite del ricorso ad una serie di indici e contenuti ulteriori ricavati da altri settori dell'ordinamento, riconoscendogli margini di apprezzamento eccessivamente ampi nella valutazione dei limiti alle istanze di accesso²⁸.

25 Art. 5 bis, comma 3 «Il diritto di cui all'articolo 5, co. 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24 co. 1, l. 241/90».

26 Secondo l'art. 5, comma 5 del d.lgs. n. 33/2013, prima di decidere l'Amministrazione dovrà verificare l'esistenza di soggetti controinteressati e, qualora sia possibile, informarli per dare loro modo di esprimere le proprie ragioni entro il termine di 10 giorni. L'eventuale opposizione dei controinteressati non vincola l'amministrazione alla quale resta la decisione finale in ordine alla ostensione dei dati richiesti. Cfr. D. U. GALETTA, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de "le vite degli altri"?*, in *Federalismi.it*, 2018, che parla di "discutibile previsione" che affida "contro qualunque logica giuridica (...) di buon senso" un compito tanto delicato, quale quello di bilanciare le istanze sottese all'accesso generalizzato con quelle riconducibili, ad esempio, all'esigenza di tutelare la riservatezza dei dati personali dei consociati, ad un atto atipico, privo di qualsivoglia valore cogente (e che non ha dunque il valore di atto-fonte).

27 Cfr. S. VACCARI, *Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili: le nuove regole sulla trasparenza*, in *Istituz. Federalismo*, 4/2017, 1021, 1047, secondo il quale il carattere volutamente "incompleto" della tecnica legislativa per "clausole generali", in luogo dell'alternativo metodo casistico, è funzionale a creare una "valvola di sicurezza" nell'ordinamento evitando la patologia della rapida obsolescenza delle disposizioni o i problemi delle "lacune" (o "casi non previsti").

28B. PONTI, *La trasparenza ed i suoi strumenti: dalla pubblicità all'accesso generalizzato*, in B. PONTI (a cura di), 2016, 57 ss.; G. DEODATO, *La difficile convivenza dell'accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?*, in *Nuova Etica Pubblica*, 2018, 113 ss.; S. VACCARI, *Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili: le nuove regole sulla trasparenza*, cit., 1021 ss.; D. U. GALETTA, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA*, cit., 1 ss.

Se il legislatore non ha definito i criteri che l'amministrazione dovrebbe seguire nel compiere la valutazione delle cause di esclusione a seguito di un'istanza di accesso generalizzato e per di più non ha consentito alle amministrazioni di classificare, con fonti regolamentari, le tipologie di atti sottratti a tale tipologia di accesso²⁹, le indicazioni operative per uffici, utenti e controinteressati vanno dunque ricercate nell'opera interpretativa affidata alla regolamentazione c.d. di *soft law*³⁰, nonché a quella svolta della giurisprudenza amministrativa sempre più spesso chiamata a definire i contorni ed i limiti dell'accesso generalizzato.

Quanto agli strumenti regolativi di *soft law* essi sono affidati all'Autorità nazionale anticorruzione (di seguito ANAC), al Dipartimento della funzione pubblica e al Garante per la protezione dei dati personali che intervengono attraverso misure di diversa natura ad individuare soluzioni tecniche e interpretative adeguate e in generale ad orientare il sistema amministrativo verso una piena attuazione della disciplina dell'accesso civico generalizzato³¹.

All'ANAC, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali, è stato dal legislatore espressamente riconosciuta, oltre all'ordinario potere regolamentare³², la facoltà di adottare linee guida per la precisazione dell'ambito operativo delle esclusioni e dei limiti all'accesso³³. L'attribuzione di tale delicato compito alle Linee guida ANAC³⁴, come noto prive di carattere normativo cogente³⁵, ha destato molte critiche. In primo luogo, appaiono troppo generiche e inadeguate a completare in maniera esaustiva la scarsa disciplina legislativa, finendo per rimettere alla interpretazione del funzionario responsabile una valutazione eccessivamente ampia e discrezionale che permette di allargare o restringere le maglie dei limiti in questione e, perciò, di incidere sul contenuto sostanziale della posizione fondamentale di accesso civico³⁶. Inoltre, l'affidamento della delimitazione del reale ambito normativo dei limiti all'accesso civico "generalizzato" ad un'autorità amministrativa indipendente quale l'ANAC, solleva il problema

29 Come precisato dalla circolare n. 2/2017, par. 2.2. del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, che richiama, a supporto, la riserva di legge contenuta nell'art.10 della CEDU.

30 Compito che si rende oltremodo necessario come ha recentemente sottolineato la Circolare del Dipartimento della funzione pubblica n. 1/2019 in tema di "Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA)"

31 F. NOTARI, *La criticità di un primo monitoraggio del FOIA italiano: il ruolo di Anac, Garante privacy e giudici amministrativi*, in *Federalismi.it*, 2018.

32 L'ultimo regolamento in materia emanato dall'Autorità anticorruzione è del 24 ottobre 2018, "Regolamento disciplinante i procedimenti relativi all'accesso civico, all'accesso civico generalizzato ai dati e documenti detenuti dall'ANAC e all'accesso ai documenti amministrativi ai sensi della legge 241/1990", in G.U. Serie Generale n. 297 del 22 dicembre 2018.

33 Art. 5 bis, comma 6, d.lgs. n. 33 del 2013.

34 ANAC, «Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5. co. 2 del d.lgs. 33/2013», delibera 28 dicembre 2016, n. 1309. In argomento cfr. M. CHIARELLI, *La soft regulation e il caso delle nuove linee guida ANAC*, in *Federalismi.it*, 2019, 2 ss.; G. A. GIUFFRÈ, *Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in *Federalismi.it*, 2017.

35 Sulla difficile qualificazione giuridica delle linee guida dell'ANAC cfr. C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *giustiziaamministrativa.it*, 2016; F.MARONE, *Le linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. Trim. di Diritto Pubblico*, 2017, 743 ss.;

della legittimazione democratica di tale ente all'esercizio di poteri che coinvolgono scelte di ordine politico³⁷.

Sul difficile compito di valutazione comparativa affidato all'amministrazione, interviene anche la circolare del Dipartimento della Funzione pubblica 30 maggio 2017 n. 2/2017³⁸, predisposta in raccordo con l'ANAC, al fine di promuovere una coerente e uniforme attuazione della disciplina sull'accesso civico generalizzato nell'esercizio della funzione generale di «coordinamento delle iniziative di riordino della pubblica amministrazione e di organizzazione dei relativi servizi (art. 27, n. 3, legge n. 93 del 1983)». Al punto d) della circolare si precisano ad esempio alcuni aspetti applicativi. Secondo il Ministero, qualora la trattazione dell'istanza di accesso civico generalizzato sia suscettibile di arrecare un pregiudizio serio e immediato al buon funzionamento della pubblica amministrazione, quest'ultima «prima di decidere sulla domanda, dovrebbe contattare il richiedente e assisterlo nel tentativo di ridefinire l'oggetto della richiesta entro limiti compatibili con i principi di buon andamento e di proporzionalità». Tale approccio condivisibile nella sua logica di *favor* per il bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, sembra essere smentito dal successivo richiamo al "*principio della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo*" al quale come nei sistemi FOIA, "*nei casi di dubbio circa l'applicabilità di una eccezione, le amministrazioni dovrebbero dare prevalenza*"³⁹.

Il carattere inadeguato della valutazione comparativa caso per caso affidata all'amministrazione trova riscontro anche nei pareri del Garante per la protezione dei dati personali che, sia pure al fine della tutela degli interessi dei controinteressati, ha già più volte messo in evidenza come non sussista un principio generale di prevalenza del diritto di accesso (civico) generalizzato a scapito di altri diritti ugualmente riconosciuti dall'ordinamento; perché, se così fosse, «*si vanificherebbe il necessario bilanciamento degli interessi in gioco che richiede un approccio equilibrato nella ponderazione dei diversi diritti coinvolti, tale da evitare che i diritti fondamentali di eventuali controinteressati possano essere gravemente pregiudicati dalla messa a disposizione a terzi - non adeguatamente ponderata - di dati, informazioni e*

36 Secondo l'art. 5, comma 6, qualora l'amministrazione ritenga di negare, differire o autorizzare parzialmente l'accesso potrà infatti farlo con la sola incombenza di motivare le ragioni del diniego. In argomento G. DEODATO, *La difficile convivenza dell'accesso civico generalizzato*, cit., 115.

37 Sul punto cfr. R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 1, 2017; S. MORETTINI, *Il soft law nelle autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in *osservatorioair.it*, 2012. Critico anche S. VACCARI, *Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili: le nuove regole sulla trasparenza*, cit., 1021 ss., che dubita "dell'opportunità di incaricare un soggetto che come *mission d'apparato* si occupa di patologia, ossia dei vari fenomeni di corruzione, del compito di attuazione di una riforma che, viceversa, dovrebbe attenere soprattutto alla fisiologia dei rapporti tra governanti e governati".

38 Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 2 /2017.

39 Critica sul punto D. U. GALETTA, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali*, cit., 6, che evidenzia come documenti di fonte governativa, ma non normativa, non possano introdurre un principio quale quello della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo che non esiste nel nostro ordinamento giuridico.

documenti che li riguardano»⁴⁰. Nei pareri resi dal Garante, tuttavia, gli unici casi in senso favorevole all'accoglimento delle istanze di accesso generalizzato sono quelli aventi ad oggetto dati e informazioni relativi a persone giuridiche⁴¹.

Contrariamente all'orientamento del Garante della privacy, invece, la giurisprudenza amministrativa ha tendenzialmente affermato la prevalenza del diritto all'accessibilità generalizzata rispetto agli altri interessi e diritti garantiti dall'ordinamento, incluso quello alla protezione dei dati personali. Non mancano tuttavia, alcune ipotesi in cui i giudici amministrativi arrivano a soluzioni differenti e ritengono legittimi i provvedimenti di diniego delle amministrazioni a tutela di altri interessi ritenuti prevalenti⁴².

3. Le istanze massive e la giurisprudenza amministrativa.

Il legislatore, coerentemente con l'impostazione appena descritta, non ha inserito tra i limiti previsti dall'art. 5 *bis* del d.lgs. n. 33/2013 l'ipotesi delle istanze che abbiamo ad oggetto un numero eccessivamente ampio di documenti.

La c.d. istanza massiva, ovvero la richiesta che risulti manifestamente irragionevole in quanto, essendo rivolta ad una mole eccessiva di dati, comporta uno sforzo eccessivo per gli uffici tale da interferire con il buon funzionamento dell'amministrazione, non è dunque prevista dal legislatore tra le ipotesi di esclusione all'accesso generalizzato, ma è stata introdotta da uno strumento di *soft law* e, grazie all'interpretazione della giurisprudenza amministrativa, è divenuta una causa di esclusione 'relativa' al pari di quelle elencate nell'art. 5 *bis* comma 2.

Nelle Linee guida dell'ANAC del 2016, infatti, tra le possibili cause di esclusione, è espressamente previsto lo specifico tema delle c.d. "richieste massive". Il paragrafo 5 dell'allegato stabilisce che l'amministrazione è tenuta "a consentire l'accesso generalizzato anche quando riguarda un numero cospicuo di documenti ed informazioni, *a meno che* la richiesta risulti manifestamente irragionevole, tale cioè da comportare un carico di lavoro in grado di interferire con il buon funzionamento dell'amministrazione"⁴³.

Si tratta comunque di un limite che, così come previsto dalle Linee guida ANAC⁴⁴, non opera in maniera automatica, ma, per poter giustificare il

40 Cfr. provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali n. 521 del 15 dicembre 2016, "*Intesa sullo schema delle Linee guida ANAC recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico*", in www.garanteprivacy.it/web/guest/home.

41 In argomento cfr. F. NOTARI, *Le criticità di un primo monitoraggio del FOIA*, cit., 6 ss.

42 Ci si riferisce ai casi in cui la tutela del buon andamento della amministrazione viene ritenuta prevalente rispetto all'interesse alla conoscibilità dei dati pubblici. Infra § 3.

43 Si vedano, infatti, le Linee guida di cui alla del. n. 1309/2016.

44 L'Autorità anticorruzione all'Allegato delle Linee guida 2016 al § 5 specifica che "*Tali circostanze, adeguatamente motivate nel provvedimento di rifiuto, devono essere individuate secondo un criterio di stretta interpretazione, ed in*

diniego di accesso, dovrà superare il *balancing test* tra interesse della collettività alla conoscenza di quei dati e buon andamento dell'azione amministrativa. L'amministrazione che riceve l'istanza dovrà quindi operare una valutazione caso per caso e potrà legittimamente negare la pretesa informativa del singolo solo in presenza di oggettive condizioni suscettibili di pregiudicare in modo serio ed immediato il buon funzionamento dell'amministrazione e tale pregiudizio non sia proporzionato rispetto all'interesse alla tutela della trasparenza.

Il limite relativo dell'istanza massiva si presta, nel silenzio del legislatore, ad un possibile abuso non solo da parte del cittadino, ma delle stesse amministrazioni che dispongono di un'ampia discrezionalità nel negare l'accesso anche (e non solo) perché di fronte all'assenza dell'obbligo di motivazione da parte degli istanti si contrappone un'ampia possibilità di motivazione da parte dell'amministrazione e degli eventuali controinteressati ai quali pure la legge riconosce la possibilità di intervenire, motivando la propria opposizione.

Naturalmente anche le amministrazioni incontrano dei limiti nell'esercizio del loro potere discrezionale.

In primo luogo, non possono motivare il diniego con slegate e isolate ragioni di tipo organizzativo: l'inefficienza organizzativa dello specifico apparato non deve pesare sul cittadino ostacolando la soddisfazione della sua pretesa conoscitiva. Le amministrazioni, in altri termini, - sia pure con le difficoltà derivanti dalla già riferita invarianza finanziaria - sono comunque gravati dell'obbligo⁴⁵ di strutturarsi in modo tale da sostenere, il carico della nuova trasparenza amministrativa e non possono addurre tale motivazione per escludere l'accesso⁴⁶.

Inoltre, come precisa la già citata Circolare del Dipartimento funzione pubblica n. 2/2017, qualsiasi decisione di diniego a fronte di richieste massive dovrà avere come criterio-guida quello di ragionevolezza⁴⁷. La richiesta potrà dirsi irragionevole *“soltanto quando è evidente che un'accurata trattazione della stessa comporterebbe per l'amministrazione un onere tale da*

presenza di oggettive condizioni suscettibili di pregiudicare in modo serio ed immediato il buon funzionamento dell'amministrazione».

45 Cfr. anche il § 3.2. delle Linee guida A.N.AC. di cui alla del. n. 1309/2016, nella parte in cui «*al fine di rafforzare il coordinamento dei comportamenti sulle richieste di accesso si invitano le amministrazioni e gli altri soggetti tenuti ad adottare anche adeguate soluzioni organizzative, quali, ad esempio, la concentrazione della competenza a decidere sulle richieste di accesso civico in un unico ufficio (dotato di risorse professionali adeguate, che si specializzano nel tempo, accumulando know how ed esperienza), che, ai fini istruttori, dialoga con gli uffici che detengono i dati richiesti».*

46 Cfr. sul punto S. VACCARI, *Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili: le nuove regole sulla trasparenza*, cit., 1044.

47 La Circolare sembra riconnettere la ragionevolezza, quale parametro-guida per la decisione di diniego a fronte di richieste massive, ai seguenti sotto-criteri: «[...] - *l'eventuale attività di elaborazione (ad es. oscuramento di dati personali) che l'amministrazione dovrebbe svolgere per rendere disponibili i dati e documenti richiesti; - le risorse interne che occorrerebbe impiegare per soddisfare la richiesta, da quantificare in rapporto al numero di ore di lavoro per unità di personale; - la rilevanza dell'interesse conoscitivo che la richiesta mira a soddisfare» (par. 7, lett. d)).*

compromettere il buon andamento della sua azione. Il carattere palese del pregiudizio serio e immediato al buon funzionamento dell'amministrazione va motivato in relazione ai criteri sopra indicati»⁴⁸.

E' interessante registrare sin dalle prime applicazioni del nuovo accesso civico generalizzato una certa convergenza dei giudici di prime cure nella soluzione delle controversie che hanno ad oggetto l'impugnazione di provvedimenti di diniego di accesso motivati in base alla esorbitanza della richiesta di accesso con riferimento alla quantità dei documenti richiesti.

Il primo organo giurisdizionale ad assumere una posizione netta con riferimento a tale questione è stato il Tar Lombardia, Milano nella sentenza n. 1951 del novembre 2017⁴⁹. La fattispecie riguardava un'istanza di accesso presentata da un cittadino al proprio comune finalizzata ad ottenere "*copia su supporto informatico di tutte le determinazioni, complete degli allegati, emanate nel corso dell'anno 2016 da tutti i Responsabili dei servizi comunali nello stesso anno*", in quanto non pubblicate integralmente dal Comune. L'ente comunale motivava il provvedimento di diniego affermando che l'istanza integrava gli estremi della «richiesta massiva» e manifestamente irragionevole. Il Tar conferma il diniego opposto dall'amministrazione alla richiesta di accesso generalizzato per due motivi. In primo luogo, quanto alla mole dei documenti richiesti l'istanza rientra nei caratteri tipici della "istanza massiva" e in secondo luogo con riferimento alla finalità perseguita essa risulta, al di là del probabile fine ostruzionistico, sproporzionata rispetto al beneficio (che sarebbe derivato dalla partecipazione all'attività amministrativa) che il ricorrente ne avrebbe ottenuto, costituendo invece fonte di sicuro intralcio al buon funzionamento dell'Amministrazione⁵⁰. Il Tar richiama il principio di divieto di abuso del diritto e di violazione del principio di buona fede che vietano che vi sia una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta una delle due parti⁵¹. Pertanto, secondo i giudici lombardi, la chiave di lettura offerta dall'ente comunale in fase di rigetto - il quale intravedeva nella gravata istanza le caratteristiche proprie della «richiesta massiva» così come intesa

48 Circolare n. 2/2017, par. 7, lett. d).

49 Tar Lombardia - Milano, sez. III, sentenza 11 ottobre 2017, n. 1951 in *giustizia-amministrativa.it*.

50 In particolare il TAR Lombardia afferma che l'istituto dell'accesso civico generalizzato, che costituisce uno strumento di tutela dei diritti dei cittadini e di promozione della partecipazione degli interessati all'attività amministrativa (cfr. art. 1 d.lgs. 33/2013, come modificato dall'art. 2 D.lgs. 97/2016), non può, ad avviso del Collegio, essere utilizzato in modo disfunzionale rispetto alla predetta finalità ed essere trasformato in una causa di intralcio al buon funzionamento dell'amministrazione. La valutazione dell'utilizzo secondo buona fede va operata caso per caso, al fine di garantire - in un delicato bilanciamento - che, da un lato, non venga obliterata l'applicazione dell'istituto, dall'altro lo stesso non determini una sorta di effetto "boomerang" sull'efficienza dell'Amministrazione.

51 Secondo il Tar Milano «*il dovere di buona fede, previsto dall'art. 1175 del c.c., alla luce del parametro di solidarietà, sancito dall'art. 2 della Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, si pone, secondo i più recenti approdi di dottrina e giurisprudenza, non più solo come criterio per valutare la condotta delle parti nell'ambito dei rapporti obbligatori, ma anche come canone per individuare un limite alle richieste e ai poteri dei titolari di diritti, anche sul piano della loro tutela processuale*».

nelle Linee Guida predisposte dall'ANAC - era, senza ombra di dubbio, meritevole di pregio e legittimava il provvedimento di diniego.

La quantità eccessiva dei dati richiesti e il sovraccarico di lavoro sproporzionato a carico dell'amministrazione sono alla base anche della pronuncia del Tar Lazio del marzo 2018 che richiama espressamente il principio di ragionevolezza della richiesta ostensiva⁵². Il Tar conferma la legittimità del diniego apposto dalla Direzione Generale della Sanità animale alla richiesta presentata dalla Coldiretti ai dati e documenti relativi alla importazione di latte e prodotti lattiero caseari provenienti da Paesi non facenti parte della Comunità Europea, ritenendo le richieste ostensive effettivamente irragionevoli. Secondo il collegio, l'eccessiva quantità di dati oggetto della richiesta e la difficoltà del loro reperimento, nonché la necessaria consultazione dei numerosi controinteressati coinvolti, avrebbe comportato un *facere* straordinario per la PA decisamente in contrasto con il principio di ragionevolezza.

Ancora un riferimento alla ragionevolezza nella gestione delle istanze massive la troviamo in una sentenza del Tar Puglia, Bari, sezione III, n. 234/2018 che conferma la legittimità del diniego opposto dall'amministrazione a causa del numero manifestamente irragionevole di documenti richiesti che avrebbero arrecato un pregiudizio al buon andamento dell'azione amministrativa⁵³. Secondo i giudici del Tar Bari un diniego d'accesso civico generalizzato, motivato con riferimento alla compromissione del buon andamento della Pubblica amministrazione, per il carico di lavoro ragionevolmente e ordinariamente esigibile dagli uffici, non può ritenersi *tout court* infondato. Inoltre, precisa il collegio, il diniego di accesso è soggetto non solo ad un onere motivazionale rafforzato, ma richiede anche il preventivo esperimento di un dialogo endoprocedimentale cooperativo con gli istanti. Nelle parole del Tar Puglia, «*siffatto comportamento non può ritenersi estraneo al percorso ed alle finalità dell'accesso civico atteso che il principio del dialogo cooperativo con i richiedenti deve ritenersi un valore immanente alle previsioni della legge istitutiva del FOIA e della finalità di condividere con la collettività il patrimonio di informazioni in possesso della Pubblica Amministrazione*»⁵⁴.

4. La decisione del Tar Campania e il dialogo cooperativo.

Nella decisione in commento i giudici campani ritengono non applicabile la clausola dell'istanza massiva da parte dell'amministrazione e annullano il diniego di accesso per difetto di motivazione, in quanto "non risultano

52 Tar Lazio – Roma, Sez. III quater, sentenza 16 marzo 2018 n. 2994, in *giustizia-amministrativa.it*.

53 Tar Puglia - Bari, sez. III, sentenza 31 gennaio 2018 n. 234, punto 6.8.6, in *giustizia-amministrativa.it*.

54 Tar Puglia – Bari, n. 234/2018, punto 6.8.7. della motivazione.

sufficientemente rappresentate le ragioni per cui deve essere negato l'accesso generalizzato richiesto". In sostanza, l'amministrazione nel provvedimento di diniego, argomentano i giudici amministrativi, pur facendo riferimento ad un'istanza di tipo massivo, non dà conto degli interessi - limite che vuol salvaguardare, ma si riferisce in maniera generica "al (probabile) carico di lavoro che l'istanza avrebbe prodotto" senza specificare quale sarebbe stato il numero degli atti richiesti, rappresentando "dati alla mano" l'aggravio lavorativo riferito e rappresentato dall'atto impugnato.

Dalla sentenza emerge quindi un approccio più restrittivo verso l'operatività della clausola di esclusione della c.d. istanza massiva: non in tutti casi la quantità ingente dei documenti richiesti giustifica il diniego dell'istanza, ma incombe sull'amministrazione l'obbligo di spiegare «le condizioni suscettibili di pregiudicare in modo serio ed immediato il buon funzionamento dell'amministrazione».

Il Tar campano non si ferma a qualificare la motivazione come insufficiente, ma entra nello specifico sottolineando alcune evidenti lacune nella motivazione. In primo luogo, trattandosi di un piccolo comune (poco più di tremila abitanti) l'amministrazione avrebbe dovuto specificare il "notevole" numero di documenti esistenti ed inoltre l'ente non avrebbe tenuto conto che l'accesso generalizzato consente sì una conoscenza diffusa ed ampia, ma tuttavia meno profonda di quella che si può ottenere attraverso l'accesso documentale ex art. 22 ss. della l. n. 241/1990. Ne deriva, secondo il collegio, che con l'istanza di accesso generalizzato i documenti da esibire sarebbero stati solo alcuni e non tutti quelli relativi alle pratiche di interesse, così non legittimando il ricorso al limite dell'istanza massiva.

L'abuso del diritto di accesso civico, argomenta il Tar, non può essere richiamato dalle amministrazioni per giustificare *tout court* il rigetto di ogni istanza di accesso che in quanto rivolta ad numero rilevante di documenti, sia automaticamente reputata come pretestuosa o esorbitante, ma, se pur «il buon andamento della Pubblica Amministrazione rappresenta - in qualunque forma di accesso - un valore cogente e non recessivo», la sua sussistenza, tuttavia, non può essere genericamente affermata, bensì va adeguatamente dimostrata da parte dell'amministrazione che nega l'accesso⁵⁵.

Infine, il Collegio avverte la necessità di fornire ulteriori indicazioni al fine di consentire un'adeguata esecuzione alla decisione, in particolare sollecitando le amministrazioni all'utilizzo dell'istituto del dialogo cooperativo con i privati. Richiamando la circolare della Funzione Pubblica del 2017⁵⁶, la

55 Punto 21 della motivazione. Il Tar richiama la Circolare DFP n. 2/2017 e la sentenza del Tar Toscana Firenze, sez. I, 28 gennaio 2019, n. 133.

56 Nella Circolare n. 2/2017 "Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (cd FOIA)", DFP ricorda che «l'obbligo di erogare un servizio conoscitivo, che consiste nel condividere con la collettività il proprio patrimonio di informazioni secondo le modalità indicate dalla legge. Per realizzare questo obiettivo e, più in generale, le finalità di partecipazione e accountability proprie del c.d. modello FOIA, è auspicabile che le amministrazioni si adoperino per soddisfare l'interesse conoscitivo su cui si fondano le domande di accesso, evitando atteggiamenti ostruzionistici. Nel

delibera ANAC del 2016, nonché alcune pronunce precedenti⁵⁷, il Collegio afferma in linea generale che *“il principio del dialogo cooperativo con i richiedenti deve ritenersi un valore immanente alle previsioni della legge istitutiva dell’accesso generalizzato e della finalità di condividere con la collettività il patrimonio di informazioni in possesso della Pubblica Amministrazione”*. Quanto al caso di specie, prima di decidere sulla domanda, l’amministrazione avrebbe dovuto attivare *“un dialogo procedimentale teso a permettere al ricorrente una diversa specificazione della documentazione di interesse (e ragionevolmente ostensibile), anche rappresentando allo stesso l’effettiva mole di dati presenti”*⁵⁸. In tal modo al ricorrente sarebbe stata data la possibilità, in sede procedimentale, di circoscrivere l’ambito delle sue pretese conoscitive e agevolare il compito degli uffici nell’evasione della sua richiesta.

Il Collegio non si limita però a sottolineare la rilevanza del dialogo cooperativo come strumento di composizione preventiva del contenzioso, ma va oltre ed assume toni più autoritari. Contestualmente all’annullamento del provvedimento di diniego il Tar Campania, infatti, si spinge ad *obbligare* il comune *“a riattivare il procedimento attraverso (se del caso) una fase di dialogo endoprocedimentale tesa a permettere la specificazione dei documenti richiesti”*⁵⁹. Non è quindi un consiglio o un auspicio, ma, utilizzando i poteri che, ex art. 116 C.p.a., gli consentono di dettare, ove occorra, all’amministrazione le modalità di esecuzione dell’ordine di esibizione, obbliga l’amministrazione ad un confronto preventivo con l’istante al fine di individuare la forma più idonea che, con il minor pregiudizio per entrambi gli interessi in gioco, consenta l’ostensione dei documenti richiesti.

Il dialogo cooperativo sembra diventare la modalità preferenziale da seguire nella gestione delle istanze di accesso generalizzato per risolvere in maniera collaborativa l’eventualità di un abuso di accesso civico⁶⁰. Se è vero che il confronto con il richiedente, consentendo di far emergere le reali motivazioni della richiesta di accesso, potrebbe, in linea con i principi di partecipazione, collaborazione e contraddittorio cari al nostro ordinamento, evitare decisioni unilaterali *inaudita altera parte*, sulla base di astratte ragioni di tipo organizzativo, tuttavia emergono due elementi di criticità. Da un lato il riemergere del ruolo della motivazione la cui eliminazione invece rappresentava uno dei tratti innovativi e caratterizzanti la nuova modalità di accesso e, dall’altro, l’evidente aggravio istruttorio che effettivamente

trattare una richiesta, è necessario che l’amministrazione instauri un dialogo cooperativo con il richiedente».

57 Il Tar cita in particolare il Tar Puglia Bari, n. 234/2018 e il Tar Toscana Firenze, n. 133/2019.

58 Tar Campania, punto 24 della motivazione.

59 Tar Campania punto 24 della motivazione.

60 Come sottolineato dal Tar Puglia n. 234/2018 *«il principio del dialogo cooperativo con i richiedenti deve ritenersi un valore immanente alle previsioni della legge istitutiva del FOIA e della finalità di condividere con la collettività il patrimonio di informazioni in possesso della Pubblica Amministrazione»*. In tal senso, a favore del dialogo endoprocedimentale nelle istanze di accesso generalizzato, cfr. anche Tar Lazio, sez. III-ter, 4 maggio 2018, n. 4977; Tar Toscana n. 133/2019.

potrebbe far ritardare l'evasione delle istanze rispetto ai tempi stretti di conclusione del procedimento, fissati imperativamente dal d.lgs. 33/2013.

In linea di massima, quello che emerge dall'analisi della *soft law* e delle prime applicazioni giurisprudenziali è la riaffermazione di un ruolo centrale affidato all'amministrazione destinataria della richiesta⁶¹. In assenza di un elenco certo di eccezioni e di parametri guida definitivi per un corretto bilanciamento tra interessi confliggenti definiti *ex ante* dal legislatore⁶², l'amministrazione si riappropria del proprio ruolo da protagonista e quindi del potere di stabilire discrezionalmente *ex post* il conflitto tra trasparenza ed interessi pubblici e privati, seguendo la logica del caso per caso⁶³.

L'obbligo contenuto nella sentenza in commento all'amministrazione di esperire un dialogo con gli istanti sembra dunque porsi come un temperamento alla discrezionalità dell'ente destinatario dell'istanza, che sarà tenuta a motivare in maniera più circostanziata l'eventuale diniego in quanto esso dovrà essere preceduto da una fase di dialogo nella quale emergeranno le motivazioni poste a base della richiesta ostensiva, prima fuori della dinamica procedimentale. E' evidente, tuttavia, che una volta avviato il dialogo e quindi acquisita la qualifica soggettiva dell'istante, il bilanciamento effettuato dall'amministrazione rischia di inquinare la regola dell'accesso generalizzato che esclude la rilevanza della finalità sottesa all'istanza per favorire l'interesse pubblico alla conoscenza.

⁶¹ Sulla giurisprudenza amministrativa contraria ad un abuso del diritto di accesso civico generalizzato e quindi ad un ruolo dirimente dell'amministrazione infra par. 3

⁶² In questo senso anche M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit., 599, il quale coglie esattamente come «l'introduzione dell'accesso civico generalizzato sposta [...] il momento del bilanciamento a valle, assegnando il relativo compito all'amministrazione destinataria della richiesta».

⁶³ Ciò ha fatto parlare di ricadute anche sulla natura giuridica del *cives* che presenta l'istanza di accesso generalizzato che sarebbe titolare di un interesse legittimo e non più di un diritto vista l'ampia discrezionalità della PA nel valutare la presenza di limiti all'istanza. Cfr. S. VACCARI, *Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili*, cit., 1023 ss.