

## Il diritto di accesso tra uso e abuso. Risvolti patologici della trasparenza amministrativa

Tommaso Muiesan

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Inquadramento del caso di specie. – 3. L'evoluzione del principio di trasparenza: dal paradigma del segreto alla regola aurea dell'*open government*. Una premessa storica. – 3.1. Gli istituti della trasparenza nell'ordinamento italiano: una convivenza non semplice. – 4. I profili patologici di un "eccesso di trasparenza". – 4.1 *Segue*. L'eccesso di trasparenza alla prova del diritto penale. – 4.2. *Segue*. L'eccesso di trasparenza alla prova del diritto amministrativo. – 5. Brevi note conclusive.

### 1. *Premessa*

Tanto la trasparenza amministrativa quanto l'abuso del diritto sono stati negli ultimi anni al centro di un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Per averne conferma è sufficiente sfogliare le pagine delle principali riviste scientifiche ovvero fare una rapida ricerca nelle più diffuse banche dati a disposizione<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La teoria dell'abuso del diritto è stata elaborata nell'ambito del diritto civile, ma si è presto sviluppata, in ragione della propria connotazione trasversale, anche in altre branche dell'ordinamento. In generale sul tema, *ex plurimis* cfr. M. Rotondi, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss.; U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37 ss.; S. Romano, *Abuso del diritto*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 168 ss.; S. Patti, *Abuso del diritto*, in *Dig. priv.*, Torino, 1987, 2 ss.; C. Salvi, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 5 ss.; Aa.Vv., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997*, Padova, 1998; P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998; C. Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; Aa.Vv., *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, a cura di V. Velluzzi, Pisa, 2012; Aa.Vv., *L'abuso del diritto nel dialogo tra corti nazionali ed internazionali*, a cura di G. Meroni, Napoli, 2014; V. Velluzzi, *Interpretazione e tributi. Argomenti, analogia, abuso del diritto*, Modena, 2015; Aa.Vv., *L'abuso del diritto*, a cura di G. Visintini, Napoli, 2016; M. Versighioni, *Abuso del diritto. Logica e Costituzione*, Pisa, 2016; A. Astone, *Il divieto di abuso del diritto. Diritto scritto e diritto vivente*, Milano, 2017; Aa.Vv., *Abuso del diritto. Significato e valore di una tecnica argomentativa in diversi settori dell'ordinamento*, a cura di G. Furguele, Napoli, 2017; L. Jossierand, *L'abuso dei diritti*, trad. it. a cura di L. Tullio, Napoli, 2018; Aa.Vv., *L'abuso del diritto. Evoluzione del principio e contesto normativo*, a cura di L. Carpentieri, Torino, 2019; M. Pompei, *Abuso del diritto. Un approccio tra filosofia e teoria*, Torino, 2020. Per un approfondimento in ordine all'ap-

Tale circostanza potrebbe, dunque, indurre lo studioso a desistere dal continuare a cimentarsi con questi argomenti, nella convinzione che qualsiasi ulteriore sforzo euristico sconterebbe il rischio di un difetto di originalità rispetto a quanto sinora già detto e/o scritto.

In verità, una simile preoccupazione risulta infondata nella misura in cui, sebbene i detti temi siano stati già ampiamente battuti, nondimeno si ritiene che residuino ancora degli spazi per un'indagine che, lungi dallo scandagliare le questioni partitamente, tenti di approfondirle in un'ottica d'insieme.

È dunque in questa diversa prospettiva che si muove il presente contributo.

Prendendo le mosse dall'esame di un caso concreto giunto all'attenzione del Tribunale di Siena<sup>2</sup>, si tenterà di investigare la questione relativa ai limiti intrinseci della trasparenza amministrativa e, segnatamente, del suo precipitato più significativo (e più problematico), cioè a dire il diritto di accesso nella sua proteiforme natura.

Per far questo sarà necessario muovere da una ricognizione preliminare delle varie figure riconducibili all'istituto in argomento per poi concentrarsi sugli aspetti patologici connessi ad un'iperestensione dell'interesse conoscitivo.

Nello specifico – in disparte la questione legata all'astratta configurabilità di un uso distorto di tale diritto, che non pare poter essere ragionevolmente messa in discussione – si tratterà di capire quali riflessi ne derivino sul piano del corretto funzionamento degli uffici destinatari di istanze ostensive abusive e quali rimedi possano essere utilmente approntati. In ordine a quest'ultimo profilo, si procede-

---

plicazione della figura al processo amministrativo, in dottrina cfr. G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, V, 7 febbraio 2012, n. 656, in *Foro amm. CDS*, 2012, 7-8, 1994, con note di F. Dinelli, *La questione di giurisdizione fra il divieto di abuso del diritto e il principio della parità delle parti nel processo*, e di E. Lo Presti, *La contestazione in appello della giurisdizione incardinata in primo grado integra abuso del processo?*. Un interessante commento alla sentenza è anche quello di V. Carbone, *L'abuso del diritto e l'abuso del processo irrompono nella giustizia amministrativa come limiti alla proposizione in appello della questione di giurisdizione*, in *Nuovo dir. amm.*, 2012, 1, 17 ss. Sempre sul versante processuale, cfr. anche: Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Foro amm. CDS*, 2011, 3, 826; in *Foro it.*, 2012, 1, III, 31, con nota di A. Giannelli, *La pregiudiziale amministrativa rinasce dalle proprie ceneri: la mancata impugnazione dell'atto illegittimo recide il nesso di causalità tra provvedimento illegittimo e lesione*; in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 9, 962, con nota di F. Cortese, *L'Adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*; in *Giur. it.*, 2012, 2, 443, con nota di D. Pappano, *Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi*.

Parimenti ampia è la letteratura in tema di trasparenza amministrativa. Oltre ai riferimenti bibliografici contenuti nelle note che seguono, senza pretesa di esaustività, si richiamano in questa sede: Aa.Vv., *La trasparenza amministrativa*, a cura di F. Merloni, Milano, 2008; A.G. Orofino, *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Bari, 2013; A. Simonati, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 2013, 749 ss.; Aa.Vv., *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*, a cura di B. Ponti, Santarcangelo di Romagna, 2013; Aa.Vv., *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, a cura di L. Califano, C. Colapietro, Napoli, 2014; Aa.Vv., *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni. Commento sistematico al d.lgs. n. 33/2013 dopo le modifiche apportate dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97*, a cura di B. Ponti, Santarcangelo di Romagna, 2016.

<sup>2</sup> Trib. Siena, sez. pen. (dott. Ottavio Mosti), 22 settembre 2020 (dep. 20 marzo 2021), n. 643.

rà quindi a verificare se sia il diritto penale l'ambito elettivo di ricerca di soluzioni soddisfattive ovvero se le stesse non siano da rintracciarsi preferibilmente in altre branche dell'ordinamento.

## 2. *Inquadramento del caso di specie*

Al di là dell'*iter* processuale lungo e travagliato che ha visto intrecciarsi tre distinti procedimenti, la vicenda fattuale da cui trae origine la sentenza che funge da spunto alle presenti note si presenta facilmente sunteggiabile.

Il Tribunale di Siena era chiamato a pronunciarsi sulla liceità penale della condotta posta in essere da un soggetto – di professione geometra – che, talvolta per mandato professionale talaltra *uti civis*, aveva intrapreso un'interlocuzione, dai toni polemici e dai tratti parossistici, con un'amministrazione comunale in ordine a pratiche edilizie interessanti il governo del territorio.

Segnatamente, nell'arco temporale compreso tra il 2010 e il 2014, pervenivano al protocollo dell'ente centinaia di note, di varia natura e dal contenuto piuttosto eterogeneo: istanze di accesso, diffide, esposti, avvertimenti di prossime denunce penali e comunicazioni varie, alcune delle quali indirizzate – per conoscenza – anche alla competente Procura della Repubblica<sup>3</sup>. Lo scopo di questa moltitudine di scritti era ora quello di prendere semplicemente visione di documenti, ora quello di sollecitare l'esercizio di poteri di autotutela, ora, più in generale, quello di pungolare la componente politica o tecnica – ritenute negligenti quando non conniventi – perché prendessero posizione rispetto a situazioni e vicende che interessavano il territorio, considerate ai limiti del penalmente rilevante.

Nel mirino delle continue invettive vi erano, oltre al Sindaco e ai vari Assessori, il Segretario comunale e, soprattutto, il Dirigente del Settore Edilizia ed Urbanistica, il quale, per le pressioni psicologiche cui era costantemente sottoposto, decideva di rassegnare le proprie dimissioni.

Nella chiave di lettura dell'accusa, questi "stimoli" – veicolati nelle forme canoniche e poi amplificati tramite pubblicazione sul sito internet gestito da un Consigliere di minoranza, coimputato nel processo – erano funzionali a creare apprensione nei pubblici amministratori, così da indurli ad adottare i provvedimenti sperati o, quantomeno, a creare un clima di forte disagio con conseguente paralisi della macchina amministrativa.

L'imputato veniva quindi tratto a giudizio. I reati contestati erano interruzione di pubblico servizio (art. 340 c.p.), violenza privata (art. 610 c.p.), violen-

---

<sup>3</sup> In verità, i primi carteggi risalgono al 2005, ma, siccome in ordine a questi ultimi non vi era certezza documentale e comunque si riferivano a fatti coperti da prescrizione, venivano espunti dal *thema decidendum*.

za o minaccia ad un corpo politico, amministrativo, giudiziario (art. 338 c.p.) e diffamazione aggravata con il mezzo della pubblicità (art. 595, comma 3 c.p.).

All'esito del processo, tutte le accuse cadevano e il proscioglimento interveniva con formula ampiamente liberatoria; l'unico capo di imputazione a resistere era quello relativo all'ultima delle ipotesi delittuose sopra enucleate, in relazione alla quale sia il professionista sia il Consigliere comunale venivano condannati.

Queste essendo le coordinate fattuali entro le quali si inserisce la pronuncia, a fronte di una vicenda processuale poliedrica, l'attenzione sarà focalizzata sulla fattispecie di cui all'art. 340 c.p.

La scelta di circoscrivere il campo di indagine a quest'ultimo profilo risponde ad esigenze di ordine metodologico, legate alla necessità di coniugare approfondimento dei temi e sintesi, ma anche di merito, risultando le altre questioni sottoposte all'esame del giudice senese – quella connessa alla nozione di “corpo” rilevante ai sensi dell'art. 338 c.p. e quella attinente al rapporto tra libertà di espressione, *sub specie* di diritto di critica, e tutela della dignità personale – meno problematiche in quanto già affrontate e in gran parte risolte dalla giurisprudenza.

### 3. *L'evoluzione del principio di trasparenza: dal paradigma del segreto alla regola aurea dell'open government. Una premessa storica*

Prima di entrare *in medias res*, conviene verificare come il principio di trasparenza dell'azione amministrativa sia andato sviluppandosi nell'ordinamento italiano. La ricostruzione in chiave storica del fenomeno si appalesa oltremodo utile per superarne l'orizzonte meramente astratto e meglio apprezzarne le dinamiche concrete e talvolta anche patologiche, di cui si darà conto nel prosieguo.

A questo proposito, già in via di prima approssimazione, non pare dubitabile che il concetto di trasparenza, intesa come accessibilità dei meccanismi del potere, sia nozione piuttosto recente, configurandosi la regola aurea dell'*open government* come il portato di un percorso lento e, per certi versi, accidentato. L'opacità ha rappresentato per secoli un aspetto, se non essenziale, quanto meno caratteristico di «un potere che è tale perché si cela», le cui esternazioni assumono i tratti di una forza autoreferenziale che s'impone indipendentemente da una legittimazione democratica e che, anzi, proprio «attraverso l'opacità (va) ampliando la distanza tra governati e governanti»<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> R. Cantone, E. Carloni, *Corruzione e Anticorruzione. Dieci Lezioni*, Milano, 2018, 96, i quali evidenziano come il carattere della nebulosità abbia rappresentato per secoli una costante dei processi decisionali pubblici, tanto che, già nel Cinquecento, uno dei padri del pensiero politico occidentale, Francesco Guicciardini, nei suoi *Ricordi*, scriveva: «Spesso tra il palazzo e la piazza è una nebbia sí folta, o uno muro sí grosso, che non

A ragione, quindi, si potrebbe sostenere che la dimensione della nebulosità sia sempre stata consustanziale a quella del potere, avendone per lungo tempo consentito la perpetuazione in assenza di qualsivoglia forma di controllo esterno. Il che, peraltro, si spiega alla luce della portata originaria del concetto di sovranità e dell'evoluzione storica che ha connotato il medesimo. In altri termini, la misura della verifica del potere ha carattere contingente, risultando intrinsecamente collegata al modello di Stato storicamente dato<sup>5</sup>.

In un modello di organizzazione politico-sociale incentrato sulla figura del *princeps legibus solutus*, il quale esercita il potere non già in virtù di una legittimazione democratica ma in forza di un diritto di nascita, la previsione di meccanismi di disvelamento dei processi decisionali – *sub specie* del tradizionale obbligo di motivazione<sup>6</sup> ovvero attraverso strumenti più ‘moderni’ e avanzati di controllo diffuso dell’operato del titolare di potestà pubbliche – non troverebbe alcuna ragion d’essere. Per contro, l’esigenza di conoscibilità delle decisioni assunte da titolari di *munera publica* è andata affermandosi con l’emergere di aspettative e rivendicazioni di matrice democratica. Del resto, la democrazia – intesa, secondo la fortunata definizione di Bobbio, come «governo del potere pubblico in pubblico»<sup>7</sup> – viene tradizionalmente contrapposta all’autocrazia, cioè a dire ad ogni forma di governo in cui il dominio sia esercitato surrettiziamente, in modo da essere quanto più possibile sottratto agli occhi (indiscreti) dei governati<sup>8</sup>.

In questo senso, dunque, a precisazione di quanto sopra affermato, si potrebbe sostenere che l’opacità è consustanziale non già al potere in quanto tale, bensì al solo potere che si atteggi in forma non democratica. Se è vero che l’autocrate necessita del segreto per difendere e perpetuare il proprio dominio sui sudditi, per contro, lo spirito di autoconservazione delle istituzioni democratiche deve indurle ad agire *au grand jour* per non essere travolte dall’inesorabile scorrere del tempo<sup>9</sup>.

---

vi penetrando l’occhio degli uomini, tanto sa el popolo di quello che fa chi governa, o della ragione perché lo fa, quanto delle cose che fanno in India [...]».

<sup>5</sup> F. Meinecke, *L’idea della ragion di Stato nella storia moderna*, Firenze, 1942, I, 186 ss. L’Autore istituisce un parallelismo tra autocrazia e logica del segreto.

<sup>6</sup> Sull’obbligo di motivazione del provvedimento come precipitato del più generale principio di trasparenza che deve orientare l’agere amministrativo, in dottrina cfr. *ex plurimis*: F.M. Nicosia, *Principio di trasparenza dell’azione amministrativa ed obbligo di motivazione. Il diritto di accesso*, Napoli, 1992. Nel vasto panorama giurisprudenziale, si veda in particolare: Corte cost., 5 novembre 2010, n. 310, in *Giur. cost.*, 2010, 6, 4362; la sentenza è pubblica anche in *Foro it.*, 2011, 1, I, 16; in *Giust. civ.*, 2010, 12, I, 2715; in *Foro amm. CDS*, 2011, 6, 1794, con nota di M. Longo, *La motivazione nei provvedimenti di sospensione dell’attività imprenditoriale: un obbligo generale dal fondamento costituzionale*, in *Dir. relaz. ind.*, 2011, 3, 795, con nota di M. Mondelli, *La tormentata disciplina della sospensione dell’attività imprenditoriale al vaglio della Corte costituzionale*.

<sup>7</sup> N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, 85.

<sup>8</sup> Id., *Il potere invisibile*, articolo apparso su “La Stampa” del 23 novembre 1980 ed oggi confluito in Id., *Democrazia e segreto*, Torino, 2011, 5.

<sup>9</sup> Cfr. M. Joly, *Dialogue aux Enfers entre Machiavel et Montesquieu*, Parigi, 1864.

Ciò non significa che, in democrazia, l'esercizio occulto del potere non trovi cittadinanza alcuna, ben potendo lo stesso legittimarsi in ragione della necessità di tutela di interessi riconosciuti dall'ordinamento e ritenuti preminenti all'esito di una ponderazione operata tra i medesimi e il contrapposto interesse alla conoscibilità. Anzi, talvolta, è la salvaguardia stessa delle istituzioni democratiche ad imporre la non divulgazione di talune informazioni, che, se rivelate, potrebbero gravemente compromettere gli interessi fondamentali della Nazione. Si pensi all'istituto del segreto di Stato, non a caso concepito proprio come elemento di tenuta del sistema e di tutela dell'integrità della Repubblica o, comunque, della sua sopravvivenza rispetto a fatti eversivi dell'ordine costituzionale<sup>10</sup>.

Significa, piuttosto, che, differentemente da quanto si verifica nelle altre forme di governo, in democrazia si assiste ad un capovolgimento della prospettiva, poiché il segreto da *instrumentum regni* diviene eccezione fondata sulla necessità di protezione della *salus rei publicae*<sup>11</sup>. Detto altrimenti, l'esercizio occulto del potere è legittimo nei limiti in cui lo stesso risulti puntualmente normato e temporalmente circoscritto<sup>12</sup>, essendo la regola rappresentata dall'opposto principio della visibilità o, *rectius*, della trasparenza<sup>13</sup>.

Un simile mutamento di paradigma, che impone di sviscerare il dominio sin nei suoi più reconditi aspetti, travalica i rapporti tra i poteri dello Stato, finendo col dispiegare efficacia anche in relazione ai cosiddetti "rami bassi" dell'ordinamento.

In un contesto così delineato, infatti, la pubblica amministrazione non è esentata dal dare concreta attuazione all'anzidetto principio. Al contrario, come meglio si vedrà nel prosieguo, a partire dal 2013 la regola dell'*open government*, nel soppiantare il canone tradizionale del segreto d'ufficio, è assurda non solo a

<sup>10</sup> In questi termini si esprime: A. Morrone, *Il nomos del segreto di Stato*, in G. Illuminati (a cura di), *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, Torino, 2010, 1 ss. Per un approfondimento sul tema del segreto di Stato, cfr. G. Arconzo, I. Pellizzone, *Il Segreto di Stato nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2012, 1; A. Pace, *L'apposizione del segreto di Stato nei principi costituzionali e nella legge n. 124 del 2007*, in *Giur. cost.*, 2008, 5, 4046; G. Pitruzzella, *Segreto, I) Profili costituzionali*, voce, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1992, XXVII, 1; P. Barile, *Democrazia e segretezza*, in *Quad. cost.*, 1987, I, 47; Aa.Vv., *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Padova, 1983; S. Labriola, *Le informazioni per la sicurezza dello Stato*, Torino, 1978; A. Anzon, *Segreto di Stato e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1976, I, 1785 ss.

<sup>11</sup> M.G. Losano, *Trasparenza e segreto: una convivenza difficile nello Stato democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 3, 660. In generale sul rapporto biunivoco che lega democrazia e trasparenza, si veda: F. Merloni, *Trasparenza delle amministrazioni e principio democratico*, in Id. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 20 ss.; E. Carloni, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 46 ss.

<sup>12</sup> N. Bobbio, *Democrazia e il potere invisibile*, in *Riv. it. scien. pol.*, 1980, 181 ss.

<sup>13</sup> Visibilità e Trasparenza, pur essendo talvolta utilizzate con valore sinonimico, sono due concetti non perfettamente sovrapponibili, in quanto l'una attiene alle modalità attraverso le quali il potere si manifesta, mentre l'altra al grado di intelleggibilità delle ragioni sottostanti al suo esercizio. Va da sé che anche il potere autocratico, ancorché non trasparente, deve rendersi visibile al fine di infondere nei sudditi ora timore ora rispetto e venerazione. Cfr. V. Sorrentino, *Il potere invisibile. Il segreto e la menzogna nella politica contemporanea*, Bari, 2011, 23.

parametro di valutazione dell'attività amministrativa (giusto il riferimento all'art. 1, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241), ma anche a criterio di organizzazione delle istituzioni pubbliche.

### 3.1. *Gli istituti della trasparenza nell'ordinamento italiano: una convivenza non semplice*

Dato il quadro teorico di riferimento, posto che quello della trasparenza rischia di essere un principio *bon à tout faire*, dai contorni piuttosto evanescenti<sup>14</sup>, merita interrogarsi su quali siano gli istituti tramite i quali lo stesso riceve concreta attuazione.

La garanzia della conoscibilità del processo decisionale amministrativo è affidata nel sistema giuridico italiano, oltre che all'obbligo di motivazione del provvedimento, oggi consacrato nell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, a tre istituti<sup>15</sup>, che, pur condividendo lo stesso *nomen iuris*, si differenziano per finalità, presupposti e limiti, ponendosi in una sorta di *climax* ascendente di trasparenza<sup>16</sup>:

<sup>14</sup> F. Manganaro, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in *Astrid online*, 2009, 3, poi confluito in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012; R. Marrama, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 416.

<sup>15</sup> In proposito, si veda: A. Simonati, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Dir. amm.*, 2018, 2, 311 ss. In particolare, l'Autrice evidenzia la tendenza generalizzata della dottrina, non soltanto italiana, a riflettere sul tema della trasparenza attraverso il prisma della disciplina sull'accesso, arrivando a considerare quest'ultimo come «istituto totemico della trasparenza amministrativa» (*ivi*, 317). Nella letteratura in lingua straniera, si veda al riguardo: V.M. Cucciniello, G.A. Porumbescu, S. Grimmelikhjisen, *25 Years of Transparency Research: Evidence and Future Directions*, in *Public Administration Review*, 2016, 1, 32 ss.

<sup>16</sup> L'economia del presente scritto non consente di analizzare *funditus* le tipologie di accesso previste da tutte le discipline settoriali, come l'accesso in materia ambientale regolato dall'art. 3 del d.lgs. 19 agosto 2005, n. 195, con il quale è stata data attuazione alla Direttiva 2003/4/CE, nonché il diritto di accesso riconosciuto ai consiglieri comunali e provinciali dall'art. 43 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U.E.L.). Tuttavia, si segnala che entrambe le richiamate disposizioni individuano fattispecie di accesso qualificabili in termini di diritti soggettivi pieni, il cui esercizio non è subordinato all'assolvimento di alcun onere motivazionale. Per un approfondimento in ordine al primo cfr., *ex multis*: A. Simonati, *L'accesso alle informazioni ambientali nell'ordinamento italiano: fra trasparenza amministrativa e deflazione del contenzioso*, in M. Passalacqua, B. Pozzo (a cura di), *Diritto e rigenerazione dei brownfields. Amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, Torino, 2020, 549-569; G. Pizzanelli, *Il contributo dell'accesso alle informazioni ambientali alla tutela del patrimonio pubblico*, in *Nuove Autonomie*, 2020, 71-103; L. Di Giovanni, *Il diritto di accesso in materia ambientale tra normativa nazionale e sovranazionale*, in questa *Rivista*, 2015, 3, 667 ss.; E. Mastrodomenico, *Accesso alle informazioni e partecipazione nei procedimenti ambientali. La conoscibilità dello stato ambientale e il diritto di accesso alle informazioni in materia ambientale*, in *Nuova Rassegna*, 2011, 5, 538 ss.; F. Fonderico, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 6, 675; V. Vitiello, *Il diritto di accesso agli atti in materia ambientale alla luce del d.lgs. 19 agosto 2005, n. 195*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, 6, 1055 ss.; F. Franzoso, *Il diritto di accesso alle informazioni ambientali*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, 5, 631; V. Sarcone, *La "specialità" del diritto all'informazione ambientale*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 1, 71 ss. Per un approfondimento in ordine al secondo, tra i molti sia sufficiente rinviare a: G. Sola, *Il diritto di accesso del consigliere comunale e il vincolo al segreto d'ufficio*, in *Federalismi*, 24 febbraio 2021, 6; M. Bombardelli, *L'esercizio del diritto di accesso da parte dei consiglieri comunali*, in *Gior. dir.*

- accesso documentale: disciplinato dagli artt. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990. Tale istituto risponde all'esigenza di soddisfare l'interesse di chi, *uti singulus*, ha necessità di venire in possesso di documenti e informazioni detenute da pubbliche amministrazioni. Esso incontra sia limitazioni di natura oggettiva sia limitazioni di natura soggettiva. Per quanto attiene alle prime, merita rilevare che tale tipologia di accesso è esclusa in una serie tassativa di casi e, segnatamente, in relazione ai documenti coperti da segreto di Stato, a quelli relativi a procedimenti tributari o a procedimenti diretti all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, nonché ai documenti contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale di terzi (art. 24, comma 1). Per quanto attiene alle seconde, l'accesso in esame non è concesso al *quisque de populo*, ma soltanto a colui il quale dimostri di essere titolare di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridica tutelata e collegata al documento del quale è chiesta l'ostensione<sup>17</sup>. Trattasi, quindi, di uno strumento poco duttile, ma dotato di un potenziale di efficacia e pervasività superiore rispetto a quello degli altri istituti oggetto di disamina<sup>18</sup>, se non altro perché, a mente dell'art. 24, comma 7, l'accesso documentale deve sempre prevalere sul diritto alla riservatezza di terzi controinteressati se la conoscibilità del documento risulti necessaria/indispensabile per la tutela degli interessi giuridici del richiedente<sup>19</sup>;

amm., 2008, 10, 1111; I. Gravallesse, *Accesso agli atti dei consiglieri comunali fra tutela e abuso del diritto*, in *Nuova Rassegna*, 2003, 16, 1846.

<sup>17</sup> M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 146 ss.; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020, 435 ss. Recentemente, la giurisprudenza ha avuto occasione di ribadire che i requisiti sostanziali per l'esercizio del diritto di accesso sono gli stessi per tutti i soggetti dell'ordinamento, non essendo prevista alcuna diversificazione, sotto il profilo della legittimazione, tra il singolo e l'associazione portatrice di interessi diffusi, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 2021, n. 8333, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>18</sup> G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi*, 11 gennaio 2017, 15. In senso analogo, cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2019, n. 1817, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove, con espressione compendiosa, si afferma che «nel confronto tra accesso documentale classico e accessi civici, generico ed universale, si guadagna in estensione ciò che si perde in intensità».

<sup>19</sup> In tema di accesso difensivo, sui requisiti della richiesta ostensiva e sui limiti di apprezzamento dell'amministrazione e del giudice adito ex art. 116 c.p.a., cfr. Cons. Stato, ad. plen., 18 marzo 2021, n. 4, in *Foro it.*, 2021, 10, III, 541. Segnatamente, la Plenaria ha precisato: «Salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento per il quale si chiede l'accesso e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990, la p.a. detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 cod. proc. amm. non devono svolgere 'ex ante' alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione». Per un commento alla sentenza, si rinvia a: C. Pagliaroli, *Il potere valutativo della P.A. in materia di accesso difensivo: la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4/2021*, in questa *Rivista*, 2022, 1, 219 ss.

La giurisprudenza successiva si è conformata all'interpretazione fornita dall'Adunanza plenaria. Al riguardo, cfr., *ex multis*: Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2022, n. 1342, in *www.giustizia-amministrativa.it*.



- accesso civico semplice: disciplinato dall'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 33 del 2013 (c.d. Decreto Trasparenza), adottato in attuazione di una delega contenuta nella legge 6 novembre 2012, n. 190 (Legge anticorruzione) ed espressione di quella che viene comunemente definita *proactive disclosure*<sup>20</sup>. Tale istituto risponde all'esigenza di soddisfare l'interesse di chi, *uti civis*, vuole realizzare un controllo diffuso sull'operato delle amministrazioni ed è congeniato come strumento di ottemperanza degli obblighi di pubblicazione gravanti sulle medesime. Questa tipologia di accesso incontra delle limitazioni di natura oggettiva (il suo perimetro di operatività corrisponde a quello degli obblighi di pubblicazione) ma nessun limite di natura soggettiva: chiunque può chiedere l'accesso alle informazioni e ai dati che le amministrazioni avrebbero l'obbligo di pubblicare sui propri siti tutte le volte in cui le stesse abbiano omesso un simile adempimento. In tal caso, dunque, diversamente da quanto avviene nell'accesso documentale e – come vedremo – nell'accesso civico generalizzato, è il legislatore che, sulla base di una valutazione apodittica condotta in astratto, effettua *ex ante* il bilanciamento tra l'interesse alla conoscibilità di talune informazioni e l'interesse alla non divulgazione di talaltre, facendo prevalere ora il primo ora il secondo<sup>21</sup>;
- accesso civico generalizzato: disciplinato dall'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 33 del 2013, in conseguenza delle modifiche apportate dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, a sua volta adottato in forza di una delega contenuta nella legge 7 agosto 2015, n. 124 (la c.d. Riforma Madia), ed espressione di quella che è comunemente definita *reactive disclosure*. Nasce sul modello del F.O.I.A. statunitense al fine di realizzare il diritto all'informazione amministrativa<sup>22</sup>. A partire dal 2016 è stato introdotto in Italia, sulla scorta di quanto già avvenuto in molteplici altri ordinamenti<sup>23</sup>, uno strumento atto ad ottenere informazioni, pensato in guisa di diritto individuale e congeniato in modo da consentire ai cittadini «una partecipazione attiva alla vita delle istituzioni anche in funzione di lata vigilanza sul corretto funzionamento delle

---

Per un'analisi della menzionata pronuncia, si veda: G. Delle Cave, *L'accesso difensivo post Adunanza Plenaria n. 4/2021 tra potere valutativo della P.A. e apprezzamento del giudice*, in *Giustizia insieme*, 28 aprile 2022.

<sup>20</sup> Per un lucido commento dell'articolato normativo cfr. Aa.Vv., *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, a cura di B. Ponti, Rimini, 2013.

<sup>21</sup> G. Gardini, *op. ult. cit.*, 16.

<sup>22</sup> Il *Freedom of Information Act* è stato adottato negli Stati Uniti nel 1966 e, da allora, ha rappresentato un paradigma di riferimento per tutte le esperienze giuridiche democratiche. Per un approfondimento, cfr. M. Magri, *La trasparenza "oltre il FOIA". Attualità e limiti del modello statunitense*, in G. Gardini, M. Magri (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Rimini, 2019, 89 ss.

<sup>23</sup> Per un'analisi comparatistica della legislazione F.O.I.A. in generale, si veda il report n. 1 del 2018 dal titolo *L'accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, pubblicato dall'Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione a cura di B.G. Mattarella e M. Savino.

stesse»<sup>24</sup>. Al pari dell'accesso civico semplice, incontra limitazioni di natura oggettiva (art. 5-*bis*), ma nessuna restrizione sotto il profilo soggettivo; tuttavia, mentre nel primo il cittadino è ridotto a mero strumento di coercizione di un'amministrazione rimasta inadempiente, nel secondo egli assurge a titolare di una posizione giuridica correlata ad una pretesa sua propria, al cui soddisfacimento l'istanza ostensiva è preordinata<sup>25</sup>. Con l'accesso documentale condivide, invece, la tecnica del bilanciamento, non più operata in astratto dal legislatore, ma rimessa ad una valutazione condotta in concreto, secondo la logica del caso per caso, dal plesso organizzativo destinatario della relativa richiesta<sup>26</sup>.

Quindi, cercando di sintetizzare quanto sopra in una prospettiva diacronica e in chiave evolutiva, in origine lo schema di legge in materia di accesso documentale presentato dalla Commissione Nigro, proprio nell'intento di favorire una partecipazione consapevole dei cittadini al dibattito pubblico nonché un loro controllo sull'adeguata gestione delle risorse collettive, proponeva una legittimazione ad ampio spettro, di fatto svincolata dalla titolarità di posizioni giuridiche sostanziali. Siffatta soluzione, per certi versi pionieristica, non fu accolta, essenzialmente a causa delle resistenze di ordine ideologico provenienti dalle pubbliche amministrazioni, ancora legate alla concezione tradizionale del "segreto d'ufficio" e restie ad accogliere il surplus di adempimenti burocratici che ne sarebbe fisiologicamente derivato. Pertanto, fu deciso di far confluire la disciplina in parola nella legge sul procedimento e l'originaria aspirazione venne così soffocata attraverso una vera e propria "processualizzazione" dell'esercizio del diritto, sottoposto a scadenza (salvo possibilità di rinnovo dell'istanza) e al confronto con i controinteressati<sup>27</sup>.

In ragione di ciò, il legislatore del 2013, consapevole del *deficit* di trasparenza che affliggeva l'ordinamento italiano, reso viepiù manifesto dal raffronto con altre esperienze europee ed extraeuropee, tentò di colmarlo ma, privo del coraggio necessario, preferì optare per una soluzione di compromesso, nei fatti rivelatasi fallimentare. In particolare, anziché soddisfare il bisogno di trasparenza dei consociati in via diretta, riconoscendo loro un diritto all'informazione amministrativa, scelse di farlo in via indiretta e mediata, imponendo alle amministrazioni di pubblicare sui propri siti istituzionali una nutrita congerie di informazioni. Nondimeno, com'è stato acutamente notato, questa strategia si rivelò non solo «dirigista» perché basata sulla (erronea) convinzione che il diritto all'informazione del singolo potesse essere «soddisfatto *ex se* dalle informazioni oggetto di pub-

<sup>24</sup> Cons. Stato, sez. IV, 13 luglio 2017, n. 3461, in *Diritto & Giustizia*, 13 luglio 2017.

<sup>25</sup> G. Gardini, *op. ult. cit.*, 16.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> M. Clarich, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 3, 430 ss.

blicazione obbligatoria»<sup>28</sup> ma anche controproducente, giacché le amministrazioni si sono viste oberate di una notevole mole di adempimenti aggiuntivi senza alcun reale beneficio per i cittadini<sup>29</sup>, che, nel *mare magnum* delle informazioni e dei dati messi a loro disposizione, faticavano a rintracciare quelle alle quali erano realmente interessati, tanto da desistere da ogni tentativo di ricerca<sup>30</sup>.

Ecco allora che, in ragione delle evidenziate criticità, a fronte di una normazione tutt'altro che soddisfacente, il legislatore si è trovato costretto, a distanza di

<sup>28</sup> G. Gardini, *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal "FOIA Italia"*, in *Federalismi*, 10 ottobre 2018, 7. *Contra*: N. Vettori, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico*, *Dir. amm.*, 2019, 3, 547-548, ad avviso della quale: «Lungi dall'essere espressione di dirigismo, la predefinizione legislativa di una sfera indiscutibile di pubblicità è garanzia di certezza, per le situazioni giuridiche dei cittadini e per l'amministrazione».

<sup>29</sup> D.U. Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2016, 5, 1019 ss. (spec. § 5.3.).

<sup>30</sup> Quella degli obblighi di pubblicazione rappresenta una vera e propria selva caotica, nitido esempio di una legislazione che, nel correre dietro al dogma della trasparenza, non è andata esente neppure da censure di illegittimità costituzionale. Basti pensare alla prescrizione che imponeva la pubblicazione dei dati reddituali e patrimoniali personali di tutti i dirigenti pubblici, oltre che dei titolari di incarichi politici. Si trattava del combinato disposto degli artt. 14, comma 1, lett. f) e 14, comma 1-bis. Una simile estensione è stata ritenuta in contrasto con la Carta fondamentale, in quanto violativa dell'art. 3 sotto il profilo della ragionevolezza intrinseca, poiché, nell'includere anche dati non strettamente connessi alla prestazione dirigenziale – quali, a mero titolo esemplificativo, diritti reali su beni immobili e mobili registrati, titoli azionari ecc. – finiva per fotografare la situazione economica personale di detti soggetti senza che ciò fosse giustificato, come per i funzionari onorari, dalla «opportunità di rendere conto ai cittadini di ogni aspetto della propria condizione economica e sociale, allo scopo di mantenere saldo, durante l'espletamento del mandato, il rapporto di fiducia che alimenta il consenso popolare». Cfr. Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, in *Giur. cost.*, 2019, 1, 226, con nota di G. Repetto, *Di assestamenti e poste in palio. Ancora sul concorso di rimedi giurisdizionali in materia di diritti fondamentali tra Costituzione e diritto dell'UE*. La sentenza è pubblicata anche in *Foro it.*, 2020, 1, I, 125; in *Rass. dir. farmaceutico*, 2019, 4, 802; in *Dir. informazione e informatica*, 2019, 1, 79. Quando poi non è incappato in profili di incostituzionalità, l'articolo ha comunque dato adito a plurime *querelle* interpretative in ordine al proprio ambito di applicazione. Sul versante soggettivo, sia sufficiente rammentare i dubbi concernenti la riconducibilità degli ordini e dei colleghi professionali nel novero delle amministrazioni sottoposte agli obblighi di pubblicazione, alimentati dalla salomonica formulazione dell'art. 2 bis, comma 1, lett. a), che, nel precisare il perimetro della disciplina in parola, ne estendeva l'operatività anche a questi ultimi, in quanto compatibile. Emblematica, al riguardo, è stata la disputa giudiziaria originata dall'impugnazione da parte del CNF della determinazione ANAC n. 241 dell'8 marzo 2017 – avente ad oggetto «Linee Guida recanti indicazioni sull'art. 14 del d.lgs. n. 33 del 2013» – nella parte in cui precisava che le stesse dovessero trovare applicazione anche agli ordini professionali sia nazionali sia territoriali, ed esitata poi in una pronuncia di inammissibilità del giudice amministrativo in ragione del carattere non vincolante e della finalità soltanto «istruttiva» dell'atto oggetto di gravame. Cfr. T.a.r. Lazio, Roma, 14 febbraio 2018, n. 1735, in *Guida dir.*, 2018, 12, 66, nonché in *Diritto & Giustizia*, 22 febbraio 2018, con nota di M. Bombi, *Inammissibile il ricorso avverso le linee guida dell'ANAC che impongono anche al Consiglio Nazionale Forense gli obblighi in materia di anticorruzione; ciò in quanto le stesse non sono immediatamente lesive*. Sul versante oggettivo, invece, una questione controversa degna di nota riguardava i canoni di locazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica. In particolare, si dubitava che essi rientrassero tra quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi dell'art. 30, atteso che gli assegnatari di detti alloggi erano soggetti che versavano in situazione di disagio socio-economico e, talvolta, in condizioni sanitarie tali da imporre una particolare attenzione. Anche in questo caso, a fronte di un articolato lacunoso, si è reso opportuno l'intervento di ANAC, che, nel confermarne l'obbligo di pubblicazione, ha affermato la necessità di preservare l'anonimato dei locatari. Cfr. la risposta alla FAQ n. 18.4. resa da ANAC sull'applicazione del d.lgs. n. 33 del 2013, reperibile sul sito istituzionale dell'Autorità.

soli tre anni dalla novella, a nuovamente intervenire in materia. Sull'impianto originario del Decreto Trasparenza è venuto quindi innestandosi il c.d. accesso civico generalizzato, salutato con favore dai primi commentatori, che in esso hanno rinvenuto il formale riconoscimento, nel sistema giuridico italiano, del *right to know*, quale diritto fondamentale ad accedere a tutti i dati, i documenti e le informazioni (purché non riservati) nella disponibilità delle pubbliche amministrazioni.

Dal quadro appena tracciato risulta dunque evidente la linea evolutiva dell'ordinamento che va nella direzione di un progressivo superamento degli *arcana imperii* di tacitiana memoria. E non potrebbe essere altrimenti se soltanto si ha riguardo al dettato costituzionale. Il principio di trasparenza, in quanto fondamento del moderno *Rechtsstaat*, trova il proprio ancoraggio (implicito) nell'art. 1, per l'ovvia ragione che non può esservi sovranità senza conoscenza, e negli artt. 2 e 97, dacché – per dirla con le parole del Consiglio di Stato – «la luce della trasparenza feconda il seme della conoscenza tra i cittadini e concorre, da un lato, al buon funzionamento della pubblica amministrazione, e, dall'altro, al soddisfacimento di diritti fondamentali della persona, se è vero che organizzazione amministrativa e diritti fondamentali sono strettamente interrelati»<sup>31</sup>.

Ma una simile tendenza pare imposta anche alla luce della normativa sovranazionale. In questo senso vengono in rilievo sia l'art. 42 della Carta di Nizza sia l'art. 10 della Convenzione EDU: l'uno riconosce ad ogni persona fisica o giuridica che abbia la residenza o la sede in uno Stato membro il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione; l'altro tutela la libertà d'espressione. In particolare, la disposizione da ultimo richiamata, per effetto dell'interpretazione evolutiva operata dalla Corte di Strasburgo, ha assistito ad un ampliamento della propria portata applicativa, giacché alla sua tradizionale configurazione come “libertà negativa” si è aggiunta quella più recente di “libertà positiva”<sup>32</sup>. È in questa seconda accezione che ha preso forma la positivizza-

<sup>31</sup> Cfr. par. 23.4 di Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, in *Foro it.*, 2020, 7-8, III, 379. La sentenza – che costituisce un riferimento fondamentale per ricostruire l'assetto multilivello e stratificato della trasparenza nel nostro ordinamento, oltre che per dipanare alcuni problemi di concorso tra le varie forme di accesso – è pubblicata anche in *Foro amm.*, 2020, 4, 722, con nota di A. Grignani, *Commento ad una prima lettura della sentenza 2 aprile 2020, n. 10 del Consiglio di Stato sull'accesso agli atti nelle procedure ad evidenza pubblica*; in *Urb. app.*, 2020, 5, 670, con nota di V. Mirra, *Diritto d'accesso e attività contrattuale della pubblica amministrazione: la Plenaria risolve ogni dubbio?*. Interessanti commenti alla sentenza sono quelli di A. Corrado, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi*, in *Federalismi*, 27 maggio 2020; S. Mastroianni, *L'integrazione tra la disciplina del diritto di accesso ordinario e quella dell'accesso civico generalizzato nel settore degli appalti: l'Adunanza Plenaria dice no a buchi neri nel principio di trasparenza*, in *www.giustamm.it*, 2020, 4; A. Moliterni, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 4, 505; F. Fracchia, W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in questa *Rivista*, 2020, 2, 203.

<sup>32</sup> Corte EDU, *Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*, ricorso n. 18030/11, sentenza dell'8 novembre 2016. Per un commento alla sentenza si veda: E. Carpanelli, *Sul diritto di accesso alle informazioni di interesse*

zione convenzionale del diritto all'informazione amministrativa nella proporzione in cui l'accesso alla disponibilità del patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni risulta indispensabile per assicurare l'esercizio effettivo e consapevole di detta libertà.

Ora, al lume delle considerazioni che precedono, la traiettoria ordinamentale non può che apparire condivisibile in punto di merito, nella misura in cui, sul presupposto di un evidente *favor* nei confronti della accessibilità del potere, è andata ampliandone la latitudine.

Tuttavia, sotto il profilo del metodo utilizzato, la scelta legislativa non è scevra da critiche. In particolare, è stato evidenziato come la sedimentazione di istituti consimili – peraltro accomunati dallo stesso *nomen* – rischia di generare un «effetto millefoglie»<sup>33</sup>, con conseguente disorientamento degli interpreti e, soprattutto, delle amministrazioni chiamate ad essere protagoniste indiscusse del nuovo sistema di trasparenza, che si sono trovate oberate dei relativi oneri burocratici e delle conseguenti responsabilità<sup>34</sup>.

Non a caso, a fronte di un panorama normativo senz'altro frastagliato, si è posta la questione relativa ai rapporti tra le due figure di accesso contemplate dal d.lgs. n. 33 del 2013 e l'accesso documentale di cui alla legge n. 241 del 1990.

Sul punto, il disposto dell'art. 5, comma 11, del Decreto Trasparenza non pare risolutivo. La norma – utilizzando una formulazione sibillina – si limita a far salvi gli obblighi di pubblicazione previsti dal Capo secondo del medesimo corpo normativo (il che sembra quantomeno pleonastico), nonché le forme di accesso previste dalla legge generale sul procedimento. Dunque, se la coesistenza è garantita dalla *littera legis*, nulla viene precisato in ordine alla tipologia di relazione intercorrente tra accesso documentale e accesso civico (generalizzato); non è chiaro, cioè, se gli stessi si pongano in rapporto di alternatività reciproca, in guisa che il ricorso all'uno escluda in radice la possibilità di fruizione dell'altro e viceversa, ovvero se il loro rapporto vada piuttosto interpretato in termini di complementarietà.

Quest'ultima soluzione appare senz'altro da preferire<sup>35</sup>. I piani d'azione dei due istituti, infatti, ancorché intersecantisi sotto il profilo oggettivo, non sono

---

*pubblico detenute dallo Stato: alcune riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte di Strasburgo nel caso Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*, in *Rivista AIC*, 2017, 2. In senso conferme anche: Corte EDU, *Monitori and Others c. Georgia*, ricorsi nn. 44920/09 e 8942/10, sentenza del 30 gennaio 2020.

<sup>33</sup> L'espressione è di G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, cit., 7.

<sup>34</sup> Pone l'accento sui rilevanti oneri organizzativi in termini di tempo, personale e di mezzi tecnologici, individuandone un fattore di criticità del sistema D.U. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *Federalismi*, 2 marzo 2016, 18. Negli stessi termini si veda: N. Vettori, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico*, cit., 542.

<sup>35</sup> A. Amodio, *Dall'accesso documentale all'accesso civico generalizzato: i nuovi paradigmi della trasparenza dell'azione amministrativa*, in *www.giustamm.it*, 2018, 5.

perfettamente sovrapponibili. A tal proposito, è significativa la circostanza che, nelle materie presidiate dalla normativa sulla *privacy*, l'accesso civico generalizzato è sempre destinato a soccombere, laddove invece l'accesso documentale classico presenta comunque *chances* di tutela, ancorché variamente graduate a seconda della natura dei dati oggetto della pretesa conoscitiva<sup>36</sup>.

Tanto basta, dunque, per fugare i timori di quella parte della dottrina che, con l'approvazione del d.lgs. n. 97 del 2016, immaginava un'inesorabile marginalizzazione della normativa tradizionale, preconizzandone la progressiva fagocitazione ad opera delle nuove frontiere della *disclosure* proattiva<sup>37</sup>.

La chiave di lettura della complementarità è stata peraltro avallata anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato. Quest'ultimo, chiamato a pronunciarsi in ordine ai limiti di apprezzamento incontrati dall'amministrazione nel valutare un'istanza ostensiva, ha precisato che – dato l'assunto in base al quale la latitudine cognitiva e valutativa della p.a. destinataria di una richiesta acquisitiva dipende dai contenuti della medesima – il rapporto tra le diverse figure di accesso deve essere interpretato in termini di integrazione reciproca in un'ottica di implementazione delle forme di tutela, onde garantire la miglior soddisfazione dell'anelito conoscitivo<sup>38</sup>. Talché, se, da un lato, in presenza di un'inequivoca volontà dell'istante di limitare il proprio interesse ostensivo al solo accesso documentale, l'ente non potrebbe spingersi ad esaminare la domanda alla luce della disciplina di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 33 del 2013, dall'altro, nulla vieta che la richiesta sia formulata come ancipite ovvero che la stessa sia strutturata dall'interessato in termini alternativi, cumulativi o condizionati<sup>39</sup>. In tali ultime

<sup>36</sup> Per un approfondimento sul rapporto tra trasparenza e *privacy* si rinvia a: C. Colapietro, *Il complesso bilanciamento tra il principio di trasparenza e il diritto alla privacy: la disciplina delle diverse forme di accesso e degli obblighi di pubblicazione*, in *Federalismi*, 13 maggio 2020.

<sup>37</sup> Il riferimento è a M. Savino, *Il FOIA Italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, 593.

<sup>38</sup> Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, cit. In tema di complementarità delle forme di tutela, cfr. anche: Cons. Stato, ad. plen., 25 settembre 2020, nn. 19-20-21, in *www.giustizia-amministrativa.it*. La prima delle tre sentenze gemelle è rinvenibile anche in *Giuda dir.*, 2020, 43, 32; in *Diritto & Giustizia*, 12 ottobre 2020, con nota di M. Bombi, *Accesso difensivo garantito per il reddito del coniuge*. Il Supremo Organo della giustizia amministrativa, chiamato a pronunciarsi in ordine al rapporto tra l'istituto dell'accesso di cui alla legge n. 241 del 1990 e le disposizioni processualciviltistiche relative all'acquisizione di documenti amministrativi al processo (artt. 210 e 213 c.p.c., quali disposizioni di carattere generale, e gli artt. 492-bis c.p.c. e 155 *sexies* disp. att. c.p.c., con specifico riguardo ai procedimenti in materia di famiglia), ha affermato la sicura applicabilità dell'accesso difensivo indipendentemente dalla previsione, nel codice di rito civile, di poteri processuali di esibizione istruttoria in capo al giudice e ciò proprio facendo leva su un'interpretazione costituzionalmente orientata del quadro normativo di riferimento, tendente a valorizzare l'effettività e, quindi, l'interoperatività delle forme di tutela contemplate dall'ordinamento.

<sup>39</sup> È evidente che il cennato effetto di implementazione degli strumenti di tutela trova la propria fisiologica affermazione in sede procedimentale, essendo preclusa in corso di causa «la possibilità di immutare [...] il titolo della formalizzata *actio ad exhibendum*, pena la violazione del divieto di *mutatio libelli* e di introduzione di *ius novorum*». Cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2019, n. 1817, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In senso conforme: Cons. Stato, sez. IV, 28 marzo 2017, n. 1406, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, sulla

ipotesi, infatti, si determinerebbe un ampliamento dei margini di apprezzamento dell'amministrazione destinato a proiettarsi anche sul versante processuale, con conseguente neutralizzazione del limite posto dall'art. 34 c.p.a.

#### 4. *I profili patologici di un "eccesso di trasparenza"*

Dato il quadro normativo appena tratteggiato, la questione che si pone riguarda il diffondersi di prassi emulative che, celate dietro il vessillo della trasparenza amministrativa, finiscono per alterare il corretto funzionamento dei pubblici uffici.

La vicenda da cui ha tratto origine la sentenza in commento, a prescindere dall'esito processuale della medesima, appare senz'altro esemplare di un fenomeno che, con l'introduzione dell'accesso civico generalizzato, ha trovato nuova linfa.

Se già all'epoca dei fatti di causa erano ipotizzabili forme di utilizzo "improprio" degli strumenti della trasparenza, la consacrazione normativa nel 2016 della regola dell'*open government* ha favorito un incremento di prassi di questo genere. Del resto, l'eliminazione di qualsivoglia limitazione di natura soggettiva in ordine alla titolarità della posizione giuridica da ultimo introdotta parrebbe postulare la legittimità di forme di interlocuzione con i pubblici uffici palesemente pretestuose, dettate da intenti frivoli o financo persecutori.

In questo senso, dunque, si spiega il titolo del presente paragrafo, che in maniera un po' provocatoria tenta di cogliere – portandola sino al paradosso – un'anomalia dell'attuale sistema.

Ma prima di addentrarci nell'analisi della giurisprudenza e nella ricerca di possibili soluzioni, s'impone una precisazione.

Sebbene un esercizio "anomalo" della pretesa acquisitiva possa astrattamente darsi per ciascuna delle figure di accesso esaminate nei paragrafi che precedono, nondimeno è possibile operare una gradazione del rischio di abuso in funzione del diverso titolo della richiesta ostensiva.

Più specificamente, va esente da pericoli l'accesso civico semplice per l'ovvia ragione che la latitudine del medesimo, sotto il profilo oggettivo, coincide con quella degli obblighi di pubblicazione fissati *ex lege*, di talché, in presenza di un'istanza avente ad oggetto dati ed informazioni che esulano da quelli di cui ai detti obblighi, l'amministrazione destinataria non dovrebbe avere grosse difficoltà a

---

stessa linea: V. Parisio, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *Federalismi*, 23 maggio 2018, 6.

verificarne il carattere “esorbitante” e, quindi, a riscontrarla con un diniego succintamente motivato.

Maggiori criticità sorgono, invece, con riferimento alle altre due figure. Anche in questo caso, però, si rende necessario un distinguo.

L’accesso documentale, nel postulare la titolarità di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridica tutelata e collegata al documento del quale è chiesta l’ostensione, contiene già in sé gli anticorpi per neutralizzare richieste pretestuose, a fronte delle quali l’amministrazione può senz’altro procedere con un diniego; quest’ultimo, tuttavia, richiederà una motivazione puntuale in ordine alla carenza in capo all’istante di un interesse nei termini sopra indicati<sup>40</sup>. Per converso, l’accesso civico generalizzato non incontra limiti “espliciti” dal punto di vista soggettivo, presentandosi quindi più esposto ad un utilizzo “disfunzionale”<sup>41</sup>.

In altri termini, mentre in caso di accesso classico il pericolo di intralcio della macchina burocratica deriva dalla necessità di istruire il procedimento e, se del caso, adeguatamente motivare il rifiuto opposto, in presenza di richieste *ex art. 5*, comma 2, del d.lgs. n. 33 del 2013, il detto pericolo è diretta conseguenza della possibilità di dover dare corso positivo alle medesime. È proprio questa la ragione per la quale – nella prospettiva oggetto di studio – l’accesso civico generalizzato si configura come il vero “tallone d’Achille” dell’intero sistema della trasparenza amministrativa. Non a caso, infatti, la maggior parte degli arresti che si rinvencono riguardano proprio tale istituto.

Un rapido sguardo alla casistica giurisprudenziale è senz’altro utile.

<sup>40</sup> Non ci si può esimere dal segnalare che, nel corso degli anni, la giurisprudenza ha fortemente valorizzato il divieto di controllo generalizzato sull’operato dell’amministrazione di cui all’art. 24, comma 3, della legge n. 241 del 1990. In questo senso, in tema di procedimenti sanzionatori, si legga: T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 3 gennaio 2012, n. 30, in *Foro amm. TAR*, 2012, 1, 168. Nel caso di specie, un magistrato amministrativo, sottoposto a procedimento disciplinare, presentava al Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa una richiesta volta ad ottenere degli atti adottati dal suddetto organo in ordine agli esposti presentati in relazioni ad altri suoi colleghi, onde verificare l’eventuale sussistenza di profili di disparità di trattamento. L’istanza ostensiva veniva qualificata come meramente esplorativa e, dunque, negata e il diniego confermato nella richiamata pronuncia. In senso conforme: T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 13 dicembre 2005, n. 13562, in *Foro amm. TAR*, 2005, 12, 3948. Analogamente, in tema di accesso agli elaborati scolastici degli altri alunni, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 ottobre 2010, n. 7650, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1, 299, con nota di F. Ferrara, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi ed il limite del controllo generalizzato sull’operato della pubblica amministrazione: il caso dei risultati scolastici*. In relazione ad una vicenda diversa, attinente alla progressione nella carriera diplomatica, si veda anche: Cons. Stato, sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 4838, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>41</sup> Mette in guardia dai rischi di una funzionalizzazione dell’accesso civico generalizzato A. Moliterni, *La natura giuridica dell’accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Dir. amm.*, 2019, 3, 577 ss. (spec. § 3), ad avviso del quale sarebbe problematico che finalità di controllo sull’utilizzo delle risorse pubbliche e sul perseguimento di funzioni istituzionali «siano elevate a elemento di valutazione della *meritevolezza* dell’istanza e, quindi, possano venire concretamente ad incidere sull’effettività del diritto di accesso civico generalizzato». (*ivi*, 592). Critico rispetto alla tesi della funzionalizzazione anche M. Savino, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, 2019, 3, 453 ss.



Passando in rassegna le pronunce che si sono occupate del tema, emerge con chiarezza il polimorfismo di un fenomeno che si alimenta di istanze tra le più disparate – meramente emulative, esplorative, massive, seriali – rispetto alle quali difficile appare una *reductio ad unum* se non sotto il profilo degli effetti che le stesse esplicano sul plesso organizzativo che ne è destinatario. Indipendentemente dal fine per il quale vengano formulate – indagine esplorativa con finalità latamente defensionali, mero diletto, intenti di disturbo ecc. – ciò che rileva sono i riflessi che esse producono sulla macchina burocratica in termini di intralcio al buon andamento della pubblica amministrazione.

In quest'ottica, paradigmatiche appaiono le istanze massive e tendenzialmente omnicomprendenti, cioè a dire quelle aventi ad oggetto una mole inusitata di documenti, magari della stessa specie: è il caso della richiesta rivolta ad un piccolo Comune di esibizione di tutte le licenze commerciali rilasciate in un determinato arco temporale e dei certificati di agibilità di dette attività<sup>42</sup>.

Parimenti significative sono poi le richieste “frazionate”, vale a dire quelle in cui l'unitario interesse ostensivo viene artatamente parcellizzato in una pluralità di manifestazioni di ansia conoscitiva destinate a riverberarsi in altrettanti rivoli procedurali, con buona pace del principio compendiato nel canone metodologico per cui *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*<sup>43</sup>.

Un'ulteriore forma di estrinsecazione del fenomeno in esame consiste, infine, nella reiterazione di istanze acquisitive di identico contenuto, se del caso anche ad onta di plurimi e puntuali riscontri forniti dall'amministrazione. Invero, si tratta di ipotesi abbastanza infrequenti, senz'altro disincentivate dalla giurisprudenza orientata a ritenere che le richieste successive alla prima non siano idonee a riaprire i termini di impugnazione, ben potendo l'ente ricevente limitarsi ad adottare un atto meramente confermativo<sup>44</sup>. Nondimeno, nel variegato ventaglio di accessi “disfunzionali”, è innegabile che le patologie della trasparenza possano inverarsi anche in situazioni di tal fatta<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 9 maggio 2019, n. 2486, in *Guida dir.*, 2019, 24, 94, nonché in *Diritto & Giustizia*, 20 maggio 2019, con nota di G. Milizia, *L'accesso civico generalizzato può essere soggetto a limiti?*.

<sup>43</sup> Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2015, n. 3122, in *Foro amm.*, 2015, 6, 1721.

<sup>44</sup> Cfr. *ex multis*: T.a.r. Valle d'Aosta, Aosta, sez. I, 5 febbraio 2020, n. 3, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 2, I, 349; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 17 gennaio 2019, n. 93, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 2 dicembre 2013, n. 10308, in *Foro amm. TAR*, 2013, 12, 3725; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. III, 28 ottobre 2013, n. 1475, in *Foro amm. TAR*, 2013, 10, 3045; Cons. Stato, ad. plen., 20 aprile 2006, nn. 6 e 7, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1, 156, con nota di L. Bertonazzi, *Note sulla consistenza del c.d. diritto di accesso e sul suo regime sostanziale e processuale: critica alle decisioni nn. 6 e 7 del 2006 con cui l'Adunanza plenaria, pur senza dichiararlo apertamente e motivatamente, opta per la qualificazione della pretesa ostensiva in termini di interesse legittimo pretensivo, in continuità con la decisione n. 16 del 1999*; la seconda delle due sentenze gemelle è pubblicata anche in *Giust. civ.*, 2007, 6, I, 1527, nonché in *Foro amm. CDS*, 2006, 4, 1121.

<sup>45</sup> Dal perimetro della presente analisi esulano, evidentemente, tutte le ipotesi di riproposizione di richieste acquisitive fondate su fatti sopravvenuti o comunque non rappresentati nell'originaria istanza, non-

Gli esempi di cui sopra sono dunque sufficiente a dare corpo alle criticità che affliggono l'attuale statuto epistemologico della trasparenza amministrativa.

A questo punto, non resta che interrogarsi sulle soluzioni prospettabili.

#### 4.1. Segue. *L'eccesso di trasparenza alla prova del diritto penale*

Alla luce della pronuncia che qui si annota, il primo ambito di ricerca di possibili rimedi non può che essere quello penale. Il che, in sostanza, significa verificare se il fenomeno descritto possa intercettare una qualche ipotesi di reato.

La disposizione che viene in considerazione è l'art. 340 c.p., rubricato «Interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità».

Al di là della genesi storica del delitto, da rintracciarsi nella volontà del legislatore del 1930 di equiparare «ogni offesa all'attuazione dei mezzi di soddisfacimento dei bisogni fondamentali della popolazione» ad «un attacco sostanzialmente diretto allo Stato medesimo»<sup>46</sup>, costituisce *ius receptum* l'affermazione in base alla quale l'oggettività giuridica di categoria tutelata dalla norma incriminatrice sia la continuità e il regolare funzionamento degli uffici e dei servizi della pubblica amministrazione, latamente intesa<sup>47</sup>.

Trattasi, dunque, di un reato di danno per la cui integrazione è richiesto che l'evento di alterazione, ancorché temporaneo, sia peraltro dotato di un'oggettiva significatività, restando esclusi dal perimetro della fattispecie tutte quelle condotte che, avendo un andamento pulviscolare, incidono su singoli atti senza compromettere la funzionalità complessiva dell'ufficio<sup>48</sup>.

Tale ultima osservazione assume un carattere fondamentale nella prospettiva della tesi che qui si intende sostenere, cioè a dire quella dell'intrinseca inadeguatezza dello strumento penale.

Ma è meglio procedere per gradi.

Senza scendere nei dettagli dell'analisi del reato, basti in questa sede osservare che – fermo quanto sopra in relazione al profilo oggettivo – sul versante soggettivo l'illecito è punito a titolo di dolo generico, consistente nella volizione dell'interruzione o turbativa unita alla consapevolezza che si tratti di una funzio-

---

ché in presenza di una diversa prospettazione dell'interesse legittimante la pretesa ostensiva. In tali situazioni, sull'amministrazione grava il dovere di rispondere e un eventuale provvedimento di conferma sarebbe impugnabile. Cfr. T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 1 febbraio 2019, n. 106, in *Foro amm.*, 2019, 2, 255.

<sup>46</sup> A. Rocco, *Relazione sui Libri II e III del Progetto*, in *Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la Relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco*, in *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, Roma, 1929, V, 148.

<sup>47</sup> Cfr. *ex multis*: Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2016, n. 9422, in *Diritto & Giustizia*, 7 marzo 2016; Cass. pen., sez. VI, 30 aprile 1997, n. 6654, in *Giust. pen.*, 1998, II, 557, nonché in *Studium Juris*, 1998, 537.

<sup>48</sup> Cfr. Cass. pen., sez. fer., 1 agosto 2019, n. 37456, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1, 264.

ne o servizio pubblico o di pubblica necessità, non richiedendo la norma alcun fine particolare<sup>49</sup>.

La fattispecie ha un ambito di applicazione piuttosto esteso, come risulta anche da un rapido esame dei repertori di giurisprudenza, i quali danno conto di una casistica assai variegata. Uno dei terreni in cui la disposizione è venuta maggiormente in rilievo è quello dei diritti sindacali<sup>50</sup>. Pochi, invece, sono i precedenti relativi alla materia che ci occupa, il che è, di per sé, sintomatico della difficoltà che il diritto penale incontra nell'intercettare questo specifico bisogno di tutela<sup>51</sup>.

Le ragioni della inadeguatezza della risposta penale sono molteplici e derivano dai connotati propri dello strumento, oltre che dalla debolezza dell'argomento tramite il quale viene invocato il ricorso al delitto di cui all'art. 340 c.p.

Anzitutto non può sottacersi che la moderna concezione del diritto penale della libertà, gendarme dei diritti individuali e argine alla *potestas puniendi* dello Stato – nel contrapporsi alla logica dell'oppressione esaltata dalle derive totalitarie Novecentesche – ha come corollario indefettibile il principio di stretta necessità. Quest'ultimo postula la circoscrizione della sfera del penalmente rilevante entro i rigorosi confini dell'assoluta indispensabilità, nel senso che, data l'irrinunciabilità storica della coercizione, il ricorso alla sanzione penale viene concepito come *extrema ratio* e la tutela offerta dalla stessa come inevitabilmente frammentaria<sup>52</sup>. La frammentarietà, quale attributo della tutela penale, si sviluppa poi con implicazioni su entrambi gli elementi del reato: sul versante oggettivo, circoscrivendo la protezione di taluni beni (quelli di rango inferiore) a specifiche modalità di aggressione; sul versante soggettivo, relegando la colpa e la preterintenzione a forme di colpevolezza cadette, in quanto solo eventuali rispetto alla figura primigenia del dolo.

Quanto sopra sarebbe già sufficiente a fugare ogni dubbio in ordine alla questione posta. La materia penale non è il *milieu* elettivo per rintracciare possibili rimedi a quelli che, con espressione compendiosa e volutamente atecnica,

<sup>49</sup> In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. VI, 11 febbraio 2010, n. 8996, in *Cass. pen.*, 2011, 3, 1051; Cass. pen., sez. VI, 2 maggio 2005, n. 22422, in *Cass. pen.*, 2006, 12, 4074. Per un approfondimento, in dottrina: M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche. Commentario sistematico*, Milano, 2015, 63 ss.; F. Bellagamba, *Il delitto di interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità*, in F. Palazzo (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2011, 609.

<sup>50</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cass. pen., sez. II, 3 luglio 2007, n. 35178, in *Dir. rel. ind.*, 2008, 1, 157, con nota di M.R. Iorio, *Interruzione di servizio pubblico essenziale e libertà costituzionalmente garantite di riunione e manifestazione del pensiero*; Trib. Trento, 3 gennaio 2007, in *D. & L. Riv. crit. Dir. lav.*, 2007, 3, 708, con nota di A.D. Conte, *L'intervento penale ripudiato come strumento di controllo dei conflitti di lavoro*; Cass. pen., sez. VI, 20 febbraio 2003, n. 17906, in *Cass. pen.*, 2004, 7-8, 2401.

<sup>51</sup> Cass. pen., sez. VI, 12 ottobre 2000, n. 13451, in *Cass. pen.*, 2001, 10, 2696; Corte app. Firenze, sez. I, 28 novembre 2019 (dep. 17 febbraio 2020), n. 6690, in [www.giurisprudenzapenale.it](http://www.giurisprudenzapenale.it), confermata da Cass. pen., sez. VI, 1 luglio 2021, n. 25296, in [www.giurisprudenzapenale.it](http://www.giurisprudenzapenale.it).

<sup>52</sup> Su questi temi, *amplius*, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, XXXIX.

si è definito “eccessi di trasparenza”. Questo non significa che alcune delle condotte descritte non possano essere attratte nell’orbita dell’art. 340 c.p., ma si tratta in ogni caso di ipotesi limite rispetto alla congerie di situazioni che in concreto potrebbero darsi. È proprio alla luce dei principi richiamati che si comprende, infatti, il significato dell’affermazione che tralattivamente si rinviene in giurisprudenza, secondo la quale assumerebbero rilevanza penale soltanto i comportamenti idonei ad incidere sulla funzionalità dell’ufficio o del servizio in maniera apprezzabile, non superando la soglia del penalmente rilevante le condotte turbative altrimenti evitabili tramite una migliore organizzazione interna della struttura amministrativa<sup>53</sup>.

A ciò si aggiunga che, in ordine al profilo soggettivo, l’accertamento dell’elemento psicologico richiesto rischia di infrangersi contro gli scogli di una *probatio diabolica*, non potendo lo stesso neppure essere desunto dalla carenza di un motivato interesse a sostegno della richiesta acquisitiva, poiché – almeno con riferimento alle istanze *ex art. 5*, comma 2, del d.lgs. n. 33 del 2013 – esse non necessitano di motivazione<sup>54</sup>.

In secondo luogo, anche laddove vi sia spazio per un intervento penale, è lecito dubitare dell’attitudine di quest’ultimo a fungere da rimedio realmente soddisfacente<sup>55</sup>. Nonostante la sua natura intimamente polifunzionale – espressa nella regola che la vuole inflitta *quia peccatum est et ne peccetur* – la sanzione criminale, al pari della filosofia, è come la nottola di Minerva che si leva in volo sul far della sera. Benché dotata di efficacia intimidatrice per il futuro, essa guarda al passato, muovendosi in un’ottica retrospettiva che mal si concilia con la necessità di arginare situazioni potenzialmente lesive del buon andamento dell’attività amministrativa.

Ma questo è un problema che trascende lo specifico perimetro di ricerca per involgere l’intera dimensione penale e i suoi limiti; è l’antico dilemma della scelta, eminentemente “politica”, tra prevenzione e repressione.

<sup>53</sup> Cfr. Cass. pen., sez. VI, 12 dicembre 2018, n. 1334, in *Guida dir.*, 2019, 9, 81.

<sup>54</sup> Il che non significa che non possano, comunque, essere motivate. Anzi, come suggerito da parte della dottrina, il richiedente potrebbe avere convenienza ad esplicitare il proprio interesse ostensivo in sede di presentazione dell’istanza, poiché «ogni qual volta venga in rilievo uno degli interessi-limite indicati dai primi due commi dell’art. 5 *bis*, l’amministrazione è chiamata non solo a verificare la serietà e probabilità del danno a quell’interesse, ma anche a contemperarlo con l’interesse del richiedente [...], con conseguente esercizio di un potere discrezionale» (M. Savino, *Il FOIA Italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit., 598).

<sup>55</sup> Per un approfondimento sul tema si rinvia a: Aa.Vv., *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Padova, 1984. Mette in guardia dai rischi di una progressiva dilatazione della sfera del penalmente rilevante F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019. Sulla dialettica dei rapporti tra azione penale e azione amministrativa, cfr. G.D. Comperti, E. Morlino, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 129 ss.; E. Morlino, *Amministrare e punire*, Milano, 2020.

Ora, sino a qui ci si è limitati a ripercorrere le criticità che attengono all'“in sé” dello strumento penale, quelle cioè che, stemperando le astrazioni giuridiche al chiarore dei fatti di causa, hanno condotto ad una declaratoria di assoluzione, fondata proprio sulla insussistenza – è bene ricordarlo – dell'evento interruttivo/turbativo.

Vi è tuttavia anche un altro profilo che merita attenzione e che, a tutto voler concedere, costituisce un elemento di debolezza della soluzione penale. Il riferimento è, in particolare, all'operazione logica che sta alla base del tentativo di ricondurre il fenomeno esaminato nell'alveo dell'art. 340 c.p.

In questa prospettiva, per citare il giudice senese, «il tema di fondo [...] è quello della definizione del contenuto del diritto e, di riflesso, del suo abuso», in quanto «il comportamento permesso o semplicemente non vietato cessa di essere tale nel momento in cui, suo tramite, si realizza la lesione di un bene altrui, a sua volta protetto dall'ordinamento»<sup>56</sup>.

Tale affermazione, che, avulsa dal contesto, potrebbe sembrare neutra, in quanto meramente descrittiva di una condotta teleologicamente orientata ad un fine distinto da quello assunto come 'ortodosso', pone delle problematiche non di poco momento se calata in ambito penale.

In effetti, quella dell'abuso del diritto è una categoria diffusa, a vocazione trasversale, che ha avuto alterne fortune nel corso del tempo e che, nelle ultime due decadi, ha ricevuto rinnovata attenzione da parte del dibattito giuridico non solo italiano<sup>57</sup>. Ovviamente, non è questa la sede per indagare la “tenuta logica” di tale figura, su cui molto è stato scritto<sup>58</sup>; siano tuttavia consentite alcune brevi considerazioni funzionali ai nostri fini.

Anzitutto, non è dato rinvenirne nell'ordinamento positivo una definizione; cercando di proporla una, potremmo sostenere che con tale espressione si suole far riferimento all'esercizio di una posizione giuridica attiva connotato da una finalità contraria o, comunque, diversa da quella per la quale essa è stata attribuita. Per utilizzare un linguaggio caro agli amministrativisti, potremmo dire che l'abuso del diritto è il corrispondente, *ex latere privatorum*, della figura dello sviamento di potere.

<sup>56</sup> Trib. Siena, sez. pen. (dott. Ottavio Mosti), 22 settembre 2020 (dep. 20 marzo 2021), n. 643.

<sup>57</sup> Per una ricostruzione in chiave storica del dibattito giuridico italiano sviluppatosi in ordine al divieto di abuso del diritto cfr. G. Cazzetta, *Responsabilità civile e abuso del diritto fra Otto e Novecento*, in V. Velluzzi (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012, 51 ss.

<sup>58</sup> In dottrina, fra i molti che hanno indagato questo tema, cfr. P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998; M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Illicitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de la ley y la desviación de poder*, Madrid, 2000; M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in S. Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, 99 ss.; N. Lipari, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Questione Giustizia*, 2016, 4, 33 ss.

L'abuso costituisce un uso distorto della posizione giuridica e, quindi, fotografa una patologia di scopo<sup>59</sup>.

Ebbene, ove tale patologia sia espressamente prevista dalla legge, che alla stessa riconnette determinate conseguenze, non si pongono particolari problemi, salvo quelli – per il vero ineliminabili – legati alla difficoltà di scandagliare le ragioni delle scelte individuali. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 833 c.c., a mente del quale è fatto formale divieto al proprietario di porre in essere atti al solo fine di nuocere o molestare un terzo. Dalla violazione della detta disposizione discendono conseguenze risarcitorie in capo al trasgressore.

Diversamente, in assenza di confini espliciti, sorgono delle complicazioni, poiché l'individuazione di limiti interni alla pretesa tutelata costituisce un'operazione ermeneutica che travalica gli argini dell'interpretazione estensiva per esitare nel ragionamento analogico<sup>60</sup>.

Quest'ultimo, pacificamente ammesso per altre branche dell'ordinamento (art. 12, comma 2, disp. prel. c.c.), non trova cittadinanza nei sistemi penali fondati sulla legalità formale, nei quali il relativo divieto costituisce corollario indefettibile e risolto garantista del *nullum crimen et nulla poena sine lege* (art. 14 disp. prel. c.c.)<sup>61</sup>. Più precisamente, negli ordinamenti in cui è reato soltanto il fatto tipico previsto dalla legge come tale, il giudizio di similitudine è contenuto entro confini che ne minimizzano la sfera operativa, essendo consentito solo in *in bonam partem*.

Ecco allora che lo schema concettuale dell'abuso del diritto, in quanto strumento atto a pervenire ad un risultato altrimenti precluso dalla legge<sup>62</sup>, tende a porsi in tensione inconciliabile con i canoni che presidiano la materia penale, i quali non tollerano tentativi di dilatazione delle fattispecie incriminatrici ad uso e consumo di una giurisprudenza spesso più attenta alle esigenze di difesa sociale che alla tutela delle garanzie fondamentali del reo<sup>63</sup>.

È quindi di palmare evidenza l'assoluta inadeguatezza del diritto penale a fungere da argine al diffondersi di prassi emulative. Ancorché capace (forse) di sterilizzare gli eccessi di trasparenza più macroscopici, esso si appalesa del tutto inidoneo ad approntare soluzioni praticabili in relazione alle patologie foriere di

<sup>59</sup> F. Giunta, *Abuso del diritto e diritto penale. La strana coppia*, in *disCrimen*, 30 novembre 2020, 4 ss.

<sup>60</sup> A. Gentili, *L'abuso del diritto come argomento*, in V. Velluzzi (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, cit., 177, il quale, tuttavia, acutamente osserva come, a differenza dell'analogia, l'abuso non ha come presupposto una lacuna normativa. Mentre con l'analogia il riferimento alla *eadem ratio* è impiegato per applicare una disposizione ad un caso che altrimenti sarebbe sprovvisto di disciplina giuridica, con l'abuso il riferimento alla *ratio legis* è funzionale a sottrarre un certo caso all'ambito di applicazione della disposizione che dovrebbe regolarlo per ricondurlo nel perimetro operativo di altra disposizione reputata "più opportuna" in relazione alla fattispecie concreta.

<sup>61</sup> F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 70 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, 80 ss.

<sup>62</sup> A. Gentili, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., 175.

<sup>63</sup> F. Giunta, *Abuso del diritto e diritto penale. La strana coppia*, cit., 5.

minor disvalore, finendo così col rimanere ai margini di un fenomeno assai proteiforme e difficilmente tipizzabile.

#### 4.2. Segue. *L'eccesso di trasparenza alla prova del diritto amministrativo*

Passando alla disamina di altri settori del diritto, è significativo notare come anche nella giurisprudenza amministrativa emerga il tentativo di neutralizzazione del fenomeno tramite il ricorso alla medesima figura dell'abuso del diritto<sup>64</sup>. Ciò non stupisce affatto se solo si considera che – nel panorama ordinamentale – il giudice amministrativo è il soggetto senz'altro più adatto a gestire e stigmatizzare le patologie di scopo, essendo stato chiamato – sin dalla riforma crispina del 1889 – a sindacare il vizio di eccesso di potere, nella sua figura originaria di *détournement de pouvoir*.

Eccesso di potere e abuso del diritto condividono, infatti, la stessa struttura, concretizzandosi entrambi nella violazione del vincolo di fine, ma mentre nell'un caso – in omaggio al principio di legalità dell'azione amministrativa – la finalità perseguenda è ben individuata dalla legge, nell'altro essa tende a perdere di consistenza, scolorendosi nella nebulosa della *ratio legis*<sup>65</sup>.

D'altronde, se nella logica dello Stato di diritto non esiste un potere auto-referenziale, fine a se stesso, le posizioni giuridiche riconosciute ai privati ben potrebbero invece configurarsi come teleologicamente ancipiti, cioè a dire non preordinate al perseguimento di uno specifico obiettivo legislativamente indicato: «la libertà è scopo a se stessa»<sup>66</sup>. Detto diversamente, mentre il potere pubblico è disciplinato in positivo, tramite una rigida predeterminazione dei suoi elementi costitutivi, il potere privato – con ciò intendendo genericamente qualsiasi situazione di vantaggio riconosciuta in capo al *quisque de populo* – è delimitato in negativo, secondo la regola aurea per cui tutto ciò che non è espressamente vietato deve reputarsi consentito.

---

<sup>64</sup> Cfr. *ex plurimis*: T.a.r. Trentino-Alto Adige, Bolzano, sez. I, 23 novembre 2020, n. 305, in *Foro amm.*, 2020, 11, 2156; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 8 febbraio 2021, n. 796, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 11 ottobre 2017, n. 1951, in *Foro amm.*, 2017, 10, 2078; in *Diritto & Giustizia*, 17 ottobre 2017, con nota di M. Alesio, *L'accesso civico generalizzato non consente richieste massive ed abusivamente indiscriminate*; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. IV, 9 marzo 2018, n. 669, in *Foro amm.*, 2018, 3, 473.

<sup>65</sup> La prospettiva è indagata con acribia da A. Cauduro, *Eccesso di potere a abuso del diritto nella pubblica amministrazione*, Napoli, 2018. Si interroga sui margini di operatività e sulle possibili declinazioni della teorica dell'abuso del diritto in ambito amministrativo F.G. Scoca, *C'è spazio, nel diritto amministrativo, per l'abuso del diritto?*, in G. Furguele (a cura di), *Abuso del diritto. Significato e valore di una tecnica argomentativa in diversi settori dell'ordinamento*, cit., 175 ss.

<sup>66</sup> A. Gentili, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, II, 354.

In ogni caso, ben distinte sono le conseguenze sul piano giuridico: l'eccesso di potere rientra tra le patologie di scopo disciplinate dall'ordinamento, che ad esso riconnette l'invalidità dell'atto manifestazione della potestà pubblica<sup>67</sup>; per contro, l'abuso del diritto non ha conosciuto una formale positivizzazione entro una disposizione di ordine generale né di livello costituzionale, come da taluni auspicato<sup>68</sup>, né di rango primario<sup>69</sup>.

Se l'esercizio "abusivo" di un potere pubblico è espressamente sanzionato con la comminatoria di illegittimità del provvedimento che ne costituisce epifania tangibile, l'assenza di una specifica sanzione per l'esercizio "abusivo" della prerogativa privata potrebbe indurre a ritenere che – fatta eccezione per le ipotesi tipizzate – in tutti gli altri casi esso dovrebbe ritenersi irrilevante sotto il profilo giuridico. Nondimeno, è proprio al precipuo fine di mitigare il rigore dello *strictum ius* che dottrina e giurisprudenza hanno elaborato la categoria concettuale dell'abuso del diritto, ricercandone l'ancoraggio costituzionale nel canone della solidarietà di cui all'art. 2 Cost., così ammantandolo dell'aurea di «principio ponte» capace di «alimentare di valori costituzionali le regole codicistiche»<sup>70</sup>.

Ciò detto, posto quindi che la patologia di scopo non è irrilevante per il sistema giuridico neppure quando riguarda l'esercizio di un potere privato, il nodo da sciogliere è come declinare tale rilevanza nell'ordinamento positivo e, segnatamente, nel diritto amministrativo.

A tal proposito, in linea di principio, in caso di violazione del divieto di abuso, l'epilogo naturale parrebbe quello risarcitorio sulla base del seguente sillogismo: siccome l'abuso, in quanto eccezione alla regola sintetizzata dal brocardo latino *qui iure suo utitur neminem laedit*, si concreta in una lesione dell'altrui sfera giuridica – a nulla rilevando che l'altro sia un privato cittadino ovvero una pub-

<sup>67</sup> Il vizio di eccesso di potere – oggi consacrato all'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990 – è frutto di una elaborazione giurisprudenziale stratificatasi nel corso di decenni, che ne ha delineato i contorni in via indiretta tramite l'individuazione delle cosiddette figure sintomatiche, funzionali a porre regole di giudizio e, quindi, regole di azione per i pubblici poteri. In tema: E. Follieri, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 1, 61 ss. Per una rivisitazione critica dello statuto giuridico delle figure sintomatiche si veda: C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008.

<sup>68</sup> Il riferimento è, in particolare, al pubblicista Giuseppe Codacci Pisanelli che, in seno all'Assemblea costituente, invocava la necessità di consacrare la figura dell'abuso del diritto nello stesso ordito costituzionale, proponendo il seguente emendamento: «Nessuno può esercitare il proprio diritto per uno scopo diverso da quello per il quale gli è stato attribuito». Cfr. *Assemblea Costituente, LXXX, Seduta pomeridiana di venerdì 28 marzo 1947*, 2612.

<sup>69</sup> Il Progetto preliminare di Codice civile dedicava una disposizione *ad hoc* alla figura dell'abuso del diritto. Era l'art. 7, il quale stabiliva: «Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto». Questa scelta è stata tuttavia disattesa nel passaggio al testo definitivo. Per una ricostruzione della vicenda in chiave storica, cfr. V. Giorgianni, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, 5 ss.

<sup>70</sup> F.D. Busnelli, E. Navarretta, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in Aa.Vv., *Diritto Privato 1997*, Padova, 1998, 171 ss.



blica amministrazione – se ne inferisce che la condotta abusiva dovrebbe ricadere nello spettro operativo della responsabilità aquiliana.

Del resto, mentre nel sistema del diritto penale si contano tante ipotesi di reato quante sono le offese che il legislatore ritiene meritevoli di sanzione, nel sistema del diritto civile in un'unica disposizione, l'art. 2043 c.c., si radica e si esaurisce l'intera area del torto aquiliano<sup>71</sup>. Perché quest'ultimo venga ad esistenza è necessario che si realizzi un pregiudizio all'altrui sfera giuridica e che lo stesso sia causalmente riconducibile ad una condotta umana attiva od omissiva. Ma ciò non è sufficiente. Il *discrimen* tra responsabilità e irresponsabilità è dato dall'elemento dell'ingiustizia, che costituisce requisito indefettibile del danno risarcibile. In questo senso, dunque, è agevole osservare che non vi è una stretta consequenzialità logico-giuridica tra causazione di un evento pregiudizievole e risarcimento; parafrasando una formula cara alla scienza penalistica, si potrebbe affermare che se il danno è, la responsabilità (e quindi il ristoro) potrebbe anche non essere.

Ora, calando le considerazioni di cui sopra nello specifico ambito che ci occupa, lo scenario che si apre all'interprete è il seguente.

Non tutte le istanze di accesso, benché produttive di un danno per l'amministrazione, possono considerarsi fonte di responsabilità per l'istante. Un esempio può aiutare a meglio chiarire il concetto. Supponiamo che Tizio, secondo classificato nell'ambito di una procedura concorsuale, formuli una richiesta ostensiva avente ad oggetto i verbali della commissione esaminatrice nonché gli elaborati delle prove del primo graduato, dall'esame dei quali acquisisce elementi decisivi per censurare il provvedimento di approvazione della graduatoria finale, che, proprio in ragione di ciò, viene annullato dal giudice.

Va da sé che, in una situazione di questo genere, l'istanza di accesso determina, sia pure indirettamente, un danno per l'ente, che si troverà costretto a riesercitare la funzione. Tuttavia, non è revocabile in dubbio che un simile pregiudizio non sia fonte di responsabilità per l'istante. Questi, infatti, si è limitato a retamente esercitare un proprio diritto, ragion per cui il danno inferto al soggetto pubblico è da ritenersi giusto e, dunque, non ristorabile.

Immaginiamo invece che sempre lo stesso Tizio, a fronte dell'esperienza vissuta in prima persona, voglia verificare la correttezza delle operazioni di valutazione degli elaborati dei candidati riconosciuti idonei in seno a tutti i concorsi banditi da quella stessa amministrazione nel corso dell'ultimo decennio e che,

---

<sup>71</sup> Pur senza scendere nel dettaglio del dibattito sviluppatosi intorno alla natura dell'art. 2043 c.c., basti qui segnalare il superamento della tesi classica, che ravvisava nella richiamata disposizione una norma sanzionatoria di doveri ricavabili *aliunde*. In dottrina, tra i tanti cfr. S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, 1964, 187 ss.; P. Schlesinger, *La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 3, 336 ss.; C. Salvi, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, 1985, 170 ss. A livello giurisprudenziale, la definitiva affermazione della tesi della natura primaria dell'art. 2043 c.c., di per sé fondativo di doveri e posizioni soggettive, è arrivata con la celebre sentenza delle Sezioni Unite 22 luglio 1999, n. 500.

a questo fine, presenti una richiesta di accesso civico generalizzato. Supponiamo poi che, non pago di ciò ed anzi galvanizzato dal rifiuto di ostensione oppostogli, decida di tempestare il protocollo dell'ente con una moltitudine di istanze acquisitive della più varia natura con notevole aggravio del lavoro degli uffici coinvolti nella gestione delle relative pratiche.

Anche nella fattispecie da ultimo descritta la pretesa conoscitiva del privato ingenera un danno per il plesso pubblico; nondimeno, la situazione non è assimilabile a quella precedente per l'ovvia ragione che, in questo secondo caso, il danno patito dall'amministrazione – in termini organizzativi per dispendio di energie e risorse concentrate sull'istante e distratte dagli scopi istituzionali dell'ente – deve reputarsi ingiusto, perché posto in essere *non iure*, non essendo concepibile un “diritto all'abuso del diritto”.

Ebbene, tanto basterebbe per suffragare la tesi della ristorabilità del danno da abuso di trasparenza. In ogni caso, si sottolinea che la stessa è confermata anche dalla giurisprudenza penale che, in riferimento all'art. 340 c.p., pacificamente ammette la costituzione di parte civile dell'amministrazione destinataria della richiesta pretestuosamente massiva. Indi, se l'azione civile è promovibile dinanzi al giudice penale, non vi è motivo per escluderne l'esercizio – qualora la richiesta massiva determini un pregiudizio per l'ente pur senza integrare l'ipotesi delittuosa da ultimo richiamata – in seno al giudizio promosso dal privato avverso il diniego di ostensione ovvero anche in via autonoma ove il ricorrente sia rimasto inerte a fronte del provvedimento reiettivo<sup>72</sup>. Nell'un caso, in ossequio al principio di concentrazione delle tutele, parrebbe potersi ragionevolmente predicare la giurisdizione del giudice amministrativo, essendo non solo antieconomico non trattare unitariamente la domanda riconvenzionale formulata dall'amministrazione verso il privato che l'ha evocata in giudizio ma anche rischioso per il possibile profilarsi di un contrasto tra giudicati<sup>73</sup>. Nell'altro, invece, non si ravvisano ragioni per derogare al classico criterio di riparto fondato sulla natura e sulla consistenza della *causa petendi*, vertendosi su un diritto soggettivo la cui lesione è stata non conseguente, bensì soltanto occasionata da un procedimento amministrativo<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> In generale sulla ammissibilità di un giudizio a parti invertite nelle materie di giurisdizione esclusiva cfr. Corte cost., 15 luglio 2016, n. 179, in *Foro amm.*, 2016, 9, 2093; in *Giur. cost.*, 2016, 4, 1361; in *Foro it.*, 2016, 10, I, 3047; in *Riv. giur. ed.*, 2016, 4, I, 398. In dottrina: M. Delsignore, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, 2020.

<sup>73</sup> La questione è stata affrontata dalla giurisprudenza in particolare con riguardo al tema della responsabilità precontrattuale. Nel senso della esperibilità dell'*actio damni* in guise di domanda riconvenzionale dinanzi al giudice amministrativo cfr. Cons. Stato, sez. II, 13 dicembre 2020, n. 8546, in *Foro amm.*, 2020, 12, 2250. *Contra*: T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 12 ottobre 2018, n. 2267, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.a.r. Toscana, sez. I, 12 maggio 2011, n. 818, in *Foro amm. TAR*, 2011, 5, 1558.

<sup>74</sup> In assenza di specifici arresti in materia, anche in tal caso sembra mutuabile il principio affermato, sempre in tema di responsabilità precontrattuale, da Cass. civ., ss.uu., 4 luglio 2017, n. 16419, in *Foro amm.*, 2017, 11, 2218.

Pertanto, alla luce delle considerazioni che precedono, la conclusione cui si perviene è che, qualora venga presentata un'istanza acquisitiva pretestuosa, massiva e/o dal carattere meramente emulativo, se è tale da cagionare un danno per l'ente che ne è destinatario, essa dovrebbe essere fonte di responsabilità (civile) per l'istante. Ciononostante, non può negarsi che il rimedio risarcitorio nella prassi non viene valorizzato, risultando di fatto circoscritto ai soli fenomeni più macroscopici, per i quali opera il meccanismo di cui all'art. 76 c.p.p.

Dall'esame del formante pretorio, infatti, è facile constatare come l'abuso del diritto venga utilizzato, più che altro, in guisa di tecnica argomentativa funzionale a fondare la tesi della legittimità del provvedimento negativo, come una sorta cioè di figura retorica ormai invalsa nella prassi giurisprudenziale e invocata quasi inconsapevolmente al solo scopo di evidenziare la pretestuosità della pretesa acquisitiva e, dunque, la ragionevolezza del rifiuto di ostensione<sup>75</sup>.

## 5. *Brevi note conclusive*

Le considerazioni che precedono consentono di svolgere alcune brevi riflessioni conclusive.

È indubbio che la trasparenza amministrativa sia un valore da preservare e da coltivare. Rendere l'amministrazione una «casa di vetro»<sup>76</sup> rappresenta a tutt'oggi una sfida irrinunciabile – di ordine, in primo luogo, culturale – che si sposa con un altro obiettivo di non poco momento, quale quello di concepire l'esercizio dei pubblici poteri come un servizio ai cittadini.

Dato questo assunto di partenza, non è tuttavia tollerabile che la trasparenza si tramuti in un facile «cavallo di Troia» utilizzato per veicolare istanze non rispondenti ad un genuino interesse conoscitivo del richiedente e destinate a determinare una paralisi della macchina burocratica.

Di fronte a fenomeni di tal fatta l'ordinamento, per il tramite dei propri attori, deve sviluppare degli anticorpi e il loro principale ambiente di proliferazione, stante i tanti e tali limiti dello strumento penale, non può che essere cercato nella stessa organizzazione dei pubblici uffici.

---

<sup>75</sup> Si interroga sulla natura dell'abuso del diritto, pervenendo a conclusioni consimili A. Gentili, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., 149 ss. Al riguardo, in una prospettiva interdisciplinare, si veda: Aa.Vv., *Abuso del diritto. Significato e valore di una tecnica argomentativa in diversi settori dell'ordinamento*, a cura di G. Furguele, cit., *passim*.

<sup>76</sup> La felice espressione è di Filippo Turati, il quale, in occasione di un discorso tenuto alla Camera dei Deputati nel lontano 1908, dichiarò: «Dove un superiore pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro». Cfr. F. Turati, *Atti del Parlamento Italiano – Camera dei Deputati*, sess. 1904-1908, 17 giugno 1908, 22962.

In questo ambito di riferimento, il ricorso all'abuso del diritto costituisce un *leitmotiv* nel panorama giurisprudenziale; tuttavia, il formante pretorio ne fa un uso per così dire "minimalista", sfruttando la figura in chiave squisitamente retorico-argomentativa. Abbandonata la prospettiva della responsabilità penale e obliato lo scenario della responsabilità civile, l'abuso del diritto si riduce infatti a mero espediente retorico impiegato per avvalorare la legittimità del diniego opposto.

Tale soluzione, rispettosa del *caveat* di Mariano d'Amelio che, già nella prima metà del Novecento, ammoniva circa la necessità di non abusare dell'abuso<sup>77</sup>, sicuramente non desta preoccupazioni di sorta. Se l'abuso del diritto viene impiegato alla stregua di un semplice argomento funzionale al raggiungimento di un risultato "ortodosso", in quanto consentito dall'ordinamento, non si pongono particolari problemi, posto che lo stesso opera sul piano del ragionamento inferenziale.

Nondimeno, è lecito interrogarsi e dubitare della sua attitudine a fungere da strumento di sterilizzazione dei fenomeni in commento o, meglio, degli effetti dei medesimi. La circostanza stessa che sia la giurisprudenza a fare un uso "argomentativo" della categoria è di per sé significativa del fatto che il conflitto si sia già innescato e che, verosimilmente, abbia provocato il temuto turbamento dell'*agere* amministrativo. Il giudice viene chiamato a dirimere una questione insorta, non certo a prevenire una conflittualità potenziale.

Qui è il punto. Di fronte agli "eccessi di trasparenza" la prospettiva rimediabile – quindi successiva – risulta inadeguata.

Se la via della tutela penale appare troppo angusta in quanto suscettibile di intercettare soltanto le situazioni connotate da profili marcatamente patologici e, per ciò stesso, priva di reale efficacia deterrente, parimenti anche l'opzione risarcitoria – benché astrattamente idonea ad ampliare il perimetro della tutela – sconta delle difficoltà applicative legate alle oggettive difficoltà gravanti su chi intenda esercitare una pretesa risarcitoria secondo lo schema dell'art. 2043 c.c.

A tal proposito, il *punctum dolens* è rappresentato dalla prova del danno subito. Non è affatto agevole dimostrare né l'*eventus damni* né il nesso eziologico che collega quest'ultimo alla richiesta avanzata dal privato. A ciò si aggiunga poi che nell'ambito di una struttura complessa, quale è una pubblica amministrazione, eventuali *deficit* nell'assetto strutturale potrebbero assumere rilevanza ai fini dell'art. 1227 c.c. Del resto, a mente dell'art. 97 Cost., il principio del buon andamento è destinato a plasmare l'organizzazione prim'ancora che ad orientarne l'azione. Talché, qualora risulti che il lamentato turbamento ovvero – nell'ipotesi peggiore – la paralisi della macchina burocratica non si sarebbe verificato in presenza di una diversa gestione delle risorse umane assegnate ai singoli uffici, tale circostanza ver-

<sup>77</sup> M. D'Amelio, *Abuso del diritto*, in *Nuovo Digesto Italiano*, I, 1937, 49.

rebbe in rilievo quantomeno ai fini della liquidazione del *quantum debeatur*, se non come esimente di responsabilità per l'istante (art. 1227, comma 2 c.c.).

Ecco allora che, dato il sostanziale fallimento della logica rimediabile, sia essa inverata attraverso gli strumenti del diritto penale o tramite l'armamentario del diritto civile, occorre sforzarsi di individuare delle soluzioni che consentano all'amministrazione di arrestare sul nascere i fenomeni in discorso.

L'approccio andrebbe quindi capovolto: anziché chiedersi se sia legittimo il diniego di accesso opposto a fronte di un'istanza acquisitiva massiva, emulativa, formulata *ioci causa*, la domanda che dovremmo porci è se una simile richiesta sia idonea a far sorgere in capo all'ente un dovere di procedere e, conseguentemente, di provvedere.

In linea di prima approssimazione, obbligata parrebbe la risposta affermativa, nella misura in cui l'art. 2, comma 1, secondo periodo, della legge n. 241 del 1990 statuisce che, in caso di manifesta irricevibilità, improcedibilità, inammissibilità o infondatezza della domanda, l'amministrazione conclude comunque il procedimento con un provvedimento redatto in forma semplificata.

Invero, ad una più attenta analisi, si potrebbe sostenere il contrario. La richiamata disposizione, nella sua attuale formulazione, veniva introdotta dall'art. 1, comma 38, della legge n. 190 del 2012, sulla scia della proposta proveniente da una parte della dottrina, incline a ripensare in chiave osmotica il rapporto tra procedimento e processo<sup>78</sup>. L'obiettivo della novella era duplice: rafforzare la posizione del privato, marginalizzando le ipotesi di "rifiuto preliminare" all'esercizio della funzione, e, al contempo, introdurre un coefficiente di semplificazione limitando lo spettro dei casi in cui adottare un diniego espresso "pieno". Mentre la prima finalità pare essere stata conseguita nella misura in cui la pretesa a ricevere comunque una risposta dall'amministrazione ne esce senz'altro rafforzata, la seconda risulta ben lontana dall'essere soddisfatta. Vero è che concludere il procedimento con una "decisione di rito", motivata con un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, costituisce di per sé un elemento di semplificazione. Ma tale semplificazione interviene a valle, non a monte della pratica. In altre parole, siccome la disposizione parla di provvedimento semplificato e non già di procedimento semplificato, salvo che non si voglia forzare il dato letterale accedendo ad interpretazioni *praeter legem*<sup>79</sup>, anche in presenza di una domanda manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondata la stessa dovrà comunque essere trattata nel rispetto della sequenza procedimen-

<sup>78</sup> M. Monteduro, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili o manifestamente infondate"*, in *Dir. amm.*, 2010, 1, 103 ss.

<sup>79</sup> Favorevole ad una semplificazione anche procedimentale, ma in una prospettiva *de jure condendo*, S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, 2017.

tale di cui alla legge n. 241 del 1990, con tutto ciò che ne consegue in termini di “costi organizzativi”<sup>80</sup>.

Alla luce di ciò, per non obliterare la portata semplificatrice della riforma, si potrebbe argomentare nel senso di ritenere che non ad ogni istanza del privato corrisponda un dovere di provvedere (ancorché in forma semplificata) da parte dell'amministrazione. Del resto, il secondo periodo del primo comma deve essere letto in combinato disposto con il primo periodo: il dovere di provvedere (in forma piena ovvero in forma semplificata) presuppone il dovere di procedere. L'uno e l'altro sono e devono restare concettualmente distinti, indipendentemente dalla “vestizione” formale della decisione finale, poiché afferiscono a due segmenti procedurali del tutto eterogenei, seppur strettamente interconnessi – quello dell'iniziativa, il primo, e quello della conclusione, il secondo – laddove invece l'iperdilatazione, operata da parte della giurisprudenza, dell'ambito applicativo dell'art. 1, comma 2, secondo periodo, della legge n. 241 del 1990 finirebbe per determinare l'assorbimento del dovere di procedere nel dovere di provvedere<sup>81</sup>.

Tenendo ferma tale distinzione, discende dunque che le quattro categorie enucleate nella disposizione in esame (irricevibilità, improcedibilità, inammissibilità e infondatezza) implicano la presentazione di una richiesta dotata di rilevanza giuridica, tale non potendosi considerare l'istanza connotata da finalità ludiche o persecutorie. Quest'ultima, in quanto manifestazione di volontà viziosa in radice, si concreterebbe in una “non-istanza”, insuscettibile di far sorgere in

<sup>80</sup> Ritengono inapplicabile l'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990 al procedimento diretto ad ottenere l'accesso documentale: T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 3 gennaio 2012, n. 30, in *Foro amm. TAR*, 2012, 1, 168; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 28 maggio 2010, n. 1707, in *Foro amm. TAR*, 2010, 5, 1587; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II-*ter*, 7 gennaio 2008, n. 71, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1, 123.

<sup>81</sup> Secondo l'orientamento tradizionale gli atti, variamente denominati (denunce, solleciti, diffide *et similia*), di mera sollecitazione di poteri officiosi, in quanto manifestazioni di rappresentazione (non di volontà) ed espressioni di interessi di mero fatto, sarebbero insuscettibili di innescare la sequenza procedimentale da definirsi con l'adozione del provvedimento finale. In giurisprudenza, *ex plurimis*: Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2006, 3921, in *Foro amm. CdS*, 2006, 6, 1786. In dottrina: L. De Lucia, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 4, 717 ss.; G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo. Parte generale*, Bologna, 2005, 603 ss. Nondimeno, dopo la novella del 2012, si registrano pronunce tendenti ad interpretare l'art. 2, comma 1, secondo periodo, della legge n. 241 del 1990 nel senso di costituire un generalizzato dovere di provvedere in capo all'ente adito, indipendentemente dalla natura dell'atto d'impulso. Cfr. T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 20 febbraio 2015, n. 1207, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.a.r. Lombardia, Milano, sez. II, 21 maggio 2014, n. 1308, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). *Contra*: T.a.r. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 15 novembre 2013, n. 594, il quale – proprio in relazione al periodo introdotto dalla riforma Severino – afferma testualmente: «Tale previsione, lungi dall'introdurre una nuova ipotesi di obbligo di provvedere e/o dall'affermare la sussistenza, in via generalizzata, dell'obbligo dell'Amministrazione di concludere il procedimento con una pronuncia espressa anche in caso di mancanza in capo al privato di una posizione qualificata e differenziata, si limita, invero, unicamente a “rafforzare” il primo periodo del primo comma della norma in esame». In linea con l'arresto da ultimo richiamato e in senso critico rispetto ai precedenti: N. Posteraro, *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della p.a.*, in *Foro amm.*, 2015, 10, 2676.

capo all'amministrazione il dovere né di procedere né, tanto meno, di provvedere, e, pertanto, idonea a facoltizzarne la mancata risposta<sup>82</sup>.

Per contro, qualora la richiesta acquisitiva, ancorché legittima, sia massiva, alla luce dei principi generali di proporzionalità, ragionevolezza e leale collaborazione, nulla osta a che l'ente intraprenda un dialogo con il richiedente, sollecitandolo a rimodulare l'oggetto della pretesa ostensiva. In seno ad un rapporto giuridico amministrativo che aspira ad essere orizzontale<sup>83</sup>, non vi è infatti ragione per escludere forme di interlocuzione attivate su iniziativa della parte pubblica. Anzi, l'instaurazione di un tentativo di dialogo è senz'altro auspicabile<sup>84</sup>. In tal modo, muovendosi nel solco di una soluzione consensuale, l'amministrazione, pur nel rispetto del principio di trasparenza, riuscirà a salvaguardare anche i canoni del buon andamento e della economicità procedimentale, neutralizzando peraltro i rischi di un altrimenti probabile contenzioso.

Tale soluzione, invero già adombrata dalla delibera ANAC n. 1309 del 28 dicembre 2016<sup>85</sup>, ha ricevuto espresso riconoscimento nella circolare della Funzione Pubblica n. 2 del 2017, che ne ha circoscritto l'ambito applicativo alle sole istanze manifestamente irragionevoli, contestualmente precisando che la ragionevolezza deve essere valutata sulla base dei seguenti 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

---

<sup>82</sup> N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Napoli, 2018, 147 ss. Nei termini, prima della modifica introdotta dalla legge n. 190 del 2012, cfr. F. Goggiamani, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005.

<sup>83</sup> F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario. Scritti in onore di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 807.

<sup>84</sup> In questi termini si veda: A. Simonati, *I diritti di accesso "a contenuto generale": spunti per un'analisi in parallelo*, in questa *Rivista*, 2022, 1, 201 ss. (spec. § 4). L'Autrice rinviene nel principio della buona fede un elemento cardine nella gestione delle istanze di accesso, *a fortiori* alla luce della sua positivizzazione intervenuta ad opera del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con mod. dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, che ha introdotto il comma 2-bis all'art. 1 della legge n. 241 del 1990.

<sup>85</sup> Il riferimento è al paragrafo 4.2., che si esprime nei seguenti termini: «[...] nei casi particolari in cui venga presentata una domanda di accesso per un numero manifestamente irragionevole di documenti, imponendo così un carico di lavoro tale da paralizzare, in modo molto sostanziale, il buon funzionamento dell'amministrazione, la stessa può ponderare, da un lato, l'interesse dell'accesso del pubblico ai documenti e, dall'altro, il carico di lavoro che ne deriverebbe, al fine di salvaguardare, in questi casi particolari e di stretta interpretazione, l'interesse ad un buon andamento dell'amministrazione [...]». In questo passo la giurisprudenza ha voluto scorgere un invito a valorizzare l'ipotesi collaborativa, cfr. T.a.r. Lazio, Roma, sez. II-ter, 4 maggio 2018, n. 4977, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In senso sostanzialmente conforme: Cons. Stato, sez. VI, 13 agosto 2019, n. 5702, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 9 maggio 2019, n. 2486, in *Diritto & Giustizia*, 20 maggio 2019, con nota di G. Milizia, *L'accesso civico generalizzato può essere soggetto a limiti?*; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. I, 28 gennaio 2019, n. 133, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.a.r. Puglia, Bari, sez. III, 19 febbraio 2018, n. 234, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sul tema, in dottrina si veda: F. Muzj, *Natura giuridica delle Linee Guida ANAC e disciplina delle richieste di accesso massive*, in *Federalismi*, 5 agosto 2020; M. Tocci, *La disciplina delle richieste massive di accesso civico generalizzato, tra criticità e prospettive*, in *Quad. amm.*, 2020, 4, 70 ss.

rapporto al numero di ore di lavoro per unità di personale; – la rilevanza dell'interesse conoscitivo che la richiesta mira a soddisfare»<sup>86</sup>.

Da qui due ordini di considerazioni.

La prima. Con la sua cristallizzazione in un atto di indirizzo, la soluzione dialogica diviene *norma agendi* per l'amministrazione, la quale, ove decidesse di procedere *de plano* con un secco rifiuto di ostensione, potrebbe vedersi eccepire l'illegittimità per eccesso di potere del provvedimento reiettivo.

La seconda. A ben guardare, le indicazioni contenute nella richiamata circolare sembrano avvalorare la tesi del non obbligo di procedere in presenza di richieste con finalità ludiche e persecutorie. Alla luce dei citati parametri valutativi, è agevole argomentare che il perimetro di operatività della prospettiva cooperativa non si sovrappone affatto con la soluzione inerziale sopra avanzata, nella misura in cui la prima, a differenza della seconda, presuppone la presentazione di una richiesta qualitativamente fondata, ancorché quantitativamente sovrabbondante.

In sintesi, dunque, tirando le fila del ragionamento sin qui condotto, la conclusione cui si perviene va nella direzione di ipotizzare un approccio gradualista nel trattamento delle patologie che affliggono la trasparenza amministrativa.

In disparte le situazioni tali da richiedere l'intervento della giurisdizione penale, che costituiscono una parte del tutto residuale del totale e che spesse volte assumono connotati quali-quantitativi tali da superare i confini dell'art. 340 c.p. per involgere più gravi reati contro la persona (diffamazione, minaccia ecc.), con riferimento alle altre fattispecie, ad avviso di chi scrive, l'opzione da prediligere, a seconda delle circostanze del caso concreto, andrebbe ricercata in un contegno "inerziale" ovvero "conciliativo", così postergando il rimedio risarcitorio alle sole ipotesi in cui non sia stato possibile disinnescare la conflittualità e l'ente sia stato seriamente pregiudicato nel suo funzionamento istituzionale. Ciò consentirebbe, da un lato, di sterilizzare le conseguenze pregiudizievoli di un uso disfunzionale degli istituti della trasparenza e, dall'altro, di ricondurre la nozione di abuso del diritto nel suo alveo naturale, laddove l'approccio preventivo non abbia dato gli esiti sperati.

---

<sup>86</sup> Cfr. par. 7, lett. d).



*Il diritto di accesso tra uso e abuso. Risvolti patologici della trasparenza amministrativa*

Il presente contributo, occasionato da una pronuncia del Tribunale di Siena, si propone di analizzare i profili patologici dell'attuale statuto della trasparenza amministrativa. Se già sotto la vigenza della legge 7 agosto 1990, n. 241 erano ipotizzabili forme di utilizzo "improprio" degli strumenti della trasparenza, l'aver introdotto nel 2016 la regola dell'*open government* ha dato nuova linfa ad un fenomeno poliedrico, che si alimenta di istanze massime, pretestuose, emulative, talvolta anche ludiche, quando non persecutorie. Prendendo le mosse da una panoramica degli istituti attraverso i quali viene garantita la conoscibilità del processo decisionale pubblico e, segnatamente, delle varie declinazioni del diritto di accesso, lo scritto si focalizza sulle criticità connesse ad un uso distorto di tali prerogative, cercando di ipotizzare soluzioni che, attraverso un approccio graduale al problema, tengano conto delle peculiarità delle molteplici branche dell'ordinamento.

*The right of access between use and abuse. Pathological implications of administrative transparency*

This paper, occasioned by a ruling by the Court of Siena, aims to analyse the pathological profiles of the current statute of administrative transparency. If already under the validity of the law of 7 August 1990, no. 241 forms of "improper" use of transparency tools were conceivable, having introduced the rule of open government in 2016 gave new life to a multifaceted phenomenon, which feeds on massive, specious, harassing, sometimes even playful requests, when not persecutory. Starting from an overview of the institutions through which the knowledge of the public decision-making process is guaranteed and, in particular, of the various declinations of the right of access, the paper focuses on the critical issues connected to a distorted use of these prerogatives, trying to hypothesize solutions that, through a gradual approach of the problem, take into account the peculiarities of the multiple branches of the legal system.

