



21 OTTOBRE 2020

Accesso civico generalizzato: àrbitri e arbitri

di Enrico Guarnieri

Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche
Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

Accesso civico generalizzato: àrbitri e arbitri*

di Enrico Guarnieri

Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche
Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

Abstract [It]: Il contributo analizza in chiave critica la pretesa funzionalizzazione dell'accesso civico generalizzato. Il rischio dell'assunzione di decisioni arbitrarie, tanto amministrative quanto giurisdizionali, suggerisce di evitare operazioni interpretative che, ancorché ispirate dall'esigenza di presidiare il buon andamento dell'amministrazione, vadano ampiamente al di là del diritto positivo. Specifica attenzione è prestata al rilievo "bidirezionale" che assume la buona fede nel dialogo tra l'istante e l'amministrazione nella ridefinizione delle richieste massive.

Abstract [En]: The article deals with issues implied by the "functionalization" of the generalized civic access. The risk of arbitrary decisions taken by administrations and by judges suggests avoiding interpretations which (although inspired by reasons of sound administration) go well beyond the actual legal framework. Furthermore, particular attention will be paid to the relevance of the principle of good faith in the assessment of massive requests.

Sommario: **1.** Alcune premesse al tema della funzionalizzazione dell'accesso civico generalizzato. **2.** Il risvolto pratico della vicenda: l'assenza di motivazione e l'arbitrio degli àrbitri. **2.1.** Adesione alla teoria della scomposizione tra scopo privato e fine pubblico. Considerazioni sull'applicabilità del *public interest test*. **3.** Una delle possibili conclusioni a margine dello studio: il rischio del sovraccarico amministrativo e il doppio presidio della buona fede in senso oggettivo.

1. Alcune premesse al tema della funzionalizzazione dell'accesso civico generalizzato

«Mezzo secolo! Sono passati cinquant'anni da quando sono state istituite nell'ordinamento italiano le Regioni ordinarie». Così, di recente, in occasione del cinquantenario della regione Veneto, è stato introdotto uno studio sulle regioni nel pensiero di Feliciano Benvenuti¹.

Il salto logico è amplissimo e il collegamento fra le materie è pressoché assente, ma, per le ragioni presto dette e per le conclusioni che verranno, si vuole prendere a prestito quel metro stilistico per introdurre – seppur con toni e a fini differenti – il tema dell'accesso civico generalizzato a soli quattro anni dalla adozione del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97.

E allora: Quattro anni! Sono passati quattro anni da quando è stato istituito nell'ordinamento italiano l'accesso civico generalizzato. Anzi, sono passati solo quattro anni da quando attenta dottrina ha lucidamente evidenziato che tra i fini del d.lgs. n. 97/2016 vi fosse anche quello di realizzare una semplificazione della trasparenza, aggiungendosi che «[l]'esigenza di rendere comprensibili le scelte amministrative si pone come parte integrante del concetto di certezza del diritto»².

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ G. PIPERATA, *Feliciano Benvenuti: un giurista per le Regioni*, in M. BERTOLISSI (a cura di), *La Regione del Veneto. Il futuro estratto dai fatti 1970-2020*, Venezia, 2020, 115.

² I.A. NICOTRA, *La trasparenza e la tensione verso i nuovi diritti di democrazia partecipativa*, in I.A. NICOTRA (a cura di),

Ebbene, sono trascorsi solo quattro anni, ma così tanto è accaduto e così tanto si è detto – sovviene il «tutto e...il contrario di tutto» di Fabio Saitta³ – che nel settore della trasparenza amministrativa della anelata certezza del diritto non c'è affatto certezza⁴: l'arbitrio degli arbitri, come si dirà, è assieme sintomo e causa della patologia.

Invero, amministrazione-arbitro, arbitrio dell'amministrazione, giudice-arbitro e arbitrio del giudice sono quattro espressioni che descrivono rapporti contraddittori o finanche anacronistici, ma variamente coinvolti nelle vicende dell'accesso civico generalizzato. Se questo, come si vedrà, è lo stato (di disordine teorico e pratico) in cui versa la trasparenza, pare difficile poter pensare quest'ultima, come pure si è fatto, alla stregua di una delle possibili soluzioni alla «amministrazione intesa come ostacolo»⁵; anzi, può anticiparsi che il problema della trasparenza è in parte rappresentato proprio da ciò che per il suo tramite si voleva superare, ovvero l'amministrazione-ostacolo, non fosse altro perché i potenziali effetti estensivi della riforma recata dal d.lgs. n. 97/2016 sono stati per l'appunto mitigati dall'amministrazione e dall'arbitrio a questa concessole (v. *infra*).

Procedendo con l'agilità imposta dal fatto che le notazioni che precedono e che seguono hanno il valore di mero avvio dello studio, si può dire che l'espressione «amministrazione-arbitro» è imprecisa perché la posizione dell'arbitro – attecnicamente inteso – dovrebbe essere connotata da quel carattere di terzietà che è proprio del giudice⁶ e che «non è [invece] bene evocato a proposito dell'amministrazione»⁷, questa essendo piuttosto parte imparziale e non già terza rispetto agli interessi coinvolti⁸. Vero è che l'amministrazione non può essere considerata parte in senso tecnico – perché «il suo interesse non è l'interesse «privato» di un soggetto (una parte) ma è una specificazione ed articolazione dell'interesse

L'autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria, Torino, 2016, p. 144; nello stesso senso, ID. *Dall'accesso generalizzato in materia ambientale al Freedom of information act*, in *federalismi.it*, n. 12/2018 (6 giugno 2018), p. 13.

³ F. SAITTA, *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *Dir. amm.*, n. 3/2005, p. 620.

⁴ Sul tema dell'incertezza del diritto si veda R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e «funzione definitoria» della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, n. 4/2014, pp. 651 ss.

⁵ F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, n. 2/2013, pp. 380-388 (il corsivo nella citazione è stato aggiunto da chi scrive).

⁶ Per uno studio sui caratteri della terzietà e dell'imparzialità del giudice si veda M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir., Agg. V*, Milano, 2001, il quale, muovendo dai lavori preparatori alla riforma dell'art. 111 Cost., afferma che non si tratta di endiadi, ma di «utile specificazione di due significati non coincidenti ma complementari». Secondo la Corte cost., 24 aprile 1996, n. 131, in *Giur. cost.*, n. 4/1996, p. 1146, l'imparzialità «non è che un aspetto» della terzietà, ovvero di quel carattere che «connota nell'essenziale» tanto la funzione quanto la posizione del giudice, che per questo risulta distinta «da quella di tutti gli altri soggetti pubblici». Per alcune fondamentali note critiche sul profilo della terzietà del giudice si veda B. CARAVITA DI TORITTO, *Torniamo al giudice «terzo»*, in *Giust. cost.*, n. 1-2/1995, pp. 59 ss.

⁷ Corte cost., 12 febbraio 1996, n. 28, in *Giur. cost.*, n. 3/1996, p. 255.

⁸ In tema, sia qui sufficiente il rinvio a U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico della pubblica amministrazione*, Padova, 1973; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, 2003; F. VETRÒ, *Il principio di imparzialità*, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrazione*, Milano, 2012.

generale, del quale ripete i caratteri⁹ – ma essa è comunque centro di imputazione di un interesse (pubblico), cioè è «*parte, ma non di parte*»¹⁰.

Ciononostante, se non si va errando, almeno talvolta l'amministrazione può essere anche solo immaginata – così volendosi escludere ogni aspirazione classificatoria – alla stregua di un arbitro: insomma, un soggetto né *di parte* né *parte*. Il che sembra predicabile per quelle ipotesi in cui il soggetto pubblico non è chiamato a curare il “proprio” interesse istituzionale, ma assolve ad una funzione (potrebbe dirsi, contenziosa¹¹) con agire *super partes*, come parrebbe talora avvenire – è questo il punto – nelle vicende dell'accesso civico generalizzato. In quest'ultimo senso parrebbero condurre, assieme, la natura dell'attività (vincolata o per alcuni aspetti riconducibile alla discrezionalità giudiziale, v. *infra* par. 2.1.) e la strumentalità dell'assolvimento del compito o del servizio¹² rispetto ad una vicenda in cui (e nella misura in cui) gli interessi coinvolti sono altri rispetto a quello istituzionale dell'amministrazione che detiene il documento, il dato o l'informazione: elementi, questi, che potrebbero consentire di descrivere l'amministrazione erogatrice del servizio di trasparenza come un soggetto terzo, almeno fintanto che gli interessi pubblici oppositivi di cui all'art. 5-*bis*, comma 1, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, non corrispondano all'interesse istituzionale dell'ente.

L'arbitrio dell'amministrazione invece è una contraddizione in termini, perché quel carattere è precluso dall'imposizione del principio di legalità, dello statuto giuridico pubblicistico¹³ e, in modo più concreto,

⁹ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 74.

¹⁰ M.R. SPASIANO, *Tre quesiti sulla giustizia nell'amministrazione*, in P. TANDA (a cura di), *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2015, p. 42.

¹¹ Il pensiero corre all'attività contenziosa della pubblica amministrazione (M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953), ma con una precisazione e cioè che quella attività, quantunque rivolta «a dirimere un contrasto di interessi» (p. 14) e benché connotata da un “potenziamento” dell'imparzialità del decisore (p. 44), non è comunque svolta in modo *super partes*, quella essendo piuttosto «condotta nell'interesse dell'Amministrazione» (pp. 27-29). Come osservato dal Nigro, il fine di giustizia che connota l'attività amministrativa contenziosa, ma che è già proprio di tutta l'attività amministrativa (p. 31), «non contrasta» con l'esigenza di soddisfare gli interessi dell'amministrazione (p. 88): ricondurre l'interesse dell'amministrazione all'interesse della collettività «implica [...] solo la traduzione del criterio giuridico in termini sociologici» (p. 27). Più utilmente, a tal riguardo, sovrviene allora la riflessione di chi, attraverso una accurata analisi dell'art. 69, l. 18 giugno 2009, n. 69, e della giurisprudenza che ne è seguita, ha posto l'accento sulla rinnovata natura eminentemente contenziosa del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2015, pp. 54 ss.). «Nella tensione tra l'aspetto contenzioso e l'aspetto (funzionalmente) amministrativo del rimedio», si è detto (p. 81), è il primo ad essersi imposto, e ciò in quanto l'amministrazione non può più discostarsi dal parere (vincolante) del Consiglio di Stato: «il rimedio è, appunto, amministrativo quanto all'organo deputato all'adozione della decisione e giustiziale quanto alla sua funzione (rimedio giustiziale amministrativo), non è invece amministrativo se con tale accezione si fa riferimento ad un'attività connotata, almeno parzialmente, dai canoni propri dell'amministrazione attiva» (p. 86).

¹² Di recente, la trasparenza (o, più precisamente, l'attività di mediazione, cioè di trasformazione delle informazioni) è stata ricondotta al «servizio pubblico» da B. PONTI, *La mediazione informativa nel regime giuridico della trasparenza: spunti ricostruttivi*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/2019, pp. 407-410.

¹³ Su cui imprescindibile è il rinvio a F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, n. 3/2002, pp. 431 ss.

della procedimentalizzazione del suo agire¹⁴: ma nella stagione della crisi della legalità¹⁵ si aprono nuovi spazi di libertà, legittimati da una certa creatività di un giudice-arbitro¹⁶ che, sconfinando nell'arbitrio¹⁷, di arbitrio deve concederne a sua volta (v. *infra* par. 2 ss.). A leggersi la giurisprudenza, è quanto avviene ancora una volta nelle vicende dell'accesso civico generalizzato, in cui non è più dato leggere il *continuum* procedimento-processo come un limite all'arbitrio del potere pubblico¹⁸, ma piuttosto come uno spazio in cui l'arbitrio è concretamente esercitato.

La circolarità delle notazioni che precedono è voluta, perché rappresenta l'esito di una strana vicenda in cui la creatività giurisprudenziale ha finito per porre più problemi – per l'appunto, gli arbitri degli arbitri – di quelli a cui avrebbe voluto rimediare (*inter alia*, il *vulnus* al buon andamento causato dal sovraccarico delle istanze di accesso civico generalizzato, v. *infra* par. 3).

Che la giurisprudenza plasmi il diritto e pieghi gli istituti *anche* in ragione di esigenze pratiche è un dato confermato da non pochi approdi pretori. Per fare un esempio piuttosto recente, è quanto avvenuto in tema di immediata impugnazione dei bandi di gara, laddove *anche* il timore per l'«assai probabile incremento del contenzioso»¹⁹ ha impedito di superare la rigida e risalente regola dell'impugnazione postuma delle clausole non escludenti, che pure avrebbe potuto essere rimeditata in ragione dell'emersione di interessi “altri” rispetto a quello riferito alla sola aggiudicazione (il pensiero corre alla

¹⁴ Per F. BENVENUTI, *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, in *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2006, p. 3655, il procedimento «comporta una democratizzazione del provvedimento in termini di garanzia e adeguatezza dei bisogni ponendosi così come principio di antiarbitrarietà nell'attività dell'amministrazione».

¹⁵ Di cui diffusamente tratta F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, e ID., *La legalità amministrativa: altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012.

¹⁶ Sulle molteplici “declinazioni” del ruolo del giudice nel più recente assetto ordinamentale, valgono i seguenti rinvii: in merito alla “figura” del giudice-legislatore, cfr. S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *federalismi.it*, n. 17/2018 (12 settembre 2018). In relazione al giudice-amministratore o (con formula più ricorrente) all'amministrativizzazione del giudice, specialmente in relazione al settore dei contratti pubblici, cfr. E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2011, p. 263, nonché l'opposta tesi sostenuta da S. VACCARI, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale soddisfattoria*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2015, pp. 311-322 e da F. CINTIOLI, *Le innovazioni sul processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2012, p. 23. Toccando nel profondo il tema della separazione del potere amministrativo da quello giurisdizionale (su cui, di recente, F. CORTESE, *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti?*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, p. 99 ss.), il tema è stato di recente riproposto a seguito della sentenza del Cons. St., sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, in particolare in ragione della forte affermazione lì contenuta con la quale il giudice amministrativo ha stabilito, così di fatto avocando a sé la decisione sostanziale, che l'esaurimento del potere amministrativo «può essere anche il frutto della insanabile “frattura” del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri».

¹⁷ Sull'arbitrio del giudice nell'uso delle clausole generali, cfr. S. PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Riv. notariato*, n. 2/2010, pp. 303 ss.

¹⁸ M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, pp. 1429 ss.

¹⁹ Cons. St., ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4.

libertà di autodeterminazione negoziale²⁰). Oppure, così gettando un ponte tra il tema dei contratti pubblici e quello della trasparenza che qui interessa, si consideri che proprio in relazione alla impossibilità/inopportunità di ricomprendere l'accesso civico generalizzato nelle maglie dell'art. 53, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in giurisprudenza si è detto che «notevole sarebbe l'incremento dei costi di gestione del procedimento di accesso da parte delle singole pubbliche amministrazioni (e soggetti equiparati)»²¹.

Eppure, nella vicenda che ci interessa è avvenuto qualcosa di diverso: per perseguire pur commendevoli esigenze di razionalizzazione del carico amministrativo, il giudice *bouche de la loi* ha fatto dire alla legge ciò che il legislatore volutamente non ha detto²² – il riferimento va alla funzionalizzazione del diritto di accesso civico generalizzato (v. *infra*) – così trovandosi nella doppia *impasse* di dover o riscrivere una parte delle regole formali dell'accesso o svolgere (e legittimare lo svolgimento di) valutazioni arbitrarie sulle istanze immotivate (v. *infra* par. 2 e 2.1.).

E, così, la giurisprudenza ha fatto dell'accesso un «Visconte dimezzato», ovvero un istituto che è: *i) unico* nel suo “essere” accesso; *ii) al di fuori delle manifestazioni settoriali*²³, *dimezzato* nelle sue componenti positive (l'accesso civico generalizzato) e negative (l'accesso documentale)²⁴; *iii) insoddisfacente* nella sua scomposizione, come è testimoniato dai tentativi di fuga dall'accesso “più risalente” e dai ritorni imposti da una giurisprudenza non necessariamente interessata alle fughe in avanti.

²⁰ Su cui si veda Cons. St., ad. plen., 2018, n. 5

²¹ Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503. Il controverso tema è stato sottoposto all'attenzione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato dall'ordinanza del Cons. St., sez. III, 16 dicembre 2019, n. 8501 e di recente è stato risolto da Cons. St., ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, a favore dell'ammissibilità dell'accesso civico generalizzato tanto nella fase di gara quanto in quella esecutiva.

²² Su questa dinamica si è ampiamente soffermata in tempi recenti M.A. SANDULLI, “Principi e regole dell'azione amministrativa”: *riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in *federalismi.it*, n. 23/2017 (6 dicembre 2017); scritto, questo, oggetto di una successiva “integrazione”, ID. *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici. Postilla a “Principi e regole dell'azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale”* (*federalismi.it*, n. 23, 2017), in *federalismi.it*, n. 11/2018 (23 maggio 2018), ove peraltro è contenuta una riflessione critica (seppur per motivi diversi rispetto a quelli qui evidenziati nel testo) sulla soluzione accordata dalla adunanza plenaria del 2018 al tema dell'immediata impugnabilità dei bandi di gara (pp. 5-7).

²³ Per una esaustiva rassegna dopo le riforme del 2005, si veda M. OCCHIENA, *I diritti di accesso dopo la riforma della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. TAR*, n. 3/2005, pp. 905 ss., e E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Santarcangelo di Romagna, 2014, pp. 136 ss.

²⁴ L'accesso civico “semplice” ex art. 5, comma 1, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, a discapito del nome è fattispecie che ai fini del presente scritto può essere certamente ricompresa nel significato di accessibilità (art. 1, d.lgs. n. 33/2013), ma non in quello più proprio di accesso, poiché esso sarebbe più correttamente riconducibile ad una «sanzione» per l'inottemperanza all'obbligo di pubblicazione (così, 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. com.*, n. 5/2016, p. 1047). D'altronde, come osserva S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *federalismi.it*, n. 23/2016 (30 novembre 2016), p. 3, fra le fattispecie di accesso civico semplice e generalizzato corre una profonda differenza data dal fatto che «la prima è essenzialmente finalizzata alla pubblicazione di atti della P.A.; la seconda è finalizzata non alla pubblicazione di atti, bensì all'accesso [...]».

Il motivo dell'astratta qualificazione dell'una e dell'altra forma di accesso in termini negativi o positivi è dovuta all'altrettanto astratta (e, si badi, non per questo ingiustificata) immagine che di quelle due componenti è normalmente offerta.

Si afferma, non a torto, che l'accesso documentale *ex artt. 22 ss., l. 7 agosto 1990, n. 241*, sia al contempo gravoso e limitante e le ragioni, ampiamente note²⁵, corrispondono in estrema sintesi *i)* all'obbligo di motivare l'istanza a prova dell'esistenza di un «interesse diretto, concreto e attuale», *ii)* all'impossibilità di svolgere un «controllo generalizzato» sull'andamento amministrativo, *iii)* all'eventualità che l'istante non conosca le ragioni della reiezione della domanda, così peraltro rendendo la materia del contendere «asfittica», perché il silenzio diniego non possiede «[né] retroterra procedimentale, né veste formale, né sostanza motivazionale»²⁶.

Diverso è (*rectius*, sarebbe) invece a dirsi con riguardo all'accesso civico generalizzato. Basterebbe in tal senso considerare lo spirito della legge per prendersi atto delle virtù di un istituto che è per l'appunto descritto come «strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, destinata sempre più ad assumere i contorni di una “casa di vetro”, nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall'articolo 2 della Costituzione, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri»²⁷. Sennonché è proprio il dato tecnico a rivelarsi più

²⁵ Per un primo commento critico alla modifica della disciplina del diritto di accesso documentale disposta dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, e dal d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, si veda A. SANDULLI, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2005, pp. 494 ss. e ID., *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2007, pp. 669 ss., ove si evidenzia l'arretratezza della disciplina domestica rispetto a quella degli ordinamenti anglosassoni e scandinavi: «la nostra legge di riforma del procedimento amministrativo non ha per nulla ampliato l'area di accessibilità, né ha esteso il novero dei soggetti legittimati ad accedere, ma, anzi, ha provveduto ad introdurre ulteriori ostacoli e limitazioni all'esercizio del diritto di accesso» (p. 669). Ancorché antecedente alla riforma del 2005, imprescindibile è il rinvio al lavoro enciclopedico di M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, pp. 1 ss. Più di recente, per un commento alla disciplina del diritto di accesso documentale, anche per l'ampia bibliografia lì raccolta, si veda M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 1208 ss.

²⁶ F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2002, pp. 273-274.

²⁷ Cons. St., sez. cons. atti norm., 24 febbraio 2016, n. 515. Seppure con riferimento all'accesso civico semplice, l'ancoraggio all'art. 2 Cost. è stato sostenuto da P. MARSOCCHI, *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d.lgs. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale di amministrazione*, in *Ist. fed.*, nn. 3-4/2013, 687 ss., spec. p. 721, secondo cui «le “nuove” pretese di conoscenza, in special modo quelle che siano tese a dare sostanza al controllo su ciascun potere pubblico» devono essere inquadrate «non solo alla luce dell'interpretazione dell'art. 21, ma dell'interpretazione “aperta” dell'art. 2 della Costituzione e più in generale del complesso dei principi che denotano la nostra forma di Stato». Più in generale sulla funzione della trasparenza nell'ordinamento democratico si vedano in particolare gli studi di F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in F. MERLONI – G. ARENA (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, pp. 3 ss., e di G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, *ibidem*, pp. 29 ss. Cfr. anche M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, cit., p. 1, le cui riflessioni, per la parte di cui trattasi, sono state di recente riprese in M.A. SANDULLI – L. DROGHINI, *La trasparenza amministrativa nel FOIA italiano. Il principio della conoscibilità generalizzata e la sua difficile attuazione*, in *federalismi.it*, n. 19/2020 (17 giugno 2020), pp. 401 ss., spec. pp. 402-404, ove è recata la significativa affermazione secondo cui «la trasparenza dell'azione amministrativa rappresenta dunque una precondizione per l'esercizio della democrazia, uno strumento essenziale per permettere agli amministrati di prendere consapevolmente parte all'attività volta alla cura della *res publica* e consentire un

utile nella logica della contrapposizione tra le due parti. La positività dell'accesso civico generalizzato si misura, infatti, su tre elementi uguali e contrari a quelli enumerati per l'accesso documentale: l'assenza di obblighi di motivazione, l'istanza potendo essere presentata da «chiunque» senza la previa dimostrazione della titolarità di un particolare interesse; la “generalizzazione” del controllo esercitato tramite l'accesso, nei limiti di cui si dirà (*infra* par. 3); la diversità strutturale della conclusione del procedimento, quest'ultimo dovendo terminare esclusivamente con l'adozione di un provvedimento, che, con imprecisione terminologica, il legislatore definisce «espresso»²⁸.

Su questo sfondo, le menzionate fughe dall'accesso documentale verso quello generalizzato si giustificano (ma, si badi, non ancora si legittimano) in ragione dell'apertura del varco sul piano della legittimazione. Il confine che separa infatti l'accesso *ex art.* 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013, da quello recato dalla l. n. 241/1990 è (*rectius*, dovrebbe essere) marcato solo dal piano delle esclusioni, nel senso che per l'accesso civico generalizzato sono previsti limiti più “severi” rispetto a quanto avviene per quello documentale²⁹ (basti pensare che l'art. 5-*bis*, d.lgs. n. 33/2013, non richiama il “grimaldello” del sistema recato dal comma 7 dell'art. 24, l. n. 241/1990).

Svolte queste premesse utili nei loro termini minimali per quanto si dirà più oltre, si *potrebbe* affermare: legittimazione e regime delle esclusioni, nulla di più serve per ripartire gli accessi³⁰. Eppure, prendendo atto di una certa giurisprudenza e mutuando la formula da una felice espressione altrove impiegata, si *dovrebbe* anzitutto dire che “i fini preesistono all'accesso”³¹.

La ragione dell'affermazione è presto detta e per illustrarla è bene ora passare ad introdurre il dato centrale nell'economia del presente contributo, ovvero il fine *degli istituti* (il corsivo è voluto e più oltre se ne capirà la ragione).

In sintesi, e come risaputo, nato per infrangere il muro del segreto amministrativo³², quindi depotenziato nel 2005 da una disposizione «un po' più restrittiva»³³ e poi formalmente (ri)esaltato dalla l. 18 giugno

più ampio ed effettivo controllo sulla rispondenza dell'operato degli amministratori pubblici ai principi, alle regole e ai fini stabiliti dalla legge, assicurando il buon andamento e l'*accountability* dei pubblici poteri. In estrema sintesi, la democrazia è scelta, e per scegliere, per decidere, è necessario conoscere» (p. 403).

²⁸ Imprecisione terminologica che qui si assume essere tale in ragione della fondamentale sistematizzazione della materia condotta da F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1970, pp. 173-214 e da A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985.

²⁹ Cfr. D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione*, cit., pp. 15-16.

³⁰ Ancorché sulla chiarezza (*rectius*, sulla «ampiezza e “circularità”») del regime delle esclusioni recato dal d.lgs. n. 33/2013 siano stati sollevati non pochi dubbi da E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. amm.*, n. 4/2016, pp. 579 ss., spec. pp. 594-602, che peraltro ha tempestivamente percepito che «è tutto il rapporto tra accesso ai documenti e nuovo accesso generalizzato a stagliarsi, nel suo complesso, all'orizzonte, con potenziali effetti pregiudizievoli sullo sviluppo del nuovo meccanismo conoscitivo» (p. 608).

³¹ Si fa riferimento all'espressione «I fini preesistono all'ente» di M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, p. 40.

³² In questi termini, di recente, Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 20.

³³ V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241 del 1990*, in *Giustamm.it*, 2005.

2009, n. 69, con l'investitura a «principio»³⁴ e con la destinazione all'assolvimento di «rilevanti finalità di pubblico interesse», l'*istituto* dell'accesso documentale ha il solo fine di garantire ai privati (legittimati) di poter esercitare nel modo più adeguato le facoltà partecipative o processuali attribuite dall'ordinamento a tutela di una loro posizione giuridica qualificata³⁵.

Inscritto in un testo normativo del tutto differente, peraltro generato dall'esigenza di contrastare il fenomeno corruttivo (l. 6 novembre 2012, n. 190)³⁶, l'*istituto* dell'accesso civico generalizzato è invece avvinto allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sull'assolvimento dei fini istituzionali e sull'uso delle risorse pubbliche, nonché di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico.

Ciò posto, per comprendere il senso della preesistenza del fine, si consideri che in dottrina è stato recentemente posto l'accento su di una tendenza giurisprudenziale a fare dell'interesse pubblico alla conoscenza non già un parametro per controbilanciare la forza escludente degli interessi pubblici o privati "oppositivi" previsti dai commi 1 e 2 dell'art. 5-*bis*, d.lgs. n. 33/2013 – secondo il modello di controllo del *public interest test*, su cui v. *infra* par. 2.1. – quanto piuttosto un elemento di valutazione sull'ammissibilità dell'*istanza* medesima³⁷.

Secondo questo orientamento, la valutazione della sussistenza di un pregiudizio concreto agli interessi di cui all'art. 5-*bis*, d.lgs. n. 33/2013, sarebbe un'attività "logicamente" secondaria, perché primariamente devono essere «valorizzate in chiave selettiva e delimitativa» le finalità perseguite con la singola *istanza*, queste non potendo essere legate ad un «bisogno conoscitivo esclusivamente privato, individuale,

³⁴ Invero, già la riforma del 2005 della l. n. 241/1990 aveva eretto al rango di principio tanto la trasparenza quanto la pubblicità. Sul punto e, in particolare, sul rapporto fra i due lemmi, cfr. E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2005, pp. 575-578; C. MARZUOLI, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in F. MERLONI – G. ARENA (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., pp. 45 ss.

³⁵ D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *federalismi.it*, n. 5/2016 (2 marzo 2016), p. 3. Per E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa*, cit., p. 581, neppure indirettamente, ma solo «accidentalmente», l'accesso documentale potrebbe rappresentare uno strumento di garanzia dell'interesse della collettività alla correttezza amministrativa.

³⁶ Di recente sul rapporto fra trasparenza e corruzione si veda E. CARLONI, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione "Tutti vogliono un posto al sole, ed in più, possibilmente, all'ombra" (Stanislaw J. Lec)*, in *Dir. amm.*, n. 3/2019, pp. 497 ss. Sulla prevenzione dei fenomeni corruttivi, intesa come fine (uno dei fini) dell'accesso civico semplice di cui al d.lgs. n. 33/2013, e sui risvolti in tema di *privacy*, si veda I. NICOTRA, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 11/2015 (3 giugno 2015), spec. pp. 1-6 (quanto al collegamento con la corruzione) e pp. 8 ss. (quanto alla *privacy*); più di recente, ID. *Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte*, in *federalismi.it*, n. 7/2019 (3 aprile 2019). A seguito dell'introduzione dell'accesso civico semplice, la duplice declinazione del principio di trasparenza (prevenzione della corruzione e partecipazione dei cittadini) è stata chiaramente evidenziata da M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Ist. fed.*, nn. 3-4/2013, 657 ss.

³⁷ Cfr. G. GARDINI, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, in G. GARDINI – M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Santarcangelo di Romagna, 2019, pp. 31-54, nonché C. TOMMASI, *Discrezionalità e vincoli nell'accesso civico generalizzato*, in *ibidem*, pp. 295-300.

egoistico o peggio emulativo», ma dovendo rispondere «al soddisfacimento di un interesse che presenti una valenza pubblica»³⁸.

Si è detto che il fine preesiste all'accesso ed ora ne sono chiare le ragioni, perché (almeno sino alla citata pronuncia dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2020, v. *infra* nt. 55) per la giurisprudenza maggioritaria non solo l'*istituto* (astrattamente inteso) ma anche le singole *istanze* hanno un proprio e presupposto fine: privato o egoistico nell'accesso documentale; a valenza pubblicistica nell'accesso civico generalizzato, che diviene così un accesso funzionalizzato.

La tesi è sostenuta con una reiterata affermazione che, come si vedrà, non va esente da critiche, ma della quale è bene dare subito conto: «sebbene la disposizione così introdotta dal secondo comma dell'art. 5, non richieda particolari legittimazioni, potendo essere attivata da “chiunque” e anche in assenza di una espressa motivazione, allo stesso tempo la richiesta avanzata dal cittadino deve comunque essere riconducibile al soddisfacimento di un interesse che abbia una valenza pubblica»³⁹.

L'assunto può essere indagato secondo due prospettive che riflettono altrettanti problemi: l'uno insiste sul piano della fondatezza teorica; l'altro (che qui si crede non solo prioritario, ma finanche prevalente) riguarda il risvolto pratico della vicenda, ovvero la concreta ed effettiva praticabilità di un vaglio amministrativo-giurisprudenziale che sappia essere non arbitrario.

2. Il risvolto pratico della vicenda: l'assenza di motivazione e l'arbitrio degli arbitri

Ancor prima che dalla fondatezza teorica – che è questione dalla risoluzione “partitica” – è bene muovere anzitutto dal piano pratico della pretesa funzionalizzazione dell'accesso civico generalizzato, cercando di evidenziare le criticità, le contraddizioni e gli arbitri che un siffatto sistema comporta. La possibilità è anzitutto offerta da una recente sentenza della sezione II del TAR Brescia⁴⁰.

In estrema sintesi, il caso trattenuto in decisione riguardava il diniego ad un'istanza di accesso civico generalizzato presentata dalla proprietaria di un bar e avente ad oggetto la documentazione edilizia ed urbanistica relativa ad un altro bar parimenti situato nel medesimo complesso immobiliare e che era sprovvisto dei servizi igienici per i disabili; un fatto, questo, che aveva indotto i clienti “della concorrenza” a rivolgersi all'esercizio commerciale in proprietà dell'istante solo per accedere ai servizi lì garantiti. Il ricorso veniva dichiarato infondato perché l'istanza non era diretta a soddisfare gli interessi pubblici individuati dall'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013, essendo invece soltanto «finalizzata ad acquisire informazioni circa l'osservanza delle prescrizioni in materia commerciale ed edilizia».

³⁸ TAR Lazio, Roma, sez. II, 2 luglio 2018, n. 7326.

³⁹ TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 6 marzo 2019, n. 219; ma nello stesso senso anche la citata sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. II, 2 luglio 2018, n. 7326.

⁴⁰ TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 6 marzo 2019, n. 219.

Alcuni interrogativi in merito sono suggeriti dalla conclusione raggiunta dal TAR Liguria in una sentenza⁴¹ – peraltro richiamata proprio dal giudice lombardo – intervenuta in relazione ad un caso, poi risolto a favore dell’accesso, in cui un gestore di una piscina e di un annesso bar, aveva domandato accesso generalizzato chiedendo l’acquisizione di copia dei verbali relativi ai sopralluoghi effettuati dalla Polizia municipale presso i propri locali e presso un’altra piscina e all’annesso bar, sul presupposto che il proprio esercizio fosse stato oggetto di reiterati accertamenti da cui seguì anche l’irrogazione di plurime sanzioni amministrative.

Ebbene, in quest’ultimo caso, la fondatezza del ricorso, e quindi l’ammissibilità dell’istanza, veniva ancorata dal giudice ligure al presupposto che l’istanza fosse finalizzata a verificare se la Polizia municipale «avesse effettuato, in un determinato arco temporale, controlli sulle attività commerciali concorrenti analoghi a quelli svolti nei confronti della richiedente, a fronte di una conformazione asseritamente identica dei locali ove sono svolte le rispettive attività».

Ebbene, lasciando al lettore ogni considerazione in merito, vi è da chiedersi se la medesima conclusione non potesse essere raggiunta dal TAR Brescia. La conoscenza dell’inosservanza delle prescrizioni legali avrebbe potuto comportare infatti anche una presa d’atto sull’omissione dello svolgimento dei controlli sulla conformità dell’esercizio concorrente e quindi, in definitiva, sulla correttezza dell’azione amministrativa. Vero è che il controllo sarebbe stato generalizzato solo nel nome perché la richiesta era particolarmente lenticolare e circoscritta; ma quella medesima circostanza nel “caso ligure” non ha impedito l’ostensione dei documenti e delle informazioni richiesti. E, allora, quello che pare ostare ad un diverso esito nel “caso lombardo” sembra essere soltanto la sussistenza di un interesse privato – della cui assenza nel “caso ligure” non si può invece dubitare⁴² – evidentemente reputato incompatibile con una concomitante *disclosure* a valenza pubblicistica (v. *infra* par. 2.1.).

Lungi dal costituire un campione numerico sufficiente per ergere un giudizio di valore, le ricordate vicende giurisprudenziali consentono però di articolare il prosieguo del ragionamento su due direttrici

⁴¹ TAR Liguria, sez. I, 29 dicembre 2017, n. 1002.

⁴² Lì, infatti, il fine non era sicuramente privato perché con l’accesso l’istante non avrebbe potuto tutelare alcuna situazione giuridicamente rilevante. Un soggetto sanzionato non può infatti contestare la legittimità del provvedimento sanzionatorio in ragione del lassismo amministrativo serbato in situazioni del tutto analoghe (così, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, p. 219), poiché «[i]l vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento non può essere utilmente dedotto quando viene rivendicata l’applicazione in proprio favore di posizioni giuridiche riconosciute ad altri soggetti in modo illegittimo» (Cons. St., sez. VI, 30 dicembre 2019, n. 8893, ove si giustifica la stabile statuizione giurisprudenziale affermando che «in applicazione del principio di legalità, la legittimità dell’operato dell’amministrazione non può comunque essere inficiata dall’eventuale illegittimità compiuta in altra situazione»). In tal senso si consideri la sentenza del TAR Venezia, sez. III, 28 maggio 2018, n. 581, ove il diniego all’accesso documentale ex l. n. 241/1990 è stato dichiarato legittimo per l’assenza di un interesse diretto, concreto e attuale in capo all’istante che, avendo dovuto conformare un pannello pubblicitario da lui installato, aveva domandato l’ostensione dei documenti relativi ai controlli effettuati dalla p.a. sulla conformità di altri nove cartelloni pubblicitari “concorrenziali” di cui lo stesso soggetto istante aveva verificato l’irregolarità rispetto alle prescrizioni recate dal d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285.

che sviluppano quelle con cui si chiudeva il primo paragrafo. Da un lato, è evidente che in quei casi le statuizioni amministrative e giurisprudenziali siano state assunte con un certo grado di approssimazione: e allora, vi è il problema dei “risvolti pratici”, che, per iniziare a dare contenuto alla forma, sono da riferirsi anzitutto al carattere potenzialmente arbitrario delle decisioni assunte dalle autorità coinvolte su istanze immotivate. Dall’altro lato, ammantate della soggettività del metodo impiegato, le decisioni passate in rassegna rendono già tangibile, seppur nella sua mutevolezza, la complessa e la spesso indistricabile articolazione degli interessi pubblici e privati coinvolti nelle singole vicende: e allora, sul piano teorico, si pone il dubbio sulla possibile rilevanza giuridica della scissione tra lo scopo privato dell’istanza e il fine pubblico dell’istituto (*infra* par. 2.1.).

Procedendo con ordine, l’incerta capacità dell’amministrazione nel misurare la rispondenza della richiesta di accesso civico alle pretese finalità di conoscenza collettiva ha posto e ripropone il tema dell’arbitrarietà delle valutazioni, finanche di quelle operate dal giudice⁴³.

Vero è che gli interrogativi sulla natura della attività amministrativa esercitata nei casi di accesso civico generalizzato hanno interessato anche i profili non patologici della vicenda; ma, prendendo a prestito l’espressione dal diritto penale, è comunque bene avvertire della possibile «truffa delle etichette», che si traduce nello scollamento tra la qualificazione formale e la sostanza delle cose: altrimenti a dirsi, può discorrersi di discrezionalità, di valutazioni tecniche e di vincoli, ma con la consapevolezza che alla base si annida l’arbitrio, che a sé, in definitiva, tutto attrae.

E allora sul fronte della patologia, rimangono da spiegare le ragioni dell’affermato carattere arbitrario delle decisioni che gravitano attorno alle istanze di accesso civico generalizzato. In realtà, la giustificazione in sé è banale perché corrisponde al mancato assoggettamento delle richieste di accesso generalizzato ad alcun onere motivazionale⁴⁴.

Di qui il seguente interrogativo: non potendo conoscere, anzitutto sul piano materiale, le ragioni della richiesta di accesso, l’amministrazione e, in seconda analisi, il giudice come possono comprendere se l’esercizio del “diritto” sia effettivamente funzionale alla conoscenza collettiva? Può apparire *tranchant*, ma nei fatti la questione ripresenta le criticità evidenziate da una parte della dottrina con riferimento al

⁴³ Per M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, n. 3/2019, p. 474, la pretesa funzionalizzazione dell’accesso civico generalizzato «si traduce in un esercizio interpretativo del tutto arbitrario da parte del giudice».

⁴⁴ Sul piano materiale è sufficiente che l’istanza non sia generica, ma identifichi i documenti e i dati, o comunque ne consenta l’individuazione «con riferimento, almeno, alla loro natura e al loro oggetto» (così a p. 9 della delibera n. 1309 adottata dall’ANAC il 28 dicembre 2016, recante le *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013*).

giudizio prognostico immaginato dall'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990: soggettività del decisore e soggezione alle capacità (anche economiche) di conseguire virtù argomentative e quindi di persuasione⁴⁵. Sia chiaro, ogni decisione si ammanta della soggettività del decisore e i principi, specie quello di ragionevolezza, che si servono per (ri)attrarre le determinazioni amministrative all'area dell'oggettività, tendono in realtà a (ri)allocare la soggettività in capo al controllore: le «vicende del concetto di “merito”»⁴⁶ ne sono parte della dimostrazione. Ma, sia consentito, per escludere l'arbitrio del sindacato sull'istanza privata non sarebbe sufficiente evocare il canone della ragionevolezza. A considerarsi infatti, *mutatis mutandis*, il sindacato sull'atto amministrativo, emerge il dato del collegamento (funzionale) tra la doverosità della motivazione del provvedimento amministrativo⁴⁷ e il sindacato per eccesso di potere, che della prima si avvale⁴⁸. Il che consiglia di ripristinare l'ordine concettuale degli argomenti: la ragionevolezza nella valutazione dei fini perseguiti può essere correttamente evocata e quel metodo di sindacato può essere utilmente esercitato nella misura in cui siano esternate le ragioni sottese all'atto di volontà.

Nondimeno, la vicenda in esame presenta una sua ulteriore peculiarità. La guida del principio di ragionevolezza è infatti falsata dall'essere fondata sulla ricorrenza di elementi fattuali che, pur se indizianti, non possono né dirsi sicuramente valutabili sul piano giuridico né quindi necessariamente provanti.

Di quei parametri, un campione qualitativamente significativo, ancorché esiguo, è stato proprio offerto dalla ricordata sentenza del TAR Brescia n. 219/2019: da un lato, la «natura degli atti richiesti», nel caso di specie consistenti nella documentazione edilizia ed urbanistica relativa all'esercizio commerciale “concorrente”, e, dall'altro lato, «le motivazioni già esternate in occasione della precedente istanza di accesso documentale».

Se non si va errando, l'individuazione di quegli elementi sintomatici pare essere fondata, in modo fallace, più sulla loro “forza persuasiva” piuttosto che sul loro oggettivo “valore provante”. A dimostrazione dell'impressione, nonché di una certa incertezza applicativa, si consideri: *i*) la possibilità di “depistare” il giudizio sulla «natura degli atti» inserendo i documenti, i dati o le informazioni utili per lo scopo privato nell'ambito di una richiesta più ampia dai contorni a valenza pubblicistica; *ii*) la vaghezza (*rectius*, soggettività) del parametro di giudizio, il problema non ponendosi solo sul piano qualitativo della natura

⁴⁵ M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, I, Napoli, 2020, pp. 671-672.

⁴⁶ A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. amm.*, n. 3/2008, pp. 517 ss.

⁴⁷ Dei cui temperamenti però non è dato dubitare, specie alla luce del sempre attuale contributo di M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, n.3/2017, pp. 894 ss.

⁴⁸ M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 257, ricorda che il *Conseil d'État* «richiese la motivazione sotto comminatoria di annullamento per sviamento di potere». Per un'ampia analisi del tema della motivazione nel diritto amministrativo, anche in relazione alla sua rilevanza processuale, si veda A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, spec. pp. 136-150.

dell'atto, ma anche su quello quantitativo, considerato che l'istanza puntuale talvolta è accolta (cfr. il ricordato caso del TAR Liguria) e talaltra è al contrario rifiutata⁴⁹; *iii*) il cortocircuito creato dal combinarsi di esortazioni e disincentivi a presentare due istanze (una *ex artt.* 22 ss., l. n. 241/1990 e l'altra *ex art.* 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013) capaci al contempo di raddoppiare sul piano astratto le *chances* di successo e di frustrare in concreto le possibilità di accoglimento dell'accesso civico generalizzato⁵⁰.

Sebbene ciò non abbia certamente la pretesa di assolutizzare gli esiti del discorso, le incoerenze del sistema appaiono sufficienti ad insinuare il dubbio sulla aleatorietà di una vicenda già gravata dalle criticità di un giudizio che rimane arbitrario.

2.1. Adesione alla teoria della scomposizione tra scopo privato e fine pubblico. Considerazioni sull'applicabilità del *public interest test*

Gli appunti che precedono, lungi dal descrivere le sole aporie di un impianto *ripensato* dalla giurisprudenza, consentono di andare oltre o, meglio, di tornare indietro.

L'arbitrio delle decisioni amministrative e giudiziali e l'aleatorietà del sistema non sono solo patologie a margine, ma rappresentano i risvolti, più o meno attesi, dell'alterazione di uno strumento concepito per essere qualcosa di radicalmente diverso. Altrimenti a dirsi, non di inconvenienti si tratta ma di problemi irriducibili, perché generati dalla pretesa di limitare un accesso che è nato a tal punto libero da aver fatto temere agli interpreti che qualche contenimento in realtà dovesse esserci, come dimostra l'apprensione per la mancata previsione di un giudizio, come quello del *public interest test*, che avrebbe garantito un'ulteriore garanzia alla *disclosure* amministrativa.

Ebbene, se l'assenza di motivazione dell'istanza non consente all'amministrazione e al giudice di conoscere l'"interpretazione autentica" dell'istante e, ancor più semplicemente, se non è prescritto alcun obbligo di motivazione è perché la legge si disinteressa del fine concreto del singolo accesso⁵¹.

D'altronde, *ad abundantiam*, si può rilevare che il legislatore, quando ha voluto funzionalizzare le facoltà dei privati, lo ha previsto espressamente. Un esempio per tutti è fornito dall'art. 54-*bis*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, laddove l'assoggettamento del *whistleblower* alle garanzie ivi previste è disposto in ragione

⁴⁹ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 27 agosto 2019, n. 10620, secondo cui «anche a volere ammettere un "interesse egoistico" alla base del medesimo tipo di accesso civico generalizzato [...] non si tratterebbe in ogni caso, nella specie, di voler conoscere dati diffusi o generalizzati [...] ma soltanto informazioni di tipo puntuale e lenticolare (due immobili detenuti a titolo meramente abusivo)».

⁵⁰ Perché, proprio per il TAR Brescia, la motivazione esplicitata aliunde, cioè nella richiesta di accesso documentale, ha valore provante dell'interesse eminentemente privato.

⁵¹ C. CUDIA, *Pubblicità e diritto alla conoscibilità*, in B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 104-108.

della concreta finalità perseguita dalla segnalazione dell'illecito, che deve essere per l'appunto fatta «nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione»⁵².

Sulla scorta di quanto anticipato in sede di commento alla sentenza del TAR Brescia n. 219/2019 (*supra* par. 2), appare non improduttiva l'operazione di cercare una differenziazione tra lo scopo perseguito singolarmente con l'accesso civico generalizzato e il fine pubblico dell'istituto. Il primo è privato e l'intenzione che ne sta alla base, e di cui la norma si disinteressa, può avere risvolti solo egoistici, solo pubblici o immediatamente egoistici ma potenzialmente utili alla conoscenza collettiva (come dire, *conoscere per far conoscere*); ciò che importa è definibile in negativo, ovvero è sufficiente che l'istanza non sia impiegata «in maniera distorta» come «causa di intralcio all'azione della pubblica amministrazione»⁵³ (ma sul punto v. *infra* par. 3). Il secondo – ovvero «lo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico» – è invece un interesse alieno, in continuo divenire e quindi mai ultimabile, ma solo perseguibile per progressive approssimazioni, ovvero per sommatoria dei singoli accessi.

Queste notazioni di derivazione dottrinale⁵⁴, che peraltro hanno trovato un certo seguito nella giurisprudenza amministrativa più recente⁵⁵, non possono che essere condivise. La scissione tra lo scopo dell'istanza e il fine dell'istituto consente infatti di affrancare il sistema dalle criticità (più pratiche che teoriche) della funzionalizzazione dell'istanza immotivata.

Ma non ci si può limitare a rilevare ciò, perché le ragioni che ne stanno alla base consigliano altresì di soffermarsi sul diverso ma interconnesso capo della vicenda rappresentato dal *public interest test*.

È risaputo che il legislatore del 2016 ha previsto all'art. 5-*bis*, d.lgs. n. 33/2013, il solo test del pregiudizio (c.d. *harm test*). Ai sensi della disposizione da ultimo richiamata, infatti, una volta esclusa la sussistenza

⁵² Su cui, a seguito della riforma del 2017, cfr. M. TARTAGLIONE, *Il «whistleblowing» nel settore pubblico. I meccanismi di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti*, in F. CERIONI – V. SARCONI (a cura di), *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, Milano, 2019, pp. 341 ss.

⁵³ TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 9 marzo 2018, n. 669.

⁵⁴ M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, cit., pp. 475-477; G. GARDINI, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, cit., pp. 49-50.

⁵⁵ Per il TAR Campania, Napoli, sez. VI, 9 maggio 2019, n. 2486 e 7 febbraio 2020, n. 604, «anche richieste di accesso civico presentate per finalità “egoistiche” possono favorire un controllo diffuso sull'amministrazione, se queste consentono di conoscere le scelte amministrative effettuate. Il controllo diffuso di cui parla la legge, infatti, non è da riferirsi alla singola domanda di accesso ma è il risultato complessivo cui “aspira” la riforma sulla trasparenza». La tesi è stata accolta, con un deciso *revirement*, anche dalla stessa II sezione del TAR Brescia, del cui diverso orientamento si è già detto (*supra* par. 2): cfr. in tal senso TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 13 gennaio 2020, n. 10. Anche l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella ricordata sentenza del 2 aprile 2020, n. 10, ha espresso la sua contrarietà alla funzionalizzazione dell'accesso civico generalizzato, laddove ha affermato che «non si deve confondere da questo punto di vista la *ratio* dell'istituto con l'interesse del richiedente, che non necessariamente deve essere altruistico o sociale né deve sottostare ad un giudizio di meritevolezza, per quanto, come detto, certamente non deve essere pretestuoso o contrario a buona fede».

delle eccezioni assolute all'accesso civico generalizzato (comma 3), l'amministrazione può rigettare l'istanza solo qualora l'ostensione sia causa di un pregiudizio «concreto» – e come affermato dall'ANAC, «altamente probabile»⁵⁶ – agli interessi pubblici e/o privati previsti dai commi 1 e 2. Il test del pregiudizio si risolve perciò in una valutazione attinente ad un solo fascio degli interessi in gioco, ovvero a quelli che possono essere definiti come “oppositivi”: insomma, nell'*harm test* l'interesse pubblico alla conoscenza non assume alcuna rilevanza.

Ebbene, contestate le criticità di un siffatto impianto, parte della dottrina ha sostenuto la praticabilità del *public interest test*. Colorando questa parte di azione di una discrezionalità che, in quanto esercitata da un'amministrazione-arbitro, potrebbe dirsi “giudiziale”⁵⁷, è stato infatti promosso l'esperimento di un giudizio di “secondo livello” che – al fine di rafforzare e non già di indebolire l'effettività della richiesta conoscitiva dell'istante⁵⁸ – segue il test del pregiudizio e che si sostanzia in una ponderazione tra l'asserito danno agli interessi oppositivi e il potenziale nocimento all'interesse collettivo alla *disclosure*⁵⁹.

La tesi, di recente accolta da una giurisprudenza allo stato decisamente minoritaria⁶⁰, impone una breve riflessione sul rapporto intercorrente tra la pretesa pretoria a che l'amministrazione possa esperire una valutazione sulla finalità dell'accesso e la pretesa, soprattutto dottrinale, a che l'amministrazione svolga a fianco dell'*harm test* anche il *public interest test*. Ebbene, una volta rimosso o quantomeno rifiutato il giudizio sulla funzionalizzazione del singolo accesso, la tecnica di bilanciamento del *public interest test* può comunque essere impiegata?

A prima vista, potrebbe sostenersi che il rapporto tra il giudizio sulla funzionalizzazione e il *public interest test* sia scandito non solo da un preciso ordine cronologico, ma anche logico. Altrimenti a dirsi, perché il *public interest test* possa essere condotto è necessario che il suo oggetto (l'interesse pubblico alla conoscenza) esista e quindi è logicamente indispensabile che il giudizio sulla funzionalizzazione sia esperito e dia esito positivo: insomma, “*simul stabunt simul cadent*”, perché la defunzionalizzazione

⁵⁶ ANAC, *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013*, cit., 11.

⁵⁷ Per una approfondita analisi della distinzione tra discrezionalità amministrativa e giudiziale – valida soprattutto ai fini della definizione della natura dell'attività sanzionatoria della p.a. – si veda in particolare F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 1/2013, pp. 79 ss.

⁵⁸ A. MOLITERNI, *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Dir. amm.*, n. 3/2019, pp. 603-604.

⁵⁹ C. TOMMASI, *Discrezionalità e vincoli nell'accesso civico generalizzato*, cit., pp. 280 ss.

⁶⁰ TAR Campania, Napoli, sez. VI, 9 maggio 2019, n. 2486, secondo cui «deve ritenersi che la scelta finale dell'amministrazione sull'istanza di accesso generalizzato non deve tenere conto solo del “pregiudizio concreto” ma anche dell'interesse alla divulgazione che fonda la richiesta dell'istante» e, quindi, «l'amministrazione intimata, dovrà operare una valutazione comparativa, secondo il principio di proporzionalità, [...] fra il beneficio che potrebbe arrecare la *disclosure* richiesta e il sacrificio causato agli interessi pubblici e privati contrapposti che vengono in gioco».

dell'istanza, escludendo la valutazione sul fine del singolo accesso, renderebbe impraticabile anche il *public interest test*.

In senso contrario, potrebbe invece sostenersi che la defunzionalizzazione elimini la rilevanza del fine perseguito ai soli fini dell'ammissibilità. Poiché l'istanza potrebbe perseguire immediatamente o mediamente un interesse collettivo alla conoscenza – in ciò sostanziandosi il senso della scissione fra scopo dell'istante e finalità del modello legale – il *public interest test* potrebbe essere comunque svolto anche laddove si escludesse la praticabilità del (solo cronologicamente) prioritario giudizio finalistico.

Quest'ultima pare essere la prospettiva preferibile e la ragione può essere rinvenuta nell'erroneità della assimilazione da cui si sono prese le mosse. Tra la funzionalizzazione del diritto e il *public interest test* corre, infatti, una preminente e non trascurabile differenza che sconsiglia di accomunare i due istituti. Come si è ricordato *supra*, mentre la funzionalizzazione dell'accesso costituisce un *criterio restrittivo* – lo scopo dello scrutinio sulla ragione soggettiva dell'istanza è infatti quello di restringere, limitare, la portata del diritto di accesso civico generalizzato – il *public interest test* rappresenta un *criterio ampliativo*, che, se così può dirsi, strumentalizza la singola richiesta di accesso, garantendole al contempo maggiori possibilità di accoglimento, al fine di favorire l'interesse pubblico oggettivo alla trasparenza. Insomma, elidere il giudizio “sulla funzionalizzazione” non significa anche escludere quello “sulla prevalenza”, perché i fini perseguiti sono diversi e non necessariamente sequenziali.

La sussistenza di una diversità teleologica non dovrebbe però impedire l'accostamento dei due giudizi avendo riguardo alla componente materiale, ovvero alla loro concreta praticabilità. Sotto questo profilo, infatti, ciò che accomuna la valutazione della funzionalizzazione e il *public interest test* è il problema di presentare, sebbene con gradazioni diverse, connessioni critiche, problematiche, con l'eventuale silenzio serbato dall'istante circa le ragioni a supporto della richiesta.

È il dubbio quindi che riconduce alla riflessione. E il dubbio sta in ciò: che orientando il ragionamento secondo una prospettiva teleologica, che guarda alla componente ampliativa del *public interest test*, si finirebbe per accettare un giudizio parimenti arbitrario, magari pregiudizievole per l'interesse “oppositivo” ma comunque tollerato per l'esito positivo prodotto in capo alla trasparenza. Vero è che la contesa interverrebbe non già solo tra l'interesse privato dell'istante e quello “oppositivo”, ma primariamente tra quest'ultimo e un interesse pubblico oggettivo (la trasparenza), sicché si direbbero irrilevanti, sotto questo aspetto, tanto le motivazioni quanto i silenzi del richiedente; ed è altresì vero che in quest'ottica l'amministrazione diverrebbe parte attiva della vicenda, custode (responsabile e responsabilizzata) della trasparenza intesa come valore⁶¹; ma pare ad ogni modo innegabile che l'effetto

⁶¹ Correttamente, G. DELLA CANANEA, *Dal potere invisibile alla trasparenza: progressi, problemi*, in *Ragion pratica*, n. 2/2014, p. 582, avverte del fatto «che bisogna guardarsi dalla tentazione di ritenere che un certo interesse, o valore, possa essere

positivo che la trasparenza può in concreto trarre dalla *disclosure* dipende pur sempre, e neppure troppo indirettamente, dai modi di essere del singolo accesso e quindi da questi il decisore non dovrebbe poter prescindere. D'altronde, l'indirizzo dottrinale che ha finito per reintrodurre un onere di motivazione postumo – richiedendo all'istante o al ricorrente di provare la consistenza dell'interesse pubblico prevalente⁶² – pare proprio andare nel senso ora indicato.

E allora, se non si va errando, così come il giudizio di ammissibilità, anche il *public interest test* non è realmente confacente (sempre e comunque) all'accesso civico generalizzato per come è stato concepito e normato dal legislatore⁶³; semmai è vero che molto della sua praticabilità dipende dal contenuto dell'istanza e, se del caso, dal dialogo improntato con l'istante: il che, se si vuole, conferma lo iato esistente tra il diritto positivo e l'aspirazione al più ampio utilizzo del *public interest test*.

Assunto, questo, non necessariamente smentito dall'impiego (legalmente imposto) del *public interest test* nell'accesso regolato dal d.lgs. 19 agosto 2005, n. 195⁶⁴, che dell'accesso civico generalizzato rappresenta un antecedente “settoriale”⁶⁵.

È vero che, al pari di quanto previsto dall'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013, l'accesso all'informativa ambientale non è sottoposto ad alcuna condizione legittimante né all'assolvimento dell'onere di motivare le istanze; ed è altresì vero che anche lì è forte la pretesa giurisprudenziale a funzionalizzare le singole istanze di accesso ambientale⁶⁶; ma le criticità pratiche di cui si è poc'anzi avvertito sono percepite anche sul fronte dell'accesso ambientale” e benché in parte originate dalla legge – così in relazione alla praticabilità del *public interest test* sulle istanze immotivate – esse impongono forzature a tal punto

tutelato, promosso, massimizzato senza che possano derivarne conseguenze negative per altri interessi o valori».

⁶² In dottrina, si veda C. TOMMASI, *Discrezionalità e vincoli nell'accesso civico generalizzato*, cit., p. 290. In giurisprudenza, cfr. Trib. UE, sez. I, 7 febbraio 2018, T-851/16, *Access Info Europe c. Commissione europea*, con commento di M. FILICE, *L'applicazione estensiva delle presunzioni generali di riservatezza: il lato oscuro del FOIA europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2018, pp. 493 ss. La pronuncia è rilevante perché dimostra i limiti dell'operatività del *public interest test* laddove espressamente previsto (cfr. art. 4, Reg. 1049/2001/CE “relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione”).

⁶³ Per M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, cit., pp. 482-483, l'applicazione del solo *harm test* «è la scelta operata nella legislazione italiana».

⁶⁴ In corrispondenza dei casi previsti dai commi 1 e 2 dell'art. 5, d.lgs. n. 195/2005, che escludono l'accesso all'informazione ambientale, il comma 3 del medesimo articolo impone all'amministrazione «una valutazione ponderata fra l'interesse pubblico all'informazione ambientale e l'interesse tutelato dall'esclusione dall'accesso».

⁶⁵ In tal senso, I. NICOTRA, *Dall'accesso generalizzato in materia ambientale al Freedom of information act*, cit., pp. 8-12; E. CARLONI – M. FALCONE, *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2017, pp. 763-764. Sul tema si veda G. BOLDI, *Le informazioni ambientali*, in B. CARAVITA – L. CASSETTI – A. MORRONE, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016, pp. 291 ss.

⁶⁶ TAR Lazio, Roma, sez. I, 8 marzo 2011, n. 2083, secondo cui l'ordinamento non può ammettere «che di un diritto nato con certe finalità, ambientali, si faccia uso per finalità del tutto diverse, vale a dire economico-patrimoniali». *Contra*, Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 17 gennaio 2018, n. 15 e TAR Venezia, sez. I, 27 aprile 2015, n. 450.

discutibili⁶⁷ da sconsigliare di percorrere quel sentiero⁶⁸. Ad ora in giurisprudenza le connessioni tra i due modelli di accesso rimangono deboli e per lo più descrittive⁶⁹: sperando nella proficuità del dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza⁷⁰, l'ulteriore speranza è che non si vada oltre.

3. Una delle possibili conclusioni a margine dello studio: il rischio del sovraccarico amministrativo e il doppio presidio della buona fede in senso oggettivo

A fronte di un istituto finalizzato sì alla soddisfazione di un interesse a valenza pubblica ma per mezzo di istanze non sottoposte né ad oneri di motivazione né soprattutto (e di tutta conseguenza) a vincoli finalistici, a ritornare prepotentemente in scena è il rischio dell'eccessivo carico amministrativo. Ed invero, una volta respinto l'*escamotage* della funzionalizzazione, tramite il quale amministrazione e giurisprudenza hanno cercato di aggredire il problema sotto un profilo sostanziale, l'apprensione per il buon andamento non solo si rinnova, ma nella costante ricerca dei limiti e controlimiti essa finisce per scontrarsi con il dato (se si vuole, piuttosto) formale del *quomodo* della richiesta di accesso e del rispetto da parte dell'istante del principio costituzionale (ed oramai civilistico) di solidarietà.

Il problema che si pone non è già quello di interrogarsi sulla praticità di un sindacato del giudice amministrativo secondo le clausole generali del diritto civile⁷¹.

Non lo è anzitutto perché nella dinamica procedimentale tra amministrazione e cittadino si instaura un rapporto giuridico⁷², così come è dato desumere, neppure troppo implicitamente, dalla transizione dal giudizio sull'atto a quello (per l'appunto) sul rapporto⁷³, e, ancor più esplicitamente, dalle affermazioni

⁶⁷ *Id est*, la surrettizia introduzione del dovere di motivare l'istanza. In tal senso, cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. III, 25 ottobre 2019, n. 2238 e TAR Lazio, Roma, sez. I *bis*, 2 maggio 2018, n. 4800: «la richiesta di accesso alle informazioni ambientali non esime il richiedente dal dimostrare che l'interesse che intende far valere riveste natura ambientale ed è volto alla tutela dell'integrità della matrice ambientale».

⁶⁸ Cfr. A. BERTI, *Note critiche sulla "funzionalizzazione" dell'accesso civico generalizzato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 11 maggio 2018, pp. 17-18.

⁶⁹ TAR Campania, Napoli, sez. VI, 30 aprile 2018, n. 2882, secondo cui «la finalità dell'accesso alle informazioni ambientali (come pure dell'accesso civico generalizzato disciplinato dal d.lg. n. 33/2013) è, infatti, proprio quella di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali [...]».

⁷⁰ In tema, A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2015, pp. 691 ss.

⁷¹ Per un confronto fra il sindacato fondato sull'eccesso di potere e quello svolto per mezzo di clausole generali, imprescindibile è il rinvio a G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali: modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012. La prospettiva di una completa transizione alle regole del rapporto è sostenuta da C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008. In merito al criterio di cui fa uso il giudice amministrativo per sindacare l'esercizio del potere amministrativo, che è più penetrante e ampio di quello impiegato dal giudice ordinario, si vedano le concise ma incisive riflessioni di G. CORSO, *Diritto pubblico e diritto privato: il confine è mobile, ma esiste*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, I, Napoli, 2017, pp. 865-866.

⁷² Per una approfondita riflessione attorno ai contorni del rapporto giuridico dinamico e statico, si veda E. FOLLIERI, *Il rapporto giuridico amministrativo dinamico*, in *Giustamm.it*, 2017.

⁷³ Se non si va errando, la centralità dell'interesse legittimo, rispetto alle pretese di un definitivo avvicendamento con la

della adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2018, che, seppur riferite all'alveo dei contratti pubblici, hanno in realtà interessato in maniera più estensiva i «rapporti con l'autorità amministrativa in generale»⁷⁴.

Non lo è poi perché la giurisprudenza amministrativa ha per l'appunto già fatto propria questa sensibilità, confermando la legittimità del provvedimento di diniego motivato dalla copiosità delle istanze di accesso civico generalizzato⁷⁵, perché quel rifiuto «altro non è che la declinazione del principio di divieto di abuso del diritto e di violazione del principio di buona fede»⁷⁶.

A margine del controverso rapporto tra buona fede e abuso del diritto e – qualora si dovesse convenire con la tesi sostenuta da Giovanni D'Amico – a volersi soprassedere sull'impossibilità di discorrersi dell'abusività di uno strumento che, per quanto si è detto, è esercitabile *ad nutum*⁷⁷, il problema che qui rileva è piuttosto un altro e muove da una considerazione pratica, spesse volte impiegata per evidenziare l'irragionevolezza di un dato normativo che non tiene conto del piano dimensionale-organizzativo delle diverse realtà su cui la disciplina dell'accesso si impone.

Il problema del mancato rapporto fra carico amministrativo e capacità dimensionale dell'ente è manifesto: le amministrazioni da tempo ne evidenziano l'insostenibilità e pare che questo sia uno degli aspetti più critici portati dinanzi alla Commissione ministeriale di studio sulle riforme in materia di anticorruzione e trasparenza⁷⁸. La connessione con il tema qui analizzato è invece meno evidente.

posizione di diritto soggettivo, caratteristica dei rapporti obbligatori del diritto privato, è implicitamente sostenuta da G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, *Dir. soc.*, n. 2/2016, pp. 203 ss., laddove afferma che «per rapporto amministrativo intendiamo la relazione che si instaura tra l'Amministrazione nell'esercizio di un potere amministrativo e il singolo cittadino, che, in quanto destinatario o possibile destinatario di tale esercizio, possa vantare una situazione di interesse legittimo» (p. 204).

⁷⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*, in *Corr. giur.*, n. 12/2018, p. 1556.

⁷⁵ Secondo quanto stabilito dall'ANAC con le *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013*, cit., p. 29, la richiesta massiva è manifestamente irragionevole se comporta «un carico di lavoro in grado di interferire con il buon funzionamento dell'amministrazione». Tale circostanza deve essere individuata «secondo un criterio di stretta interpretazione, ed in presenza di oggettive condizioni suscettibili di pregiudicare in modo serio ed immediato il buon funzionamento dell'amministrazione».

⁷⁶ TAR Lombardia, Milano, sez. III, 11 ottobre 2017, n. 1951. Per un commento alla sentenza, si veda F. MUZZI, *Brevi note sul diritto di accesso civico generalizzato. Riflessioni a margine di una recente sentenza del TAR Lombardia*, in *Giustamm.it*, n. 6/2018. L'approdo giurisprudenziale è saldo: di recente cfr. TAR Umbria, Perugia, sez. I, 3 ottobre 2019, n. 503; TAR Campania, Napoli, sez. VI, 9 maggio 2019, n. 2486.

⁷⁷ G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I Contratti*, n. 1/2010, pp. 5 s.; ID., *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *I Contratti*, n. 7/2011, p. 654. Con riferimento alla inconcepibilità di un diritto funzionalizzato non può trascurarsi quanto affermato da M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, cit., p. 478: «se un diritto è davvero tale – cioè ha una autonoma consistenza giuridica, definita tramite norme che la qualificano e differenziano – quella posizione non può mai degradare a mera “funzione”, se per funzione si intende una posizione ancillare rispetto a un interesse pubblico».

⁷⁸ Così B.G. MATTARELLA, in qualità di Presidente della Commissione ministeriale di studio sulle riforme in materia di anticorruzione e trasparenza, durante la relazione “*Anticorruzione e trasparenza*” tenuta presso la Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica - SP.I.S.A. il 14 febbraio 2020 nell'ambito del ciclo di seminari “*Garanzie dei diritti e qualità dei servizi*”. Il tema, con riferimento all'accesso civico semplice, è stato peraltro ben evidenziato

Conviene principiare dall'esito che si vuole raggiungere e per farlo si consideri il seguente duplice interrogativo: a fronte di un'istanza massiva è sufficiente che l'amministrazione opponga il carattere manifestamente irragionevole della stessa oppure è necessario (e doveroso) che l'amministrazione instauri un dialogo con l'istante volto a circoscrivere il contenuto della richiesta?

Lo si anticipa, la risposta più convincente è la seconda, ma affinché la forma sia correttamente intesa⁷⁹, anche nella sua componente sostanziale, è necessario andare oltre le posizioni assunte dai soggetti istituzionali che sono stati variamente coinvolti nella vicenda.

Anzitutto, una siffatta condizione non è prevista né dalla legislazione di settore, né dalle linee guida dell'ANAC. Non dalla prima che tace sul punto, il legislatore essendosi "dimenticato" di quanto invece disposto con l'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 195/2005, per il similare accesso all'informativa ambientale⁸⁰. Non dalle seconde che, imponendo all'amministrazione soltanto di ponderare l'interesse all'accesso con il carico burocratico, si limitano in realtà a prevedere un metodo di giudizio e non già una regola modale di comportamento da assolversi nella prospettiva del rapporto giuridico⁸¹.

Diverso è invece a dirsi per la Circolare n. 2/2017 adottata dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, perché lì l'instaurazione di un dialogo a fini selettivi è prevista: «l'amministrazione, prima di decidere sulla domanda *massiva*, dovrebbe contattare il richiedente e assisterlo nel tentativo di ridefinire l'oggetto della richiesta entro limiti compatibili con i principi di buon andamento e di proporzionalità».

Eppure, alcuni elementi suggeriscono di affermare l'insufficienza della prescrizione rispetto al sicuro assolvimento del compito.

da E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. regole strumenti limiti dell'open government*, cit., p. 265, e da I. NICOTRA, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali*, cit., p. 13, laddove si è affermato che «l'applicazione del d.lgs. n. 33/2013 ha evidenziato talune criticità che attengono al carattere indifferenziato degli obblighi di pubblicità e alla circostanza di regolare in modo identico situazioni diverse, senza distinguere enti e realtà, anche profondamente distanti tra loro, sia in ragione del grado di esposizione dell'organo al rischio di corruzione, sia con riferimento alle risorse pubbliche assegnate e della cui gestione l'ente debba rispondere».

⁷⁹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio: formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006.

⁸⁰ «Nel caso in cui la richiesta d'accesso è formulata in maniera eccessivamente generica l'autorità pubblica può chiedere al richiedente, al più presto e, comunque, entro 30 giorni dalla data del ricevimento della richiesta stessa, di specificare i dati da mettere a disposizione, prestandogli, a tale scopo, la propria collaborazione [...]».

⁸¹ *Contra* TAR Lazio, Roma, sez. II, 4 maggio 2018, n. 4977, secondo cui la prescrizione «deve essere intesa, alla luce dei generali principi di proporzionalità e ragionevolezza, come un invito a cercare una soluzione consensuale». Si consideri, anche per quanto si dirà a breve nel corpo del testo, che le linee guida dell'ANAC in tema di trasparenza e "accessi civici" sono considerate in dottrina alla stregua di circolari amministrative con mera una finalità «istruttiva» (in questo senso, E. D'ALTERIO, *Pubblica amministrazione in crisi ai tempi della trasparenza*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2018, pp. 518-519).

In tal senso è bene premettere che, seppure la precettività della Circolare – o della «direttiva notificata mediante circolare» come afferma Giannini⁸² – sia presidiata dal vizio dell'eccesso di potere⁸³, è pur sempre possibile per l'amministrazione disattenderne le prescrizioni motivando la deviazione. Assunto, questo, che con riferimento alla Circolare ministeriale in parola trova piena corrispondenza e recente conferma nella affermazione giurisprudenziale secondo cui «per la natura propria di essa, *la Circolare* non è vincolante per il giudice, né per la pubblica amministrazione»⁸⁴; a ciò dovendosi aggiungere, quale ricaduta del punto precedente, che per la descrizione del compito la Circolare impiega il modo verbale condizionale («l'amministrazione [...] dovrebbe contattare»).

Ma questi dati non sono determinanti. L'insoddisfazione per il solo aggancio alle prescrizioni della Circolare ministeriale non può infatti dipendere dalla possibile derogabilità delle stesse, perché, come è stato efficacemente sostenuto, con l'introduzione dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990, nei procedimenti relativi all'adozione di provvedimenti vincolati – come lo sono quelli per l'accesso civico generalizzato, una volta escluso il *public interest test* – il rispetto delle regole procedurali è oramai divenuto un normale «affare dell'amministrazione»⁸⁵. E, si badi, anche a leggere in termini discrezionali la natura del provvedimento sull'accesso civico generalizzato, almeno fino a luglio 2020 si sarebbe potuti giungere ad eguali conclusioni: considerato, infatti, che l'onere in parola può comunque essere riportato all'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990⁸⁶, è bene ricordare che, sino all'entrata in vigore del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito

⁸² M.S. GIANNINI, *Circolare*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, pp. 1 ss.

⁸³ F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, III, pp. 107 ss.

⁸⁴ TAR Lazio, Roma, sez. I, 28 marzo 2019, n. 4122.

⁸⁵ F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies*, l. 241/1990*: quando il legislatore non può e non deve, in *Giustamm.it*, 2005, pp. 40-41.

⁸⁶ A tal fine, vi è anzitutto da negare che in relazione ai procedimenti di accesso civico generalizzato operi quel regime di inapplicabilità dell'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, al contrario ammesso in relazione all'accesso documentale sul presupposto che «il procedimento di accesso realizz[+] un interesse meramente partecipativo, strumentale alla soddisfazione di un interesse primario, che non si concilia con la previsione di una ulteriore fase subprocedimentale» (TAR Lazio, Roma, sez. II, 7 gennaio 2008, n. 71 e TAR Lazio, Roma, sez. I, 13 dicembre 2005, n. 13562). Ciò posto, il tenore letterale dell'art. 10-*bis* – «gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le [...] osservazioni, eventualmente corredate da documenti» – parrebbe consentire solo controdeduzioni, ovvero argomentazioni attorno alle ragioni fondative dell'istanza e non anche la modifica della stessa. D'altronde, *ad abundantiam* potrebbe dirsi che questa facoltà, laddove necessario, e seppur nei limiti della «modesta entità» della modifica, è stata per l'appunto prevista esplicitamente (cfr. art. 20, comma 4, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380). Seppure la prassi amministrativa emersa dall'analisi degli arresti giurisprudenziali conforti l'impressione, è la stessa giurisprudenza più recente a confutare la tesi. Secondo il giudice amministrativo infatti la funzione del preavviso di rigetto non sarebbe solo quella di consentire al privato di contestare le ragioni ostative opposte dall'amministrazione mantenendo sostanzialmente inalterato il contenuto dell'istanza, «ma anche – e si potrebbe sostenere soprattutto – quella di (eventualmente) modificare l'istanza nel senso indicato dall'amministrazione così rendendo astrattamente possibile un suo accoglimento [...]» (Cons. St., sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 137; TAR Lazio, Latina, sez. I, 25 gennaio 2018, n. 34; TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 22 agosto 2017, n. 1329; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 24 marzo 2017, n. 1593; TAR Lazio, Latina, sez. I, 11 gennaio 2017, n. 12). Cfr. altresì P. LAZZARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 384, il quale afferma che potrebbe giungersi fino al punto di «immaginare che l'istante possa, in chiave precontenziosa o conciliativa, mutare il segno della preannunciata decisione proponendo modifiche dell'istanza o soluzioni alternative».

con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, l'art. 10-*bis* era stato ricondotto dalla giurisprudenza maggioritaria entro le maglie dell'art. 21-*octies*, comma 2, secondo periodo⁸⁷.

Ebbene, se è vero che l'amministrazione è padrona delle regole di validità essa però non lo è altrettanto con riguardo alle regole di comportamento che della "signoria" sulle prime ne informano, delimitandola, la misura. Sicché, per il successo del modello di azione prospettato dalla Circolare ciò che appare più determinante è porre in evidenza la rilevanza che l'obbligo di agire secondo buona fede assume tanto nell'assolvimento del compito istruttorio di cui si tratta quanto, ed in definitiva, nella possibilità di valutare la ragionevolezza e soprattutto la proporzionalità⁸⁸ della reiezione⁸⁹, tenuto peraltro conto che «una cosa è menzionare principi altra cosa è renderli operativi e applicarli correttamente nell'ordinamento»⁹⁰.

Questa rilevanza muove paradossalmente dal fatto che la buona fede – così come la coppia ragionevolezza-proporzionalità – sia anzitutto invocata quale limite esterno all'istanza privata.

Per spiegare il dato, conviene iniziare dal seguente convincimento. Il dovere di buona fede impone sì uno "standard" comportamentale, ma il cui adempimento sotto il profilo modale – non si fa questione di *an*, ma di *quomodo* (cioè riverberandosi sulla ragionevolezza e proporzionalità dell'istanza) – può essere determinato anche dalle caratteristiche dell'altra parte del rapporto. Come dire, non si tratta di un canone fisso, ma di una regola di comportamento a geometrie variabili, che muta, si "intensifica" e si "attenua", anche in ragione del grado di solidarietà richiesto dalla condizione (genericamente intesa) in cui versa la controparte. Le trascorse vicissitudini del dovere di informazione – dapprima imposto dall'applicazione

⁸⁷ Di recente, cfr. Cons. St., sez. IV, 28 ottobre 2019, n. 7333. Altro è invece a dirsi della correttezza dell'approdo giurisprudenziale, di cui dubita M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, cit., p. 673.

⁸⁸ Sul tema della ragionevolezza valga il rinvio a P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza*, Padova, 1993; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., pp. 371 ss. Quanto alla proporzionalità sia qui sufficiente richiamare gli scritti di A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998 e ID., *Proporzionalità*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, e ID., *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., pp. 389 ss.; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011. Per un'analisi dell'operatività principio nell'ambito di un settore specifico (qual è quello del governo del territorio), cfr. A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, 2013. Per una recente analisi dei due principi, si veda F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *federalismi.it*, n. 12/2017 (14 giugno 2017).

⁸⁹ Così, peraltro, da venire incontro a chi ha correttamente rilevato che «la frequente confusione tra proporzionalità e ragionevolezza e la scarsa chiarezza quanto ai criteri connessi all'uno e all'altro principio, hanno finito con il rendere volutamente poco stringente il sindacato giurisdizionale e al contempo hanno indebolito la forza cogente del principio di proporzionalità nella fase di applicazione da parte delle amministrazioni, che si sentono così "legittimate" ad assumere decisioni arbitrarie, apoditticamente proporzionate. In altri termini la "crescente fioritura" di sentenze amministrative nelle quali si menziona il principio di proporzionalità non va di pari passo con la sua effettiva applicazione e concreta attuazione [...]» (C. SERENI LUCARELLI, *Esclusione del concorrente non in regola con il fisco e principio di proporzionalità*, in *Munus*, n. 3/2019, 827 ss.).

⁹⁰ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 177.

delle clausole generali e poi diffusamente tipizzato, ma comunque decifrato alla luce della buona fede – evidenziano infatti che l’evoluzione di quello sia andata nel senso della sua modulazione in «funzione delle caratteristiche» dei contraenti volta per volta coinvolti nel rapporto⁹¹, ovvero «in relazione alle specificità delle loro condizioni, alle caratteristiche loro peculiari suscettibili di sintetizzarsi in *status*»; e anche laddove quell’evoluzione si è poi arrestata nella standardizzazione, essa comunque ha conosciuto l’«ulteriore sviluppo nella direzione del più esigente connotato dell’adeguatezza delle informazioni»⁹².

Queste considerazioni non possono essere trascurate laddove si intendesse parametrare l’istanza privata alla buona fede in senso oggettivo o comunque al canone di ragionevolezza⁹³, perché le condizioni dell’altra parte del rapporto amministrativo⁹⁴ pongono il parametro di valutazione della correttezza del comportamento dell’istante. Affinché la violazione del dovere di buona fede dovuta al carattere massivo e irragionevole dell’istanza possa avere una qualche rilevanza nel diniego opposto alla richiesta di accesso civico generalizzato, è necessario che l’istante conosca (o quantomeno sia posto nella condizione di conoscere) l’amministrazione, la sua “dimensione”, la capacità dei suoi uffici e il relativo carico burocratico, usuale e/o finanche provvisorio⁹⁵.

E che la conoscenza della effettiva “condizione amministrativa” non sia attività agevole da assolvere è un dato che è reso manifesto nella applicazione giurisprudenziale del limite del *rebus sic stantibus*: tanto nei casi di esercizio del potere riduttivo da parte del giudice contabile – poco importa a questi fini che esso sia inteso, in positivo, come principio di «giustizia a misura d’uomo»⁹⁶ o, in negativo, come «criterio di estrema discrezionalità, che può sfiorare l’arbitrio»⁹⁷ – quanto nelle ipotesi di applicazione dell’esimente di cui all’art. 1, comma 1-*bis*, d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, per opera del giudice amministrativo nei

⁹¹ Ad esempio, in relazione agli obblighi di informazione del sanitario nei confronti del paziente si è sostenuto che la conoscenza di quest’ultimo (della sua qualifica professionale o del suo livello culturale) possa incidere sul *quomodo* (sulle modalità) dell’assolvimento dell’obbligo medesimo. In tal senso, Cass., sez. III, 21 aprile 2016, n. 8035; Cass., sez. III, 29 settembre 2015, n. 19213.

⁹² Le citazioni nel testo sono tratte dal contributo di P. GAGGERO, *Contratti, persone, mercato: una prospettiva su tutela del consumatore e controlli sull’impresa*, in G. CONTE – A. FUSARO – A. SOMMA – V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, Roma, 2018, pp. 225 ss.

⁹³ Sul rapporto fra ragionevolezza e clausole generali, S. PATTI, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell’applicazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, n. 2/2016, pp. 251 ss.

⁹⁴ Come stabilito nella citata Circolare n. 2/2017, la ragionevolezza dell’istanza è da valutarsi, *inter alia*, tenendo conto delle «risorse interne che occorrerebbe impiegare per soddisfare la richiesta, da quantificare in rapporto al numero di ore di lavoro per unità di personale».

⁹⁵ Sul rischio «di traslare l’inefficienza organizzativa dello specifico apparato amministrativo sul cittadino ostacolando, per di più, l’esercizio di una posizione giuridica di rilievo fondamentale» si veda S. VACCARI, *Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili: le nuove regole sulla trasparenza*, in *Ist. fed.*, n. 4/2017, pp. 1021 ss., spec. p. 1041 ss. (la citazione è a p. 1044).

⁹⁶ V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2013, p. 213.

⁹⁷ G. LEONE, *Brevi riflessioni sul nuovo codice della giustizia contabile*, in *Foro amm.*, n. 2/2017, p. 430.

processi introdotti dai ricorsi per l'efficienza della p.a.⁹⁸, un ruolo determinante è svolto dalle argomentazioni della difesa, ovvero dalla conoscenza che il funzionario, nell'un caso, e l'amministrazione, nell'altro, hanno dello stato concreto in cui versa l'ente.

Dunque, poiché la reiezione dell'istanza massiva contraria a buona fede dovrebbe logicamente presupporre la prioritaria controllabilità da parte dell'istante medesimo del carattere massivo e irragionevole della sua richiesta rispetto allo stato concreto in cui versa l'amministrazione; siccome ciò nei fatti non pare onere facilmente assolvibile dall'istante; e giacché il dovere di buona fede si dice operare in senso bidirezionale; allora pare imporsi in capo all'amministrazione l'obbligo di manifestare, in ottemperanza al dovere di buona fede, le concrete situazioni organizzative che si oppongono alla richiesta di accesso, così da consentire all'istante di ridurre, selezionare, circoscrivere in un secondo momento i dati e i documenti di cui ha chiesto l'ostensione ai sensi dell'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013.

Così argomentando, lo si ripete, non si vuole raggiungere un esito diverso da quanto già previsto dalla citata Circolare ministeriale n. 2/2017, ma si intende solo evidenziare (presidiandolo) il carattere doveroso del compito, con tutto ciò che ne deriva sull'*an* e sul *quomodo* del suo assolvimento⁹⁹, essendo quello anzitutto informato da uno statuto giuridico che è marcato nel senso di una torsione verso la solidarietà e, se si vuole, in vista di uno scopo (la trasparenza). E questa sensibilità pare peraltro essere stata fatta propria anche da una parte della giurisprudenza amministrativa laddove il richiamo alla Circolare ministeriale è stato per l'appunto correttamente arricchito e tratteggiato nella descritta prospettiva finalistica¹⁰⁰.

Il discorso non solo va nella direzione tracciata dagli studi sul carattere doveroso del soccorso istruttorio procedimentale¹⁰¹, ma esso consente anche di scardinare (qualora ve ne fosse l'esigenza) l'"equivoco" di una buona fede a senso unico, quale pretesa a riequilibrare *ex post* procedimenti/rapporti – si consenta – percepiti come ontologicamente sbilanciati a favore della parte privata (qui della collettività).

Quanto precede, anzi, tutto quanto precede, evidenzia in definitiva le forti tensioni che sussistono ogniqualevolta l'amministrazione sia chiamata all'assolvimento di un fine "alieno" e diverso da quello

⁹⁸ Su cui si veda L. FELLETTI, *I primi cinque anni della class action amministrativa*, in *Resp. civ. prev.*, n. 1/2015, pp. 53 ss.

⁹⁹ Non potendosi però trascurare il problema dell'aggravamento dell'azione amministrativa, su cui si veda F. SAITTA, *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa "economica" tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, in *Dir. soc.*, n. 4/2001, pp. 491 ss.

¹⁰⁰ Cfr. TAR Puglia, Bari, sez. III, 19 febbraio 2018, n. 234 (più di recente richiamata da TAR Campania, Napoli, sez. VI, 9 maggio 2019, n. 2486, cit.) ove si afferma che «[s]iffatto comportamento non può ritenersi estraneo al percorso ed alle finalità dell'accesso civico atteso che il principio del dialogo cooperativo con i richiedenti deve ritenersi un valore immanente alle previsioni della legge istitutiva del FOIA e della finalità di condividere con la collettività il patrimonio di informazioni in possesso della Pubblica Amministrazione».

¹⁰¹ In tal senso, E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016 e M. MATTALIA, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 3/2017, pp. 573 ss.

istituzionale, con un rapporto tra costi e benefici non ripartito, ma, come si diceva, percepito (se non a svantaggio dell'amministrazione, quantomeno) a solo diretto vantaggio dei privati. E allora nell'attesa che si avverino e si avvertano gli indiretti benefici per l'amministrazione e per la collettività – in ciò risolvendosi la scissione tra lo scopo delle istanze e il fine dell'istituto – non si possono che comprendere le più immediate apprensioni per il sovraccarico amministrativo.

Ma quanto precede consiglia anche di ricordare che di «corsi e ricorsi storici» e di «equilibri alterni» il diritto amministrativo è costellato¹⁰² e il caso dell'accesso civico generalizzato ne è una riprova.

Della funzionalizzazione degli strumenti di democrazia partecipativa la giurisprudenza in tempi non sospetti si era già interrogata, giungendo peraltro a fornire risposta affermativa (ma con esiti pratici insoddisfacenti) in relazione al ricordato accesso all'informativa ambientale previsto dal d.lgs. n. 195/2005 (*supra* par. 2.1.). E, allora, memore dei *corsi e ricorsi storici*, il legislatore, da un lato, avrebbe dovuto negare con vigore la funzionalizzazione dell'accesso civico generalizzato, neutralizzando l'*impasse* e gli arbitri che ne sono seguiti¹⁰³, e, dall'altro lato, avrebbe dovuto (e dovrà) cercare di risolvere altrimenti gli *equilibri alterni* tra la massima trasparenza e il buon andamento dell'"arbitro".

Considerando la ciclicità dei problemi e ripensando a quanto si è detto in apertura del contributo vi è ora motivo di rettificare un'affermazione: non già quattro ma bensì quindici anni sono trascorsi da quando la generalizzazione dell'accesso e le sue criticità hanno fatto ingresso nell'ordinamento e ciononostante le incertezze sono ancora irrisolte. Se il FOIA italiano e, più in generale, se gli accessi generalizzati sono una conquista non più discutibile¹⁰⁴, la soluzione non potrà più essere cercata negli interstizi del diritto sostanziale ma dovrà guardare ai costi di esercizio¹⁰⁵ e al potenziamento dell'organizzazione di una pubblica amministrazione¹⁰⁶ che spesso è «additata come il maggior colpevole» – o, si è detto, come un ostacolo (*supra* par. 1) – ma che invece è «depauperata e debole»¹⁰⁷, ciò riverberandosi sulla concreta capacità di applicare le leggi: un fatto, questo, di cui il legislatore troppo spesso non si preoccupa¹⁰⁸.

¹⁰² Così come dimostra, in una recente monografia sui beni pubblici, G. TORELLI, *Contraddizioni e divergenze delle politiche legislative sui beni pubblici*, Torino, 2019 (citazione a p. 123).

¹⁰³ M.A. SANDULLI – L. DROGHINI, *La trasparenza amministrativa nel FOIA italiano*, cit., pp. 418-419.

¹⁰⁴ Il tema è stato di recente indagato nella prospettiva della responsabilizzazione ambientale da S. VERNILE, *La circolazione delle informazioni nel processo di «responsabilizzazione ambientale»*, in *Dir. econ.*, n. 3/2019, pp. 321 ss.

¹⁰⁵ Ampia è la critica sul punto di 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*, cit., pp. 1054-1058.

¹⁰⁶ Sempre D.U. GALETTA, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de "le vite degli altri"?*, in *federalismi.it*, n. 10/2018 (9 maggio 2018), p. 11, ricorda l'«inevitabile sovraccarico nell'attività delle pubbliche amministrazioni che questa complessa attività – assegnata senza attribuire risorse finanziarie e/o di personale aggiuntive – inevitabilmente comporta».

¹⁰⁷ S. CASSESE, *Il dramma di un paese che non riesce a muoversi*, in *Corriere della Sera*, 19 novembre 2019. Dello stesso Autore, sui fattori di crisi del corpo amministrativo, si veda *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2019, pp. 7-9.

¹⁰⁸ B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi*, Bologna, 2001, p. 41.