

Il diritto di accesso: un arcipelago in continua evoluzione

Autore: Roberto Bonfanti

In: Diritto amministrativo

Premessa

Il diritto di accesso, istituto di fondamentale rilevanza nel diritto amministrativo, è stato oggetto di una profonda evoluzione normativa, volta ad estenderne sempre più i confini nell'intento di attuare compiutamente quel principio di trasparenza che deve necessariamente sovrintendere all'intera attività e organizzazione della Pubblica Amministrazione.

In particolare, come meglio si illustrerà nel prosieguo, il sistema pubblicistico interno, inizialmente improntato ad una logica di sostanziale segretezza dell'agere amministrativo, ha dapprima generalizzato la facoltà di accesso agli atti amministrativi quale mezzo strumentale alla tutela delle posizioni differenziate dei singoli e, successivamente, con l'elaborazione degli istituti dell'accesso civico e generalizzato, ha aperto la strada ad un controllo generalizzato della collettività sull'intera attività dell'Amministrazione.

Senonchè, a fronte di detta evoluzione legislativa, gli interpreti sono stati chiamati ad individuare i confini tra le varie figure di accesso previste nel nostro ordinamento e a risolvere una serie di questioni interpretative che esse pongono.

Approfondisci con il Compendio di diritto amministrativo

Il diritto di accesso: inquadramento generale

Tanto premesso, il diritto di accesso, in via di prima approssimazione, può essere definito come la facoltà di accedere a dati, atti e documenti amministrativi per finalità variabili a seconda della tipologia di accesso che di volta in volta viene in rilievo.

Come anticipato, il diritto di accesso configura una delle principali attuazioni del **principio di trasparenza**, indicato tra i principi generali dell'azione amministrativa dall'art. 1 co. 1 della legge

241/1990 e definito come “**accessibilità totale**” dei dati e dei documenti detenuti dalla Pubblica Amministrazione, così da rendere conoscibile all’esterno l’operato di quest’ultima.

Si tratta di un principio che, secondo una metaforica immagine frequentemente utilizzata dalla dottrina, intende configurare la Pubblica Amministrazione come una sorta di “casa di vetro” attraverso cui è possibile scorgere limpidamente gli aspetti relativi all’organizzazione e all’attività amministrativa.

Il principio di trasparenza è a sua volta correlato ad altri principi che sovrintendono al complessivo sistema amministrativo, quali il canone di **imparzialità, legalità sostanziale, pubblicità e buon andamento della Pubblica Amministrazione**. Esso inoltre, più ampiamente, soprattutto a fronte dell’introduzione dell’accesso generalizzato, dà attuazione anche al **principio democratico**, pietra angolare del nostro ordinamento.

Più propriamente, attraverso un controllo diffuso sull’operato della Pubblica Amministrazione è possibile verificare che questa si attenga ai canoni di imparzialità e persegua effettivamente i fini stabili dalla legge, nell’ottica del complessivo buon andamento dell’attività amministrativa.

Tipologie di accesso disciplinate nell’ordinamento italiano: l’accesso comune

Il nostro sistema prevede in via generale tre tipologie di accesso, cui devono aggiungersi le specifiche ipotesi speciali previste da discipline di settore. Quanto alle fattispecie generali, secondo una tripartizione ben illustrata anche dall’ANAC in un parere del 2016, si possono distinguere **l’accesso comune** ex artt. 22 e ss. l. 241/90, **l’accesso civico** di cui all’art. 5 co. 1 d.lgs. 33/13 e **l’accesso generalizzato** ex art. 5 co. 2 d.lgs. 33/13.

Quanto alle ipotesi previste dalla normativa di settore, si richiamano, per esempio, gli accessi previsti agli artt. 10 e 43 del T.U.E.L., l’accesso in materia ambientale e quello regolato dall’art. 53 d.lgs. 10/16 in tema di atti di gara.

Prendendo le mosse dall’accesso comune, esso è stato introdotto dagli artt. 22 e ss. della l. n. 241/90 che hanno generalizzato l’istituto in questione, ponendosi in netta contrapposizione con la logica di segretezza cui era in passato improntata l’attività amministrativa.

Il diritto di accesso comune ai documenti amministrativi è riconosciuto ai titolari di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento del quale è chiesta l’ostensione. Pertanto, alla luce dell’art. 22 co. 1 b) l. 241/90, la facoltà di accedere ai documenti detenuti dalla Pubblica Amministrazione non è attribuita al quisque de populo, ma unicamente ai soggetti titolari di una posizione differenziata e collegata al documento di cui si chiede l’ostensione.

Non è quindi consentito un accesso al solo fine di svolgere un controllo generalizzato sull'operato dell'Amministrazione, come del resto confermato *expressis verbis* dall'art. 24 co. 3 della l. 241/90.

Come si illustrerà nel prosieguo, la logica è esattamente opposta a quella dell'accesso generalizzato, essendo quest'ultimo finalizzato proprio a consentire un controllo diffuso sull'operato dell'Amministrazione.

La necessaria presenza dei suddetti requisiti legittimanti trae con sé, quale logica conseguenza, l'obbligo in capo al privato di motivare la propria istanza in relazione ai presupposti previsti dalla normativa indicata.

Ciò posto in ordine ai requisiti legittimanti l'accesso ex art. 22 l. 241/90, occorre sommariamente illustrare la diatriba dottrinale e giurisprudenziale circa la natura giuridica del diritto di accesso comune di cui sopra.

Sebbene infatti l'art. 22 della l. 241/90 discorra espressamente di "diritto", secondo un primo orientamento dottrinale, tale espressione sarebbe utilizzata in senso atecnico, configurandosi in tale ipotesi un vero e proprio interesse legittimo.

Tale conclusione è stata sostenuta sulla base di plurimi argomenti. In primo luogo, si è rilevato che la Pubblica Amministrazione può concedere o meno l'accesso sulla base di una sua valutazione discrezionale. In secondo luogo, si è osservato che la giurisdizione in materia è attribuita al giudice amministrativo, senza che in passato fosse specificato il suo carattere esclusivo. In terzo luogo, la previsione di un termine decadenziale di impugnazione del provvedimento amministrativo che si pronuncia sull'istanza conoscitiva sembra deporre nel senso della configurabilità di un interesse legittimo.

Tale orientamento aveva peraltro ottenuto l'avvallo autorevole dell'Adunanza Plenaria, in due pronunce del 1999.

Un altro filone interpretativo, invece, riteneva che l'art. 22 avesse introdotto un diritto soggettivo. Tale tesi era sostenuta facendo leva, oltre che sull'argomento letterale, sul fatto che la Pubblica Amministrazione non godesse di alcun potere discrezionale nel decidere sull'istanza di accesso, ma dovesse solo limitarsi a verificare i presupposti previsti dalla legge ai fini dell'accoglimento della relativa richiesta.

Tale conclusione trovava poi conferma nell'espressa qualificazione come esclusiva della giurisdizione amministrativa sul diritto di accesso operata dalla riforma del 2005 e confermata dal C.P.A.

Tale contrasto interpretativo è stato infine risolto dall'Adunanza Plenaria nel 2006, la quale ha sostenuto l'inutilità pratica di indagare la natura giuridica intrinseca al diritto di accesso, trattandosi infatti di una **posizione meramente strumentale rispetto alla situazione soggettiva per la cui tutela esso è**

previsto.

Proseguendo nell'illustrazione della disciplina applicabile all'accesso comune, si rileva che esso è consentito in relazione a tutti i documenti detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale.

Molto articolata è infine la disciplina relativa alle **eccezioni al diritto di accesso**: è infatti evidente che l'interesse sotteso all'istanza di accesso al documento amministrativo potrebbe entrare in conflitto con altri interessi con esso antagonisti.

Per questo, l'art. 24 prevede un'articolata disciplina in ordine ai limiti del diritto di accesso.

In particolare, tale norma, al primo comma, prevede alcune **esclusioni assolute**: si fa riferimento, ad esempio, ai documenti coperti da segreto di stato o da divieto di divulgazione previsti dalla legge, agli atti normativi o amministrativi generali, nonché agli atti relativi ai procedimenti tributari.

L'assolutezza di tale divieto è però temperata dalla previsione di cui al co. 5 per cui tali documenti sono considerati segreti sono nell'ambito e nei limiti della connessione di essi con le esigenze di segretezza, cioè solo nella parte in cui l'ostensione di essi possa pregiudicare gli interessi sottesi ai divieti sopra indicati.

Vi è quindi un'apertura all'accesso anche a fronte di tali eccezioni assolute; come si vedrà, tale temperamento non è contemplato per l'accesso generalizzato.

La questione però più complessa e che ha interessato maggiormente la dottrina è quella relativa al rapporto tra **diritto di accesso e riservatezza**: questione risolta, in modo piuttosto articolato, dall'art. 24 co. 7 l. 241/1990. In linea generale, il diritto alla riservatezza degli interessati al dato di cui si chiede **l'ostensione soccombe qualora la conoscenza di essi sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici**.

Quindi, l'accesso c.d. difensivo, in linea generale, prevale sull'esigenze alla riservatezza. Tuttavia, **laddove vengano in rilievo dati sensibili o giudiziari, l'accesso è consentito solo nei limiti in cui sia strettamente indispensabile**. Occorre quindi svolgere una comparazione tra interesse difensivo e contro-interesse del titolare del dato.

Infine, qualora vengano in rilievo **dati sensibilissimi**, quali quelli idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, si ritiene che **l'accesso prevalga unicamente se volto a tutelare interessi di rango pari o superiore a quello di cui è titolare il soggetto cui i dati si riferiscono**. In questo caso, dunque, la comparazione non è tra diritto di difesa e interesse alla riservatezza del dato, ma tra quest'ultimo e il diritto che si intende tutelare con l'accesso difensivo.

È infine opportuno segnalare che, in giurisprudenza, la nozione di accesso difensivo è stata interpretata in modo molto estensivo, ricomprendendovi le ipotesi di giudizio attuale o potenziale, i procedimenti amministrativi, i procedimenti disciplinari o anche il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Le altre due tipologie di accesso: l'accesso generalizzato e l'accesso civico

Come anticipato, le altre due tipologie di accesso previste dal nostro ordinamento sono l'accesso civico e generalizzato.

L'accesso generalizzato trova la propria disciplina all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/13 ed è stato introdotto dal legislatore del 2016, in attuazione della c.d. legge Madia.

Come anticipato, si tratta del segno maggiormente tangibile dell'evoluzione in senso estensivo del principio di trasparenza e del correlato diritto di accesso, non più solo mezzo strumentale alla tutela di una posizione differenziata come nell'ipotesi ordinaria, ma strumento a disposizione del quisque de populo al fine di esercitare un controllo diffuso e democratico sull'azione amministrativa.

L'art. 5 co. 2 d.lgs. 33/13, infatti, afferma che **il diritto di accesso generalizzato è esercitato allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico**. Si tratta di una disposizione in evidente contrasto con l'art. 24 co. 3 l. 241/90 in tema di accesso comune, che non ammette istanze preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni.

L'accesso generalizzato, a differenza di quello comune, può dunque essere richiesto da parte del quisque de populo, senza necessità di dover dimostrare il possesso dei requisiti legittimanti prescritti dall'art. 22 della l. 241/90 e anche al solo fine di un generico controllo sull'agere amministrativo.

Tale conclusione è per la verità temperata dalla giurisprudenza amministrativa, la quale sottolinea che le finalità per cui può essere richiesto l'accesso in questione, seppure molto ampie, svolgono comunque una funzione delimitativa delle possibili istanze, le quali non possono perseguire finalità meramente emulative o dilatorie. Si tratta, a ben vedere, di una precisazione in linea con l'orientamento prevalente che ammette la vigenza nel nostro ordinamento di un generale principio di divieto di abuso del diritto.

Quanto alla natura giuridica, pare non si possa dubitare che venga qui in rilievo un'azione popolare esperita nell'esercizio di un diritto pubblico di libertà, riconosciuto a tutti i consociati nell'ottica di una partecipazione democratica alla gestione della res publica.

Senonchè, l'estrema ampiezza dell'ambito applicativo dell'accesso generalizzato è temperata dalla previsione di puntuali esclusioni, indicate all'art. 5 bis del d.lgs. 33/13, anch'esso introdotto in attuazione della riforma Madia del 2016.

Il regime delle eccezioni è stato puntualmente chiarito da un parere reso dall'ANAC nel 2016, in attuazione dell'art. 5 bis co. 6 del d.lgs 33/13. In particolare, l'autorità ha rilevato che l'art. 5 bis prevede **esclusioni relative** all'accesso generalizzato ai co. 1 e 2 ed **esclusioni assolute** dello stesso al co. 3.

Quanto alle prime, ad avviso dell'ANAC, spetta all'Amministrazione svolgere una comparazione tra gli interessi pubblici o privati sottesi alle citate esclusioni con l'interesse del richiedente all'ostensione del documento o del dato.

Le eccezioni assolute, che escludono l'accesso senza lasciare margini di apprezzamento alla Pubblica Amministrazione, sono quelle previste dal co. 3 dell'art. 5 bis d.lgs. 33/13 che fa riferimento al **segreto di Stato** e agli **altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge**, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità e limiti.

Quanto al segreto di Stato, esso si configura dunque come eccezione assoluta all'accesso generalizzato, senza possibilità per la Pubblica Amministrazione di svolgere alcun giudizio comparativo, diversamente da quanto previsto e sopra illustrato in tema di accesso comune ai sensi dell'art. 24 co. 5 l. 241/90.

L'assolutezza di tale esclusione, dunque, distingue l'accesso generalizzato dall'accesso comune.

In relazione ai **divieti di divulgazione previsti dalla legge**, secondo quanto chiarito dall'ANAC, la norma fa riferimento, innanzitutto, alle normative in tema di segreto bancario, statistico e professionale, nonchè alla tutela dei c.d. dati sensibilissimi. Quanto a questi ultimi, è evidente il parallelismo con l'art. 24 co. 7 l. 241/90 che invece consente l'accesso anche a tali dati seppure entro ristrettissimi limiti: pertanto, in presenza di dati idonei a rivelare la vita sessuale o lo stato di salute di un soggetto, la domanda di accesso generalizzato ex art. 5 co. 2 d.lgs. 33/13 sarà negata, ma potrebbe essere accolta, ricorrendone i presupposti, l'istanza di accesso ex art. 22 l. 241/90.

Quanto alla terza tipologia generale di accesso, essa consiste nell'**accesso civico**, introdotto nel 2013 in attuazione della l. c.d. Severino e regolato all'art. 5 co. 1 d.lgs. 33/13.

Analogamente all'accesso generalizzato, anch'esso non richiede la ricorrenza dei requisiti di legittimazione prescritti dall'art. 22 l. 241/90, ma da esso si distingue per il suo limitato oggetto, concernente unicamente gli atti oggetto di un obbligo di pubblicazione da parte dell'Amministrazione. Così, il rimedio di cui all'art. 5 co. 1 d.lgs. 33/13 può essere esperito al solo fine di sollecitare l'Amministrazione alla pubblicazione di un atto che ha omesso di pubblicare, nonostante sulla stessa gravasse un obbligo in tal senso.

Tratti comuni e differenziali tra le diverse forme di accesso

Tanto sommariamente chiarito in termini generali circa i diversi istituti, si evidenzieranno ora le relative distinzioni, peraltro già in parte anticipate sopra.

Muovendo dal confronto tra accesso generalizzato e comune, si può innanzitutto rilevare come le due ipotesi di accesso paiano sovrapporsi quanto all'ambito oggettuale di applicazione, riferendosi entrambe a tutti i documenti detenuti da una Pubblica Amministrazione; per la verità, la dottrina più attenta ha evidenziato che l'accesso generalizzato ha un ambito più esteso rispetto a quello comune ricomprendendovi non solo i documenti amministrativi, ma anche i dati.

I due istituti si distinguono poi, come evidenziato, per i **diversi requisiti di legittimazione**. Mentre l'accesso generalizzato è riconosciuto al quisque de populo, quello comune è consentito solo ai soggetti che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento del quale è chiesto l'accesso: conseguentemente, l'istanza relativa all'accesso ex art. 5 co. 2 d.lgs. 33/13 non dovrà essere motivata in ordine ai requisiti di legittimazione, a differenza della richiesta ex art. 22 l. 241/90.

Ulteriore elemento differenziale, come rilevato, consiste nel **differente regime delle esclusioni**, specie con riguardo ai limiti assoluti e al diritto alla riservatezza.

Quanto ai primi, l'accesso comune è escluso ad esempio per documenti coperti da segreto di Stato, ma può essere consentita l'ostensione per quella parte di documento la cui divulgazione non pregiudichi gli interessi sottesi al divieto legislativo. Diversamente, l'esistenza di un segreto di Stato configura per l'accesso generalizzato un'esclusione assoluta, senza possibilità di temperamento.

Quanto alla riservatezza, come rilevato, in tema di accesso comune, la Pubblica Amministrazione ha un maggior margine di comparazione degli interessi antagonisti, potendo far prevalere, entro ristretti limiti, l'accesso difensivo anche a fronte di dati sensibilissimi. Tale prevalenza è invece radicalmente esclusa per l'accesso generalizzato.

I due istituti divergono inoltre per la diversa natura giuridica. Mentre l'accesso comune configura, secondo la tesi prevalente in giurisprudenza, una posizione strumentale alla tutela della situazione soggettiva vantata, l'accesso generalizzato integra un'azione popolare esperita nell'esercizio di un diritto pubblico di libertà.

Un'ulteriore differenza tra le due fattispecie è procedurale. La mancata risposta dell'Amministrazione all'istanza di accesso comune entro 60 giorni configura un'ipotesi di silenzio-rigetto impugnabile ex art. 116 C.P.A.

È invece privo di tale significatività il silenzio serbato dalla Pubblica Amministrazione a fronte di un'istanza di accesso generalizzato. Così, di fronte all'inerzia dell'Amministrazione, il privato potrà al più esperire il rito avverso il silenzio-inadempimento ex art. 117 C.P.A. ed eventualmente, in caso di successivo rigetto, attivare il rito in materia di accesso di cui all'art. 116 C.P.A.

Alcuni autori, infine, ritengono che il novero dei legittimati passivi della richiesta di accesso generalizzato sia ancora più esteso rispetto alla già ampia categoria dei soggetti cui rivolgere istanza di accesso comune ex artt. 22 e ss. l. 241/90.

Quanto infine all'accesso civico, esso ha ad oggetto atti e documenti che la Pubblica Amministrazione è tenuta a pubblicare. Sicchè, la richiesta di ostensione è volta segnatamente ad ottenere l'adempimento di tale obbligo da parte del soggetto pubblico.

È dunque evidente come l'accesso generalizzato abbia un ambito oggettuale differente rispetto alle altre due ipotesi, riguardando unicamente atti e documenti oggetto di un obbligo di pubblicazione da parte della Pubblica Amministrazione.

Quanto ai requisiti di legittimazione, l'accesso civico, come quello generalizzato e a differenza dall'istituto tradizionale, può essere richiesto dal quisque de populo purchè la richiesta abbia ad oggetto un atto o documento che la Pubblica Amministrazione ha l'obbligo di pubblicare.

Leggi anche: "Pubblica Amministrazione e trasparenza"

Discipline speciali in tema di accesso

Quanto alle discipline speciali in punto di accesso, notevole interesse riveste la fattispecie prevista dall'art. 53 d.lgs. 50/2016 in materia di **atti di gara**.

Con tale previsione, il legislatore ha inteso contemperare **tre differenti esigenze**.

Innanzitutto, la prima esigenza che viene in rilievo è **l'interesse di tutti i concorrenti a conoscere gli atti di gara al fine di verificare il rispetto delle regole che sovrintendono al corretto espletamento della relativa procedura**. Tale esigenza è strettamente connaturata e particolarmente avvertita in tutte le procedure che si caratterizzano per la loro natura competitiva, nelle quali è particolarmente evidente l'interesse dei concorrenti a verificare che la procedura sia correttamente condotta.

La seconda esigenza di cui occorre tener conto è quella di **evitare che la preventiva conoscenza da parte di un concorrente dell'offerta presentata da un candidato possa frustrare il regolare**

svolgimento della procedura. È infatti evidente che un concorrente, qualora sappia in anticipo l'offerta presentata da altro competitor, potrebbe orientare conseguentemente la propria offerta, così falsando il regolare svolgimento della gara.

In terzo luogo, **occorre tutelare i segreti tecnici e industriali degli operatori economici partecipanti alla competizione, che potrebbero costituire l'autentica forza imprenditoriale e commerciale delle imprese partecipanti.**

L'art. 53 del d.lgs. 50/16 consente, in via generale, l'accesso agli atti di gara, garantendo così ai concorrenti un controllo circa la corretta conduzione delle procedure di gara; al contempo, l'esigenza di garantire il corretto svolgimento della procedura competitiva, senza che essa possa essere frustrata dalla previa conoscenza delle offerte di altri concorrenti, è garantita dalla previsione di un differimento dell'accesso ad un momento in cui tale rischio non è più ravvisabile.

Quanto infine all'esigenza di tutelare il segreto tecnico o commerciale, essa è garantita con l'esclusione dell'accesso alle informazioni che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali. Ai fini dell'esclusione del diritto di accesso, dunque, il concorrente deve necessariamente motivare la ricorrenza di un segreto tecnico o commerciale, in difetto di tale giustificazione l'istanza volta all'ostensione degli atti di gara sarà accolta.

Inoltre, è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto. Quindi, la norma fa salvo l'accesso difensivo.

In questo caso, la giurisprudenza ha fornito un'interpretazione più restrittiva della nozione di accesso difensivo, rispetto a quella sopra illustrata formatasi in relazione all'art. 24 co. 7 l. 241/90. Si ritiene infatti che l'art. 53 d.lgs. 50/16 faccia riferimento sia al giudizio attuale, sia a quello potenziale, purchè però giurisdizionale. Non si fa invece riferimento ai procedimenti diversi da quelli giurisdizionali, diversamente da quanto rilevato con riguardo all'art. 24 co. 7 l. 241/90 che ha invece un'estensione ben più ampia.

La dottrina si è peraltro più approfonditamente interrogata sui rapporti tra art. 53 d.lgs. 50/16 e l'art. 24 co. 6 d) e 7 l. 241/90 rilevando che la prima norma contiene una tutela particolarmente incisiva per il segreto, mentre le altre due disposizioni concernono la mera riservatezza, anche commerciale.

Pertanto, a fronte di esigenze di tutela della mera riservatezza commerciale, viene in rilievo la disciplina comune, applicandosi la più incisiva tutela di cui all'art. 53 d.lgs. 50/16 solo a fronte di un segreto tecnico o commerciale; l'art. 53 d.lgs. 50/16, peraltro, si applica unicamente ai concorrenti, non invece ai terzi non partecipanti alla gara.

La giurisprudenza si è infine interrogata circa la possibilità di richiedere l'accesso generalizzato ex art 5 co. 2 d.lgs. 33/13 agli atti i gara, fornendo risposta negativa al quesito. In particolare, s'è rilevato, in primo luogo, che l'accesso agli atti di gara rientra nei casi in cui l'accesso è subordinato dalla

disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti per cui l'art. 5 bis co. 3 d.lgs. 33/13 esclude l'accesso universale.

In secondo luogo, gli sforzi del legislatore di individuare un equo bilanciamento delle tre esigenze sopra enunciate non possono essere vanificati attraverso il riconoscimento di un diritto in capo al quisque de populo di richiedere l'accesso generalizzato agli atti di gara.

Si ritiene dunque che l'accesso generalizzato non trovi applicazione agli atti di gara.

Conclusioni

Alla luce di quanto sopra considerato, si può allora concludere osservando che il diritto di accesso è una delle principali attuazioni del principio di trasparenza, il quale è a sua volta collegato ad altri principi di rango costituzionale propri dell'agire amministrativo.

Se a partire dal '90 l'accesso comune era l'unica forma generale di accesso, successivamente, nel 2013 e nel 2016, sono state introdotte due nuove forme di accesso generale, cioè quello civico e quello generalizzato.

L'accesso comune è riconosciuto dalla legge in capo ai titolari di una posizione differenziata correlata al documento di cui chiedono l'ostensione, mentre l'accesso civico e generalizzato sono riconosciuti al quisque de populo, essendo questi ultimi segni tangibili di un'estensione del principio di trasparenza verso la finalità di garantire un controllo diffuso da parte dei consociati sull'operato amministrativo.

L'accesso generalizzato si distingue poi dall'accesso comune, oltre che per i diversi requisiti legittimanti, anche per la differente disciplina delle eccezioni, per la diversa natura giuridica, nonché per le peculiarità relative alla regolazione del provvedimento di conclusione del procedimento.

Una peculiare ipotesi di accesso è prevista in tema di atti di gara dall'art. 53 d.lgs. 50/16 il quale detta una peculiare disciplina volta a contemperare tre diverse esigenze tra loro confliggenti, cioè l'interesse al controllo circa il regolare svolgimento della procedura, l'esigenza di non frustrare il normale svolgimento della gara conoscendo preventivamente l'offerta degli altri concorrenti, nonché la necessità di evitare la disvelamento di segreti tecnici e industriali dei singoli operatori economici. All'esito del bilanciamento tra queste opposte istanze il legislatore ha così previsto un sistema che preveda un generale diritto all'ostensione degli atti di gara, contemperato dal differimento dell'accesso ad un momento in cui viene meno il rischio di frustrazione del regolare svolgimento della gara e dalla previsione di eccezioni a tale facoltà a tutela del segreto commerciale o tecnico.

Quanto a quest'ultimo aspetto, la norma garantisce al segreto industriale del concorrente una tutela

particolarmente incisiva rispetto alla disciplina generale in tema di accesso comune che invece tutela la mera riservatezza commerciale e che si applica a tutti i soggetti, non solo ai partecipanti alla gara.

La giurisprudenza ha infine chiarito che l'accesso generalizzato non può applicarsi agli atti di gara perché a ciò osta la chiara indicazione contenuta nell'art. 5 bis co. 3 d.lgs. 33/13 e perché la peculiare regolazione dettata dal legislatore per tale ipotesi non può essere frustrata da un'ostensione garantita al quisque de populo.

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/il-diritto-di-accesso-un-arcipelago-in-continua-evoluzione/>