

PAOLO PATRITO - FRANCESCA PAVONI

## LA DISCIPLINA DEL RIUTILIZZO DEI DATI PUBBLICI DAL PUNTO DI VISTA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO: PRIME RIFLESSIONI

**SOMMARIO:** 1. La nozione di Pubblica Amministrazione. — 1.1. Gli organismi di diritto pubblico. — 1.2. Le imprese pubbliche. — 2. L'accesso ai documenti amministrativi. — 2.1. Accesso e tutela della riservatezza. — 2.2. Tutela del diritto di accesso. — 3. Il riutilizzo dei dati pubblici. — 3.1. 1<sup>a</sup> ipotesi: i dati già disponibili. — 3.2. 2<sup>a</sup> ipotesi: l'istanza di riutilizzo. — 3.3. 3<sup>a</sup> ipotesi: riutilizzo e accesso.

Il D.Lgs. n. 36/2006<sup>1</sup>, di recepimento della direttiva 2003/98/Ce di cui è recente una proposta di modifica<sup>2</sup>, disciplina le modalità di riutilizzo dei « documenti contenenti dati pubblici nella disponibilità delle pubbliche amministrazioni e degli organismi di diritto pubblico » (art. 1, 1° comma)<sup>3</sup>,

\* Il presente scritto, pur essendo il frutto di un lavoro coordinato e condiviso, è attribuibile per i capitoli da 1 a 2.1 a Paolo Patrito e per i capitoli da 2.2 a 3.3 a Francesca Pavoni. Esso è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente il comitato dei Referenti della Rivista secondo le correnti prassi nella comunità dei giuristi.

<sup>1</sup> La Regione Piemonte, prima in Italia, ha dato attuazione al D.Lgs. n. 36/2006 con legge regionale 23 dicembre 2011, n. 24, recante « Disposizioni in materia di pubblicazione tramite la rete internet e di riutilizzo dei documenti e dei dati pubblici dell'amministrazione regionale », in B.U., 29 dicembre 2011, n. 52.

<sup>2</sup> Si tratta della Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, reperibile sul sito [http://ec.europa.eu/information\\_society/policy/psid/docs/pdfs/opa2012/revision\\_of\\_PSI\\_Directive/proposal\\_directive\\_IT.pdf](http://ec.europa.eu/information_society/policy/psid/docs/pdfs/opa2012/revision_of_PSI_Directive/proposal_directive_IT.pdf).

<sup>3</sup> Sull'informazione del settore pubblico si rinvia a: D. ATHROP-L. RUMA, *Open Government. Collaboration, Transparency and Participation in Practice*, Sebastopol, 2010; P. UHLIR (Rapporteur), *The*

*socioeconomic Effect of Public Sector Information on Digital Networks. Toward a Better Understanding of Different Access and Reuse Policies. Workshop Summary*, Washington, 2009; B. PONTI, *Il regime dei dati pubblici. Esperienze europee e ordinamento nazionale*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2008; ID., *I dati di fonte pubblica: coordinamento, qualità e riutilizzo*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 405 ss.; U. FANTIGROSSI, *I dati pubblici tra Stato e mercato*, in *Amministrare*, 2007, 277; G. GUIDI (a cura di), *La società dell'informazione: libertà, pluralismo, risorse. Atti del Convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, San Marino, 30 settembre 2005, Torino, 2006; A. CERRILLO I MARTINEZ-A. GALAN, *La reutilización de la información del sector público*, Granada, 2006; G. AICHHOLZER-H. BURKERT, *Public Sector Information in the Digital Age. Between Markets, Public Management and Citizen's Right*, Cotenham, 2004; A. CARDARELLI, *Le banche dati pubbliche: una definizione*, in *Dir. inf.*, 2002, 321 ss.; V. ZENO-ZENOVICH, *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., IX, Torino, 1993, 426, il quale esclude che i soggetti pubblici « possano e [...] debbano essere gli unici de-

con esclusione — così almeno parrebbe — delle imprese pubbliche, giusta il considerando 10 della Direttiva 2003/98/CE<sup>4</sup>.

Il primo problema posto dal D.Lgs. n. 36/2006 consiste nell'interazione tra disciplina del riutilizzo dei dati pubblici e disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi ex legge n. 241/1990, fatta espressamente salva dall'art. 4, lett. c), D.Lgs. n. 36/2006.

La prima conseguenza della clausola di salvezza è che sono esclusi dal riutilizzo i documenti già sottratti all'accesso ex art. 24, L. n. 241/1990<sup>5</sup>, e quindi, ad esempio, i documenti coperti dal segreto di Stato, i documenti relativi a procedimenti tributari, quelli relativi all'attività della Pubblica Amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione (con le dovute eccezioni, come, ad esempio, le informazioni ambientali) e le valutazioni psico-attitudinali rese nell'ambito di concorsi pubblici.

Sin qui *nulla quaestio*.

Il problema più pressante deriva, però, dall'art. 1, comma 3, direttiva 2003/98/CE, secondo cui «la presente direttiva non si applica nei casi in cui i cittadini o le imprese devono dimostrare, in virtù del regime di accesso, di avere un particolare interesse all'ottenimento dell'accesso ai documenti», e dall'art. 2, lett. d), D.Lgs. n. 36/2006, secondo cui il «dato pubblico» è il dato conoscibile da chiunque<sup>6</sup>: in Italia, ai sensi dell'art.

positari delle informazioni raccolte, sia perché vi si attribuisce una natura «pubblica», sia perché deve essere consentito di conoscere su quali elementi si fondano le scelte (o non scelte) dei pubblici poteri». Più in generale sulla natura giuridica dell'informazione, v. Id., *Cosa*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., IV, Torino, 1989, 453.

<sup>4</sup> Secondo il decimo considerando «le definizioni di «ente pubblico» e di «organismo di diritto pubblico» sono tratte dalle direttive sugli appalti pubblici [92/50/CEE(5), 93/36/CEE(6), 93/37/CEE(7) e 98/4/CE(8)]. *Le imprese pubbliche non rientrano in tali definizioni*» (enfasi aggiunta). In argomento, v. M. RICOLFI, J. DREXL, M. VAN EECHOU, M. SALMERON, C. SAPPÀ, P. TXIAVOS, J. VALERO, F. PAVONI, P. PATRITO, *The Exclusion of «Public Undertakings» from the Re-use of Public Sector Information Regime*, in *Informatica e diritto*, 2011, 1-2, 147 ss.

<sup>5</sup> B. PONTI, *Il riutilizzo dei documenti del settore pubblico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, 822. Tale limitazione, del resto, è prevista dallo stesso D.Lgs. n. 36/2006: v. l'art. 3, lett. g).

<sup>6</sup> Al riguardo, va tenuto in debito conto che la nozione di disponibilità fa riferimento ad un'area di conoscibilità meno ampia rispetto a quella dell'accesso (inteso in senso tecnico) ed anche assistita da minore tutela per l'interessato: v. sul punto E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai*

*documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 573 ss., part. 587. Minor tutela che si sostanzia negli stringenti limiti dettati per il riutilizzo dalla disciplina in materia di privacy e di proprietà intellettuale. In argomento si rinvia ai seguenti articoli tutti pubblicati sul numero monografico di *Informatica e diritto*, 2011, 1-2, dedicato agli Open data e al riutilizzo dei dati pubblici: M. ALOVISI, *Criticità Privacy nel riutilizzo dei dati pubblici*, 45 segg.; E. BASSI, *PSI, protezione dei dati personali, anonimizzazione*, 65 ss.; R. PENNAZIO-P. ROSSI, *Open data e tutela della riservatezza tra uniformazione europea e approcci nazionali*, 85 ss., e B. VAN DER SLOOT, *Public Sector Information & Data protection: A Plea for personal Privacy Settings for the Re-use of PSI*, 219 ss. Si rammenta, infine, che l'art. 3, cit., esclude l'applicazione della disciplina dettata dal decreto per i seguenti documenti: quelli detenuti per finalità che esulano dall'ambito dei compiti istituzionali della Pubblica Amministrazione o dell'organismo di diritto pubblico; quelli nella disponibilità delle emittenti di servizio pubblico e delle società da esse controllate e da altri organismi o loro società controllate per l'adempimento di un compito di radiodiffusione di servizio pubblico; quelli nella disponibilità di istituti d'istruzione e di ricerca quali scuole, università, archivi, biblioteche ed enti di ricerca, comprese le organizzazioni preposte al trasferimento dei risultati della ricerca;

22, comma 1, lett. a), L. n. 241/1990, l'accesso è consentito a « tutti i soggetti privati [...] che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso ».

Si impone, pertanto, una sorta di *actio finium regundorum*, cui è destinata la seconda parte del presente scritto, tra le due distinte discipline: almeno a prima vista, l'applicazione dell'una esclude quella dell'altra.

In realtà, anticipando le conclusioni cui si è pervenuti, pare più congruo parlare di possibile sovrapposizione tra le due discipline, nel senso che se si chiede di prendere visione di documenti amministrativi per tutelare una propria situazione giuridica ai sensi della L. n. 241/1990, si applicherà la disciplina dell'accesso a ciò legislativamente preordinata; se, invece, si intende ottenere i documenti per altri fini, ossia per « fini commerciali o non commerciali diversi dallo scopo iniziale per il quale il documento [...] è stato prodotto nell'ambito dei fini istituzionali » (art. 2, lett. e), D.Lgs. n. 36/2006), verrebbe in rilievo la disciplina del riutilizzo. Per di più, come meglio si vedrà nel prosieguo, il riutilizzo per fini non commerciali potrebbe trasformarsi in uno strumento di controllo diffuso sull'attività amministrativa, risultato, questo, che, invece, l'accesso di cui alla L. n. 241/1990 non può perseguire per espressa previsione normativa (art. 24, comma 3, L. n. 241/1990).

Prima, però, di analizzare la disciplina dell'accesso, quella del riutilizzo e le relative interazioni, è opportuno fornire la definizione di Pubblica Amministrazione, di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica.

## 1. LA NOZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

La disciplina del riutilizzo, così come quella dell'accesso, non concerne solo le Pubbliche Amministrazioni tradizionalmente intese<sup>7</sup>.

In materia di accesso devono considerarsi soggetti passivi, oltre alle Pubbliche Amministrazioni, anche i gestori di pubblici servizi<sup>8</sup> ed, in generale, i soggetti di diritto pubblico e privato, limitatamente, in quest'ultimo caso, alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario<sup>9</sup>.

Quanto al D.Lgs. n. 36/2006, esso si applica, come appena detto, alle Pubbliche Amministrazioni e agli organismi di diritto pubblico, mentre,

quelli nella disponibilità di enti culturali quali musei, biblioteche, archivi, orchestre, teatri lirici, compagnie di ballo e teatri; quelli comunque nella disponibilità degli organismi di cui agli articoli 3, 4, 5 e 6 della legge 24 ottobre 1977, n. 801; quelli esclusi dall'accesso o per motivi di tutela del segreto statistico e quelli sui quali i terzi detengono diritti di proprietà intellettuale.

<sup>7</sup> Un elenco delle quali è contenuto nell'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001.

<sup>8</sup> Sui gestori di pubblici servizi, concessionari secondo la disciplina previgente, v. Cons. Stato, Ad. plen., 22 aprile 1999, n. 4, in *Giust. civ.*, 2000, I, 591, con nota di F. COMPIERCHIO, *Accesso ai documenti*

*amministrativi dei concessionari di pubblici servizi: una decisione non convincente*; in *Urb. e app.*, 1999, 643, con nota di M. PROTTO, *L'Adunanza Plenaria afferma l'accessibilità degli atti di diritto privato della P.A.*

<sup>9</sup> L'art. 29, comma 1, legge n. 241/1990 estende l'applicazione della 241 del 1990 alle società con prevalente capitale pubblico limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative. In giurisprudenza vedi Cons. Stato, Sez. VI, 2 ottobre 2009, n. 5987, in *Guida al diritto*, 2009, 43, 64 (s.m.), con nota di A. PAVAN, *Via libera alla richiesta di un dipendente delle Poste interessato a vedere gli atti sulla gestione del lavoro*.

ne sarebbero escluse le imprese pubbliche, le quali, viceversa, sono soggette al diritto di accesso, nei limiti in cui svolgano attività pubblicistiche.

### 1.1. *Gli organismi di diritto pubblico.*

La nozione di organismo di diritto pubblico, istituto che compare sulla scena del diritto comunitario alla fine degli anni Ottanta dello scorso secolo con la direttiva 89/440/CEE<sup>10</sup>, trova compiuta definizione con le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE, definizione, questa, rimasta pressoché immutata nelle direttive 2004/17/CE (art. 2, comma 1, lett. a) e 2004/18/CE (art. 1, n. 9), trasposte nell'ordinamento italiano con il D.Lgs. n. 163/2006 (art. 3, n. 26).

Ivi sono indicati i tre requisiti, al cui ricorrere cumulativo<sup>11</sup>, un dato ente deve essere qualificato come organismo di diritto pubblico, con la rilevante conseguenza del suo assoggettamento alle norme sulla scelta del contraente o dell'evidenza pubblica<sup>12</sup>: in particolare, secondo la definizione riportata all'art. 1, lett. b) delle citate direttive, « per organismo di diritto pubblico si intende qualunque organismo: istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e avente personalità giuridica, e la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico ».

Come già da tempo messo in luce da autorevole dottrina, il motivo di fondo che ha spinto il legislatore comunitario a introdurre l'istituto di cui si tratta consiste nel tentativo di evitare, quanto più possibile, che, nell'affidare appalti di servizi, lavori o forniture, i pubblici poteri esprimano preferenza per imprese nazionali in quanto tali, discriminando « coloro che appartengono a gruppi di popolazione diversi » e che non siano indotti ad agire alla stregua dei principi di « efficienza economica che potrebbe garantire l'imparzialità in simili occasioni. Da qui l'imposizione di regole comunitarie dirette ad ottenere il risultato della imparzialità mediante vincoli giuridici che dovrebbero tenere il posto dei vincoli economici non operanti »<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> In argomento, v. M.P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000, 53 ss.; B. MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 16 ss.

<sup>11</sup> Giurisprudenza costante: v., ad es., CGCE, 15 gennaio 1998, in causa C-44/96), *Mannesmann Anlagenbau Austria AG c. Strohal Rotationsdruck GmbH*, in *Foro it.*, 1998, IV, 133, con nota di R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico:*

*orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*; in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1988, 725, con nota di G. GRECO, *Organismo di diritto pubblico: atto primo*; in *Urb. e app.*, 1998, 431, con nota di C. VIVANI, *Gli organismi di diritto pubblico davanti alla Corte di giustizia*.

<sup>12</sup> Il riferimento alla disciplina dei contratti pubblici è necessitato: ai sensi del 10° considerando della direttiva 2003/98/Ce, infatti, la definizione di « organismo di diritto pubblico » è tratta dalle direttive sugli appalti pubblici.

<sup>13</sup> Così D. SORACE, *L'ente pubblico tra*

Quanto ai singoli requisiti, le esigenze di interesse generale sono state definite come quelle proprie « di un'indifferenziata platea di operatori economici, consumatori o utenti »<sup>14</sup>.

Va peraltro rilevato che, secondo alcuni Autori<sup>15</sup>, il requisito del soddisfacimento delle esigenze di interesse generale si ricaverebbe già dalla circostanza per cui agli organismi di diritto pubblico partecipano istituzioni pubbliche: infatti, « in assenza di tale finalizzazione dell'ente al perseguimento di un simile genere di interessi [...] non si comprenderebbero le ragioni dell'ingerenza dei pubblici poteri nella vita dell'organismo, sotto forma di finanziamento, controllo, o composizione dei suoi organi di vertice »<sup>16</sup>.

In relazione al c.d. requisito negativo (cioè al soddisfacimento di bisogni di « natura non industriale o commerciale »), la giurisprudenza della Corte di giustizia, dopo alcune discussioni, ha finito per ravvisare tale carattere ove il soggetto operi sul mercato, in regime di concorrenza, e, soprattutto, sopporti integralmente il rischio economico<sup>17</sup>.

Un recente esempio può essere utile a chiarire il punto: la Corte di casazione ha escluso che fosse organismo di diritto pubblico una società consortile a partecipazione pubblica maggioritaria « la cui attività si fonda su criteri di rendimento, di efficacia e di redditività, che opera in un ambiente concorrenziale (quello dei mercati all'ingrosso - art. 1, L. 125/1959) sopportando direttamente i rischi economici connessi alle attività previste dall'oggetto sociale (il perseguimento dell'oggetto sociale deve essere improntato a criteri di economicità), tant'è vero che è previsto che eventuali perdite di esercizi precedenti debbono essere ripianate attraverso gli utili conseguiti in esercizi successivi. Pertanto i bisogni che la società mira a soddisfare sono bisogni di interesse generale aventi carattere commerciale »<sup>18</sup>.

La giurisprudenza si è anche occupata dei soggetti che solo in parte svolgono attività qualificabili come bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.

*diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1992, 377.

<sup>14</sup> Cons. St., Sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3090, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1432; in *Foro it.*, 2003, III, 423, con nota di PAOLA; in *Foro amm.*, 2001, 6.

<sup>15</sup> R. GAROFOLI, *Organismi di diritto pubblico: criteri di identificazione e problemi di giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 1997, 960.

<sup>16</sup> Nel caso di specie, sono stati nutriti, in dottrina, dubbi sulla sussistenza del requisito della « stretta dipendenza ». In argomento, si rimanda alle riflessioni *infra* sviluppate.

<sup>17</sup> V. in particolare CGCE, 10 maggio 2001 (in cause riunite C-223/99 e C-260/99), *Agorà e altro c. Ente autonomo Fiera internazionale di Milano*, in *Giust. civ.*, I, 2588; in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2001, 179; in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 899, con nota di E. CHITI, *Cala il sipario sull'Ente Fiera di Milano*. La recente Proposta di direttiva del Parlamento europeo

e del Consiglio sugli appalti pubblici, COM(2001) 896, reperibile sul sito [www.osservatorioappalti.unitn.it](http://www.osservatorioappalti.unitn.it), all'art. 2, n. 6, riformula, sulla base degli approdi giurisprudenziali, la definizione del requisito di cui si tratta nel senso che sono organismi di diritto pubblico gli organismi che sono « istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; a tal fine un organismo che opera in condizioni normali di mercato, che mira a realizzare un profitto e che sostiene le perdite che risultano dall'esercizio delle sue attività, non ha l'obiettivo di rispondere ad esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale ».

<sup>18</sup> Cass., Sez. Un., 7 aprile 2010, n. 8225, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1635. Nella specie, si trattava del Centro Agro-Alimentare di Napoli. La citata sentenza si rivela assai utile anche per la compiuta disamina dei precedenti in argomento della Corte di Giustizia.

Secondo un orientamento, sarebbe possibile qualificare un ente come organismo di diritto pubblico anche se « la soddisfazione dei bisogni di interesse generale costituisce solo una parte relativamente poco rilevante delle attività effettivamente svolte » dall'ente<sup>19</sup>.

In sostanza, una volta qualificato l'ente come organismo di diritto pubblico, deve sempre ritenersi applicabile la normativa comunitaria in tema di appalti pubblici anche in relazione alle attività commerciali o industriali dallo stesso svolte.

Benché la giurisprudenza immediatamente successiva non abbia condiviso in tutto tale principio di diritto<sup>20</sup>, lo stesso è stato però ribadito dalle più recenti sentenze della Corte di Giustizia che si sono occupate *funditus* della questione<sup>21</sup>.

Per integrare il terzo requisito, il diritto dell'Unione europea richiede la presenza alternativa di uno dei tre seguenti indici: finanziamento pubblico maggioritario, controllo sulla gestione, ingerenza nella nomina degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza.

Con riguardo al finanziamento pubblico, la Corte di Giustizia ha precisato che « non tutti i finanziamenti erogati [...] hanno per effetto di creare o rafforzare uno specifico legame di subordinazione o dipendenza. Sol tanto le prestazioni che, mediante un aiuto finanziario versato senza specifica controprestazione, finanzino o sostengano le attività dell'ente interessato possono essere qualificate come "finanziamento pubblico" »<sup>22</sup>.

Infine, si rammenta che il D.Lgs. n. 163/2006, all'Allegato III, contiene un elenco (presuntivo e non tassativo<sup>23</sup>) di organismi di diritto pubblico: si tratta della Società « Stretto di Messina », dell'Ente autonomo mostra d'oltremare e del lavoro italiano nel mondo, dell'Ente nazionale per l'aviazione civile (ENAC), dell'Ente nazionale per l'assistenza al volo (ENAV); oltre a una serie di categorie di enti, quali gli Enti portuali e aeroportuali, i Consorzi per le opere idrauliche, le Università statali, gli istituti universitari statali, i consorzi per i lavori interessanti le università, le Istituzioni pubbliche di assistenza e di beneficenza, gli Istituti superiori scientifici e

<sup>19</sup> CGCE, 15 gennaio 1998, in causa C-44/96, *Mannesman*, in *Foro it.*, 1998, IV, 133, con nota di R. GAROFOLI, punto 25.

<sup>20</sup> CGCE, 10 novembre 1998, in causa C-360/96, *Gemeente Arnhem e altro c. B.F.I. Holding B.V.*, in *Foro amm.*, 1999, 1675, punti 54 ss., in particolare punto 57 secondo cui « si deve aggiungere che, a contrario, la circostanza che tra tutte le imprese appartenenti ad un gruppo o ad un consorzio vi sia anche un organismo di diritto pubblico non è sufficiente per far sì che le imprese medesime siano considerate quali amministrazioni aggiudicatrici ».

<sup>21</sup> CGCE, 10 aprile 2008, in causa C-393/06, *Ing. Aigner c. Fernwärme Wien GmbH*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 975, con nota di RINALDI, *Sull'applicazione della « teoria del contagio » alle diverse attività di un organismo di diritto pubblico operante nei settori speciali*.

<sup>22</sup> CGCE, 3 ottobre 2000, in causa C-

380/98, *University of Cambridge*, in *Racc.*, 2000, I-8035, punto 21; in *Urb e app.*, 2001, 45.

<sup>23</sup> Nel senso che l'inserimento nell'allegato « determina solo una presunzione relativa per la qualificazione in tal senso, altrimenti si avrebbe un ritorno al sistema della enumerazione vincolante, che con la nozione in esame si intende superare »: così M.P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000, 58. V. anche MENSI, *Appalti, servizi pubblici e concessioni*, Padova, 1999, 12, secondo cui « l'obbligo imposto ad un organismo di diritto pubblico di rispettare la direttiva non dipende dal suo inserimento nell'elenco, ma deriva dal fatto di soddisfare i tre criteri cumulativi sopra descritti. Ne deriva che un organismo che figuri nell'elenco, ma che non soddisfi uno o più dei criteri cumulativi viene esonerato da tale obbligo ».

culturali, osservatori astronomici, astrofisici, geofisici o vulcanologici, gli Enti di ricerca e sperimentazione, gli Enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e di assistenza, i Consorzi di bonifica, gli Enti di sviluppo e di irrigazione, i Consorzi per le aree industriali, le Comunità montane, gli Enti preposti a servizi di pubblico interesse, gli Enti pubblici preposti ad attività di spettacolo, sportive, turistiche e del tempo libero, gli Enti culturali e di promozione artistica.

### 1.2. *Le imprese pubbliche.*

È impresa pubblica quella « nei cui confronti i poteri pubblici possono esercitare, direttamente o indirettamente un'influenza dominante, per fattori proprietari, ragioni di partecipazione finanziaria, oppure a causa della disciplina applicabile »<sup>24</sup>. L'influenza dominante è presunta qualora i poteri pubblici, direttamente o indirettamente, detengano la maggioranza del capitale sottoscritto dell'impresa, oppure dispongano della maggioranza dei voti attribuiti alle quote dalla stessa emesse, o, infine, possano designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione, o di vigilanza dell'impresa.

Come affermato dalla Corte di giustizia, « la nozione di impresa pubblica è sempre stata diversa da quella di organismo di diritto pubblico, in quanto quest'ultimo è creato per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale privi di carattere industriale o commerciale, mentre le imprese pubbliche operano per rispondere ad esigenze di carattere industriale o commerciale »<sup>25</sup>.

Detto altrimenti, « a differenza di quanto previsto per l'organismo di diritto pubblico, la qualifica di impresa pubblica [...] prescinde dal fine perseguito, mentre assume valenza decisiva il legame tra l'impresa e la pubblica amministrazione »<sup>26</sup>. Infatti, rispetto all'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica svolge attività di carattere economico-imprenditoriale, in condizione di potenziale equilibrio costi/ricavi, pur non perseguendo lo scopo di lucro<sup>27</sup>; ed economica si ritiene « l'attività che consiste nell'offrire beni o servizi su un dato mercato e che potrebbe, almeno in linea di principio, essere esercitata da un privato a scopo di lucro »<sup>28</sup>.

La giurisprudenza europea, diversamente da quanto accade per l'organismo di diritto pubblico, è consolidata nel distinguere le funzioni, svolte dall'impresa pubblica nella veste di pubblica autorità, dalle altre<sup>29</sup>, soste-

<sup>24</sup> Art. 2, direttiva 00/52/CE. Formulazione identica è contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. b), D.Lgs. 333/2003. Similmente, v. art. 3, n. 28, D.Lgs. n. 163/2006.

<sup>25</sup> CGCE, 15 maggio 2003, in causa C-214/00, Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna, in *Racc.*, 2003, I-4667, punto 44.

<sup>26</sup> M.A. SANDULLI, *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, 2004, 9.

<sup>27</sup> CGCE, 16 novembre 1995, in causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance e altri contro Ministère de*

*l'Agriculture et de la Pêche*, in *Racc.*, 1995, I-4013; Id., 24 ottobre 2002, in causa C-82/01, *Aéroports de Paris contro Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 2002, I-9297.

<sup>28</sup> Commissione europea, DG Concorrenza, *Politica degli aiuti di Stato*, 12 novembre 2002, par. 33.

<sup>29</sup> CGCE, 19 marzo 1991, in causa C-202/88, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, I-1223, e Id. 13 dicembre 1991, in causa C-18/88, *GB-INNO-BM*, in *Racc.*, 1991, I-5941.

nendo che il cumulo di ruoli eterogenei in capo al medesimo soggetto, non giustifica « confusioni di regime o sbrigative omologazioni, cioè non esenta lo svolgimento dell'attività economica dal rispetto delle regole poste a salvaguardia della concorrenza e, viceversa, non costringe alla loro osservanza l'esercizio delle funzioni che non costituiscono attività economica »<sup>30</sup>.

Per completezza va peraltro dato atto che parte della giurisprudenza nazionale aveva seguito un diverso approccio interpretativo, equiparando le imprese pubbliche, in quanto enti sottoposti all'influenza dominante di un'amministrazione aggiudicatrice, agli organismi di diritto pubblico al fine di assoggettarle all'osservanza delle regole dell'evidenza pubblica<sup>31</sup>. Tale indirizzo finiva, però, col negare la distinzione, legislativamente prevista nel Codice dei contratti pubblici (si veda l'articolo 207 del D.Lgs. 163/2006 in contrapposizione con l'articolo 32 del medesimo decreto) tra le imprese pubbliche e gli organismi di diritto pubblico dilatando, a dismisura, la nozione di strumentalità, con il risultato di considerare tutte le attività svolte dalle imprese pubbliche come connotate da sicuri tratti pubblicistici<sup>32</sup>. Del tutto condivisibilmente, pertanto, la più recente giurisprudenza, proprio su tale ultimo rilievo, ha escluso l'applicazione del D.Lgs. n. 163/2006 nel caso di appalto bandito da un'impresa pubblica avente un oggetto estraneo rispetto alle attività di cui agli artt. 207 ss. del Codice<sup>33</sup>.

Anche in relazione alle imprese pubbliche può risultare di una qualche utilità una rapida esemplificazione.

E così, si può ricordare che il Consiglio di Stato ha ritenuto di qualificare « impresa pubblica » la Grandi Stazioni S.p.A., in quanto partecipata al 66% dalle Ferrovie dello Stato S.p.A., le quali ultime costituiscono organismo di diritto pubblico<sup>34</sup>.

Altra impresa pubblica (secondo la definizione della Corte di Giustizia, cui solo di recente pare avere aderito la giurisprudenza italiana) è costituita dalle Poste Italiane S.p.A.<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, III, Milano, 2007, 1229.

<sup>31</sup> La questione dell'applicabilità del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 agli appalti indetti da imprese pubbliche per lo svolgimento di attività non strumentali a quelle proprie di un settore speciale è stata rimessa all'Adunanza Plenaria da: Cons. Stato, Sez. VI, 29 aprile 2011, n. 2543, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it)

<sup>32</sup> Nel caso sottoposto all'attenzione del Consiglio di Stato, che ha portato alla rimessione all'Adunanza Plenaria (si veda la nota precedente), le società Eni s.p.a. ed EniServizi s.p.a., sulla base dell'inesistenza di un nesso di strumentalità fra il servizio di vigilanza ed il servizio di erogazione del gas, contestavano che l'attività di vigilanza, oggetto di affidamento, fosse soggetta alle regole dell'evidenza pubblica. Il nesso di strumentalità tra l'attività di vigi-

lanza ed il *core business* dell'attività di impresa è stata analizzato anche da Cons. Stato, Sez. VI, 9 ottobre 2009, n. 6201, in *Foro amm. CDS*, 2009, 2369, ivi è stata affermata la natura strumentale del servizio di sicurezza appaltato da Trenitalia s.p.a; in questo caso il servizio di vigilanza rientra, in via immediata e diretta, nel servizio di trasporto ferroviario, essendo la sicurezza dei traffici un aspetto essenziale dell'attività del vettore ferroviario.

<sup>33</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 1° agosto 2011, n. 16, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), resa a seguito della rimessione operata da Cons. Stato, n. 2543/2011, cit.

<sup>34</sup> Cons. di Stato, Ad. Plen., 23 luglio 2004, n. 9, in *Giur. it.*, 2004, 2411, con nota di R. CARANTA, *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*.

<sup>35</sup> CGCE, 17 maggio 2001, in causa c-340/99, *TNT Traco*, punto 39. Quanto alla giurisprudenza nazionale, v. Cons. di Stato, Sez. VI, 24 maggio 2002, n. 2455, in *Foro*



Il caso delle Poste Italiane S.p.A. è di particolare interesse perché qui si è assistito al tentativo, poi fallito, di dilatare l'accessibilità agli atti dei soggetti privati esercenti pubbliche funzioni oltre l'attività di pubblico interesse dagli stessi svolta.

Ad avviso dei giudici del Tribunale amministrativo del Lazio, le Poste dovevano ritenersi legittimate passive ai fini della disciplina dell'accesso, non solo in relazione alla fornitura del servizio postale universale, ma anche nello svolgimento dell'attività creditizia: a dire della Sezione, infatti, entrambe queste attività ricadrebbero nella definizione di « macrofunzioni qualificabili come servizi pubblici »<sup>36</sup>. In particolare, è stato affermato che « tutta l'attività inerente a tali funzioni, sia quella esterna che quella strumentale e accessoria di carattere organizzativo, ricade nella sfera di applicazione dell'art. 23 L. 7 agosto 1990, n. 241. Sono quindi accessibili tutti i documenti formati o detenuti da S.p.A. Poste Italiane che abbiano attinenza con i servizi pubblici svolti o con l'attività interna finalizzata all'organizzazione e allo svolgimento di tali servizi, a nulla rilevando che le funzioni sopra specificate (fornitura del servizio postale universale e raccolta del risparmio postale) si svolgano in parte in regime di concorrenza (Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2010, n. 189; 2 ottobre 2009, n. 5987; 26 gennaio 2006, n. 229) »<sup>37</sup>.

Il Consiglio di Stato — anticipando le conclusioni raggiunte, nel diverso ambito degli appalti, dall'Adunanza Plenaria n. 16/2011<sup>38</sup> — non ha però accolto l'interpretazione fornita dal giudice di primo grado: l'accesso agli

ro amm. CdS., 2002, 1325, secondo cui Poste Italiane S.p.a. è un organismo di diritto pubblico; *contra*, peraltro, T.A.R. Veneto, 29 luglio 2009, n. 2247, in *Foro amm. Tar*, 2009, 1998, secondo cui si tratta, alla luce di quanto disposto dal Codice dei contratti pubblici, di Ente aggiudicatore e non più come organismo di diritto pubblico « stante l'ormai assodata prevalenza, nel contesto delle proprie attività, di quelle "esigenze aventi carattere industriale o commerciale" che la giurisprudenza testé riportata aveva — per contro — reputato comunque non significative agli effetti della riconducibilità della Società medesima nell'ambito degli "organismi" anzidetti ».

<sup>36</sup> T.A.R. Lazio, Roma, 22 giugno 2010, n. 20032, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>37</sup> T.A.R. Lazio, Roma, n. 20032/2010, cit. Nel caso di specie, si trattava della richiesta di accesso ai documenti relativi ai rapporti di conto corrente intrattenuti dalle Poste S.p.a. e un terzo, debitore del richiedente. Oppure, si è ritenuto che l'attività di Poste Italiane, relativa alla gestione del rapporto di lavoro con i propri dipendenti, sia strumentale al servizio gestito da Poste ed incidente potenzialmente sulla qualità di un servizio, per cui si è riconosciuto il diritto di accesso ai c.d. cartellini orologio, attestanti l'orario di lavoro svolto dai ricorrenti: Cons. di Stato, Sez. VI,

19 gennaio 2010, n. 189, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>38</sup> Al riguardo, pare utile rammentare che, al pari delle altre imprese pubbliche, le Poste Italiane S.p.A. sono soggette alle regole dell'evidenza pubblica solamente in relazione alle attività di pubblica utilità, come definite dall'art. 211, D.Lgs. n. 163/2006, con esclusione di quelle non finalizzate ad interessi generali: In giurisprudenza, v. T.A.R. Lazio, Roma, 5 novembre 2008, n. 9732, in *Urb. e app.*, 2009, 249, con riferimento alla PosteMobile S.p.A.; Id., 27 febbraio 2008, n. 1793, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che, in relazione alle Poste Italiane S.p.A., ha affermato che « la disciplina speciale dettata dal [...] D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 trova applicazione per i soggetti ivi indicati [gli "enti aggiudicatori", tra i quali sono annoverate, ex art. 3, n. 29, D.Lgs. n. 163/2006, le imprese pubbliche, N.d.R.] ma nei settori speciali di attività puntualmente descritta richiedendosi, pertanto, la contemporanea presenza sia del requisito soggettivo degli enti che operano nei settori speciali che di quello oggettivo, ossia della riferibilità della concreta attività, oggetto dell'appalto, al settore speciale di attività ». Sulle imprese pubbliche in generale, v. in dottrina M.A. SANDULLI, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, in *www.federalismi.it*.

atti delle imprese pubbliche è limitato « alla sola attività di pubblico interesse, in guisa da rendere necessaria l'emersione di un collegamento, anche indiretto, tra la documentazione oggetto della pretesa ostensiva ed un pubblico interesse che soddisfi la *ratio legis* della trasparenza della sfera amministrativa ». Tale collegamento manca nel caso in esame perché la documentazione richiesta, cioè i documenti attestanti il saldo e le movimentazione del conto corrente, non coinvolgendo profili organizzativi o modalità gestorie del servizio bancario non si riferiscono ad attività di pubblico interesse e non sono quindi soggette alla disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi<sup>39</sup>.

In conclusione, solamente quando esercitano macrofunzioni qualificabili come servizi pubblici, le imprese pubbliche sono equiparate a Pubbliche Amministrazioni, con conseguente soggezione alla pertinente disciplina<sup>40</sup>.

Interpretando la Direttiva 2003/98/Ce nel senso di escludere le imprese pubbliche dalla disciplina del riutilizzo si perverrebbe ad un risultato incongruo: il raffronto con la disciplina dettata in materia di accesso e di contratti pubblici dovrebbe far propendere per l'estensione della disciplina sul riutilizzo perlomeno in relazione alle attività più propriamente pubblicistiche delle imprese pubbliche.

## 2. L'ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI.

La L. n. 241/1990 disciplina il diritto di accesso all'art. 10 e all'art. 22<sup>41</sup>: il primo, c.d. accesso endoprocedimentale o partecipativo, attribuisce ai soggetti legittimati ad intervenire nel procedimento la facoltà di prendere visione dei documenti relativi al procedimento in corso; il secondo, c.d. accesso esoprocedimentale o conoscitivo, si svolge al di fuori di un procedimento e garantisce agli interessati il diritto di prendere visione o estrarre copia di documenti amministrativi (ogni documento, di qualunque forma, « detenuto » da una pubblica amministrazione, relativo a « attività qualificabili come amministrative, quantomeno in senso oggettivo e funzionale »<sup>42,43</sup>).

<sup>39</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 9 novembre 2010, n. 7977, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>40</sup> Da ultimo, nel senso di cui al testo, v. Cons. Stato, Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, in *www.lexitalia.it*, secondo cui « la società pubblica deve essere assoggettata, sul piano sostanziale, allo statuto privatistico dell'imprenditore, con applicazione soltanto di alcune regole pubbliche quali, ad esempio, quelle che configurano la responsabilità amministrativa per danno erariale subito dai soggetti pubblici partecipanti. L'applicazione di questo statuto implica, altresì, che, in ossequio alle prescrizioni imposte dal diritto europeo per tutelare la concorrenza (in particolare artt. 106 e 345 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), deve essere assicurato il principio di

pari trattamento tra impresa pubblica e privata: è, pertanto, vietata l'attribuzione — al di fuori dei casi in cui si debba garantire la « missione pubblica » (art. 106, secondo comma) nel settore dei servizi pubblici — di qualunque diritto speciale o esclusivo in grado di incidere negativamente sulle regole concorrenziali ».

<sup>41</sup> In linea generale sul diritto di accesso ai documenti amministrativi si rinvia, anche per l'ampissima bibliografia a M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 1004 ss.

<sup>42</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 22 giugno 2004, n. 4471, in *Foro amm. CdS*, 2004, 1714 (s.m.).

<sup>43</sup> Sui differenti regimi dell'accesso nelle legislazioni degli Stati membri del-

L'accesso ai documenti costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza<sup>44</sup>. Nel prosieguo si vedrà come le cose non stiano esattamente in questi termini.

Il diritto di accesso, come già anticipato, può essere esercitato dai soggetti pubblici<sup>45</sup> e privati che vantino un interesse corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso, ad eccezione di specifiche discipline (ad esempio in tema di informazione ambientale di cui al D.Lgs. n. 195/2005, di tutela di consumatori di cui al D.Lgs. 206/2005, e in tema di diritto di accesso dei consiglieri degli enti locali di cui al T.U.E.L.<sup>46</sup>) che, infatti, prevedono tipologie di accesso incondizionato ed aperto a tutti.

È ora opportuno soffermarsi sui requisiti che il richiedente deve dimostrare di possedere<sup>47</sup>.

L'Unione Europea si veda: M. McDONAGH, *European Access Legislation: Consistence or Divergence*, in G. AICHHOLZER-H. BURKERT, *Public Sector Information in the Digital Age. Between Markets, Public Management and Citizen's Right*, cit., 108 ss.

<sup>44</sup> Art. 22, comma 2, come modificato dall'articolo 10, L. n. 69/2009. Sulla trasparenza si veda il volume collettaneo a cura di F. MERLONI, *Trasparenza amministrativa*, cit.

<sup>45</sup> Ai sensi dell'art. 22, comma 5, L. 241/90, s.m.i., l'acquisizione di documenti amministrativi da parte di soggetti pubblici è informata al principio di leale cooperazione istituzionale con esclusione, pertanto, del diritto di accesso. In realtà, la giurisprudenza è costante nell'affermare l'opposto principio di diritto secondo cui l'esigenza di accesso avvertita da una P.A. deve disporre di una tutela almeno pari a quella accordata alla generalità dei consociati, per cui il principio di leale collaborazione non può essere inteso come preclusivo dell'esercizio del diritto di accesso da parte di un soggetto pubblico: così, da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 27 maggio 2011, n. 3190 in corso di pubblicazione su *Giur. it.*, con nota di S. RODRIGUEZ, *Il principio di leale collaborazione e la legittimazione attiva all'accesso: il Consiglio di Stato apre la strada agli enti pubblici*.

<sup>46</sup> V. da ultimo T.A.R. Toscana, 11 novembre 2009, n. 1607, in *www.giustizia-amministrativa.it* secondo cui «i consiglieri comunali hanno un non condizionato diritto di accesso a tutti gli atti che possano essere d'utilità all'espletamento del loro mandato, ciò anche al fine di permettere di valutare — con piena cognizione — la correttezza e l'efficacia dell'operato dell'Amministrazione, nonché per esprimere un voto consapevole sulle

questioni di competenza del Consiglio, e per promuovere, anche nell'ambito del Consiglio stesso, le iniziative che spettano ai singoli rappresentanti del corpo elettorale locale...»; tale diritto «ha una ratio diversa da quella che contraddistingue il diritto di accesso ai documenti amministrativi che è riconosciuto a tutti i cittadini (articolo 10 - Diritto di accesso e di informazione - del D.Lgs. n. 267/2000) come pure, in termini più generali, a chiunque sia portatore di un "interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso" (cfr. gli art. 22 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241...)...la finalizzazione dell'accesso all'espletamento del mandato costituisce, al tempo stesso, il presupposto legittimante l'accesso ed il fattore che ne delimita la portata» (Consiglio di Stato, Sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5264); nell'esercizio del diritto in questione il consigliere non è tenuto a «motivare le proprie richieste d'informazione, né gli uffici comunali hanno titolo a richiederle ed a conoscerle ancorché l'esercizio del diritto in questione si diriga verso atti e documenti relativi a procedimenti ormai conclusi o risalenti ad epoche remote. Diversamente opinando, infatti, la struttura burocratica comunale, da oggetto del controllo riservato al Consiglio, si ergerebbe paradossalmente ad "arbitro" — per di più, senza alcuna investitura democratica — delle forme di esercizio della potestà pubbliche proprie dell'organo deputato all'individuazione ed al miglior perseguimento dei fini della collettività civica» (Consiglio di Stato, Sez. V, 22 febbraio 2007, n. 929).

<sup>47</sup> In dottrina da ultimo si v. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, II ed., Torino, 2010, 354 ss.

La giurisprudenza ritiene soddisfatti il requisito della concretezza e della personalità dell'interesse nel caso in cui quest'ultimo sia « immediatamente riferibile al soggetto che pretende di conoscere i documenti e specificamente inerente alla situazione da tutelare »<sup>48</sup>. L'interesse che sta alla base del diritto di accesso inoltre non necessariamente si ascrive alle due specie del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo, in quanto può anche trattarsi di un interesse strumentale alla loro tutela<sup>49</sup>.

Deve, però, essere opportunamente evidenziata la piena autonomia del diritto di accesso rispetto alla legittimazione ad impugnare il provvedimento finale<sup>50</sup>: l'istanza può avere ad oggetto anche atti per i quali è scaduto il termine di impugnativa, in quanto « il diritto di accesso [...] non appare strumentale alla difesa in giudizio della situazione sottostante, ma del tutto distinto da questa, in quanto diretto al conseguimento di un autonomo bene della vita »<sup>51</sup>.

Ciò che rileva è la posizione differenziata del richiedente rispetto alla generalità: infatti il diritto di accesso non si configura come un'azione popolare<sup>52</sup>, né può essere utilizzato al fine di esercitare un controllo generalizzato sull'operato dell'Amministrazione (art. 24, comma 3, L. n. 241/1990)<sup>53</sup>, ciò che giustifica il diniego all'istanza di accesso ad un elevato numero di documenti o a documenti non specificamente individuati<sup>54</sup>, unitamente alla necessità di evitare uno sproporzionato aggra-

<sup>48</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 4 febbraio 2003, n. 569, in *Giur. it.*, 2003, 1946 con nota di S. RODRIGUEZ, *La situazione legittimante il diritto di accesso*.

<sup>49</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 22 ottobre 2002, n. 5818, in *Nuovo dir.* 2003, 642 con nota di M. ALESIO, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi: ulteriori riflessioni sulla natura giuridica*.

<sup>50</sup> M. CIAMMOLA, *La legittimazione ad accedere ai documenti amministrativi (prima e dopo la L. 11 febbraio 2005, n. 15)*, in *Foro amm. Tar.*, 2007, 1181.

<sup>51</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 24 novembre 2000, n. 6246, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>52</sup> Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2004, n. 127, in *Servizi pubbl. e appalti*, 2004, 392 (s.m.).

<sup>53</sup> In giurisprudenza, v., ad es., Cons. Stato, Sez. V, 25 settembre 2006, n. 5636, in *Foro amm. CdS.*, 2006, 2543 (s.m.), che ha ritenuto inammissibile la richiesta di accesso, formulata da un'associazione ambientalista al Ministero della Salute, volta ad acquisire tutta la documentazione in materia di sperimentazione animale al fine di verificare la correttezza dei dati forniti dalle imprese interessate nonché delle operazioni valutative effettuate dall'Amministrazione e del rilascio delle correlate autorizzazioni. In tal caso, a parere del Consiglio di Stato, « si tratta manifestamente di una richiesta volta a consentire all'interessata di esperire un'attività di sostanziale

controllo generalizzato sull'attività della pubblica amministrazione relativa al settore in questione; attività, involgente, invece, tutte le iniziative, in materia, delle imprese o laboratori operanti nel settore stesso (oltre un centinaio), relativa a un numero elevatissimo di pratiche (almeno mille per anno, secondo l'appellante), formulata senza neppure porre alcuna delimitazione temporale (tanto che lo stesso T.A.R. ha avvertito l'esigenza di circoscriverla, di sua iniziativa e senza puntualizzazioni giustificative, ad un quinquennio) e destinata anche a verificare la correttezza dell'attività posta in essere dalla P.A. in sede di rilascio dei domandati titoli autorizzatori. In tal modo, essa non fa che confermare che suo intendimento era ed è quello di acquisire tutta la documentazione di provenienza privata e di produzione pubblica ».

<sup>54</sup> Peraltro, come ritenuto dalla più recente giurisprudenza, « in un'epoca in cui l'attività amministrativa si svolge in modalità (almeno nell'intenzione del legislatore) digitali, allorché il documento o l'atto di cui si chiede l'esibizione e la copia non risulti specificamente individuato [...] ma si tratti di atto facilmente individuabile e concretamente formabile dagli uffici della p.a., è compito dell'Amministrazione approntare ogni misura affinché sia garantito l'obbligo collaborativo che deve permeare il rapporto con il cittadino, ritenendosi non più sostenibile la tesi per la quale qua-

vio per l'Amministrazione<sup>55</sup>, benché si affermi in giurisprudenza che l'accesso debba comunque ritenersi funzionale ad un controllo, seppur indiretto, della attività amministrativa, sul rilievo che « la conoscenza degli atti amministrativi [...] costituisce un importante presupposto per il corretto, sollecito ed imparziale esercizio dei pubblici poteri e rende possibile il controllo degli amministratori sugli atti che li riguardano »<sup>56</sup>.

## 2.1. Accesso e tutela della riservatezza.

Talora l'esercizio del diritto di accesso può scontrarsi con l'opposto diritto alla riservatezza (art. 22, comma 1, lett. c)<sup>57</sup>.

Si pensi al caso della richiesta di accesso alla cartella clinica di un congiunto; oppure alla richiesta di accesso all'offerta di un concorrente nella medesima gara d'appalto.

Il bilanciamento dei due interessi in gioco è effettuato sulla base del Codice della privacy nel primo caso e del Codice degli appalti nel secondo.

La giurisprudenza ha affermato che, nell'attuale sistema, l'accesso ai documenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per la cura e la difesa dei propri interessi giuridici prevale sul diritto alla riservatezza di eventuali controinteressati, salvo che vengano in considerazione dati sensibili o sensibilissimi per i quali l'articolo 24, 7° comma, l. n. 241/1990 stabilisce che « l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale »<sup>58</sup>.

Nell'ambito dell'ampia categoria dei dati sensibili — cioè quelli relativi a profili della vita privata delle persone come la religione, la politica, l'origine razziale ed etnica —, le informazioni relative allo stato di salute ed alla vita sessuale (c.d. dati sensibilissimi) sono oggetto di una protezione particolare: in tale ultimo caso, infatti, l'accesso è consentito negli stretti

lora vengano in rilievo atti che necessitano di un'elaborazione di dati in possesso della p.a. questi debbano essere sottratti dall'ambito di applicazione del diritto d'accesso, e ciò in relazione alle possibilità offerte dall'informatica che consente in pochi minuti di ricostruire anni di attività amministrativa»: così T.A.R. Sicilia, Palermo, 3 maggio 2011, n. 827, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>55</sup> Si v., oltretutto in materia ambientale dove l'accesso non è subordinato ai limiti soggettivi e oggettivi propri dell'accesso ex L. n. 241/1990, T.A.R. Campania Napoli, 7 giugno 2010, n. 12659, cit.

<sup>56</sup> Cons. Stato, Comm. speciale, parere n. 1137/95 del 3 febbraio 1997, in *Rass. Cons. St.*, n. 5-6, 1999, I, 1062.

<sup>57</sup> Sui rapporti tra tutela della riservatezza e diritto all'informazione si rinvia a

R. RAZZANTE, *Tutela della privacy e diritto dell'informazione*, in R. RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione. Privacy, diffamazione e tutela della persona*, 5 ed., Padova, 2011, 137 ss.; G.M. RICCIO, *La tutela della riservatezza*, in S. SICA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, 2° ed., Padova, 2009, 1 ss., 307 ss.; F. MARTINI, *Accesso e riservatezza: due valori a confronto*, in *Dir. inf.*, 2005, 155 ss., la quale condivisibilmente rileva come « il punto di maggior emersione dei conflitti fra interessi contrapposti è dato dal coordinamento della disciplina in materia di trattamento dei dati con l'istituto dell'accesso ai documenti » (176).

<sup>58</sup> Si v. da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 17 settembre 2010, n. 6953, in *www.giustizia-amministrativa.it*

limiti di cui all'art. 60, D.Lgs. n. 196/2003, ossia soltanto se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso sia di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consista in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile<sup>59</sup>.

Al riguardo il Garante per la protezione dei dati personali ha precisato che, in materia di dati relativi allo stato di salute ed alla vita sessuale, il bilanciamento tra le situazioni giuridiche deve essere effettuato in concreto, caso per caso, e dovrà riguardare non il diritto di difesa del richiedente ma il diritto sottostante che si intende far valere in giudizio<sup>60</sup>.

Venendo al secondo esempio sopra prospettato, l'articolo 13 del D.Lgs. n. 163/2006 introduce alcune limitazioni all'esercizio del diritto di accesso. In materia di appalti, infatti, esiste una forte contrapposizione tra l'esigenza di verificare la correttezza della procedura di gara, tutelabile attraverso l'esercizio del diritto di accesso, e le necessità di riservatezza di cui sono portatori i concorrenti sui propri procedimenti produttivi, sulle proprie soluzioni tecniche e sulle strategie commerciali<sup>61</sup>.

Al riguardo, la giurisprudenza ha affermato che, se è pur vero che con la partecipazione ad una procedura selettiva la documentazione presentata fuoriesce dalla sfera di dominio riservato dell'impresa per formare oggetto di valutazione comparativa con le offerte presentate da altri concorrenti, ciononostante può essere negato l'accesso in caso di dimostrate esigenze di tutela di segreti industriali o di altra specifica natura, di scoperte scientifiche, del *know how* aziendale o di altre opere dell'ingegno meritevoli di protezione<sup>62</sup>.

## 2.2. Tutela del diritto di accesso.

In caso di diniego o di differimento dell'accesso il richiedente può, entro trenta giorni, chiederne il riesame in via amministrativa o, in alternativa, proporre ricorso giurisdizionale, sussistendo in materia la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Per quanto riguarda il rimedio giustiziale, la competenza spetta alla Commissione per l'accesso in relazione agli atti delle amministrazioni sta-

<sup>59</sup> Tra le più recenti, v. T.A.R. Piemonte, 22 marzo 2010, n. 1553, in *www.giustizia-amministrativa.it*; nello stesso senso, T.A.R. Trentino Alto Adige-Bolzano, Sez. I, 24 dicembre 2007, n. 399, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 3722 (s.m.).

<sup>60</sup> Garante per la protezione dei dati personali, Dati sanitari. Provvedimento generale sui diritti di « pari rango » del 9 luglio 2003. In giurisprudenza si v. Cons. Stato, Sez. V, 7 settembre 2004, n. 5873, in *Ragiusan*, 2005, 249-250, 37; Id., Sez. VI, 30 marzo 2001, n. 1882, in *Foro amm.*, 2001, 652.

<sup>61</sup> M. DUGATO, *L'accesso agli atti di gara fra trasparenza e privacy*, in *Riv. Trim. App.*, 2005, 7.

<sup>62</sup> Si v. da ultimo T.A.R. Lombardia - Brescia, Sez. II, 22 settembre 2010, n. 3560, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Il Consiglio di Stato, Sez. V, nella sentenza 13 giugno 2008, n. 2975, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2008, 1287, ha ritenuto che l'interesse delle parti a che non vengano divulgate notizie attinenti ai metodi di produzione ed al cosiddetto *know how* di realizzazione, debba essere congruamente temperato con l'accesso (nel caso di specie si era escluso l'accesso alle descrizioni sommarie del modo di preparazione dei preparati delle società che producono i medicinali equivalenti).

tali; mentre il difensore civico è competente per quelli delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali. Il difensore civico e la Commissione per l'accesso devono pronunciarsi entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza. Qualora l'accesso agli atti delle amministrazioni statali sia stato negato o differito per motivi inerenti dati personali di terzi è previsto che la Commissione per l'accesso acquisisca il parere del Garante della privacy.

In caso di diniego e di differimento dell'accesso così come contro le determinazioni amministrative in materia e contro il silenzio serbato sulle relative istanze è ammesso, nel termine di trenta giorni, ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale, il quale decide in camera di consiglio entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso<sup>63</sup>.

Da sottolineare, infine, che il giudizio in materia di accesso ha natura di giudizio di accertamento, in quanto esso è volto alla verifica della « fondatezza della pretesa, a prescindere dal contenuto del diniego; pertanto, l'eventuale carenza di motivazione del provvedimento impugnato non può comportare l'annullamento dell'atto per difetto di motivazione ma impone al giudicante di verificare direttamente se sussistano i presupposti di legge per ordinare l'esibizione degli atti richiesti »<sup>64</sup>.

### 3. IL RIUTILIZZO DEI DATI PUBBLICI.

Tre sono le ipotesi in cui è prospettabile il riutilizzo di dati pubblici<sup>65</sup>: la prima si verifica quando i documenti siano già nella libera disponibilità di chiunque; la seconda si riferisce al caso di specifica richiesta di riutilizzo di documenti in possesso dell'Amministrazione; la terza, e più controversa ipotesi, è prospettabile nel caso in cui i documenti si trovino nella disponibilità di un soggetto all'esito di una istanza di accesso.

Comune a tutte le ipotesi è la questione della responsabilità nel caso di informazioni inesatte fornite dalla Pubblica Amministrazione: in tale evenienza, potrebbe essere chiamata a rispondere l'Amministrazione che ha formato il documento<sup>66</sup>, mentre la responsabilità dovrebbe escludersi nel caso di mera disponibilità dello stesso. Ulteriore aspetto è quello della responsabilità erariale. Al riguardo, non pare possano essere considerati responsabili i funzionari per la messa a disposizione delle informazioni a ti-

<sup>63</sup> Si v. art. 116 c.p.a.

<sup>64</sup> Così Cons. di Stato, Sez. V, 14 settembre 2010, n. 6696, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, v. di recente al riguardo S. GIACCHETTI, *Diritto d'accesso, processo amministrativo, effetto Fukushima*, *ivi*, che, portando alle estreme conseguenze il principio di diritto di cui al testo, giunge ad affermare che « l'azione di accesso diventa un'azione popolare ».

<sup>65</sup> Secondo F. CARDARELLI, *Le banche dati pubbliche: una definizione*, cit., 339, nt. 37, sono informazioni pubbliche, a titolo esemplificativo, le informazioni finanziarie ed economiche, quelle giuridiche, quelle amministrative in senso lato, quelle

scientifiche, tecniche, culturali e mediche, quelle geografiche rilevanti ai fini di trasporto e turismo, quelle turistiche.

<sup>66</sup> Sulla responsabilità dell'Amministrazione per false informazioni, v. Cass., Sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2424, in *Giur. it.*, 2005, 276, con nota di S. SORRENTINO, secondo cui « il rilascio di informazioni inesatte da parte della p.a. è da considerare fonte della responsabilità civile, perché lede la posizione (meritevole di tutela) di affidamento che il soggetto in contatto con la p.a. ha nella stessa, tenuto conto che questa deve ispirare la propria azione a regole di correttezza, imparzialità e buon andamento, ai sensi dell'art. 97 Cost. ».

tolo gratuito<sup>67</sup>: lo escluderebbero, da un lato, lo stesso scopo della direttiva, che è quello di consentire il più ampio riutilizzo e diffusione dell'informazione pubblica; dall'altro, la circostanza che la mancanza immediata di introiti legati alle tariffe è compensata dai vantaggi sociali ed economici di lungo periodo<sup>68</sup>.

Prima di passare all'esame delle singole ipotesi, è ancora da rammentare che, ai sensi dell'articolo 10, D.Lgs. n. 36/2006, le modalità di riutilizzo previste dal decreto si applicano anche nel caso in cui una Pubblica Amministrazione riutilizzi, per fini commerciali che esulano dall'ambito dei suoi compiti di servizio pubblico, documenti propri o di altra Pubblica Amministrazione. Al fine di individuare i fini commerciali che esulano dall'ambito dei compiti di servizio pubblico pare utile richiamare quanto già detto sopra in tema di differenziazione delle funzioni delle imprese pubbliche. Chiaramente si rende necessaria una valutazione da effettuarsi caso per caso. Sul punto si ricorda che la Commissione europea, nella comunicazione sul riutilizzo delle informazioni del settore pubblico, ha sollecitato gli Stati membri a definire i compiti di servizio pubblico svolti dai singoli enti proponendo, a tal fine, l'introduzione di una contabilità separata per i compiti di servizio pubblico e per le attività commerciali. Nella definizione dell'espressione « compiti di servizio pubblico » la Commissione afferma che la stessa è strettamente correlata a quella di « servizio pubblico » o di « servizio di interesse economico generale », il cui contenuto si caratterizza per la presenza di alcuni elementi quali l'universalità, la continuità del servizio, le tariffe uniformi e la parità di condizioni<sup>69</sup>.

### 3.1. 1<sup>a</sup> ipotesi: i dati già disponibili.

Nel caso di dati già disponibili, per i quali si ritiene implicita la possibilità di riutilizzo, si possono verificare due ipotesi.

In primo luogo l'Amministrazione potrebbe non avere assunto determinazioni in ordine al riutilizzo (ossia potrebbe non avere predisposto licenze<sup>70</sup>). In tale evenienza, il riutilizzo sarà soggetto a limiti che, nel nostro

<sup>67</sup> Interessante notare che la l. regionale Piemonte n. 24/2012, proprio al fine di consentire il massimo riutilizzo, all'art. 5, prevede, quale regola generale, la gratuità del riutilizzo, mentre viene rimessa alla Giunta regionale e all'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale « l'individuazione dei casi nei quali, per ragioni di interesse pubblico, la pubblicazione e l'utilizzo dei documenti e dei dati pubblici dell'amministrazione regionale non è gratuita, ma viene applicata una tariffa determinata tenuto conto dei costi di messa a disposizione del pubblico, di riproduzione e diffusione e dei costi relativi alla determinazione, alla gestione e all'applicazione della tariffa stessa ».

<sup>68</sup> Così la Commissione Europea nella già citata Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al

Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, [SEC (2009) 597].

<sup>69</sup> Si v. Commissione Europea, 7 maggio 2009, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, [SEC (2009) 597].

<sup>70</sup> In argomento v. M. RICOLFI-M. VAN EECHOUX-F. MORANDO-P. TZIAVOSZ-L. FER-RAO, *The « Licensing » of Public Sector Information*, in *Informatica e diritto*, 2011, 1-2, 129 ss. Si rammenta che, ai sensi dell'art. 1, lett. h), D.Lgs. n. 36/2006 — mentre nulla sul punto dice la direttiva 2003/98/Ce —, la licenza standard per il riutilizzo è « il contratto, o altro strumento negoziale, redatto ove possibile in forma elettronica, nel quale sono definite le modalità di riutilizzo dei documenti delle pubbliche amministrazioni o degli organismi di diritto



ordinamento, sono impliciti, ma che in altri Paesi sono legislativamente fissati: ad esempio, in Francia l'art. 12 della legge 78-753 del 17 luglio 1978 impone che le informazioni pubbliche da riutilizzare, a prescindere dall'esistenza di una licenza, non siano alterate, che il loro senso non sia snaturato e che siano indicate le fonti e la data del loro ultimo aggiornamento. È poi previsto un regime sanzionatorio in caso di violazione della disposizione: in particolare, l'articolo 18 attribuisce il potere sanzionatorio alla CADA (*Commission d'accès aux documents administratifs*)<sup>71</sup>. Infine, è espressamente fatta salva la tutela della riservatezza dei controinteressati: l'articolo 13, 2° comma della legge 78-753 assoggetta l'utilizzo delle informazioni pubbliche contenuti dati personali al rispetto della legge 78-17 del 6 gennaio 1978, (c.d. loi informatique et libertés).

Anche nel nostro ordinamento dovrebbero valere tali condizioni di « corretto riutilizzo », pur mancando una esplicita previsione in tal senso: in caso di violazione dei limiti sopra indicati, in assenza di una disciplina sanzionatoria *ad hoc*, residua certamente l'ordinaria azione risarcitoria.

L'Amministrazione al contrario potrebbe aver fissato delle condizioni di riutilizzo, nel rispetto della disciplina comunitaria e nazionale<sup>72</sup>. In tale ipotesi devono trovare applicazione le disposizioni del D.Lgs. n. 36/2006.

In tal caso, le condizioni di riutilizzo saranno fissate dal soggetto titolare del dato che, dopo la modifica del D.Lgs. n. 36/2006 ad opera dell'articolo 44 della legge 4 giugno 2010, n. 96, deve identificarsi con l'Amministrazione che ha la disponibilità del documento.

Nell'individuazione dei documenti già liberamente disponibili assumono particolare rilevanza gli obblighi di informazione attiva gravanti sull'Amministrazione<sup>73</sup>.

pubblico». È pertanto certamente da escludere l'uso in senso amministrativo del termine, ossia « atti amministrativi che accordano ad un soggetto la facoltà d'esercizio di attività che, in difetto, di tale consenso, sarebbero illecite »: così G. LANDI, sub *Licenza* (dir. amm.), in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 635, il quale, dato atto delle varie ricostruzioni dottrinali e della confusione normativa, conclude nel senso che « non sembra che, col nome di licenza, possa individuarsi, senza residui e senza equivoci, una categoria autonoma di atti amministrativi, distinta dalle autorizzazioni [...] ed il regime fondamentale di tali atti [...] deve considerarsi quello delle autorizzazioni » (637). In argomento, prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 36/2006, C.M. CASCIONE, *Il riutilizzo dell'informazione nel settore pubblico*, in *Dir. inf.*, 2005, 24 ss. Secondo l'A., se il termine licenza fosse da intendere in senso amministrativo, si attribuirebbe all'Amministrazione « il potere discrezionale di autorizzare l'attività di riutilizzo, una volta accertata la sua conformità all'interesse pubblico »; viceversa, se il termine fosse da intendere nel senso di contratto, ne conseguirebbe che le informazioni pubbliche do-

vrebbero essere qualificate alla stregua di bene economico, soggetto alle « regole della concorrenza che implicano una gestione con finalità di profitto » (25). Per una diversa ricostruzione della fattispecie, v. par. 3.2.

<sup>71</sup> Similmente, nell'ordinamento spagnolo, l'articolo 11 della ley 37/2007 introduce un regime sanzionatorio applicabile per le Amministrazioni statali nel rispetto di quanto dettato dalla ley 30/1992 sul procedimento amministrativo.

<sup>72</sup> L'articolo 11, D.Lgs. n. 36/2006, stabilisce in via generale il divieto di accordi di esclusiva per il riutilizzo, salvo che ciò non risulti necessario per l'erogazione di un servizio di interesse pubblico. L'utilizzo dell'espressione servizio di interesse pubblico discende dal recepimento letterale della direttiva comunitaria. Si tratta di una nozione generica assimilabile alle esigenze di interesse generale per il cui soddisfacimento sono stati istituiti gli organismi di diritto pubblico. Nella scelta del titolare del diritto di esclusiva pare necessaria l'adozione di una procedura concorsuale.

<sup>73</sup> Sull'importanza dell'informazione pubblica quale elemento costitutivo della nuova cittadinanza, v. V. ZENO-ZENCOVICH,

In materia ambientale tali obblighi sono particolarmente pregnanti. Si pensi agli obblighi di diffusione dell'informazione ambientale stabiliti dall'articolo 8 del D.Lgs. n. 195/2005<sup>74</sup> che prevedono, tra gli altri, la diffusione, anche sui siti di internet, dei flussi informativi relativi allo stato dell'ambiente<sup>75</sup>.

Rientrano poi tra gli obblighi di diffusione attiva delle informazioni quelli previsti in materia di contenuti minimi dei siti delle Amministrazioni, come disciplinati dall'articolo 54 del Codice dell'Amministrazione digitale<sup>76</sup> (D.Lgs. n. 82/2005 come modificato da ultimo dal D.Lgs. n. 235/

*Il « diritto ad essere informati » quale elemento del rapporto di cittadinanza*, in *Dir. inf.*, 2006, 1 ss., che fa riferimento agli « obblighi comunicativi dello Stato » quale presupposto per l'esercizio dei diritti da parte dei cittadini e la fruizione delle prestazioni sociali, cui vanno aggiunti, al fine di rendere effettivi i diritti di cittadinanza, la diffusione delle conoscenze sull'uso delle tecnologie e l'accessibilità, dal punto di vista tecnologico ed economico, delle reti (7 s.). In argomento, v. A. MAGGIPIÙ, *Internet e pubbliche amministrazioni: quale democrazia elettronica?*, *ivi*, 2008, 55, secondo cui « i governi devono assicurare [...] un livello adeguato di conoscenza delle tecnologie, presupposto per la socializzazione e la formazione intellettuale e culturale dei cittadini ».

<sup>74</sup> Articolo 8 (Diffusione dell'informazione ambientale): 1. Fatto salvo quanto previsto all'articolo 5, l'autorità pubblica rende disponibile l'informazione ambientale detenuta rilevante ai fini delle proprie attività istituzionali avvalendosi, ove disponibili, delle tecnologie di telecomunicazione informatica e delle tecnologie elettroniche disponibili. 2. Per le finalità di cui al comma 1, l'autorità pubblica stabilisce, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, un piano per rendere l'informazione ambientale progressivamente disponibile in banche dati elettroniche facilmente accessibili al pubblico tramite reti di telecomunicazione pubbliche, da aggiornare annualmente. 3. Entro due anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, l'autorità pubblica, per quanto di competenza, trasferisce nelle banche dati istituite in attuazione dei piani di cui al comma 2, almeno: a) i testi di trattati, di convenzioni e di accordi internazionali, atti legislativi comunitari, nazionali, regionali o locali, aventi per oggetto l'ambiente; b) le politiche, i piani ed i programmi relativi all'ambiente; c) le relazioni sullo stato d'attuazione degli elementi di cui alle lettere a) e b), se elaborati o detenuti in forma elettronica dalle autorità pubbliche; d) la relazione sullo stato dell'ambiente, pre-

vista dall'articolo 1, comma 6, della legge 8 luglio 1986, n. 349, e successive modificazioni, e le eventuali relazioni sullo stato dell'ambiente a livello regionale o locale, laddove predisposte; e) i dati o le sintesi di dati ricavati dal monitoraggio di attività che incidono o possono incidere sull'ambiente; f) le autorizzazioni e i pareri rilasciati dalle competenti autorità in applicazione delle norme sulla valutazione d'impatto ambientale e gli accordi in materia ambientale, ovvero un riferimento al luogo in cui può essere richiesta o reperita l'informazione, a norma dell'articolo 3; g) gli studi sull'impatto ambientale, le valutazioni dei rischi relativi agli elementi dell'ambiente, di cui all'articolo 2, comma 1, lettera a), ovvero il riferimento al luogo in cui l'informazione ambientale può essere richiesta o reperita a norma dell'articolo 3. 4. Fermo restando quanto previsto al comma 3, l'informazione ambientale può essere resa disponibile creando collegamenti a sistemi informativi e a banche dati elettroniche, anche gestiti da altre autorità pubbliche, da rendere facilmente accessibili al pubblico. 5. In caso di minaccia imminente per la salute umana e per l'ambiente, causata da attività umane o dovuta a cause naturali, le autorità pubbliche, nell'ambito dell'espletamento delle attività di protezione civile previste dalla legge 24 febbraio 1992, n. 225, e successive modificazioni, e dalle altre disposizioni in materia, diffondono senza indugio le informazioni detenute che permettono, a chiunque possa esserne colpito, di adottare misure atte a prevenire o alleviare i danni derivanti da tale minaccia. 6. Le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 non si applicano all'informazione raccolta dall'autorità pubblica precedentemente alla data di entrata in vigore del presente decreto, a meno che tale informazione non sia già disponibile in forma elettronica.

<sup>75</sup> Si v. ad esempio T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 12 gennaio 2010, n. 68, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>76</sup> Articolo 54:1. I siti delle pubbliche amministrazioni contengono necessaria-

2010). Si pensi, ad esempio, ai bandi di gara e di concorso. La mancata comunicazione o aggiornamento dei dati è rilevante ai fini della misurazione e valutazione della performance individuale dei dirigenti<sup>77</sup>.

Ulteriori obblighi di pubblicazione sui siti istituzionali delle Pubbliche Amministrazioni sono poi imposti dall'8° comma dell'articolo 11, D.Lgs. n. 150/2009 ai sensi del quale ogni amministrazione, in apposita sezione del proprio sito denominata: « Trasparenza, valutazione e merito » è tenuta a rendere note tra le altre informazioni: il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità ed il relativo stato di attuazione; i *curricula* dei dirigenti e dei titolari di posizioni organizzative, redatti in conformità al vigente modello europeo; le retribuzioni dei dirigenti, con specifica evidenza sulle componenti variabili della retribuzione e delle componenti le-

mente i seguenti dati pubblici: a) l'organigramma, l'articolazione degli uffici, le attribuzioni e l'organizzazione di ciascun ufficio anche di livello dirigenziale non generale i nomi dei dirigenti responsabili dei singoli uffici, nonché il settore dell'ordinamento giuridico riferibile all'attività da essi svolta, corredati dai documenti anche normativi di riferimento; b) l'elenco delle tipologie di procedimento svolte da ciascun ufficio di livello dirigenziale non generale, il termine per la conclusione di ciascun procedimento ed ogni altro termine procedimentale, il nome del responsabile e l'unità organizzativa responsabile dell'istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale, come individuati ai sensi degli articoli 2, 4 e 5 della legge 7 agosto 1990, n. 241; c) le scadenze e le modalità di adempimento dei procedimenti individuati ai sensi degli articoli 2 e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241; d) l'elenco completo delle caselle di posta elettronica istituzionali attive, specificando anche se si tratta di una casella di posta elettronica certificata di cui al decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68; e) le pubblicazioni di cui all'articolo 26 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché i messaggi di informazione e di comunicazione previsti dalla legge 7 giugno 2000, n. 150; f) l'elenco di tutti i bandi di gara [e di concorso]; g) l'elenco dei servizi forniti in rete già disponibili e dei servizi di futura attivazione, indicando i tempi previsti per l'attivazione medesima. g-bis) i bandi di concorso. 1-bis. Le pubbliche amministrazioni centrali comunicano in via telematica alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica i dati di cui alle lettere b), c), g) e g-bis) del comma 1, secondo i criteri e le modalità di trasmissione e aggiornamento individuati con circolare del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione.

ne. I dati di cui al periodo precedente sono pubblicati sul sito istituzionale del Dipartimento della funzione pubblica. La mancata comunicazione o aggiornamento dei dati è comunque rilevante ai fini della misurazione e valutazione della performance individuale dei dirigenti. 2-ter. Le amministrazioni pubbliche pubblicano nei propri siti un indirizzo istituzionale di posta elettronica certificata a cui il cittadino possa rivolgersi per qualsiasi richiesta ai sensi del presente codice. Le amministrazioni devono altresì assicurare un servizio che renda noti al pubblico i tempi di risposta. 2-quater. [Entro il 31 dicembre 2009] le amministrazioni pubbliche che già dispongono di propri siti devono pubblicare il registro dei processi automatizzati rivolti al pubblico. Tali processi devono essere dotati di appositi strumenti per la verifica a distanza da parte del cittadino dell'avanzamento delle pratiche che lo riguardano. 3. I dati pubblici contenuti nei siti delle pubbliche amministrazioni sono fruibili in rete gratuitamente e senza necessità di identificazione informatica. 4. Le pubbliche amministrazioni garantiscono che le informazioni contenute sui siti siano conformi e corrispondenti alle informazioni contenute nei provvedimenti amministrativi originali dei quali si fornisce comunicazione tramite il sito. 4-bis. La pubblicazione telematica produce effetti di pubblicità legale nei casi e nei modi espressamente previsti dall'ordinamento.

<sup>77</sup> Si veda il comma 1-bis dell'articolo 54 del Codice dell'Amministrazione digitale. Si ricorda poi che il comma 1-ter dell'articolo 12 del Codice dell'Amministrazione digitale stabilisce che i dirigenti rispondono dell'osservanza ed attuazione delle disposizioni del Codice e che l'attuazione delle disposizioni ivi previste è comunque sempre rilevante ai fini della misurazione e valutazione della loro performance organizzativa ed individuale.

gate alla valutazione di risultato; i *curricula* e le retribuzioni di coloro che rivestono incarichi di indirizzo politico amministrativo e gli incarichi, retribuiti e non retribuiti, conferiti ai dipendenti pubblici e a soggetti privati<sup>78</sup>.

In caso di mancata adozione e realizzazione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità o di mancato assolvimento degli obblighi di pubblicazione è fatto divieto di erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti preposti agli uffici coinvolti.

Le summenzionate ipotesi normative rientrerebbero tra quei documenti « generalmente accessibili » per i quali, la proposta di revisione della Direttiva sul riutilizzo, intende imporre in capo ai soggetti pubblici l'obbligo di consentire il riuso<sup>79</sup>, esplicitando quindi ciò che è già desumibile sulla base del dettato normativo attualmente in vigore.

### 3.2. 2<sup>a</sup> ipotesi: l'istanza di riutilizzo.

La seconda delle ipotesi sopra enucleate riguarda i dati nei cui confronti sia stata presentata istanza di riutilizzo ed il procedimento applicabile.

A tal riguardo, la questione da affrontare è se il potere dell'Amministrazione sull'informazione sia riconducibile ad un potere pubblicistico o privatistico.

In tale ultimo caso, la posizione dell'Amministrazione in nulla si differenzerebbe da quella di un qualsivoglia « detentore di un bene che interessa potenziali acquirenti, e che può scegliere se metterlo o meno a loro disposizione »<sup>80</sup>. Tale opzione ermeneutica è stata fatta propria da parte della dottrina: si è infatti affermato che « il riutilizzo non costituisce affatto un istituto, ma è una attività (tendenzialmente libera, salvi i limiti che possono essere imposti con lo strumento contrattuale della licenza) che il soggetto richiedente porrà in essere, una volta ottenute le informazioni dall'amministrazione che però, non ha alcun obbligo nei suoi confronti quanto alla messa a disposizione dei relativi documenti (e pertanto, non integra una condizione di "diritto" in capo al richiedente) »<sup>81</sup>. In sostanza la decisione dell'Amministrazione sarebbe insindacabile.

<sup>78</sup> Le Pubbliche Amministrazioni sono poi tenute a rendere noti: il Piano e la Relazione sulla performance (nel Piano vengono individuati gli indirizzi e gli obiettivi strategici ed operativi e definiti, con riferimento agli obiettivi finali ed intermedi ed alle risorse, gli indicatori per la misurazione e la valutazione della performance dell'amministrazione, nonché gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale ed i relativi indicatori; nella Relazione vengono evidenziati i risultati organizzativi e individuali raggiunti rispetto ai singoli obiettivi programmati ed alle risorse, con rilevazione degli eventuali scostamenti, e il bilancio di genere realizzato); l'ammontare complessivo dei premi collegati alla performance stanziati e l'ammontare dei premi effettivamente distribuiti; l'analisi dei dati

relativi al grado di differenziazione nell'utilizzo della premialità sia per i dirigenti sia per i dipendenti; l'analisi dei dati relativi al grado di differenziazione nell'utilizzo della premialità sia per i dirigenti sia per i dipendenti e i nominativi ed i curricula dei componenti degli Organismi indipendenti di valutazione e del Responsabile delle funzioni di misurazione della performance.

<sup>79</sup> Si veda il considerando 7, della Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, cit.

<sup>80</sup> B. PONTI, *Il riutilizzo di documenti del settore pubblico*, cit., 2006, 819.

<sup>81</sup> B. PONTI, *Il riutilizzo di documenti del settore pubblico*, cit., 822. Ad avviso

Discorso diverso va fatto se si intende il potere in senso pubblicistico: secondo tale prospettiva, si tratterebbe di un « potere-dovere [...] funzionale alla realizzazione di un interesse pubblico »<sup>82</sup>, e, come tale, sindacabile dal Giudice.

A parere di chi scrive, risulta preferibile l'opzione pubblicistica, che trova sostegno nella finalità di evidente interesse pubblicistico della direttiva, la quale, infatti, è volta ad ampliare « le vie di accesso alle conoscenze e di acquisizione delle stesse »<sup>83</sup>.

Soprattutto, però, tale scelta assicura maggiori garanzie a tutela della posizione del richiedente, in quanto porta con sé l'applicazione della disciplina del procedimento amministrativo e quindi degli istituti di garanzia del privato, *in primis*, la partecipazione e la motivazione del provvedimento: nella fase procedimentale possono trovare un punto di incontro le esigenze del cittadino e quelle della Pubblica Amministrazione, nell'ottica della funzione collaborativa incarnata dal procedimento<sup>84</sup>.

Una conferma in punto di applicabilità del procedimento amministrativo pare poi ravvisabile nell'articolo 5, 3° comma, del D.Lgs. n. 36/2006, secondo cui « il titolare del dato esamina le richieste e rende disponibili i documenti al richiedente, ove possibile in forma elettronica, entro il termine di trenta giorni, prorogabile di ulteriori trenta giorni nel caso in cui le richieste siano numerose o complesse »: tale previsione sembrerebbe ricalcare un abbozzo di procedimento.

Ulteriore conseguenza sarebbe il radicarsi della giurisdizione del giudice amministrativo sia in punto di legittimità del diniego opposto al riutilizzo, sia in punto di legittimità del contenuto delle licenze, in particolare per quanto riguarda l'eventuale imposizione di condizioni e limiti che non rispettino un criterio di proporzionalità e possano costituire un ostacolo alla concorrenza.

Ove si riconoscesse la giurisdizione amministrativa, si potrebbe poi ritenere l'applicabilità, nel caso di diniego di riutilizzo, del rito sull'accesso sopra sommariamente descritto, con la conseguenza che il Giudice amministrativo potrebbe accertare la fondatezza dell'istanza e, in caso positivo, ordinare all'Amministrazione di concedere il riutilizzo<sup>85</sup>.

dell'A. al contrario « il diritto di accesso [...] infatti, costituisce in capo al suo titolare una pretesa giuridicamente protetta, funzionale ad esigenze di tutela giuridica, che fronteggia un dovere dell'amministrazione: in altri termini, esso costituisce un istituto giuridico vero e proprio e, in presenza dei requisiti individuati dalla legge, costituisce una condizione di "diritto" in capo al titolare ».

<sup>82</sup> B. PONTI, *Il riutilizzo di documenti del settore pubblico*, cit., 819.

<sup>83</sup> Direttiva 2003/98/CE, Considerando 2.

<sup>84</sup> In argomento, v. da ultimo, G. TACCOGNA, *Il principio di leale collaborazione nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm. CdS*, 2008, 1313, il quale evidenzia altresì la reciprocità dell'obbligo di leale collaborazione.

<sup>85</sup> Tale proposta si ritiene giustificabile sulla base di quanto già anticipato in apertura del presente saggio, ossia che il rapporto tra accesso e riutilizzo è caratterizzato più da una possibile sovrapposizione che da netta separazione. Peraltro, va evidenziato come la più recente giurisprudenza amministrativa ammetta, in linea generale, la possibilità per il Giudice di accertare la fondatezza dell'istanza rivolta dal privato all'Amministrazione e di condannare quest'ultima ad un *facere* (ossia ad emanare il provvedimento anelato). Si tratta, peraltro, allo stato attuale, di una tendenza non ancora condivisa unanimemente: nel senso dell'ammissibilità, v. Cons. di Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Giur. it.*, 2012, 442, con nota di D. PAPPANO, *Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi*,

Quanto, poi, alla fase esecutiva del rapporto tra riutilizzatore e Pubblica Amministrazione, le relative controversie resterebbero affidata al giudice ordinario, in conformità al più che consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>86</sup>.

Infine, in una prospettiva *de iure condendo*, parrebbe auspicabile, dato il tendenziale favore espresso nella Direttiva per il riutilizzo, prevedere già a livello legislativo l'obbligo di motivare il diniego, così come un regime sanzionatorio per il caso di riuso illecito nonché l'individuazione di un soggetto deputato al controllo ed alla imposizione delle sanzioni (tali compiti potrebbero essere attribuiti al Garante della Privacy, alla Commissione per l'accesso o anche al Dipartimento della digitalizzazione ed innovazione tecnologica del Ministero per la Pubblica Amministrazione<sup>87</sup>).

### 3.3. 3<sup>a</sup> ipotesi: riutilizzo e accesso.

La terza, e più problematica, ipotesi concerne il caso del riutilizzo dei dati contenuti in documenti ottenuti ad esito di un'istanza di accesso.

La questione, oltre a risultare di particolare interesse in sé, permette di affrontare quello che è stato definito il problema più pressante: il rapporto tra riutilizzo e accesso.

Si è già ricordato l'articolo 1, comma 3, della direttiva 2003/98/CE, secondo cui « la presente direttiva si basa, senza recar loro pregiudizio, sui regimi di accesso esistenti negli Stati membri. La presente direttiva non si applica nei casi in cui i cittadini o le imprese devono dimostrare, in virtù del regime di accesso, di avere un particolare interesse all'ottenimento dell'accesso ai documenti ».

La disposizione, ad un prima lettura, parrebbe, come già rilevato, da interpretare nel senso che diritto di accesso e riutilizzo rappresentino nozioni distinte, che si muovono su piani diversi: l'applicazione di una disciplina dovrebbe escludere l'altra.

Tali conclusioni, però, non sono interamente condivisibili, nel senso che non può ritenersi sempre vero che il documento accessibile (dove « acces-

secondo cui « il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto »; in senso motivatamente contrario, da ultimo, T.A.R. Sicilia, Palermo, 14 marzo 2012, n. 559. in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>86</sup> In argomento, v. da ultimo Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2011, n. 391, in *www.lexitalia.it*, secondo cui « la giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti, diviene pienamente operativa nella [...] fase [...] afferente l'esecuzione del rapporto ».

<sup>87</sup> F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., 25, sostiene la possibilità di unificare in un unico soggetto i compiti fino ad ora attribuiti al Garante per la protezione dei dati personali e alla Commissione per l'accesso, prefigurando un'Autorità garante dell'informazione pubblica, della trasparenza e della riservatezza dei dati personali. A tale autorità dovrebbe essere attribuito lo svolgimento dei compiti di regolazione nel campo del riutilizzo delle informazioni del settore pubblico (gestione del catalogo delle informazioni disponibili per il riutilizzo, tariffe, formulazione degli schemi di convenzione ed i compiti di controllo a fronte del diniego del riutilizzo).

sibile » è usato in senso tecnico<sup>88</sup>) non sia mai riutilizzabile (dove « riutilizzabile » è usato in senso tecnico<sup>89</sup>).

Al riguardo, la comparazione risulta assai utile: in Francia, l'articolo 10 della legge 78-753 del 17 luglio 1978, che disciplina tanto il diritto di accesso quanto il riutilizzo, stabilisce espressamente che « les limites et conditions de la réutilisation sont régies par le présent chapitre, même si ces informations ont été obtenues dans le cadre de l'exercice du droit d'accès aux documents administratifs ».

Dunque, già solamente sulla base di questo dato, non risulta più vero che accesso e riutilizzo si escludono a vicenda.

La distinzione tra i due istituti, piuttosto, dipende dal concreto atteggiarsi delle singole fattispecie: in altri termini, occorre una valutazione caso per caso delle singole richieste formulate all'Amministrazione, condotta alla stregua del tipo di interesse che muove il richiedente.

Come detto in apertura del presente lavoro, se si chiede di prendere visione di documenti amministrativi per tutelare una propria situazione giuridica, si applicherà la disciplina dell'accesso; se, invece, si intende ottenere i documenti per altri fini, ossia per « fini commerciali o non commerciali diversi dallo scopo iniziale per il quale il documento [...] è stato prodotto nell'ambito dei fini istituzionali » (art. 2, lett. e), D.Lgs. n. 36/2006), verrebbe in rilievo la disciplina del riutilizzo.

Si ribadisce pertanto che non tanto di netta separazione si tratta, quanto, piuttosto, di (possibile) sovrapposizione tra le due discipline<sup>90</sup>.

Tale ultima affermazione risulterebbe corroborata dalla circostanza che esistono nel nostro ordinamento talune ipotesi, qualificate come esercizio del diritto di « accesso », che però paiono in realtà precorritrici del « riutilizzo ».

Si pensi, in primo luogo, all'« accesso » alle liste elettorali<sup>91</sup>. In origine l'articolo 51 del D.P.R. 20 marzo 1967, n. 223 consentiva il più ampio riutilizzo delle liste elettorali stabilendo che tutti potevano copiare, stampare o mettere in vendita le liste elettorali. Sia a fini di tutela della riservatezza sia per evitare eccessivi carichi di lavoro per gli uffici comunali, il Ministero dell'Interno, interpretando lo stesso articolo 51, aveva limitato l'accesso alle liste per le sole finalità elettorali, escludendolo per le finalità di carattere commerciale<sup>92</sup>. Il Garante della privacy, interpellato dal Ministero, aveva invece ritenuto impossibile limitare l'ostensibilità delle liste

<sup>88</sup> Ossia soggetto alla disciplina di cui alla L. n. 241/1990.

<sup>89</sup> Ossia soggetto alla disciplina di cui al D.Lgs. n. 163/2006.

<sup>90</sup> In senso parzialmente diverso v. S. GIACCIETTI, *Una nuova frontiera del diritto d'accesso: il « riutilizzo dell'informazione del settore pubblico »* (Direttiva 2003/98/CE), in *Cons. Stato*, 2004, II, 1249 ss., che arriva ad ipotizzare un possibile assorbimento dell'accesso nel riutilizzo. Secondo F. CARDARELLI, *Le banche dati pubbliche: una definizione*, cit., 339 ss., sulla base della previsione (all'epoca in cui l'A. scriveva contenuta nella Comunicazione Com (2001) 607 final della Com-

missione) per cui il riutilizzo deve fondarsi sugli esistenti regimi di accesso, « una simile prospettiva finirebbe per configurare [...] il diritto di accesso come un autonomo diritto di informazione, rispetto al quale l'interesse protetto in via strumentale può ben configurarsi come quello allo svolgimento di attività di impresa ».

<sup>91</sup> Alcuni cenni in materia sono in E. MAGGIORA, *Il diritto di accesso del consigliere comunale, con particolare riguardo agli atti elettorali*, in *Lo Stato civile italiano*, 2011, 52 ss.

<sup>92</sup> Si veda la circolare del Ministero dell'Interno del 1° febbraio 1986, n. 206/L.

elettorali, l'articolo 51 del D.P.R. n. 322/1967 fonda un regime di piena conoscibilità che prescinde dalla valutazione delle finalità perseguite dal richiedente. L'articolo 177 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, ha poi modificato l'articolo 51 del D.P.R. n. 322/1967 stabilendo che le liste elettorali possono essere rilasciate in copia per finalità di applicazione della disciplina in materia di elettorato attivo o passivo, di studio, di ricerca statistica, scientifica o storica, o carattere socio-assistenziale o per il perseguimento di un interesse collettivo o diffuso<sup>93</sup>. Finalità queste ultime che richiamano alla mente non tanto il diritto di accesso in senso tecnico<sup>94</sup>, quanto il riutilizzo di dati pubblici, sebbene limitato a fini non commerciali.

Altra ipotesi di sovrapposizione tra le due discipline è il caso del diritto di accesso del giornalista<sup>95</sup>. Se, come detto, attraverso l'istituto dell'accesso non è consentito un controllo generalizzato sull'attività di una Pubblica Amministrazione ed occorre, quindi, dimostrare l'esistenza di un interesse qualificato alla conoscenza del documento per cui si chiede l'accesso, la sussistenza di tale interesse è ritenuta dalla giurisprudenza pacifica per chi, come il giornalista, intenda con tale documento esercitare un diritto costituzionalmente garantito come quello alla libera informazione<sup>96</sup>. Il diritto di accesso del giornalista, infatti, « si presenta come strumentale rispetto alla libertà di informazione, costituzionalmente riconosciuta agli organi di stampa, cosicché alle testate giornalistiche e ai giornalisti deve riconoscersi una posizione qualificata e differenziata alla conoscenza degli atti non riservati della p.a., che possano interessare i propri lettori »<sup>97</sup>. L'unico limite è quello di garantire il rispetto dei fondamentali diritti di riservatezza dei soggetti cui si riferiscono i dati contenuti nei documenti richiesti<sup>98</sup>.

Se, dunque, quelle che sono definite « accesso del giornalista » e « accesso alle liste elettorali », sono, in realtà, ipotesi di riutilizzo (per fini non commerciali), se ne può inferire, a livello di teoria generale, che non tanto l'accesso è istituito volto a garantire la trasparenza dell'attività amministrativa, quanto, piuttosto il riutilizzo: al riguardo, è stato di recente evidenziato « il distacco positivo tra accesso e trasparenza, in quanto il primo, come posizione qualificata da un criterio di collegamento specifico tra richiedente l'accesso e il dato, non ha spazio per operare lad-

<sup>93</sup> In giurisprudenza si veda: T.A.R. Sardegna - Cagliari, 17 febbraio 2011, n. 148 in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, 667 (s.m.).

<sup>94</sup> La cui finalità, come più volte detto, concerne la tutela di una propria situazione giuridica soggettiva.

<sup>95</sup> Sulla professione giornalistica v. R. RAZZANTE, *La professione giornalistica e la deontologia*, in R. RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione. Privacy, diffamazione e tutela della persona*, cit., 67 ss.; C. DI MARTINO, *La disciplina della stampa e la professione giornalistica*, in S. SICA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 19 ss.

<sup>96</sup> In generale sui fondamenti costituzionali dell'informazione e della comunicazione si vedano: S. SICA, *Libertà di informazione e principi costituzionali*, in S. SICA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 1 ss.; R. RAZZANTE, *Informazione e comunicazione nella Costituzione italiana*, in R. RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione. Privacy, diffamazione e tutela della persona*, cit., 1 ss.

<sup>97</sup> T.A.R. Campania-Napoli, 28 febbraio 2001, n. 918, in *Foro amm.*, 2001, 1354.

<sup>98</sup> T.A.R. Toscana - Firenze, 18 novembre 2005, n. 6458, in *Comuni Italia*, 2006, 1-2, 93 (s.m.).



dove quel dato sia pubblico perché accessibile all'intera collettività»<sup>99</sup>. Ecco allora che il riutilizzo e non l'accesso può essere strumento di controllo diffuso sul rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità<sup>100</sup>.

Per ancora meglio esplicitare le interferenze tra la disciplina del riutilizzo e quella dell'accesso si è scelto di affrontare il caso del riutilizzo delle sentenze e, più in generale, delle informazioni giuridiche<sup>101</sup>. Per le sentenze si è posto il problema della disciplina in concreto applicabile, ciò che non è invece avvenuta né per le liste elettorali né per l'«accesso» del giornalista: nel primo caso la soluzione è stata trovata in via legislativa mentre per il giornalista la soluzione giurisprudenziale è pacifica.

### 3.3.1 *Il riutilizzo delle informazioni giuridiche.*

Un primo quesito che presenta l'argomento è costituito dalla riconducibilità degli organi giurisdizionali alla nozione di Pubbliche Amministrazioni.

Al riguardo, è pur vero che la giurisprudenza ritiene che detti organi non siano soggetti passivi del diritto di accesso ai documenti amministrativi<sup>102</sup>, ma la risposta alla domanda sopra formulata non può che essere positiva, per due ordini di ragioni.

In primo luogo, si tratta pur sempre di «amministrazioni dello Stato» (art. 2, D.Lgs. n. 165/2001)<sup>103</sup>; in secondo luogo, la giurisprudenza che si è occupata della vicenda, ha giustificato l'impossibilità di ordinare il rilascio delle copie delle sentenze alla Commissione Tributaria sul rilievo dell'art. 4, L. n. 2248/1865, All. E, che, come noto, contiene i limiti ai poteri decisorii del Giudice ordinario nei confronti dell'Amministrazione<sup>104</sup>.

L'inapplicabilità della disciplina dell'accesso, piuttosto, trova il proprio fondamento nella circostanza che l'attività giurisdizionale non è attività amministrativa (il processo non segue le regole del procedimento amministrativo) e, di conseguenza, che le sentenze non sono documenti ammini-

<sup>99</sup> F. PATRONI GRIFFI, *Procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici: a vent'anni dalla legge n. 241/1990*, in *Corr. giur.*, 2011, 301 ss.

<sup>100</sup> Art. 11, comma 1, D.Lgs. n. 150/2009. V. anche la relazione alla proposta di direttiva di modifica della direttiva 2003/98/Ce, p. 2, secondo cui l'apertura delle informazioni del settore pubblico a fini di riutilizzo avrà inoltre conseguenze positive a livello di trasparenza, efficienza e responsabilizzazione delle amministrazioni pubbliche e faciliterà la partecipazione attiva dei cittadini. Nello stesso senso la l. regionale Piemonte, n. 24/2012, che, all'art. 2, individua il fine del riutilizzo dei dati pubblici nel «garantire la più ampia libertà di accesso all'informazione pubblica, di favorire la partecipazione dei cittadini, delle imprese, delle fondazioni e delle associazioni ai processi decisionali della pubblica amministrazione, di incentivare la collabora-

zione tra pubblico e privato». In dottrina, sul rapporto tra riutilizzo e trasparenza, v. E. CARLONI, *La «casa di vetro» e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 779 ss., e successivamente, nello stesso senso, B. PONTI, *Open data and Transparency: A Paradigm Shift*, in *Informatica e diritto*, 2011, 1-2, 305 ss.

<sup>101</sup> In generale sull'argomento v. P. COSTANZO, *La comunicazione giuridica alla prova della rete*, in *www.federalismi.it*; Id., *La circolazione dell'informazione giuridica digitalizzata (fenomenologia e profili problematici)*, in *Dir. inf.*, 1999, 579 ss.

<sup>102</sup> Cons. di Stato, Sez. IV, 31 marzo 2008, n. 1362, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>103</sup> Inoltre, i magistrati appartengono al «personale in regime di diritto pubblico» (art. 3, D.Lgs. n. 165/2001).

<sup>104</sup> Trib. Torino, 22 giugno 2010, in *Guida al diritto*, 2010, 43, 66.

strativi ai sensi degli artt. 22 ss., L. n. 241/1990<sup>105</sup>, pur essendo documenti pubblici.

È poi da rilevare che il procedimento volto alla richiesta di copie di atti giudiziali è positivamente disciplinato dal codice di procedura civile (art. 744), che prevede un particolare rito in caso di diniego da parte del depositario<sup>106</sup>. È questa la disposizione che la Corte di Cassazione ha ritenuto applicabile nel caso della richiesta di copie di sentenze della Commissione tributaria avanzata da un'associazione per l'informazione, la formazione e la consulenza del contenzioso tributario<sup>107</sup>: nessun rilievo poteva avere la disciplina sull'accesso, in quanto la richiesta di copie non era diretta alla tutela di una propria posizione giuridica soggettiva, cui è finalizzato l'accesso, ma soltanto a conoscere il contenuto degli atti richiesti per ragioni di carattere informativo<sup>108</sup>.

Le Sezioni Unite, dunque, al fine di individuare la disciplina applicabile, valorizzano l'interesse sotteso alla richiesta, con ciò confermando — almeno così pare — l'ipotesi ricostruttiva sopra delineata.

La sentenza della Corte di cassazione presenta, però, un aspetto problematico: pare evidente che l'interesse sotteso alla richiesta di copie delle sentenze della Commissione tributaria<sup>109</sup> da parte dell'associazione non corrisponda a quello preso in considerazione dal legislatore di cui agli artt. 744 ss., c.p.c., che, evidentemente, non contempla lo scopo divulgativo e di informazione. Inoltre, l'applicazione della disciplina di cui al codice di procedura civile determina evidenti problemi pratici: la richiesta di un numero rilevante di atti può comportare, da un lato, un notevole esborso per il richiedente, tenuto al versare al cancelliere i diritti di copia; dall'altro, un gravoso dispendio di attività per gli addetti all'ufficio, che potrebbe presentare profili di incompatibilità con l'art. 97 Cost. ed il principio del buon andamento dell'Amministrazione<sup>110</sup>.

Tali difficoltà applicative, in una con la giurisprudenza delle Sezioni Unite, potrebbero essere superate dall'implementazione del D.Lgs. n. 36/2006, in particolare attraverso la creazione di una banca dati giuri-

<sup>105</sup> In realtà, non solo le sentenze, ma anche gli atti che ineriscono all'organizzazione dell'attività giurisdizionale, come, ad esempio, i registri delle sezioni del tribunale. Sono invece accessibili gli atti relativi all'organizzazione del lavoro all'interno degli organi giurisdizionali: T.A.R. Calabria, Catanzaro, 8 maggio 2005, n. 1010, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>106</sup> Si tratta di procedura a carattere di volontaria giurisdizione, che, però, « non pregiudica la tutela in sede contenziosa, nel rapporto con la pubblica amministrazione depositaria dei documenti richiesti (v. Cass. 9234/1996, 10109/1993) »: Cass., Sez. Un., 27 gennaio 2010, n. 1629, in *Foro it.*, 2010, III, 834.

<sup>107</sup> Cass., Sez. Un., n. 1629/2010, cit.

<sup>108</sup> Cass., Sez. Un., n. 1629/2010, cit., la quale precisa, altresì, che la medesima disciplina sarebbe applicabile a tutti i pubblici depositari, come notai, conserva-

tori di registri e simili: ogni cittadino, argomenta la Cassazione, « ha il diritto di ottenere copia degli atti detenuti per lui da un soggetto [...] cui la legge attribuisce la qualifica di pubblico depositario, nel senso che detiene non (soltanto) per sé (per l'esercizio di una pubblica funzione) ma (anche) per il pubblico ».

<sup>109</sup> Il discorso può essere esteso agli atti pubblici depositari.

<sup>110</sup> Tale aspetto non è stato preso in considerazione da Trib. Torino, 22 giugno 2010, cit., che, anzi, ha ritenuto che « nessuna rilevanza in senso contrario può attribuirsi al numero, più o meno consistente, degli atti di cui venga richiesta copia, atteso che spetta al depositario pubblico, comunque tenuto a rilasciare copia di tutti i documenti richiesti, farsi carico degli aspetti logistici e di organizzazione della struttura in modo da garantire ugualmente la funzionalità ed il buon andamento del servizio che da lui dipende ».

dica come avvenuto, ad esempio, in Francia<sup>111</sup> ed in Spagna<sup>112</sup>, ove le sentenze, e più in generale le informazioni giuridiche, sono soggette alla disciplina del riutilizzo.

Per quanto riguarda la Francia, sin dal 2002 è stato istituito il servizio pubblico della diffusione del diritto mediante internet (decreto n. 2002-1064 del 7 agosto 2002), che già prevedeva un regime, peraltro gratuito, di licenze di riutilizzo dei dati pubblici.

L'amministrazione competente era (ed è) la *DILA* (*Direction de l'information légale et administrative*), cui spetta la responsabilità della gestione del sito internet [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), ove sono raccolte le informazioni giuridiche.

Successivamente al recepimento della direttiva 2003/98/Ce, avvenuta con *ordonnance* n. 2005-650 del 6 giugno 2005 (che ha inserito il *Chapitre II* alla *loi* n. 78-753 del 17 luglio 1978 sull'accesso ai documenti amministrativi), è stata introdotto un nuovo regime giuridico, caratterizzato, da un lato, dal riconoscimento del diritto al riutilizzo delle informazioni pubbliche in capo a chiunque ne faccia la richiesta, e, correlativamente, dell'obbligo, in capo alle amministrazioni, di rispondere a tali richieste; e, dall'altro, dall'onerosità del riutilizzo delle informazioni pubbliche, il quale è subordinato alla sottoscrizione di una licenza.

I modelli di licenza-tipo sono stati elaborati dall'*APIE* (*Agence du patrimoine immatériel de l'État*), la quale presta altresì attività di assistenza per le amministrazioni che intendono mettere a disposizione i propri dati.

Per quanto concerne il riutilizzo delle informazioni giuridiche<sup>113</sup>, sono previste due tipologie di licenza: una *avec coût de mise à disposition*, l'altra senza tale costo, a seconda delle condizioni e dei limiti al riutilizzo<sup>114</sup>.

In Spagna, per quanto riguarda la diffusione delle sentenze in internet e il loro successivo riutilizzo è competente il Consejo General del Poder Judicial (CGPJ).

L'articolo 7 del Regolamento n. 1/2005 si occupa di disciplinare la pubblicazione e la diffusione delle decisioni giurisdizionali<sup>115</sup>.

<sup>111</sup> Il sito internet di riferimento è [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>112</sup> Oltre al Proyecto aporta ([www.aporta.es](http://www.aporta.es)), si vedano le banche dati messe a disposizione dal Cendoj (Centro de Documentación Judicial) su [www.poderjudicial.es/leversuite/GetRecords](http://www.poderjudicial.es/leversuite/GetRecords).

<sup>113</sup> Sono oggetto di riutilizzo le sentenze del *Conseil Constitutionnel*, della *Cour de Cassation* (oltre a una selezione di sentenze di merito), del *Conseil d'Etat* e del *Trinunal des conflits* (oltre a una selezione di sentenze di merito).

<sup>114</sup> Il testo delle licenze (*contrat de licence de réutilisation des données diffusées sur le site Légifrance*) è pubblicato all'indirizzo web [http://www.legifrance.gouv.fr/html/licences/licences\\_contrat.htm](http://www.legifrance.gouv.fr/html/licences/licences_contrat.htm).

<sup>115</sup> Art. 7, secondo cui « con el objeto de asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 107.10 de la LOPJ, en lo que se refiere a la publicación oficial de las sentencias y otras resoluciones del Tri-

bunal Supremo y del resto de órganos judiciales, para velar por su integridad, autenticidad y acceso, así como para asegurar el cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos personales, todos los Juzgados y Tribunales, bajo la supervisión de sus titulares o Presidentes, o de alguno de los Magistrados en quienes aquellos deleguen a estos efectos, procederán a remitir al Consejo General del Poder Judicial, a través del Centro de Documentación Judicial y con la periodicidad que se establezca, copia de todas las sentencias, así como de otras resoluciones que puedan resultar de interés, que hayan sido dictadas por el respectivo órgano judicial. Para que la remisión a través de los sistemas informáticos judiciales sea posible, todos los Jueces y Magistrados cuidarán de que las sentencias y demás resoluciones se integren en las aplicaciones informáticas de su órgano judicial. A tal fin, los Juzgados y Tribunales numerarán las sentencias y autos si-

Il Consejo, già a partire dal 1997, ha sviluppato un sistema di banche dati gestito dal Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), il quale, nella gestione del servizio pubblico di accesso alla giurisprudenza, è tenuto a garantire la riservatezza dei dati personali.

Il Consejo ha approvato delle Istruzioni relative all'invio delle decisioni da parte dei giudici e del Tribunali, in cui si stabiliscono i termini e le modalità di invio<sup>116</sup>.

Sia nel Regolamento che nelle Istruzioni sopra citate è testualmente previsto che, per ottenere copia delle sentenze a fini di diffusione, è necessario il rispetto delle condizioni previste dal Consiglio, senza che questo pregiudichi il diritto d'accesso alle informazioni giuridiche detenute.

La precedente versione di tale norma, contenuta nell'articolo 5-bis del regolamento 5/1995 del 7 giugno oggi sostituito dal regolamento n. 1/2005, congiuntamente alle Istruzioni dettate dal Consiglio che prevedono una norma analoga, era stata impugnata dal Collegio degli avvocati di Barcellona, sul presupposto che la proibizione di fornire copie delle sentenze a fini di diffusione pubblica costituisse un restringimento, arbitrario ed illecito, del principio di pubblicità delle decisioni giurisdizionali.

Il Tribunale Supremo ha respinto tale ricorso: in primo luogo i giudici hanno ricordato come il principio di pubblicità delle decisioni giurisdizionali si riferisca al procedimento di adozione delle stesse e sia cosa diversa dal diritto di accedere al contenuto delle sentenze. Tale principio non può ritenersi leso dall'attribuzione a un unico soggetto tecnico (il CENDOJ) della competenza alla diffusione esterna delle decisioni giurisprudenziali<sup>117</sup>.

Il Tribunale Supremo, il 7 febbraio del 2000, con la sentenza n. 806<sup>118</sup> si è poi occupato della legittimità del Regolamento di creazione del CENDOJ.

guiendo el orden cronológico de su dictado para su incorporación al Libro de Registro de Sentencias y/o Autos a que se refiere el artículo 265 de la LOPJ. En cada órgano Judicial se llevará una réplica informática de dicho Libro, que reflejará siempre el número de procedimiento, fecha y número de la resolución, así como, en su caso, su firmeza, como paso previo a su envío en forma electrónica al Centro de Documentación Judicial. En dicho Libro, las resoluciones estarán certificadas electrónicamente, cuando el estado tecnológico del sistema informático lo permita. El Director del Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, procederá a efectuar las recomendaciones que fuesen precisas sobre la materialización de los envíos. En el tratamiento y difusión de las resoluciones judiciales se cumplirá lo dispuesto en la legislación en materia de protección de datos personales y en los artículos 234 y 266 de la LOPJ. Salvo lo dispuesto en los artículos 234 y 266 de la LOPJ, no se facilitarán por los órganos jurisdiccionales copias de las resoluciones judiciales a los fines de difusión pública regu-

lados en el presente artículo, sin perjuicio del derecho a acceder en las condiciones que se establezcan, a la información jurídica de que disponga el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial. Todo ello sin perjuicio de las competencias atribuidas a los Gabinetes de Comunicación del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia, previstas en el Reglamento de los Órganos de Gobierno de Tribunales ».

<sup>116</sup> Si vedano: Instrucción 4/2003, de 9 de abril de 2003, sobre remisión de las resoluciones judiciales al Consejo, reperibile all'indirizzo (<http://www.poderjudicial.es/versuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKeyValue=970&Download=false&ShowPath=false>).

<sup>117</sup> STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sez. VII, 13 settembre 2000, [www.poderjudicial.es/versuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKeyValue=2466&Download=false&ShowPath=false](http://www.poderjudicial.es/versuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKeyValue=2466&Download=false&ShowPath=false).

<sup>118</sup> [www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3167494&links=&optimize=20030906](http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3167494&links=&optimize=20030906).

In tale occasione, i giudici hanno affermato che solo attraverso un servizio pubblico come quello fornito dal Consiglio è possibile assicurare un accesso completo alle decisioni giurisprudenziali in condizioni di uguaglianza. Tale servizio non esclude affatto il successivo uso commerciale delle informazioni in regime di libera concorrenza ma è necessario per la soddisfazione dell'interesse generale alla conoscenza ed alla diffusione del contenuto delle pronunce giurisdizionali.

Ad oggi, nelle banche dati del CENDOJ, sono disponibili le sentenze del Tribunal Supremo, le sentenze delle Audiencias Nacionales, delle Audiencias Provinciales e dei Tribunales Superiores de Justicia<sup>119</sup>.

L'accesso è libero e gratuito. Le case editrici giuridiche che siano interessate possono ottenere copia delle sentenze pagando un prezzo, nel caso in cui intendano rielaborare le informazioni a fini di commercializzazione<sup>120</sup>. Sono poi previste delle convenzioni per il riutilizzo delle informazioni da parte di soggetti pubblici.

<sup>119</sup> [www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm](http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm).

<sup>120</sup> In materia si veda anche il documento elaborato dal Consejo sull'accessibi-

lità e la diffusione delle sentenze in internet (<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetDocDBName=dPortal&UniqueKeyValue=25039&Download=false&ShowPath=false>).