

## 7

# Principio di trasparenza

**Sommario:** 1. Fonti. - 2. Definizione. - 3. Portata e contenuto. - 4. Applicazioni pratiche. - 4.1. La trasparenza nella legge sul procedimento. - 4.1.1. La motivazione del provvedimento. - 4.1.2. Altre disposizioni in tema di trasparenza. - 4.1.3. L'accesso. - 4.2. L'accesso ambientale. - 4.3. Accesso dei consiglieri comunali e provinciali. - 4.4. L'accesso civico. - 4.5. La trasparenza nelle procedure di evidenza pubblica. - 5. Sentenze. - 6. Connessioni. - 6.1. Principio di consensualità amministrativa.

### 1. Fonti

Art. 1, L. 7 agosto 1990, n. 241; art. 10, D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267; art. 2, D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165; art. 12, D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82; art. 11, TUE; art. 15, TFUE; art. 1, co. 35, L. 6 novembre 2012, n. 190; D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33; D. lgs. 25 maggio 2016, n. 97.

### 2. Definizione

La trasparenza è chiarezza e comprensibilità dell'azione amministrativa. Il principio di trasparenza impone all'amministrazione il dovere di agire correttamente, al di là delle mere prescrizioni formali della norma, nella consapevolezza che alla democrazia occorre un'esplicitazione comprensibile del potere. Trasparenza dunque significa: visibilità, conoscibilità e comprensibilità dell'azione amministrativa, dei suoi atti e della sua organizzazione.

### 3. Portata e contenuto

**L'art. 1, co. 1, della L. 7 agosto 1990, n. 241**, come riscritto dalla L. 11 febbraio 2005 n. 15, **introduce in modo espresso il principio di trasparenza come regola di condotta della pubblica amministrazione**. Tale principio trova il suo fondamento nell'art. 97 della Costituzione che recita: *"I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione"*. È,

infatti, dall'esigenza che l'amministrazione operi in modo corretto e imparziale che nasce la necessità di regole di trasparenza che rendano visibile e comprensibile l'operato della stessa.

**La necessità di un controllo democratico da parte dei cittadini sull'operato della P.A. impone che l'attività di questi sia sottoposta a pubblicità**, con conseguente obbligo di pubblicazione, comunicazione e accessibilità di notizie, documenti, atti e procedure. Tale criterio porta l'Amministrazione a rendere visibile e controllabile all'esterno il proprio operato affinché sia conforme agli interessi sociali ed ai principi costituzionali.

Viene ridefinito in chiave democratica il rapporto tra amministratori e amministrati, trasformando questi ultimi da spettatori a protagonisti dell'operato dei pubblici poteri.

Come è stato precedentemente posto in evidenza, la L. 15/2005, positivizzando un principio già implicito nell'ordinamento, introduce in modo espresso il principio di trasparenza, strettamente correlato al principio di pubblicità. Potremmo dire, infatti, che **il principio di pubblicità si pone in termini funzionali rispetto al principio di trasparenza, nella misura in cui quest'ultimo può essere inteso come "conoscibilità esterna" dell'azione amministrativa** attraverso gli strumenti pratici di cui si servono i privati per esercitare l'opera di controllo e di accesso agli atti e ai documenti del procedimento amministrativo. Viene innovata la portata del diritto di accesso che diviene il *minimum* indefettibile per assicurare a tutti, all'interno del territorio nazionale, il godimento del diritto alla trasparenza dell'azione amministrativa.

Secondo parte della dottrina, i due principi di **pubblicità e trasparenza sarebbero sovrapponibili solo in parte, implicando la trasparenza il dovere della P.A. di "render conto" alla collettività**, con conseguente incremento dell'onestà delle organizzazioni.

La pubblicità, invece, costituirebbe uno dei possibili elementi della trasparenza, rappresentando un mero stato di fatto dell'atto. La trasparenza, dunque, si contrapporrebbe a tutto ciò che si occulta per favorire interessi personali e di gruppo, configurandosi come *"esigenza di chiarezza, di comprensibilità, di non equivocità di una struttura e del suo agire, anche al fine di garantire l'affidamento dei cittadini"*, oltre che *l'imparzialità, il buon andamento e la legalità dell'azione amministrativa. Potrebbe, infatti, essere pubblico ma non espressione di trasparenza l'atto regolarmente pubblicato all'albo o su un sito internet ma in periodo festivo o occultato con abile maestria, o potrebbero esserlo atti accessibili ma "equivoci, oscuri e pertanto non comprensibili all'accedente"*.

**La trasparenza di cui all'art. 1 legge 241/1990 va oltre gli obblighi procedurali, richiedendo una comprensibilità dell'azione amministrativa che esorbita dal mero rispetto delle regole procedurali.**

## 7. Principio di trasparenza

Problematico è anche il **rapporto tra il principio di trasparenza e il diritto di accesso**, che parte della dottrina maggioritaria ha deciso di individuare come situazioni differenti, sottoponibili, dunque, ad una valutazione differenziata. Infatti, l'accesso ad un atto incomprensibile potrebbe non garantire la trasparenza o, viceversa, la secretazione delle offerte o il differimento dell'accesso potrebbe non confliggere con la trasparenza. L'accesso, in ogni modo, è considerato uno strumento della trasparenza, tenuto conto anche del fatto che la medesima è un parametro di giudizio per la legittimità dei limiti posti all'esercizio dello stesso.

Concludendo, si può rilevare come pubblicità e diritto di accesso siano strumenti necessari per il raggiungimento di un fine: la trasparenza. Quest'ultima li contiene e ne amplia la portata, rappresentandone un *quid pluris*. A sua volta la trasparenza costituisce uno degli strumenti per evitare elusioni del principio di concorrenza, nonché accordi illeciti o corruttivi.

Volendo precisare la portata del principio di trasparenza occorre evidenziare come esso sia il frutto di un percorso evolutivo dell'amministrazione che, partendo dal modello tradizionale, incentrato sulla dialettica fra autorità e libertà, giunge ad un nuovo modello basato invece su di una relazione paritaria tra amministrazione e cittadino. È infatti riconosciuto a quest'ultimo, come prima anticipato, un ruolo attivo e centrale nel perseguimento dell'interesse pubblico. Come efficacemente dimostra Bobbio in "La democrazia" vi è tanta più disparità tra chi esercita l'autorità e chi vede limitata la sua libertà per ragioni di interesse pubblico, là dove tale ultimo soggetto si trova nella condizione di dover obbedire ad un comando senza poter "vedere" il processo che conduce all'adozione dell'atto autoritativo, ed allo stesso nella condizione di poter "essere visto" nel momento in cui esegue i comandi impartiti.

**La trasparenza si porrebbe, dunque, come strumentale alla garanzia del principio democratico nell'amministrazione**, favorendo la partecipazione all'attività amministrativa. Sia il diritto italiano, che il diritto europeo, pongono l'accento su tale finalità, evidenziando il modo in cui esso connoti sempre più in senso orizzontale il rapporto tra amministrazione e cittadini, singoli e associati, e ponga le basi per un dialogo più consapevole tra essi, in modo che i privati possano contribuire con un apporto maggiormente significativo alla soluzione dei problemi del vivere comune.

**La trasparenza contribuisce, inoltre, a raggiungere obiettivi ulteriori, come l'attuazione del principio di responsabilità della pubblica amministrazione, e di quello di lealtà dei dipendenti pubblici**; la visibilità di ciò che viene fatto contribuisce a responsabilizzare maggiormente chi interviene nell'azione.

La visibilità diviene, inoltre, condizione necessaria per il miglioramento del coordinamento tra i diversi soggetti, ed anche tra i diversi livelli di governo coinvolti nei processi decisionali.

La trasparenza è presupposto per rendere comprensibili le modalità con cui l'amministrazione si apre all'intervento dei privati e permette di cogliere quali siano gli interessi che concretamente esercitano un condizionamento su di essa.

Per questa via, **la trasparenza diviene strumento per attuare i principi di imparzialità e di eguaglianza**, in quanto la visibilità delle sedi di decisione e dei soggetti che in esse operano permette ai cittadini un confronto tra le modalità di trattamento ricevute e il trattamento riservato ad altri soggetti che si siano trovati nella medesima condizione.

**La trasparenza, inoltre, permette di verificare l'eventuale insorgenza di conflitti d'interesse** in capo a chi interviene in modo attivo nei processi decisionali.

La visibilità degli interventi e dei risultati raggiunti funge, per la pubblica amministrazione, da stimolo ad operare nel modo migliore a servizio della propria comunità di riferimento e ciò favorisce l'attuazione del principio di buon andamento (ex art. n. 97 della Costituzione) e dei suoi corollari: efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

Quando l'amministrazione opera correttamente impiega bene le risorse e produce risultati positivi per la collettività, ed il fatto che il suo operato sia visibile rende il principio di trasparenza un fattore di legittimazione istituzionale, in quanto incrementa il consenso dei cittadini nei confronti dell'amministrazione stessa.

Infine, la trasparenza consente anche una supervisione sull'esercizio del potere sia in senso generale, favorendo il controllo democratico dei cittadini sulle istituzioni, sia in senso più specifico. Il **D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, modificato da ultimo dal D. Lgs. 25 maggio 2016, n. 97, considera la trasparenza come strumento preliminare a "forme diffuse di controllo" sull'operato dell'amministrazione e sull'uso delle risorse pubbliche**, nonché sulla valutazione dell'operato dei dipendenti.

In questo senso, la trasparenza si oppone alla cattiva amministrazione e alla corruzione.

Il principio di trasparenza dell'azione amministrativa è stato oggetto di alcune recenti modifiche legislative, tese a garantire una maggiore partecipazione dei privati all'agere amministrativo, nonché una più incisiva lotta alla corruzione.

Prima di procedere con l'esame delle novità apportate dal richiamato D. Lgs. n. 97/2016, c.d. "nuovo Decreto trasparenza" (detto anche "FOIA", Freedom of Information Act), che, in attuazione dell'art. 7 della L. n. 124 del 2015, ha innovato la Legge 6 novembre 2012, n. 190, nonché il D. Lgs. 14 marzo 2013, n. 33, appare utile ripercorrere in breve l'iter evolutivo della legislazione in materia. Già con la legge 6 novembre 2012, n. 190 era affidato alla "trasparenza" dell'attività amministrativa un ruolo decisivo per la lotta alla corruzione e all'illegalità nella pubblica

## 7. Principio di trasparenza

amministrazione; il D. lgs. n. 33/2013, invece, **oltre a riorganizzare e semplificare le norme già esistenti in tema di obblighi di informazione, pubblicità e trasparenza a carico delle P.A., introduce un sistema sanzionatorio specifico in caso di omesso, ritardato o inesatto adempimento degli obblighi di pubblicazione e prevede l'istituto dell'accesso civico.**

Il Decreto **declina il principio in termini di "accessibilità totale" delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni.** Il nuovo concetto di trasparenza, così come ampliato dal decreto in questione, si lega con il principio democratico, agevolando sistemi di *accountability*, limitando o prevenendo lo svolgersi di fenomeni illeciti.

Lo scopo del legislatore è **quello di garantire non solo la conoscibilità formale delle informazioni** attraverso la loro pubblicazione, **ma la loro comprensibilità sostanziale**, in quanto un controllo efficace si può attuare solo attraverso la comprensione.

**La trasparenza diviene, dunque, diritto alla comprensione che consente di esercitare un controllo democratico sull'esercizio del pubblico potere.**

Come anticipato, il Legislatore del 2016, al fine di rafforzare il principio di trasparenza, e, di conseguenza, assicurare una concreta partecipazione dei cittadini all'organizzazione e all'attività dell'Amministrazione, anche nell'intento di prevenire fenomeni di corruzione, introduce forme diffuse di controllo da parte dei cittadini medesimi.

Tra le novità più rilevanti, introdotte per lo più in sede di modifica di talune disposizioni del D. lgs. n. 33/2013, si segnala l'introduzione di una nuova forma di accesso civico (nei sistemi anglosassoni definita, appunto, "FOIA"), per il cui esame si rinvia al paragrafo 4.4.

Le disposizioni in materia di trasparenza riguardano anche la gestione delle risorse economiche da parte delle amministrazioni, nonché, come già rilevato, la lotta alla corruzione. Il D. lgs. n. 97/2016, infatti, incide anche sulla L. n. 190/2012, prevedendo, in particolare, una semplificazione del Piano nazionale anticorruzione, adottato dall'ANAC e recepito dalle pubbliche amministrazioni nei piani triennali di prevenzione alla corruzione.

### 4. Applicazioni pratiche

#### 4.1. La trasparenza nella legge sul procedimento

**Gli strumenti attraverso cui si attua il principio di trasparenza sono molteplici, alcuni di essi sono individuati all'interno della legge sul procedimento amministrativo (L. 241 del 1990).**

#### 4.1.1. La motivazione del provvedimento

Nel senso della primaria rilevanza del rispetto del principio di trasparenza debbono essere lette **le regole relative all'obbligo di motivazione del provvedimento**. La motivazione, infatti, rende visibili le ragioni che hanno condotto alle decisioni amministrative e, così, consente di accertare la correttezza dell'operato della P.A.

**La motivazione dell'atto amministrativo, difatti, è lo strumento attraverso il quale la Pubblica Amministrazione esterna i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche poste a fondamento dell'adozione di un determinato provvedimento.** Dalla stessa deve potersi evincere, in modo non equivoco, come il provvedimento finale sia il risultato del miglior bilanciamento di tutti gli interessi, pubblici e privati, emersi nel corso del procedimento. La motivazione costituisce, in tal senso, **autentico limite alla discrezionalità**, anche quella pura, in quanto l'opportunità di una scelta piuttosto che di un'altra deve sempre essere coerentemente ed esaustivamente motivata in fatto ed in diritto, indicando i criteri e le ragioni per cui essa risulti la più idonea al perseguimento dell'interesse pubblico.

In considerazione di ciò è facile comprendere **l'esclusione dell'obbligo di motivazione per gli atti normativi**, stante la loro portata generale ed astratta e la conseguente tendenziale inidoneità a ledere la posizione di specifici individui nonché tenendo conto delle motivazioni politiche alla base dell'adozione degli stessi.

Allo stesso modo **non soggiacciono all'obbligo di motivazione gli atti a contenuto generale**, il che, tuttavia, ha sollevato alcune perplessità, in ragione della loro potenziale attitudine lesiva. Proprio questa osservazione ha indotto a prospettare una distinzione fra la generalità degli atti per cui la motivazione non è dovuta e quelli rispetto ai quali, al ricorrere di particolari circostanze, l'obbligo riemerge. Ad esempio, escluso l'obbligo di motivazione per gli atti di pianificazione generali, la giurisprudenza ha ritenuto che l'obbligo sussista in caso di lesione dell'affidamento derivato da lottizzazione o accordi di diritto privato intercorsi fra comune e proprietari, o laddove la scelta urbanistica incida sull'affidamento ingenerato da un precedente annullamento di diniego espresso o tacito di concessione edilizia.

Si può sostenere, dunque, che diventano nuovamente soggetti all'obbligo di motivazione gli atti che, seppur a portata formalmente generale, incidano su aspettative già legittimamente formatesi.

Per quanto riguarda, poi, le **modalità di adempimento dell'obbligo di motivazione**, la stessa può essere indicata anche *per relationem*, ossia anche mediante il riferimento ad atti del procedimento amministrativo diversi, come, ad esempio, pareri o valutazioni tecniche.

## 7. Principio di trasparenza

In tal caso, però, per la legittimità dell'atto amministrativo, è necessario che l'atto indicato per *relationem* sia reso disponibile. Al riguardo, parte della giurisprudenza ha ritenuto sufficiente l'indicazione dell'atto e non necessaria la materiale allegazione. Secondo altra parte della giurisprudenza, la motivazione *per relationem*, costituendo un'eccezione al generale obbligo di motivazione, implicherebbe sempre l'obbligo di allegazione dell'atto oggetto della *relatio*. Secondo una posizione intermedia, infine, l'allegazione sarebbe necessaria solo in caso di provvedimenti discrezionali.

Stante la chiara previsione di cui all'art. 3 della L. n. 241/1990, può ormai ritenersi invalido, per violazione di legge, l'atto amministrativo sfornito di motivazione ovvero l'atto amministrativo che non esprima compiutamente i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche su cui si fonda. È, invece, illegittimo per eccesso di potere l'atto la cui motivazione sia contraddittoria, incongrua e/o illogica.

Sempre in un contesto di massima trasparenza, nonché di collaborazione fra la P.a. procedente e il privato, la L. n. 15 del 2005 ha introdotto l'istituto del preavviso di rigetto, di cui all'art. 10 bis della L. n. 241/1990, in virtù dei quali la P.a. ha l'obbligo di comunicare anticipatamente i motivi di rigetto dell'istanza, mettendo il privato nella condizione di poter presentare scritti e osservazioni. Sarà, dunque, da considerare illegittimo il provvedimento finale con motivazione c.d. "a sorpresa" che, cioè, adduca motivazioni diverse da quelle allegate con la comunicazione di preavviso di rigetto o non dia conto delle ragioni sottese al mancato accoglimento delle ulteriori allegazioni del soggetto promotore dell'istanza.

La centralità dell'istituto della motivazione, quale garante del principio di trasparenza, emerge anche dal dibattito sorto in ordine all'ammissibilità o meno della **motivazione postuma** dei provvedimenti.

A fronte di un primo orientamento, più risalente, secondo cui sussisterebbe un generale divieto di motivazione postuma, l'orientamento attualmente prevalente rileva come, essendo il giudizio amministrativo incentrato sulla fondatezza della pretesa, e non sulla mera legittimità dell'atto, non può precludersi alla p.a. di produrre in giudizio elementi idonei a dimostrare l'infondatezza della stessa. La motivazione postuma, inoltre, sarebbe strumento in un certo senso speculare ai motivi aggiunti con cui il privato potrebbe ben reagire all'integrazione della motivazione. Inoltre, si è evidenziato che si rischierebbe di garantire al privato una mera vittoria processuale, in quanto, dopo l'annullamento, la p.a. ben potrebbe reiterare un provvedimento di senso negativo rimuovendo il vizio.

Recentemente, sul punto, è intervenuto il Consiglio di Stato (**Cons. di Stato, Sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018; 26 febbraio 2015, n. 969**) che, pur confermando il generale divieto di integrazione postuma, "*in quanto la motivazione rappresenta il presidio essenziale del diritto di difesa*" ha chiarito che "*Alla luce dell'attuale assetto normativo, devono essere attenuate le*

*conseguenze del principio di divieto di integrazione postuma, dequotando il relativo vizio tutte le volte in cui l'omissione di motivazione successivamente esternata non abbia leso il diritto di difesa dell'interessato, nei casi di atti vincolati e nei casi in cui, in fase infraprocedimentale, risultino percepibili le ragioni sottese all'emissione del provvedimento gravato".*

In conclusione, dunque, è evidente come l'obbligo di motivazione costituisca uno dei principali strumenti attraverso i quali il privato è messo in condizione di ricostruire il ragionamento logico giuridico alla base dell'agire della P.a., operando quella verifica e quel controllo cui è strumentale il rispetto del principio di trasparenza.

#### 4.1.2. Altre disposizioni in tema di trasparenza

Diversi, inoltre, sono gli istituti previsti nell'ambito della disciplina del procedimento amministrativo strumentali alla garanzia del rispetto del principio di trasparenza.

Si pensi alle **disposizioni che disciplinano la predeterminazione dei criteri per il rilascio dei benefici economici**, che consentono la visibilità delle regole di svolgimento dell'attività amministrativa.

Di non scarso rilievo sono, poi, le **regole relative alla comunicazione di avvio del procedimento e all'indicazione dei termini del procedimento**, che permettono la visibilità dell'avvio e dei tempi in cui si svolge l'attività amministrativa. Così come **le disposizioni relative al responsabile del procedimento**, che consentono la visibilità degli interlocutori del cittadino all'interno dell'amministrazione.

A questi strumenti si aggiungono **le previsioni in materia di semplificazione del linguaggio dell'amministrazione**, finalizzate a garantire la maggiore visibilità dei contenuti dell'azione amministrativa. La semplificazione, in particolare, mira a far comprendere il funzionamento delle amministrazioni agli utenti esterni senza aggravarli di inutili difficoltà. Rispetto ai dipendenti dell'amministrazione pubblica è, invece, strumentale ad un processo continuo di miglioramento, finalizzato a rendere più fluida l'organizzazione e più aperta e flessibile verso l'esterno.

La semplificazione nell'attività dell'amministrazione è possibile solo se il flusso circolare delle informazioni risulta efficiente sia all'interno delle amministrazioni ma anche all'esterno.

L'attività di semplificazione amministrativa e normativa che l'Italia sta portando avanti da alcuni anni riguarda sia gli aspetti del riordino normativo (semplificazione dei procedimenti e codificazione delle norme) sia la metodologia del processo di produzione delle regole (analisi di impatto della regolamentazione, consultazione dei destinatari delle norme).



#### 4.1.3. L'accesso

**Un ruolo di primo piano** fra gli strumenti di realizzazione del principio di trasparenza è senz'altro ricoperto dalle disposizioni in materia di accesso ai documenti amministrativi, di cui si occupano gli artt. 22 e ss. della L. 241 del 1990. Infatti l'**art. 22, comma 2, della L. 241 del 1990**, come modificato dalla L. 69 del 2009, stabilisce che **"l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza"**.

Con la L. 15 del 2005 si è elevato il diritto d'accesso a principio generale dell'attività amministrativa, decretandone l'ascrizione alla giurisdizione esclusiva del G.A..

Le disposizioni della L. 241 del 1990 individuano **due tipologie diverse di diritto di accesso**, distinte a seconda che i documenti di cui si richiede la visione o la copia siano già pubblicati integralmente, oppure siano semplicemente depositati presso le singole amministrazioni che li hanno formati o li detengono in modo stabile.

La prima modalità di accesso è più immediata, in quanto il **comma 3 dell'art. 26 della L. n. 241 del 1990 prevede che la pubblicazione degli atti, se avvenuta in modo integrale, realizza di per sé la libertà di accesso ai documenti pubblicati**.

**La seconda modalità**, invece, è più complessa, non costituendo un fenomeno puntuale, **assumendo le forme di un vero e proprio procedimento amministrativo**.

Impone, dunque, l'esame della legittimazione soggettiva attiva dei richiedenti e di quella passiva delle amministrazioni che devono consentire l'accesso, nonché l'individuazione dell'oggetto dell'accesso e dei limiti e modalità specifiche con cui il procedimento di accesso può svolgersi.

**Per quanto attiene la legittimazione attiva** all'esercizio del diritto di accesso, l'**art. 22, L. 241/1990** presuppone la **sussistenza di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento del quale è richiesta l'ostensione**.

La giurisprudenza, sul punto, ha evidenziato come **la situazione giuridicamente rilevante non possa essere individuata in un mero "interesse di fatto"**, o in posizioni cui l'ordinamento giuridico non riconosce alcuno strumento di tutela giurisdizionale. La posizione legittimante, in altri termini, non può essere identificata nella generica pretesa al controllo del buon andamento dell'azione amministrativa, **per cui chiunque chieda di accedere a documenti amministrativi ha il preciso ed ineludibile onere di indicare la specifica posizione giuridica legittimante**, dimostrando che il provvedimento o il documento amministrativo dei quali è richiesta

l'ostensione siano astrattamente idonei a produrre effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente da una concreta, attuale e immediata lesione giuridica. **Per quanto riguarda la legittimazione passiva**, il soggetto tenuto all'ostensione del documento coinvolto è la **Pubblica Amministrazione**, che, nella **definizione del riformulato art. 22 della L. 241/1990**, comprende **“tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario”**. Dal testo della norma si evince una **duplice condizione limitativa** all'accesso ai documenti dei soggetti privati: essi devono svolgere un'**attività di pubblico interesse** e, soprattutto, la stessa **deve essere regolata dal diritto comunitario o nazionale**. Sono, quindi, escluse le mere attività caratterizzate da autovincolo, le attività genericamente strumentali al servizio, mentre è accessibile l'attività di gestione, in quanto di pubblico interesse e regolata da norme interne e comunitarie.

Il successivo art. 23 L. 241/1990 completa la definizione su esposta, stabilendo che **il diritto di accesso è riconosciuto anche nei confronti dei soggetti “gestori di pubblici servizi”**, accezione più ampia rispetto a quella dei concessionari di pubblici servizi, della quale per altro è comprensiva.

L'art. 23 L. 241/1990 estende, inoltre, l'accesso anche alle Autorità indipendenti, nei limiti dei rispettivi ordinamenti.

Riguardo ai documenti accessibili, **oggetto dell'accesso sono i c.d. “documenti amministrativi”**. Il legislatore del 1990 ha optato per una definizione di carattere generale, inglobando nel concetto di documento amministrativo **“ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti anche interni, formati dalle pubbliche amministrazioni o, comunque, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa”** (art. 22, L. 241/1990).

Ai fini dell'accesso, inoltre, sono qualificati come **atti amministrativi** anche **“[gli atti] interni... concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale”**.

Riguardo l'accessibilità agli atti dei soggetti privati equiparati alla P.A., e in particolare dei concessionari e, più in generale, dei gestori dei pubblici servizi appare chiaro che la finalità del Legislatore sia quella di rendere accessibili ai privati tutte le attività di interesse pubblico, anche se sottoposte in tutto o in parte alla disciplina sostanziale del diritto privato.

A fronte di queste premesse è interessante il dibattito sorto in relazione all'accessibilità degli atti e provvedimenti dei soggetti privati esercenti attività di pubblico interesse e, in particolare, in relazione all'individuazione dei limiti e dei presupposti per l'accesso ai documenti inerenti rapporti di diritto privato, in particolare relativi al rapporto di lavoro.

## 7. Principio di trasparenza

Sul punto, si segnala la pronuncia del **Consiglio di Stato, Ad. Plenaria, 22 aprile 1999, n. 4** in base alla quale, **l'accesso dovrebbe essere consentito ogni qual volta sussista un interesse pubblico prevalente in tal senso**, il che avverrebbe, ad esempio, laddove il gestore del servizio, spontaneamente o in applicazione di una disposizione, ponga in essere un procedimento di natura comparativa con criteri precostituiti, per la selezione del personale più meritevole e per organizzare con efficacia il servizio. L'attività di selezione del personale, difatti, sarebbe direttamente strumentale alla migliore gestione del servizio pubblico, in quanto tale costituirebbe vero e proprio procedimento amministrativo i cui provvedimenti debbono ritenersi accessibili.

In particolare, secondo la pronuncia, *l'accesso agli atti del gestore del servizio pubblico "consente il perseguimento delle medesime finalità connesse all'accesso agli atti dell'amministrazione (e cioè una più diffusa conoscenza dei processi decisionali, lo stimolo a comportamenti ispirati ai canoni di diligenza, buona fede e correttezza, ad una deflazione delle controversie): vi è l'interesse pubblico all'effettuazione di scelte corrette da parte del gestore, quando esse siano finalizzate all'organizzazione efficiente ed alla qualità del servizio"*.

Secondo questo orientamento, poi seguito dalla giurisprudenza successiva, la sussistenza del vincolo di strumentalità al conseguimento del pubblico interesse, gravante sull'attività formalmente privatistica del gestore del pubblico servizio, comporta l'assoggettamento ai doveri di trasparenza e pubblicità e, con questa, l'assimilazione all'attività della p.a. propriamente detta per quanto riguarda la tutela dei privati interessati.

Recentemente, tuttavia, il Consiglio di Stato ha mutato parzialmente orientamento (**Cons. di Stato, sez. III, 10 marzo 2015, n. 1226**) evidenziando come il legame di strumentalità fra il rapporto di lavoro privatistico e la gestione del servizio di interesse pubblico, posto a fondamento della legittimazione all'accesso, non possa essere semplicemente presunto, bensì debba essere accertato caso per caso. L'estensione della tutela del singolo nei confronti del privato gestore di un servizio pubblico ha ragion d'essere solo laddove il soggetto che chiede tutela si presenti come utente o comunque come membro della collettività, interessato come tale al pubblico servizio, e, dunque, al modo in cui questo viene organizzato e gestito, ravvisandosi in queste ipotesi quella "soggezione di fatto" che ha indotto il legislatore a prevedere l'ostensibilità degli atti dei gestori di pubblico servizio.

Non troverebbe più fondamento quando il rapporto fra il soggetto che chiede l'accesso, e il privato gestore del pubblico servizio fosse diverso (lavoro subordinato, contratto d'opera professionale, ecc.) e, quindi, non influenzato o qualificato dai profili pubblicistici eventualmente rinvenibili nell'attività del gestore.