

La trasparenza amministrativa e le diverse forme di accesso

Amedeo Scarsella

Il programma del webinar

Temi che affronteremo:

- ✓ I principi costituzionali in materia di pubblica amministrazione con particolare riferimento alla trasparenza
- ✓ Gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni da parte delle PA
- ✓ Le diverse forme di accesso
- ✓ L'accesso documentale ex art. 22 della L. n. 241/1990
- ✓ L'accesso civico semplice
- ✓ L'accesso civico generalizzato
- ✓ L'accesso nel nuovo codice dei contratti pubblici
- ✓ L'accesso dei consiglieri comunali

Gli obiettivi del Webinar

Gli obiettivi principali del Webinar:

- *Illustrare le diverse forme di accesso previsto dall'ordinamento;*
- *Fornire indicazioni operative alle amministrazioni per un corretto e tempestivo esame delle istanze di accesso presentate in base alle diverse normative.*

La trasparenza come diritto fondamentale (1)

«la trasparenza si pone non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, «destinata sempre più ad assumere i contorni di una “casa di vetro”, nell’ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall’art. 2 della Costituzione, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri».

23.4. La luce della trasparenza feconda il seme della conoscenza tra i cittadini e concorre, da un lato, al buon funzionamento della pubblica amministrazione ma, dall’altro, anche al soddisfacimento dei diritti fondamentali della persona, se è vero che organizzazione amministrativa e diritti fondamentali sono strettamente interrelati»

(Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10).

La trasparenza come diritto fondamentale (2)

23.5. La natura fondamentale del diritto di accesso civico generalizzato, oltre che essere evincibile dagli artt. 1, 2, 97 e 117 Cost e riconosciuta dall'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per gli atti delle istituzioni europee, deve però collocarsi anche in una prospettiva convenzionale europea, laddove essa rinviene un sicuro fondamento nell'art. 10 CEDU, come hanno rilevato le citate Linee guida dell'ANAC, nel par. 2.1, e le Circolari FOIA n. 2/2017 (par. 2.1) e n. 1/2019 (par. 3).

23.6. L'art. 10 CEDU sancisce, al comma 1, che ogni persona ha diritto alla libertà di espressione e che tale diritto include «la libertà di ricevere [...] informazioni [...] senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche», mentre il successivo comma 2 stabilisce che l'esercizio delle libertà garantite «può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica» alla tutela di una serie di interessi, pubblici e privati, pressoché corrispondenti alle eccezioni relative previste dall'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33 del 2013 (Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10).

I limiti all'accesso e il bilanciamento dei diritti fondamentali

In tutte le discipline normative sono previste delle limitazioni al diritto di accesso.

Le **eccezioni assolute** sono state previste dal legislatore per garantire un livello di protezione massima a determinati interessi, ritenuti di particolare rilevanza per l'ordinamento giuridico, come è in modo emblematico per il segreto di Stato, sicché il legislatore ha operato già a monte una valutazione assiologica e li ha ritenuti superiori rispetto alla conoscibilità diffusa di dati e documenti amministrativi.

Le **eccezioni relative** sono oggetto di valutazione da parte dell'amministrazione (esempi ne sono la tutela della riservatezza di terzi, segreti tecnici o commerciali, ecc.).

Un esempio dal nuovo codice dei contratti pubblici (art. 35)

4. Fatta salva la disciplina prevista per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, e salvo quanto disposto dal comma 5, il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione:

a) **possono essere esclusi** in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;

b) **sono esclusi in relazione:**

1) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;

2) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;

3) alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, ove coperte da diritti di privativa intellettuale.

5. In relazione all'ipotesi di cui al comma 4, lettere a) e b), numero 3), **è consentito l'accesso al concorrente, se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara.**

L'accesso documentale

L'accesso agli atti, detto anche accesso documentale, è quello esercitabile esclusivamente da quei soggetti portatori di un interesse qualificato inerente al documento al quale è connessa la richiesta (art. 22, L. n. 241/1990); dunque, è fondamentale che il richiedente abbia un interesse diretto, concreto e attuale rispetto al documento stesso. Il diritto di accesso deve essere garantito per effetto della sola dimostrazione, da parte dell'istante, dell'esistenza di un proprio interesse giuridico bisognevole di tutela, con esclusione di ogni sindacato dell'Amministrazione sulla fondatezza e pertinenza delle azioni che lo stesso istante intende intraprendere; l'istante deve fornire elementi idonei a dimostrare in maniera chiara e concreta la sussistenza di un interesse diretto, concreto, attuale e corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso

L'accesso difensivo

In materia di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990 si deve escludere che sia sufficiente nell'istanza di accesso un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare; la pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990.

Cons. St., A.P., 18 marzo 2021, n. 4 - Pres. Patroni Griffi, Est. Nocelli

L'accesso civico

Con il d.lgs. n. 97/2016, l'ordinamento italiano ha riconosciuto la libertà di accedere alle informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni come diritto fondamentale, in conformità all'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

«i) Il principio della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo
Nei sistemi FOIA, il diritto di accesso va applicato tenendo conto della tutela preferenziale dell'interesse a conoscere. Pertanto, nei casi di dubbio circa l'applicabilità di una eccezione, le amministrazioni dovrebbero dare prevalenza all'interesse conoscitivo che la richiesta mira a soddisfare (v. anche Linee guida A.N.AC., § 2.1.).

In base a questo principio, dato che l'istituto dell'accesso generalizzato assicura una più ampia tutela all'interesse conoscitivo, qualora non sia specificato un diverso titolo giuridico della domanda (ad es. procedimentale, ambientale, ecc.), la stessa dovrà essere trattata dall'amministrazione come richiesta di accesso generalizzato» Circolare Ministro della Pubblica Amministrazione n.2 /2017 Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA)

L'accesso civico semplice e generalizzato

L'Accesso civico (semplice o generalizzato) consente a chiunque di accedere a dati, documenti e informazioni delle pubbliche amministrazioni senza necessità di dimostrare un interesse qualificato (Art. 5, D.Lgs. 33/2013).

L'Accesso civico semplice consente a chiunque di richiedere documenti, dati o informazioni che le amministrazioni hanno l'obbligo di pubblicare nella sezione "Amministrazione trasparente" dei propri siti istituzionali, nei casi in cui gli stessi non siano stati pubblicati (art.5, c. 1).

L' Accesso civico generalizzato (o accesso FOIA) consente a chiunque di richiedere dati e documenti ulteriori rispetto a quelli che le amministrazioni sono obbligate a pubblicare (art. 5, c. 2).

Il riesame del diniego

Art. 5, comma 7, del D.lgs. 33/2013

«Nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine indicato al comma 6, il richiedente può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, di cui all'articolo 43, che decide con provvedimento motivato, entro il termine di venti giorni. Se l'accesso è stato negato o differito a tutela degli interessi di cui all'articolo 5-bis, comma 2, lettera a), il suddetto responsabile provvede sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta. A decorrere dalla comunicazione al Garante, il termine per l'adozione del provvedimento da parte del responsabile è sospeso, fino alla ricezione del parere del Garante e comunque per un periodo non superiore ai predetti dieci giorni. Avverso la decisione dell'amministrazione competente o, in caso di richiesta di riesame, avverso quella del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il richiedente può proporre ricorso al tribunale amministrativo regionale ai sensi dell'articolo 116 del Codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

Circolare Ministro della Pubblica Amministrazione n.1 /2019 Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA)

Differenza tra accesso civico e documentale

L'accesso civico generalizzato consente, contrariamente a quello documentale, a “chiunque” di visionare ed estrarre copia cartacea o informatica di atti ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria. Per effetto dell'adesione dell'ordinamento al modello di conoscibilità generalizzata delle informazioni amministrative proprio dei cosiddetti sistemi FOIA - Freedom of information act - l'interesse conoscitivo del richiedente è elevato al rango di un diritto fondamentale (cosiddetto right to know), non altrimenti limitabile se non in ragione di contrastanti esigenze di riservatezza espressamente individuate dalla legge, mentre l'accesso documentale, e ancor di più quello difensivo, risponde al paradigma del need to know.

Consiglio di Stato, sez.. V – sentenza n. 3905 del 29 aprile 2024

Le varie tipologie di accesso

La coesistenza di tre diverse specie di accesso agli atti – accesso ordinario, accesso civico e accesso generalizzato - ciascuna distintamente regolata nei suoi presupposti, porta ad escludere l'esistenza di un unico e generale diritto del privato ad accedere agli atti amministrativi che possa farsi valere a titolo diverso; esistono invece specifiche situazioni nei rapporti di pubblico all'interno delle quali, al venire in essere di determinati presupposti (diversi in ognuna di esse), il privato assume titolo ad accedere alla documentazione amministrativa, con limiti e modalità diversificate nelle varie ipotesi.

Tar Toscana, sez. II, 20 dicembre 2019, n. 1748 – Pres. Trizzino, Est. Cacciari

I rapporti tra le diverse tipologie di accesso (1)

Il rapporto tra le due discipline generali dell'accesso documentale e dell'accesso civico generalizzato e, a sua volta, il rapporto tra queste due discipline generali e quelle settoriali – si pensi, tra le più importanti, all'accesso civico di cui all'art. 10 del d. lgs. n. 267 del 2000 e a quello ambientale di cui all'art. 3 del d. lgs. n. 195 del 2005 – non può essere letto unicamente e astrattamente, secondo un criterio di specialità e, dunque, di esclusione reciproca, ma secondo un canone ermeneutico di completamento/inclusione, in quanto la logica di fondo sottesa alla reazione tra le discipline non è quella della separazione, ma quella dell'integrazione dei diversi regimi, pur nelle loro differenze, in vista della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo che rifugge in sé da una segregazione assoluta “per materia” delle singole discipline.

25.2. Occorre, cioè, indagare circa la portata e il senso di tali limiti per verificare, caso per caso (la disposizione, appunto parla di “casi”) e non per interi ambiti di materia, se il filtro posto dal legislatore a determinati casi di accesso sia radicalmente incompatibile con l'accesso civico generalizzato quale esercizio di una libertà fondamentale da parte dei consociati (Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020. n. 10).

I rapporti tra le diverse tipologie di accesso (2)

Se dunque i limiti previsti per l'accesso ai documenti amministrativi di cui agli artt. 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990 e quelli dettati dalle singole discipline settoriali non possono essere superati ricorrendo strumentalmente all'istituto dell'accesso civico generalizzato, deve ritenersi che, una volta venute meno le ragioni di questi limiti, tra cui quelli appena accennati dell'art. 53 del codice dei contratti pubblici, sul piano sia temporale sia contenutistico, l'accesso civico generalizzato opera di diritto, senza che sia necessaria nel nostro ordinamento una specifica disposizione di legge che ne autorizzi l'operatività anche in specifiche materie, come quella dei contratti pubblici, con la conseguenza che l'accesso civico generalizzato, ferme le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33 del 2013, è ammissibile in ordine agli atti della fase esecutiva (Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10).

L'art. 35, d.lgs. n. 36/2023 e la disciplina generale sull'accesso

Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano in modalità digitale l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme, ai sensi degli articoli 3-bis e 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e degli articoli 5 e 5-bis del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

L'art. 35, co. 2, d.lgs. n. 36/2023, contiene una disciplina più specifica in materia di differimento del diritto di accesso rispetto a quella previgente: come emerge dalla lettura della Relazione al codice, l'obiettivo è stato quello di prevedere “cosa” si può ottenere e “quando” si può ottenere.

L'art. 36, d.lgs. n. 36/2023 e la disciplina generale sull'accesso

- il primo comma prevede che, contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione, tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi possono consultare, tramite la c.d. "piattaforma di approvvigionamento digitale" di cui all'art. 25, d.lgs. n. 36/2023: i. l'offerta dell'aggiudicatario; ii. i verbali di gara; iii. gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione;
- il secondo comma estende ulteriormente l'ambito dell'ostensione, statuendo, per i primi cinque operatori economici della graduatoria, la reciproca disponibilità delle offerte e degli atti di cui al co. 1.

L'art. 43, comma 2, del TUEL

«i consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato. Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge».

I principi consolidati in materia (1)

- l'accesso dei consiglieri comunali può rivolgersi non soltanto nei confronti di atti, ma anche di informazioni in possesso dell'amministrazione;
- dalla locuzione "utili", contenuta nell'art. 43 del Tuel, non può conseguire alcuna limitazione al diritto di accesso dei consiglieri comunali;
- sul consigliere non grava un onere di motivazione né gli uffici hanno titolo a richiederla;

I principi consolidati in materia (2)

- il “diritto all’informazione” del consigliere è soggetto al rispetto di alcune forme e modalità in quanto le istanze devono essere comunque formulate in maniera specifica e dettagliata;
- la giurisprudenza è costante nell’affermare il principio della gratuità del diritto del consigliere di prendere visione o di estrarre copia di atti e documenti;
- il consigliere non può abusare del diritto all’informazione per scopi emulativi o aggravando eccessivamente, con richieste non contenute entro limiti di proporzionalità e di ragionevolezza, la corretta funzionalità dell’ente;

L'obbligo del segreto

La violazione del limite posto a carico del consigliere dall'art. 43, c. 2, del Tuel, ossia l'obbligo di rispettare il segreto nei casi previsti dalla legge può essere penalmente sanzionata ai sensi dell'art. 326 c.p., che punisce il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio, o comunque abusando della sua qualità, rivela notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, o ne agevola in qualsiasi modo la conoscenza.

Un «nuovo» limite all'accesso: la tutela della riservatezza

Il diritto di accesso del consigliere comunale non costituisce un diritto “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Il diritto di accesso del consigliere comunale non ha un'illimitata espansione ma di fronte ad altri diritti della persona è necessario effettuare “un ragionevole bilanciamento” di tutti i diritti coinvolti. Alla regola del ragionevole bilanciamento propria dei rapporti tra diritti fondamentali di pari rango non si sottrae l'accesso del consigliere comunale (Consiglio di Stato, sent. n. 2089/2021)

Una «nuova» lettura dell'obbligo del segreto

Non basta l'obbligo di segreto a cui sono tenuti i consiglieri comunali per legittimarli ad accedere a qualsiasi documento in possesso dell'ente locale.

In termini generali il segreto è un obbligo che si riferisce all'uso di dati e informazioni legittimamente acquisiti.

Il diritto fondamentale di accesso del consigliere comunale ogni volta abbia ad oggetto atti e informazioni inerenti a diritti egualmente tutelati dall'ordinamento non è sempre prevalente, ma occorre che si effettui un bilanciamento tra tutti i diritti coinvolti al fine di evitare anche il potenziale pregiudizio di diritti fondamentali.
(Consiglio di Stato, sent. n. 2089/2021)

Il diritto di accedere ai sistemi informatici dell'Ente

La giurisprudenza e il Ministero dell'interno ritenevano sussistere il diritto del consigliere comunale all'accesso anche da remoto al protocollo informatico dell'ente. Tale diritto non deve tuttavia essere esteso al contenuto della documentazione in arrivo o in uscita dall'amministrazione – soggetta, invece, alle ordinarie regole in materia di accesso, tra le quali la necessità di richiesta specifica –, ma ai soli dati di sintesi ricavabili dalla consultazione telematica del protocollo (numero di registrazione al protocollo, data, mittente, destinatario, modalità di acquisizione, oggetto)

La “rivisitazione” del diritto di accedere ai sistemi informatici dell’Ente (protocollo e contabilità) - 1

È verosimile, infatti, che molti atti che vengono ‘veicolati’ attraverso il protocollo comunale, anche se resi disponibili in forma di mera sintesi, possono rendere immediatamente consultabili ‘dati’, anche personalissimi, che non possono considerarsi in alcun modo attratti nella sfera di necessaria conoscenza e/o conoscibilità che deve essere assicurata ai consiglieri comunali, sì da rendere, conseguentemente, ingiustificato il ‘trattamento’ che in tal modo verrebbe effettuato, peraltro in assenza delle necessarie garanzie, essendo palese che il ‘segreto’ cui sono tenuti i consiglieri comunali ai sensi dell’art. 43, comma 2, ultimo periodo del D.Lgs. cit. nulla ha a che vedere con le garanzie che devono, per l’appunto, presidiare il trattamento dei dati personali (Tar Lazio-Latina, sent. n. 587/2021)

La “rivisitazione” del diritto di accedere ai sistemi informatici dell’Ente (protocollo e contabilità) - 2

«In via meramente esemplificativa e non esaustiva, tali dati possono essere contenuti nelle comunicazioni riguardanti annotazioni sugli atti di anagrafe, nelle richieste e/o comunicazioni riguardanti la cessione del quinto dello stipendio, negli atti provenienti da altre PP.AA. relativi a indagini in corso, nelle istanze e/o negli atti relativi alla fruizione degli istituti previsti e disciplinati dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104 (cfr. sul punto Tar Friuli Venezia Giulia, n. 253/2020)»

(Tar Lazio-Latina, sent. n. 587/2021)

La “rivisitazione” del diritto di accedere ai sistemi informatici dell’Ente (protocollo e contabilità) - 3

Il Ministero dell’Interno, modificando il proprio precedente orientamento, che riteneva senz’altro ammissibile la richiesta di accedere da remoto al protocollo informatico ed al sistema di contabilità dell’ente da parte dei consiglieri comunali, ha rimesso alla valutazione di ciascun ente l’opportunità “***di consentire ai consiglieri comunali l’accesso a tali dati da remoto nel rispetto della regola del bilanciamento dei diritti delle parti interessate***” di evitare anche il potenziale pregiudizio di diritti fondamentali. (Ministero dell’Interno, parere del 28 luglio 2021)

La “rivisitazione” del diritto di accedere ai sistemi informatici dell’Ente (protocollo e contabilità) - 3

Il Ministero dell’Interno, modificando il proprio precedente orientamento, che riteneva senz’altro ammissibile la richiesta di accedere da remoto al protocollo informatico ed al sistema di contabilità dell’ente da parte dei consiglieri comunali, ha rimesso alla valutazione di ciascun ente l’opportunità “***di consentire ai consiglieri comunali l’accesso a tali dati da remoto nel rispetto della regola del bilanciamento dei diritti delle parti interessate***” di evitare anche il potenziale pregiudizio di diritti fondamentali. (Ministero dell’Interno, parere del 28 luglio 2021)

La “rivisitazione” del diritto di accedere ai sistemi informatici dell’Ente (protocollo e contabilità) - 4

Gli sviluppi interpretativi innanzi descritti sembrano condurre a ritenere corretto il diniego all’accesso diretto del consigliere ai sistemi informatici dell’ente, in quanto modalità sproporzionata rispetto alle esigenze informative del consigliere, che pone due tipologie di problemi:

- a) consente un controllo generalizzato dell’attività dell’ente che deve ritenersi precluso al consigliere;
- b) b) espone i dati personali, anche sensibili, dei cittadini ad un trattamento, mediante comunicazione a terzi, in assenza delle necessarie garanzie, che potrebbe rivelarsi ingiustificato, non essendo fatta a monte alcuna valutazione in ordine al carattere necessario del trattamento alle esigenze conoscitive del consigliere e alla prevalenza di tali esigenze rispetto a quella della riservatezza (cd bilanciamento)

Per consultare la Banca dati di Anci Risponde

<https://ancirisponde.ancidigitale.it/>

Per richieste di informazioni sul Servizio Anci Risponde e/o sugli altri servizi:

- Tel. 06 83394257-2
- info@ancidigitale.it
- www.ancidigitale.it

Per informazioni sulle formule di abbonamento

- ✓ <https://www.ancidigitale.it/servizi/>