



L'accesso generalizzato c.d. FOIA Incontro di formazione

Amministrazioni pilota
- Provincia di Modena -
21 maggio 2018

TEMI TRATTATI



- L'evoluzione normativa della disciplina del diritto di accesso in Italia dal diritto di accesso ai documenti amministrativi ex legge n. 241/1990 al diritto di accesso civico di cui al d.lgs. n. 33/2013 al diritto di accesso generalizzato
- Il diritto di accesso generalizzato (FOIA):
 - Un inquadramento generale: la cornice della prevenzione della corruzione e della trasparenza
 - Il FOIA nella legge Madia n. 124/2015
 - Il FOIA nel d.lgs. n. 97/2016
 - L'assetto istituzionale: il ruolo di ANAC, DFP e Garante della Privacy
 - L'ambito soggettivo di applicazione del FOIA
 - I soggetti legittimati a richiedere l'accesso
 - L'oggetto dell'accesso
 - Il procedimento (flussi e gestione)
 - Regolamenti/circolari per la disciplina dell'accesso
 - La modulistica
 - Le eccezioni: eccezioni assolute, eccezioni relative, eccezioni procedurali
 - La tecnica del bilanciamento
 - Alcuni casi di studio tratti dalla giurisprudenza
 - La pubblicazione proattiva
 - Il registro degli accessi
 - Qualche dato: come stanno reagendo le amministrazioni centrali

DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI



- Artt. 22 ss.: accesso c.d. conoscitivo o informativo o esoprocedimentale → diritto di accesso = diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi
- Art. 10: accesso c.d. partecipativo o endoprocedimentale → diritto di accesso = diritto dei destinatari della comunicazione di avvio del procedimento di prendere visione degli atti del procedimento al fine di presentare all'interno del procedimento stesso memorie e documenti

Accesso ex art. 22 ss. più ampio

DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI



FINALITÀ

- Giusto procedimento
- Non sono ammesse istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle p.a. (art. 24, c. 3)

DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI



SOGGETTI ATTIVI

Art. 22, c. 1, lett. b), interessati = tutti i soggetti privati, compresi i portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso

DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI



OGGETTO

- Documento (*docere* = dimostrare l'esistenza di un fatto o una asserzione: informazione + contenitore materiale dell'informazione)
- Amministrativo (riferito alla p.a. e alla sua attività amministrativa)
- Art. 22, c. 1, lett. d): documento amministrativo = «*ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale*»
- Definizione ampia senza elenco esaustivo (“qualunque altra specie” residuale) → tipizzazione impossibile per il novero diversificato di soggetti passivi + definizione in linea con evoluzione tecnologica

DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI



Limiti all'esercizio del diritto d'accesso (art. 24)

a) documenti coperti da segreto di Stato

+ segreto o divieto di divulgazione previsti dalla legge es. segreto statistico, bancario, scientifico, segreto industriale, professionale. S. industriale-professionale *ratio* garantire *know how* aziendale non vada ad altri operatori economici in concorrenza. Eccezione art. 53 d.lgs. 50/2016: accesso escluso sull'offerta se in base a motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente contiene segreti tecnici o commerciali; accesso consentito al concorrente solo se indispensabile per la difesa in giudizio del proprio interesse all'affidamento del contratto (diritto di difesa prevale su tutela del segreto tecnico o commerciale)

+ segreto o divieto previsti dal regolamento governativo (- sicurezza e difesa nazionale, sovranità nazionale, relazioni internazionali; - politica monetaria e valutaria; - strutture, mezzi, dotazioni, personale e azioni di tutela dell'ordine pubblico, prevenzione e repressione della criminalità es. tecniche investigative, identità delle fonti di informazione, attività di polizia giudiziaria, conduzione di indagini; - vita privata o riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, es. interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale; - attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro)

+ segreto o divieto previsti dalle p.a.

DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI



- b) procedimenti tributari → particolari norme che li regolano. Esclusione per procedimenti in corso: cartella esattoriale rilasciabile all'interessato contribuente → accesso utile ai fini di difesa
- c) procedimenti per adozione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione → particolari norme che li regolano
- d) procedimenti selettivi solo per documenti con informazioni psicoattitudinali di terzi

Accesso prevale su segreto se necessario per curare o difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di dati sensibili e giudiziari accesso consentito solo se strettamente indispensabile nel rispetto della normativa sulla privacy (art. 60 d.lgs. 196/2003: se accesso su dati relativi a stato di salute o vita sessuale □ trattamento consentito solo se la situazione che si vuole tutelare con l'accesso è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato ossia consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto fondamentale e inviolabile e comunque anche se consentito p.a. deve oscurare i predetti dati)

DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI



MODALITÀ DI ESERCIZIO DEL DIRITTO:

Accesso = visione E estrazione di copia (fasi non alternative ma susseguenti) → se riscontra dati riservati p.a. consente accesso parziale (oscuramento) ma non può limitare l'accesso alla sola visione (visione comunque non assicurerebbe riservatezza perché visione = conoscenza del documento e possibilità di prendere appunti); visione gratuita, rilascio di copia rimborso del costo di riproduzione, pagamento del bollo e dei diritti di ricerca e visura; istante (non p.a.) può limitarsi a prendere visione

DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI



Accesso in forma semplificata (c.d. accesso informale) (art. 5 d.P.R. 184/2006)

- se non vi sono controinteressati
- richiesta verbale (estremi del documento o elementi per individuarlo, prova dell'interesse, identità del richiedente) → esame immediato: 1° possibilità: se documento accessibile, accesso contestuale; 2° possibilità: se si riscontrano controinteressati o se sorgono dubbi sulla legittimazione attiva (titolarità dell'interesse), invito a presentare richiesta di accesso formale

Procedimento semplificato per casi semplici (es. esistenza precedenti)

Registro degli accessi anche informali: dati del richiedente, oggetto della richiesta e esito

DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI



Accesso in forma procedimentalizzata (c.d. accesso formale) (art. 6 d.P.R. 184/2006)

- richiesta scritta (formulari) (estremi del documento o elementi per individuarlo, prova dell'interesse, identità del richiedente) → entro 30 gg. dalla presentazione della richiesta alla p.a. competente (non all'ufficio competente: es. trasmissione dal protocollo o dall'urp inclusa) conclusione del procedimento. Se presentata ad una p.a. ≠ p.a. competente → p.a. ricevente la manda alla p.a. competente e all'avvenuta ricezione decorrono 30 gg.
- responsabile del procedimento = dirigente o funzionario preposto all'unità organizzativa che detiene il documento o altro dipendente designato → competenti per l'istruttoria
- istruttoria: 1° fase: verifica dell'ammissibilità della richiesta = indicazione puntuale del documento e sussistenza della legittimazione attiva (emerge dalla motivazione della richiesta che esplicita l'esistenza dell'interesse; se manca motivazione → richiesta inammissibile). P.a. non deve effettuare approfondimenti sulla fondatezza di eventuale domanda giudiziale o sull'attendibilità di quanto dichiarato (istante responsabile eventualmente risponde per falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico ex art. 483 c.p.). Se responsabile riscontra richiesta irregolare o incompleta → comunicazione al richiedente → 30 gg. ripartono dalla presentazione della richiesta corretta. Conclusione verifica: se inammissibilità → provvedimento espresso in forma semplificata; se ammissibilità → verifica la presenza di controinteressati → invia istanza ai controinteressati → entro 10 gg. opposizione motivata → 2° fase: accoglibilità della domanda = valutazione se il documento può essere reso accessibile

DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI



L'istanza di accesso:

- deve indicare in modo preciso i documenti cui si vuole accedere: - se il privato non riesce a individuare il documento ma identifica le informazioni → spetta a p.a. identificare il documento; - il cittadino non può chiedere ad es. tutte le autorizzazioni rilasciate dalla p.a. nell'ultimo anno → controllo generalizzato sull'operato della p.a.
- deve essere rivolta alla p.a. che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente: se p.a., dopo aver predisposto il documento, lo trasmette ad altra p.a. titolata a detenerlo stabilmente → richiesta di accesso va inoltrata a p.a. che lo detiene (criterio prevalente per identificare il soggetto competente al rilascio è quello della detenzione)

IL RICORSO ALLA COMMISSIONE PER L'ACCESSO



Diniego o differimento dell'accesso:

- 1° possibilità: adire direttamente il giudice
- 2° possibilità: azionare previamente i rimedi amministrativi (difensore civico – p.a. comunali, provinciali, regionali – o CADA – p.a. centrali o periferiche –) e poi eventualmente rivolgersi al giudice. Rimedio amministrativo non alternativo ma facoltativo e addizionale (utile per effetti deflattivi del contenzioso)

DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI



Negli anni successivi all'adozione l. 241/1990 nel quadro europeo si afferma una nuova disciplina della trasparenza basata sull'idea che il singolo in quanto cittadino, pur non avendo altro titolo, ha diritto di partecipare alle decisioni delle p.a. e quindi di esercitare quel controllo diffuso che la legge 241/1990 preclude. In ambito UE si afferma il principio per cui le informazioni in possesso delle p.a. sono proprietà dei cittadini → ribaltamento della logica precedente secondo cui le informazioni prodotte dalle p.a. sono di proprietà delle stesse p.a.

DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI



Dal 2006 Corte UE diritti dell'uomo ha iniziato a produrre giurisprudenza specifica affermando che art. 10 Convenzione europea diritti dell'uomo (CEDU) (*Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche...*), nel tutelare libertà di espressione tutela anche libertà del singolo di accedere alle informazioni pubbliche e di non essere intralciato nell'accesso. Il singolo, per potersi esprimere liberamente anche in un contesto di dibattito pubblico deve poter accedere ad alcune informazioni pubbliche → diritto di accesso alle informazioni pubbliche diventa corollario del diritto fondamentale alla libertà d'espressione

Sul versante nazionale, art. 117 Costituzione prevede che «*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*» →

Corte cost. ha dichiarato che CEDU rientra nel diritto internazionale → di conseguenza disciplina sull'accesso generalizzato ha un fondamento costituzionale perché l'art. 117 rinvia ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e internazionale di cui la CEDU è parte (impatto diretto)

DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI



Art. 15 Trattato sul funzionamento dell'UE (*Qualsiasi cittadino dell'UE e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'UE, a prescindere dal loro supporto. I principi generali e le limitazioni a tutela di interessi pubblici o privati applicabili al diritto di accesso ai documenti sono stabiliti mediante regolamenti dal Parlamento europeo e dal Consiglio, che deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria*)

Art. 42 Carta dei diritti fondamentali dell'UE (*Diritto d'accesso ai documenti - Ogni cittadino dell'Unione nonché ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto*)

Diritto Ue ribadisce il diritto dei cittadini europei di entrare in possesso delle informazioni detenute dalle p.a. comunitarie. Il diritto si riferisce a informazioni in possesso delle istituzioni europee → è entrato in via indiretta nel nostro ordinamento (impatto indiretto)

DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI



Libertà di accesso alle informazioni in possesso delle p.a. = diritto fondamentale → diritto di chiunque senza limitazioni soggettive (→ titolare del diritto non è chi gode di una situazione differenziata ma chiunque) → non c'è bisogno di giustificare la richiesta

ACCESSO CIVICO



Accesso civico = diritto di chiunque di richiedere la pubblicazione di documenti informazioni e dati per i quali sussistono obblighi di pubblicazione nel caso in cui questa sia stata omessa

ACCESSO CIVICO



FINALITA' (analoghe al FOIA)

Legge 190/2012 valorizza la trasparenza come misura di prevenzione della corruzione → d.lgs. 33/2013 introduce accesso civico

- Favorire controllo diffuso sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche (art. 1, c. 1, d.lgs. 33/2013)
- Attuare il principio democratico e la realizzazione di una p.a. aperta al servizio del cittadino (art. 1, c. 2, d.lgs. 33/2013)

Sono funzioni di legittimazione della p.a. nei confronti dei cittadini

ACCESSO CIVICO



- Soggetti attivi: non ci sono limitazioni soggettive, non serve motivazione né dimostrare la titolarità di un interesse giuridico concreto diretto e attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso (≠ accesso documentale l. 241/1990). Motivazione implicita: inadempimento obblighi di pubblicazione della p.a. e volontà del soggetto di ottenerli. Chiunque → non si può rifiutare accesso per mancanza legittimazione attiva (non rileva nazionalità o residenza)

ACCESSO CIVICO



- Oggetto dell'accesso: documenti, informazioni e dati oggetto di pubblicazione obbligatoria (= messa in mora della p.a. inadempiente). Accesso civico (mezzo) strumentale all'adempimento degli obblighi di pubblicazione (fine), funzione di "pungolo". Accesso civico = azione popolare (chiunque) di natura correttiva (per correggere una situazione di illegittimità ossia l'omessa pubblicazione). Accesso civico = potere attribuito ai privati per il perseguimento dell'interesse pubblico alla trasparenza. Accesso civico non realizza pienamente l'accessibilità totale perché sono accessibili non tutti i documenti, informazioni e dati ma solo quelli scelti dal legislatore come oggetto di pubblicazione obbligatoria (somma degli obblighi di pubblicazione ≠ informazioni complessive delle p.a.) e il privato non può ottenere ciò che gli serve (scelta previa del legislatore su ciò che è accessibile). Oggetto dell'accesso civico < oggetto accesso documentale → solo materiale da pubblicare). Oggetto dell'accesso civico > oggetto accesso documentale → documenti, informazioni e dati (contenuto e non contenitore). Non c'è ponderazione tra interesse all'accesso (non c'è motivazione!) e altri interessi (come in accesso documentale) perché bilanciamento realizzato a monte dal legislatore (valutazione dell'istanza priva di discrezionalità)

ACCESSO CIVICO



- Soggetti passivi: art. 2-bis d.lgs. 33/2013 (*infra*)
- Procedimento: istanza al RPCT che verifica che i dati richiesti siano oggetto di pubblicazione obbligatoria e che questa non abbia avuto luogo. Se la pubblicazione è lacunosa → p.a. entro 30 gg. dalla presentazione dell'istanza pubblicazione i dati e comunica al richiedente il *link* della pagina nella quale ha pubblicato. Non ci sono controinteressati (bilanciamento già operato a monte dal legislatore)

ACCESSO CIVICO



- In caso di mancata risposta della p.a. → art. 5 non prevede rimedi; art. 2, c. 9-bis, l. 241/1990 prevede in via generale individuazione del titolare del potere sostitutivo per qualsiasi procedimento in caso di inerzia del soggetto responsabile → il richiedente può ricorrere al titolare del potere sostitutivo (nominativo e recapiti sul sito) che si pronuncia in 15 gg.
- In caso di inerzia anche del titolare del potere sostitutivo o di ulteriore diniego → ricorso al TAR [remoto perché oneroso e con l'accesso civico (e quindi con il ricorso) il cittadino non tutela un interesse proprio ma la possibilità di esercitare un controllo diffuso]
- Non è previsto il differimento (differimento funzionale per limitare temporaneamente il diritto per la tutela di interessi che dall'accesso sarebbero compromessi) perché documenti accessibili sono quelli che p.a. avrebbe già dovuto pubblicare
- In caso di attivazione del procedimento di accesso civico (e quindi di inadempimento da parte della p.a. degli obblighi di pubblicazione) → RPCT segnala all'upd (per attivazione del procedimento disciplinare) + organo di indirizzo politico e OIV (per attivazione delle altre forme di responsabilità)

ACCESSO GENERALIZZATO



Art. 7, c. 1, lett. h), l. 124/2015:

Il Governo è delegato ad adottare [...] uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive del d.lgs. 33/2013 nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: fermi restando gli obblighi di pubblicazione, riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto di accesso, anche per via telematica, di chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, salvi i casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento e nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati, al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche

ACCESSO GENERALIZZATO



«Fermi restando gli obblighi di pubblicazione»

Nel nostro ordinamento restano fermi mentre gli ordinamenti che si dotano di sistemi FOIA normalmente non hanno obblighi di pubblicazione perché se una p.a. riceve N volte la medesima richiesta pubblica le informazioni di interesse, anche per ragioni di economia per evitare di rispondere N volte, è conveniente pubblicare evitando così di dover aprire N procedimenti amministrativi. Nei sistemi FOIA rapporto tra accesso e pubblicazione è rovesciato: l'accesso trascina la pubblicazione, induce spontaneamente la p.a. alla pubblicazione. Lasciare fermi gli obblighi di pubblicazione non è stata una scelta oculata perché l'attuazione del FOIA non è a costo zero, come previsto dalla clausola di invarianza di spesa, implica dei costi e quindi quando è stato inserito si potevano come contraltare liberare le p.a. dai costi della pubblicazione

ACCESSO GENERALIZZATO



«*libertà di informazione attraverso il diritto di accesso*»

Il *right to know* da strumento di *enforcement*, asservito agli obblighi di pubblicazione, quale è nell'accesso civico, diventa strumento di *legal empowerment* del cittadino, cui viene riconosciuta una pretesa conoscitiva piena nei confronti della p.a.

ACCESSO GENERALIZZATO



Restano fermi gli obblighi di pubblicazione ma se ne è prevista una semplificazione attraverso:

- Pubblicazione delle banche dati (art. 9-bis)
 - Le p.a. dell'all. B devono pubblicare le loro banche dati
 - Le altre p.a. adempiono trasmettendo le informazioni alle banche dati centrali e inserendo nella sezione "Amministrazione trasparente" il link alla sezione della banca dati rilevante

Criticità: obblighi di comunicazione alle banche dati non coincidono con obblighi di pubblicazione; Vantaggio: consentono di comparare i dati di una p.a. con quelli di un'altra p.a.

- Altre misure di semplificazione (art. 3, c. 1-bis)
 - Anac può:
 - ✓ prevedere modalità semplificate per comuni sotto i 15.000 abitanti (nel PNA)
 - ✓ indicare quali informazioni pubblicare in forma riassuntiva (con delibera)

I SOGGETTI ISTITUZIONALI



ANAC – funzioni in materia di FOIA:

➤ Funzioni di regolazione: *Ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso generalizzato ANAC, di intesa con il Garante privacy e sentita la Conferenza unificata, adotta Linee guida recanti indicazioni operative (art. 5bis, c. 6, dlgs. 33/2013) → Linee guida det. 1309/2016*

Responsabilità previste dall'art. 46 d.lgs. 33/2013 per rifiuto, differimento e limitazione dell'accesso civico al di fuori dei casi previsti dall'art. 5-bis:

- Responsabilità dirigenziale;
- Responsabilità per danno all'immagine della p.a.;
- Valutati ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili (il responsabile non risponde dell'inadempimento se prova che questo è dipeso da causa a lui non imputabile)

I SOGGETTI ISTITUZIONALI



GARANTE PRIVACY – funzioni in materia di FOIA:

- Funzioni di regolazione: *Ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso generalizzato ANAC, di intesa con il Garante privacy e sentita la Conferenza unificata, adotta Linee guida recanti indicazioni operative (art. 5bis, c. 6, dlgs. 33/2013) → Linee guida det. 1309/2016 [funzioni di codecisione eccessive perché Garante si esprime su tutte le Linee guida e quindi anche su eccezioni e limiti diversi dalla protezione dei dati personali]*
- Funzioni consultive: Garante esprime parere, su richiesta dei RPCT, nell'ambito del procedimento di riesame dell'istanza

I SOGGETTI ISTITUZIONALI



DFP – funzioni generali:

- definisce azioni e strategie per migliorare i rapporti tra p.a. e cittadini
- promuove il principio di trasparenza amministrativa
- ha compiti generali in materia di attuazione delle riforme amministrative

Ne deriva che....

DFP – funzioni in materia di FOIA:

- monitoraggio trimestrale sulle p.a. centrali
- progetti pilota a livello territoriale (fase 1 in via di conclusione, avvio fase 2)
- costituzione di un help desk per il supporto alle p.a.
- Funzione di regolazione: adozione circolare 2/2017 con chiarimenti operativi per l'attuazione uniforme della disciplina sull'accesso

AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE DEL FOIA



Art. 2-bis d.lgs. 33/2013:

- p.a. di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. 165/2001, incluse le autorità portuali [specificazione sollecitata da Cons. Stato nel parere sullo schema di d.lgs. n. 97/2016: è ormai pacifico che le autorità portuali siano enti pubblici non economici, ricompresi tra le p.a. di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. 165/2001, e comunque il d.lgs. 169/2016, che sostituisce le autorità portuali con le autorità di sistema portuale, ne ribadisce la natura di ente pubblico non economico] [enti pubblici non economici da individuare per qualificazione normativa o di statuto o di regolamenti o grazie ad indici di riconoscimento della natura pubblica elaborati dalla giurisprudenza] e le autorità indipendenti [da Relazione illustrativa: AGCM, CONSOB, Autorità trasporti, AEEG, AGCOM, Garante privacy, ANAC, COVIP, Commissione sciopero, Banca d'Italia)] [Il d.lgs. 97/2016 non prevede novità per: - regioni a statuto speciale e province autonome. Vigè art. 49 d.lgs. 33/2013 (possibilità di individuare forme e modalità di applicazione del decreto in ragione della peculiarità dei propri ordinamenti – non deroghe al contenuto degli obblighi ma solo su forme e modalità); organi costituzionali e organi a rilevanza costituzionale. Non sono compresi nell'ambito soggettivo del d.lgs. 33/2013 ma ANAC auspica che si adeguino progressivamente]

AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE DEL FOIA



- (stessa disciplina delle p.a. e quindi obblighi della l. 190/2012 e del d.lgs. 33/2013 *in quanto compatibile* [ANAC ha individuato le compatibilità per tipologia di ente e non per singolo ente – per non violare lo spirito della norma e per ragioni di confrontabilità dei dati, v. det. 1134/2017]) enti pubblici economici e ordini professionali
- (stessa disciplina delle p.a. *in quanto compatibile*) società in controllo pubblico, escluse le società quotate. Per la definizione di controllo si rinvia al d.lgs. n. 175/2016 attuativo dell'art. 18 della l. 124/2015: società in cui una o più p.a. esercitano poteri di controllo ex art. 2359 c.c. [art. 2-bis, c. 2, d.lgs. 33/2013 esclude le società quotate controllate dalle delle società in controllo pubblico (tale soluzione tutela il fatto che svolgono molte attività in regime di concorrenza in mercati competitivi)]

AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE DEL FOIA



- (stessa disciplina delle p.a. *in quanto compatibile*) associazioni, fondazioni, enti di diritto privato comunque denominati anche privi di personalità giuridica, con bilancio > 500.000 €, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio dalle p.a. e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo di amministrazione o di indirizzo sia designata da p.a.
- (stessa disciplina delle p.a. *in quanto compatibile*) limitatamente ai dati e ai documenti relativi all'attività di pubblico interesse, società partecipate direttamente dalle p.a. o da società in controllo pubblico (secondo la definizione data dal d.lgs. n. 175/2016 attuativo dell'art. 18 della l. 124/2015, cui il decreto rinvia), associazioni, fondazioni, enti di diritto privato anche privi di personalità giuridica, con bilancio > 500.000 €, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi in favore delle p.a. o di gestione di servizi pubblici

AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE DEL FOIA



Ambito soggettivo vale sia per pubblicazione sia per accesso. Deroga “limitatamente ai dati e ai documenti relativi all’attività di pubblico interesse” per società e enti partecipati vale sia per i documenti, le informazioni e i dati da pubblicare sia per i documenti, le informazioni e i dati cui consentire l’accesso generalizzato. Deroga “in quanto compatibile” per tutti gli enti \neq p.a. vale solo per la pubblicazione perché implica la necessità di trovare adattamenti agli obblighi di pubblicazione in ragione delle caratteristiche organizzative e funzionali degli enti; la *ratio* dell’accesso generalizzato è favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche ed è “compatibile” con la natura e le finalità di tutti i soggetti pubblici la cui attività mira alla cura di interessi pubblici

ACCESSO GENERALIZZATO



Accesso generalizzato = diritto di chiunque di accedere a dati e a documenti detenuti dalle p.a. ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria, nel rispetto unicamente dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti (strettamente tipizzati)

ACCESSO GENERALIZZATO



- ❑ Soggetti attivi: non ci sono limitazioni soggettive, non serve motivazione né dimostrare la titolarità di un interesse giuridico concreto diretto e attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso (≠ accesso tradizionale l. 241/1990). Chiunque → non si può rifiutare accesso per mancanza legittimazione attiva (non rileva nazionalità o residenza)
- ❑ Soggetti passivi: art. 2-bis d.lgs. 33/2013 (*infra*)
- ❑ Entrambi gli accessi civici perseguono un interesse diffuso alla trasparenza ≠ accesso ex l. 241/1990 mosso dall'interesse "egoistico", concreto, diretto e attuale collegato ad una esigenza personale, quale ad es. l'interesse a difendere la propria posizione giuridica

ACCESSO GENERALIZZATO



- ❑ Procedimento: - all'ufficio che detiene i dati (competenza *ratione materiae*). Se il RPCT coincide con il responsabile dell'ufficio che detiene i dati o i documenti, il RPCT è competente a decidere in sede di prima istanza per cui p.a. deve individuare preventivamente un distinto ufficio (sovraordinato o, in mancanza, equi-ordinato), eccezionalmente competente a decidere sulle istanze di riesame, e deve indicarlo al richiedente in caso di rigetto totale o parziale dell'istanza (Circolare DFP n. 2/2017); - all'URP; - ad altro ufficio indicato dalla p.a. nella sezione "Amministrazione trasparente" [una considerazione: difficilmente il cittadino riesce a capire quale ufficio detiene i dati che interessano; difficilmente sa se i dati che vuole sono oggetto di pubblicazione obbligatoria o no e quindi se può richiederli al RPCT o no; inoltre l'indicazione di più uffici potenzialmente riceventi (l'ufficio che detiene i dati, l'URP e altro ufficio indicato dalla p.a. sul sito) genera confusione]

ACCESSO GENERALIZZATO



- ❑ Oggetto dell'accesso: documenti, informazioni e dati detenuti dalle p.a. ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione (art. 5, c. 2) (accessibilità totale realizzata: tutti documenti, informazioni e dati salvo eccezioni e limiti). Oggetto dell'accesso civico > oggetto accesso documentale → documenti, informazioni e dati (contenuto e non contenitore).

Dati = dato conoscitivo come tale indipendentemente dal supporto fisico sui cui è incorporato (es. documento); cittadino deve identificare i dati ma non necessariamente specificare i documenti in cui i dati sono contenuti; Informazioni = rielaborazioni di dati “detenuti” dalle p.a. → p.a. non è tenuta a procurarsi informazioni che non siano già in suo possesso, non ha l'obbligo di svolgere rielaborazioni ulteriori. Non è tenuta a elaborare ma è tenuta a reperire anche se la ricerca è difficile (es. archivi distinti e male organizzati). «Detenuti» = non rileva se anche formati e come utilizzati

ACCESSO GENERALIZZATO



“Identificazione” (nell’istanza) di documenti, informazioni e dati → la richiesta non può essere generica volta a “scoprire” di quali informazioni la p.a. dispone

Novità: istante può scegliere materiale informativo che intende ottenere → accesso civico (→ diritto di ricevere informazioni che p.a. avrebbe dovuto pubblicare) ≠ accesso generalizzato (→ libertà di informazione, diritto di scegliere quali informazioni richiedere)

- ❑ Modalità di esercizio del diritto: visione e estrazione di copia cartacea del documento oppure trasmissione in formato elettronico (come accesso documentale l. 241/1990) – gratuità dell’accesso (può essere richiesto solo rimborso costi documentati per riproduzione su supporti materiali)

ACCESSO GENERALIZZATO



Casi di esclusione e Limiti = eccezioni rispetto alla regola ossia alla accessibilità totale (sono gli stessi utilizzati per l'accesso ai documenti delle istituzioni UE)

- ❖ In accesso documentale: p.a. bilancia a valle tra interessi (previsti da l. 241/1990)
- ❖ In accesso civico: legislatore bilancia a monte e p.a. non bilancia
- ❖ In accesso generalizzato: p.a. bilancia a valle tra interessi (previsti da l. 241/1990 + esclusioni e limiti d.lgs. 33/2013)

ACCESSO GENERALIZZATO



Casi di esclusione dell'accesso e limiti all'accesso

- Casi di esclusione (eccezioni assolute – art. 5 bis, c. 3): p.a. devono rifiutare l'accesso generalizzato senza effettuare bilanciamento perché già effettuato a monte dal legislatore come per accesso civico. *Ratio* di eccezioni assolute è garantire un livello di protezione maggiore a determinati interessi a causa della loro particolare rilevanza
- Limiti (eccezioni relative o qualificate – art. 5 bis, c. 1 (interessi pubblici) e c. 2 (interessi privati)): p.a. possono rifiutare l'accesso generalizzato, effettuano un bilanciamento contemperando gli interessi in base al caso concreto, valutano la preminenza tra l'interesse pubblico alla trasparenza e la tutela di interessi altrettanto meritevoli di tutela in quanto contemplati dall'ordinamento
- Eccezioni procedurali non scritte

ACCESSO GENERALIZZATO



Eccezioni assolute:

- ❖ segreto di Stato per atti, documenti, notizie, attività la cui diffusione rechi danno all'integrità della Repubblica, alla difesa delle istituzioni, all'indipendenza dello Stato, alla difesa militare. Apposto dal PCM per 15 anni
- ❖ altri casi di divieto di accesso o divulgazione previsti dalla legge c.d. segreti settoriali (es. segreto statistico, segreto militare, segreto bancario, segreto scientifico, segreto industriale, segreto professionale, segreto istruttorio in sede penale)
- ❖ casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente a al rispetto di specifiche modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, c. 1, l. 241/1990 (rinvio problematico): l'accesso non è escluso in via assoluta ma è subordinato alla presenza di condizioni particolari o al possibile uso del potere di differimento da parte della p.a.

ACCESSO GENERALIZZATO



Art. 24, c. 1, l. 241/1990

1. Il diritto di accesso è escluso:

a) per i documenti coperti da segreto di Stato [già coperto dall'art. 5-bis, c. 3] e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge [già coperto dall'art. 5-bis, c. 3], dal regolamento governativo di cui al comma 6 e dai regolamenti delle p.a. ai sensi del comma 2 del presente articolo [delegificazione incostituzionale: v. sotto]

b) nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le norme specifiche [già coperto dall'art. 5-bis, c. 3]

c) nei confronti dell'attività della p.a., diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione [da interpretare come eccezione riferita ai documenti interni, ad esempio le varie bozze interne – altrimenti contraria ai fini FOIA. Come identificare atto interno? Se p.a. non ha protocollato → se ne può escludere l'accesso perché *tamquam non esset*; se p.a. ha protocollato → accessibile ma comunque dopo che la decisione finale è stata adottata perché prima si tratta di atto interno la cui conoscenza potrebbe compromettere la decisione finale]

ACCESSO GENERALIZZATO



d) nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi [unica altra previsione applicabile]

- 2. Le singole pubbliche amministrazioni individuano le categorie di documenti [...] sottratti all'accesso ai sensi del comma 1 [incostituzionale per contrasto con la riserva di legge posta a tutela di un diritto fondamentale dall'art. 10 CEDU e quindi con l'art. 117 Cost., CEDU → p.a. nel proprio regolamento o circolare può disciplinare esclusivamente i profili procedurali e organizzativi di carattere interno ma non i profili di rilevanza esterna che incidono sull'estensione del diritto come i limiti perché coperti dalla riserva di legge, non possono essere individuate con regolamento, circolare o altro atto interno categorie di atti sottratti all'accesso generalizzato. Se si riconosce che l'accesso generalizzato è un diritto fondamentale e i diritti fondamentali hanno come limite la riserva di legge, il regolamento non è legge primaria ma fonte secondaria e quindi il rinvio ai regolamenti ex 241/1990 è discutibile sul piano costituzionale. Ratio: partendo dal presupposto che l'accesso documentale ex 241/1990 garantisce un diritto più intenso - legittimato dalla posizione qualificata del soggetto (interesse diretto, concreto e attuale) - si vuole evitare che attraverso l'accesso generalizzato si possa accedere ad atti per cui invece l'accesso documentale è negato. [SEGUE...]

ACCESSO GENERALIZZATO



Risultato: rinvio problematico che non tiene conto delle differenze ontologiche e funzionali fra le due tipologie di accesso. Rischio: depotenziare notevolmente la portata applicativa dell'accesso generalizzato, snaturandone la *ratio*. Infatti, se si ammette la possibilità di escludere determinate categorie di documenti perché ricompresi nei regolamenti adottati 25 anni fa con una logica del tutto diversa nella quale ancora l'accesso non era considerato la regola, si apre il varco per il futuro alla possibilità che p.a. ritagli con un regolamento fra i propri documenti l'area del conoscibile, vanificando del tutto lo spirito del FOIA che prevede l'accesso come regola e l'esclusione come eccezione]

ACCESSO GENERALIZZATO



Eccezioni relative (riprese puntualmente dal Regolamento CE n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione):

Interessi pubblici che giustificano il diniego:

❖ sicurezza pubblica e ordine pubblico = tutela dell'interesse generale all'incolumità fisica e psichica delle persone e alla sicurezza dei possessi (autorità di pubblica sicurezza statali). Divulgazione rischia di vanificare l'azione delle forze di polizia, es. per dati su strutture, mezzi, dotazioni, personale, tecniche investigative, identità delle fonti di informazione, attività di polizia giudiziaria, organizzazione delle forze armate, armi e esplosivi [Esempi: turni volanti polizia; dati inerenti gli stabilimenti di stoccaggio rifiuti]

❖ sicurezza nazionale = sicurezza esterna (difesa dell'indipendenza, dell'integrità e della sicurezza della Repubblica dalle minacce provenienti dall'estero) + sicurezza interna (difesa della Repubblica e delle istituzioni democratiche minacce, attività eversive e aggressioni criminali o terroristiche (concetto dinamico □ pure sicurezza economico-finanziaria e sicurezza ambientale). Documenti analoghi a quelli segreti ma non soggetti a segreto [Esempio: scorta di personalità istituzionali]

ACCESSO GENERALIZZATO



❖ difesa e questioni militari (art. 52, c.1, Cost.) = difesa dell'integrità territoriale, dell'indipendenza e della sopravvivenza. Rischi per accesso su impiego e addestramento delle Forze armate [Esempi: richieste su missioni italiane all'estero; richieste inerenti le basi militari]

❖ relazioni internazionali = rapporti intercorrenti tra Stati + rapporti con soggetti internazionali (nozione più ampia di politica estera = programmi d'azione e comportamenti di un determinato attore internazionale nei confronti degli altri). Rischi per la diffusione di: documenti sulle procedure di negoziazione e la stipula di accordi ed atti internazionali con altri Stati, lavori preparatori di incontri bilaterali e multilaterali, documenti di posizione interni ai negoziati UE, rapporti di rappresentanze e uffici consolari, rapporti di delegazioni presso organizzazioni internazionali [Esempi: accesso a documenti inerenti le procedure relative alla negoziazione e alla stipula di accordi internazionali; lavori preparatori in vista di incontri bilaterali; richiesta atti di indagine su casi delicati (es. Marò, Regeni)]

ACCESSO GENERALIZZATO



- ❖ politica e stabilità finanziaria ed economica dello Stato: rischi per l'accesso agli atti sui processi di formazione della politica monetaria e valutaria e agli atti sul fabbisogno del bilancio dello Stato, sulla politica fiscale ed all'emissione dei titoli di debito pubblico, alle informazioni (di Banca d'Italia, MEF, Consob, Isvap) su singole banche o imprese assicurative, gruppi bancari o assicurativi (→ turbative sui mercati valutari e dei capitali, vantaggi per alcuni) [Esempi: informazioni su sostenibilità del debito pubblico; dati relativi a casi di fallimenti bancari (es. Banca Etruria, Montepaschi)]
- ❖ conduzione di indagini sui reati: accesso generalizzato per dati relativi a attività amministrativa (no atti giudiziari e processuali disciplinati da codici di rito). Esistenza di un'indagine penale non è di per sé ostativa all'accesso a documenti del fascicolo del procedimento penale o connessi coi fatti oggetto di indagine, non tutte le denunce di reato sono coperte da segreto istruttorio penale e sottratte all'accesso [Esempi: richiesta lista delle persone informate sui fatti o richiesta del verbale incidente probatorio]

ACCESSO GENERALIZZATO



❖ regolare svolgimento di attività ispettive: attività ispettiva rientra tra le attività di vigilanza → acquisire elementi conoscitivi per lo svolgimento delle funzioni di competenza della p.a.. Se l'attività ispettiva è strumentale all'adozione di un provvedimento amministrativo → accesso ai documenti ispettivi a procedimento concluso per non compromettere la decisione finale o lo svolgimento della stessa ispezione (differimento ad es. su programmazione dell'attività di vigilanza, modalità e tempi di svolgimento). Se l'attività ispettiva non è strumentale allo svolgimento di un procedimento amministrativo → differimento per garantire la riservatezza dei dati raccolti. Inoltre, poiché attività ispettiva è strumentale ai vari settori → vanno valutate le ricadute che l'accesso anche differito alle attività ispettive può comportare sugli altri interessi protetti (es. prevenzione e repressione della criminalità, relazioni internazionali, attività di indagine)

ACCESSO GENERALIZZATO



Interessi privati che giustificano il diniego (tutti di rango costituzionale):

❖ protezione dei dati personali (art. 2 Cost). Dato personale = qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione (art. 4, c. 1, lett. b), d.lgs. 196/2003). In presenza di dati personali → rigetto dell'istanza salva possibilità di oscurare i dati personali (principio di proporzionalità). Nel caso di oscuramento → celerità del procedimento perché p.a. non deve sentire il controinteressato. Rischi di diffusione perché i dati forniti con accesso generalizzato diventano pubblici (es. minacce, intimidazioni, ritorsioni nel caso ad es. di nominativi del personale ispettivo, o dei dati sugli autori di segnalazioni ed esposti; furti di identità es. se accesso su cedolino dello stipendio o dichiarazioni dei redditi). Accesso da considerare con molta attenzione nel caso di dati sensibili (= idonei a rivelare origine razziale ed etnica, convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, opinioni politiche, adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, stato di salute e vita sessuale) e di dati giudiziari (= in grado di rivelare carichi pendenti o qualità di imputato o di indagato) perché la diffusione dei dati potrebbe creare pregiudizi o discriminazioni per il soggetto interessato

ACCESSO GENERALIZZATO



- ❖ libertà e segretezza della corrispondenza (art. 15 Cost.): tutela per persone fisiche e per persone giuridiche, enti, associazioni, comitati, ecc. sulle comunicazioni con carattere confidenziale o riferite all'intimità della vita privata; segretezza su tutti i mezzi di comunicazione (epistolare, telegrafica, telefonica, informatica o telematica); segretezza sia sul contenuto del messaggio sia sui dati esteriori della comunicazione (es. identità del mittente e del destinatario, oggetto, ora e data di spedizione). Accesso da escludere solo per comunicazioni con carattere confidenziale e privato (es. quelle inviate ricevute su indirizzo di posta elettronica individuale fornito al personale dall'ente se si è determinata una legittima aspettativa di confidenzialità del mittente o del destinatario rispetto a forme di comunicazione estranee o meno all'attività lavorativa)
- ❖ interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica inclusa la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali (art. 41): proprietà intellettuale = tutela giuridica, basata sul riconoscimento di diritti esclusivi, di beni immateriali, ossia creazioni intellettuali, frutti dell'attività creativa e inventiva umana (es. opere artistiche e letterarie, invenzioni industriali, design, marchi) aventi anche rilevanza economica. Proprietà intellettuale comprende diritto d'autore, diritto dei brevetti e diritto dei marchi

ACCESSO GENERALIZZATO



Tecniche di bilanciamento per i casi di eccezioni relative art. 5 bis, cc. 1 e 2 (Specificazioni contenute in del. ANAC n. 1309/2016):

- test del danno o del pregiudizio o *harm test*: si valuta se l'accesso può danneggiare un interesse-limite (entità del danno eventuale e probabilità). D.lgs. 33/2013 sceglie questa tecnica.

La domanda da porsi è: l'ostensione del dato o documento può arrecare un pregiudizio a un interesse pubblico o privato protetto dalle eccezioni?

Possibili risposte:

NO, l'ostensione non comporta nessun rischio di pregiudizio a un interesse pubblico o privato protetto da eccezioni → accesso consentito

Sì, l'ostensione comporta rischio di pregiudizio → necessarie valutazioni ulteriori. 1) Natura del pregiudizio: concreto, specifico, serio?; 2) Probabilità del rischio: ragionevolmente prevedibile o meramente ipotetico?; 3) Nesso causale tra accesso e pregiudizio: diretto o indiretto?

ACCESSO GENERALIZZATO



Caso: un comitato di quartiere di una zona degradata della città chiede l'accesso ai turni del passaggio delle volanti di polizia perchè (motiva, ma non è necessario) intende comparare la frequenza al passaggio delle volanti in un quartiere agiato della città. Infatti, si aspetta che nel quartiere degradato dove il tasso di criminalità è maggiore i turni di passaggio delle volanti di polizia siano incrementati rispetto a quanto avviene nel quartiere agiato.

P.a. deve effettuare il bilanciamento. Domanda: l'ostensione del dato può arrecare un pregiudizio a un interesse pubblico o privato protetto dalle eccezioni? Risposta: Sì, può recare pregiudizio all'interesse pubblico all'ordine pubblico. Ulteriori valutazioni: 1) Natura del pregiudizio, è concreto specifico e serio? Sì, perché la richiesta di accesso può essere fatta da chiunque, ad esempio un malavitoso o uno spacciatore interessato a orientare la propria attività illecita sulla base dei turni di passaggio delle volanti e comunque quandanche l'accesso fosse richiesto da un soggetto specchiato, i dati ottenuti potrebbero essere diffusi in rete; [SEGUE...]

ACCESSO GENERALIZZATO



2) Il rischio è ragionevolmente prevedibile o meramente ipotetico? E' ragionevolmente prevedibile; 3) Il nesso causale tra accesso e pregiudizio è diretto o indiretto? E' diretto perché, una volta ottenuto l'accesso e quindi avendo a disposizione i dati, il richiedente, se malavitoso ad esempio, potrebbe organizzare la propria attività di conseguenza, in funzione del passaggio delle volanti

ACCESSO GENERALIZZATO



- test dell'interesse pubblico o *public interest test*: si considera anche il danno che il divieto d'accesso arreca all'interesse pubblico alla conoscenza → accesso negabile solo se danno all'interesse-limite > danno all'interesse pubblico alla conoscenza.

Quindi la prima domanda da porsi è: l'ostensione del dato o documento può arrecare un pregiudizio a un interesse pubblico o privato protetto dalle eccezioni? (con le risposte già viste)

- La seconda domanda è: il diniego può arrecare un pregiudizio all'interesse (del) pubblico a conoscere le informazioni in questione? Si tratta, cioè, di informazioni rilevanti per la collettività (perché necessarie per comprendere il dibattito pubblico e le scelte effettuate, partecipare al processo decisionale e alla vita politico-amministrativa, esercitare il controllo diffuso sulle p.a. (spesa pubblica, salute, sicurezza, etc.))?

Possibili risposte:

NO, il diniego all'accesso non comporta nessun rischio di pregiudizio all'interesse pubblico a conoscere → accesso negato

Sì, il diniego all'accesso può comportare rischio di pregiudizio → necessarie valutazioni ulteriori (identiche e "rovesciate" rispetto alla fase 1) **1)** Natura del pregiudizio: concreto, specifico, serio?; **2)** Probabilità del rischio: ragionevolmente prevedibile o meramente ipotetico?; **3)** Nesso causale tra accesso e pregiudizio: diretto o indiretto?

ACCESSO GENERALIZZATO



Caso: chiesto accesso al Min. Interno a «copia delle prove scritte corrette e valutate nei giorni 7 e 8 settembre 2016» del concorso a 80 posti di Commissario di Polizia di Stato. Risposta: non è accesso civico perché non sono dati da pubblicare; non è accesso documentale perché il richiedente «non è un candidato del concorso e di conseguenza non ha neanche quello specifico interesse qualificato, connotato da attualità e concretezza»; diniego in quanto «l'accesso civico generalizzato potrebbe impingere coi diritti e le libertà fondamentali dei soggetti interessati, in primis con il legittimo affidamento che i propri elaborati e dati personali vengano utilizzati esclusivamente nell'ambito della procedura concorsuale». Parere Garante privacy n. 246 di maggio 2017 (reso nel corso del procedimento di riesame e chiesto dal RPCT): per «dato personale» si intende «qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile» e il nuovo Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali prevede che «si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale». L'accesso civico può essere rifiutato, fra l'altro, «se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela [della] protezione dei dati personali» (art. 5-bis, c. 2, lett. a)).

[SEGUE...]

ACCESSO GENERALIZZATO



Secondo le Linee guida ANAC n. 1309/2016 «ai fini della valutazione del pregiudizio concreto, vanno prese in considerazione le conseguenze – anche legate alla sfera morale, relazionale e sociale – che potrebbero derivare all'interessato (o ad altre persone alle quali esso è legato da un vincolo affettivo) dalla conoscibilità, da parte di chiunque, del dato o del documento richiesto, tenuto conto delle implicazioni derivanti dalla previsione di cui all'art. 3, comma 1, del d. lgs. n. 33/2013, in base alla quale i dati e i documenti forniti al richiedente tramite l'accesso generalizzato sono considerati come “pubblici”». L'elaborato scritto presentato a un concorso pubblico è indicativo anche di molteplici aspetti di carattere personale circa le caratteristiche individuali, relativi ad esempio alla preparazione professionale, alla cultura, alle capacità di espressione, o al carattere del candidato, che costituiscono aspetti valutabili nella selezione dei partecipanti. Inoltre, in alcuni casi, e a seconda della traccia sottoposta, il contenuto degli elaborati può essere potenzialmente capace di rivelare anche informazioni e convinzioni che possono rientrare nella categoria dei dati sensibili (opinioni politiche, convinzioni filosofiche o di altro genere). Di conseguenza, l'ostensione degli elaborati scritti relativi a prove concorsuali è suscettibile di determinare, a seconda delle ipotesi e del contesto in cui possono essere utilizzati da terzi, proprio quel pregiudizio concreto alla tutela della protezione dei dati personali previsto dall'art. 5-bis, c. 2, lett. a), d. lgs. 33/2013. [SEGUE...]

ACCESSO GENERALIZZATO



Quanto alla possibilità di accordare un accesso generalizzato parziale fornendo la copia degli elaborati priva dell'associazione ai dati personali identificativi dei candidati, poiché gli elaborati scritti delle procedure concorsuali sono redatti di proprio pugno dai candidati, non si può escludere completamente la possibilità di re-identificare a posteriori il soggetto interessato tramite la conoscenza o la comparazione della relativa grafia. Considerato che l'elaborato è il risultato di un'opera creativa intellettuale del candidato si richiama, infine, l'attenzione della p.a. sulla necessità di valutare l'esistenza di ulteriori interessi privati per potrebbero portare a escludere l'accesso civico, previsti dall'art. 5-bis, c. 2, lett. c) (proprietà intellettuale o diritto d'autore). Ammissibile invece accesso documentale alla copia degli elaborati relativi a procedure concorsuali, se l'istante dimostra l'esistenza di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso

Il bilanciamento non va effettuato così, perché il parere del Garante è generico, non concretamente motivato con riferimento al caso specifico

ACCESSO GENERALIZZATO



TEST del DANNO/
PREGIUDIZIO

Numero es. 8

TEST dell'INTERESSE PUBBLICO
ALLA CONOSCENZA

Numero es. 9

Nel test dell'interesse pubblico o *public interest test* Non bisogna considerare solo il pregiudizio all'interesse pubblico o privato coperto da eccezioni ma anche il pregiudizio all'interesse pubblico alla conoscenza.

Domanda finale: è possibile contemperare gli interessi (alla riservatezza e alla conoscenza) tra loro contrapposti?

Risposte:

No (risposta ammissibile solo SE il documento nella sua interezza contiene dati la cui diffusione può danneggiare l'interesse protetto dall'eccezione in modo concreto, specifico, serio, prevedibile e diretto) → diniego totale

Sì, in caso contrario → accesso parziale (es. oscuramento/rimozione dei dati sensibili/riservati) o differito (se il pregiudizio all'interesse protetto dall'eccezione è transitorio)

ACCESSO GENERALIZZATO



Soluzioni? Con riferimento all'esempio del parere del Garante n. 246/2017 la soluzione può essere quella data dal giudice con riguardo ai casi di accesso 241/1990: consentire l'accesso agli elaborati dei primi vincitori del concorso e dei primi esclusi. Questo è il bilanciamento!!

ACCESSO GENERALIZZATO



Casi di studio:

TAR CAMPANIA, Napoli, sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5901 (ottima per la ricostruzione dell'evoluzione del diritto di accesso nel nostro ordinamento)

Fatto: richiesto ad una società controllata della Regione Campania l'accesso ai dati e ai fogli di presenza e agli strumenti di rilevazione delle presenze sul luogo di lavoro di un certo dipendente nell'arco temporale di due mesi indicati. Accesso negato in quanto il foglio presenze conterrebbe dati sensibili e personali non ostensibili a terzi (es. malattia, aspettativa, ferie).

Diritto: va consentito l'accesso ai fogli di presenza salvo che la p.a. non rinvenga un pregiudizio "concreto" che l'ostensione del solo dato della presenza al lavoro del controinteressato possa comportare, fermo restando che la p.a. avrebbe dovuto oscurare ogni altro riferimento alle ragioni delle eventuali assenze dal lavoro (es. malattia, aspettativa, ferie). La documentazione dalla quale emergono i rilevamenti delle presenze del personale in servizio rientra nell'ambito della possibilità di controllo sul perseguimento da parte di un dato ente delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo da parte di questo delle risorse pubbliche, finalizzato alla partecipazione al dibattito pubblico; in concreto si hanno in gioco, da una parte, l'interesse a conoscere se un dipendente della società è stato semplicemente assente o presente in un determinato periodo, senza fornire altre informazioni, dall'altra l'esigenza di non dare questa informazione perché di carattere personale in quanto afferente a un soggetto specificamente individuato. Non si comprende dal diniego della p.a. in che termini questa informazione, possa ledere la sfera di riservatezza del controinteressato, atteso peraltro che il soggetto ha un rapporto di lavoro con una p.a. e quindi è pagato con risorse finanziarie pubbliche.

ACCESSO GENERALIZZATO



Tribunale UE, sez. I, 7 febbraio 2018, causa T-851/2016

Fatto: l'associazione Access Info Europe chiede alla DG Migrazione della Commissione UE l'accesso a tutti i documenti prodotti o ricevuti dalla Commissione contenenti pareri giuridici e analisi della legittimità rispetto al diritto internazionale dell'accordo di riammissione delle persone in posizione irregolare tra la UE e la Turchia, sulla base del piano di azione comune siglato ad ottobre 2015. Commissione nega l'accesso perché si tratta di note e messaggi di posta elettronica scambiati internamente agli uffici e perché l'accesso potrebbe recare un pregiudizio alla tutela della consulenza legale e del processo decisionale interno alla Commissione nonché compromettere le relazioni internazionali. L'associazione Access Info Europe ricorre.

Diritto: quando una istituzione nega l'accesso deve spiegare come questo possa concretamente ed effettivamente arrecare pregiudizio all'interesse tutelato da una eccezione prevista dalla norma. Il rischio di pregiudizio deve essere ragionevolmente prevedibile e non meramente ipotetico. I documenti cui è chiesto l'accesso contengono, come indicato dalla Commissione, obiettivi politici dell'UE nella gestione della crisi migratoria, la cui divulgazione nuocerebbe al clima di fiducia nei negoziati in corso al momento della decisione di diniego di accesso. [SEGUE...]

ACCESSO GENERALIZZATO



Nell'ambito dei negoziati, infatti, le posizioni adottate dall'UE possono cambiare in funzione dell'andamento dei negoziati stessi sicchè la divulgazione delle posizioni dell'UE nei negoziati potrebbe arrecare pregiudizio alla tutela dell'interesse pubblico in ordine alle relazioni internazionali. Quando una istituzione applica una delle eccezioni previste dalla norma, è tenuta a bilanciare tra l'interesse specifico che deve essere tutelato dalla non divulgazione del documento e l'interesse generale a che tale documento sia reso accessibile, tenuto conto dei vantaggi che derivano da una accresciuta trasparenza ossia una migliore partecipazione dei cittadini al processo decisionale, una maggiore legittimità, efficienza e responsabilità della p.a. nei confronti dei cittadini. I pareri legali resi, cui si chiede l'accesso, sarebbero soltanto pareri preliminari attinenti a questioni in corso di discussione e non potrebbero pertanto essere considerati documenti redatti ai fini delle procedure legislative riguardanti atti di diritto dell'UE già in vigore. Essendo solo pareri giuridici preliminari interni alla Commissione potrebbero essere erroneamente interpretati o fraintesi se fossero divulgati al di fuori del contesto nel quale sono stati elaborati.

ACCESSO GENERALIZZATO



TAR Lombardia, Milano, sez. IV, n. 02157/2017

Fatto: un cittadino chiede alla Prefettura della Provincia di Monza e Brianza l'accesso ad alcuni documenti riguardanti l'affidamento alla società cooperativa Ubuntu del servizio di accoglienza e dei servizi connessi a cittadini internazionali richiedenti protezione, in particolare la documentazione di verifica in merito alla disponibilità di personale qualificato, la documentazione di verifica di adeguatezza patrimoniale e finanziaria che consenta di sostenere gli impegni finanziari necessari per acquisire risorse in attesa del pagamento dei compensi, la documentazione verifica antimafia. La Prefettura nega l'accesso in quanto questi documenti rientrerebbero tra le categorie di documenti esclusi in quanto ricompresi nel regolamento adottato dal Ministero Interno con d.m. 415/1994 in attuazione della l. 241/1990 e comunque l'accesso pregiudicherebbe l'interesse pubblico in materia di regolare svolgimento dell'attività ispettiva.

Diritto: il diritto di accesso soggiace ai limiti previsti dall'art. 24, comma 1 della l. n. 241/1990, secondo l'espresso richiamo contenuto nel c. 3 dell'art. 5-bis del d.lgs. 33/2013, secondo cui il diritto di accesso generalizzato è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge o dal regolamento governativo o dai regolamenti adottati dalle singole p.a. [SEGUE...]

ACCESSO GENERALIZZATO



Nel caso in esame, tale regolamento è il d.m. n. 115/1994 emesso dal Min. Interno. Il regolamento ha previsto, tra le ipotesi di documentazione sottratta all'accesso, la "documentazione attinente ad inchieste ispettive sommarie e formali nonché a verifiche ispettive ordinarie e straordinarie" in quanto ricompresa nella categoria degli atti inaccessibili per motivi di riservatezza di terzi, persone, gruppi ed imprese. L'esito delle verifiche effettuate dalla Prefettura di Monza e Brianza (articolazione periferica del Ministero dell'Interno) sui requisiti di affidabilità tecnica, professionale, finanziaria e legale della Cooperativa cui è stato affidato in via diretta il servizio di accoglienza resta dunque sottratto all'accesso. I limiti di cui ai cc. 1 e 2 e quelli di cui al c. 3 dell'art. 5-bis d.lgs. n. 33/2013 si pongono su due piani diversi, quanto ad estensione e quanto a presupposti. Per rifiutare l'accesso civico generalizzato ai sensi dei cc. 1 e 2 (tutela di interessi pubblici o privati di rilievo ordinamentale), la p.a. deve indicare quale sia il "concreto pregiudizio" che corrono tali interessi e non può più opporre tali limiti quando termina il periodo temporale "nel quale la protezione è giustificata in relazione alla natura del dato" (così c. 5 art. 5-bis). Al contrario, per rifiutare l'accesso generalizzato ai sensi del c. 3, è sufficiente che il documento sia ricompreso in una delle categorie di atti che le singole p.a., tramite apposito regolamento, abbiano ritenuto di dovere sottrarre all'accesso.

ACCESSO GENERALIZZATO



Cons. St., sez. VI, n. 651/2018

Fatto: ex dipendenti di Aerolinee Itavia chiedono al Ministero dello sviluppo economico vigilante di accedere alla documentazione della procedura di amministrazione straordinaria e, più precisamente, ai seguenti atti: 1) lo stato passivo con la relativa relazione di accompagnamento; 2) le relazioni presentate dai commissari (amministratori) al Ministero dal 31 luglio 1981 in poi, relative allo stato della procedura; 3) i documenti e gli atti attestanti i pagamenti effettuati dalla società in favore degli ex dipendenti; 4) l'atto di revoca del precedente collegio commissariale; 5) i documenti attestanti le somme dei compensi percepiti dai Commissari liquidatori sospesi; 6) l'atto di nomina del nuovo commissario liquidatore. Il Ministero concede accesso solo alla documentazione attestante i pagamenti effettuati dalla società Aerolinee Itavia. Gli ex dipendenti ricorrono al TAR Lazio che ordina al Ministero e alla Società di esibire i documenti. Ministero ricorre in appello, ribandendo che gli ex dipendenti di Itavia che pretendono la ostensione documentale hanno perso la loro qualità di creditori della società essendo stati integralmente soddisfatti, per cui l'istanza di accesso assume contorno meramente esplorativo.

Diritto: Cons. St. respinge appello e consente l'accesso perchè: nella sentenza gravata è puntualmente indicata, per ciascuna categoria di documenti oggetto di richiesta ostensiva, la ragione che ha spinto i ricorrenti ad avanzare istanza di accesso documentale

[SEGUE...]

ACCESSO GENERALIZZATO



La richiesta dei documenti è volta, in sostanza, a verificare la possibilità di formulare e proporre le singole richieste di anticipo sulle somme ancora dovute dalla società agli ex dipendenti, oltre alla possibilità di dimostrare, grazie all'acquisizione del documento, la non completa soddisfazione dei crediti vantati, nonché di individuare eventuali responsabilità in vista di possibili tutele risarcitorie. Anche dopo l'entrata in vigore delle norme che disciplinano l'accesso civico "generalizzato", permane un settore "a limitata accessibilità", nel quale continuano ad applicarsi le più rigorose norme della l. 241/1990. Se è vero che ormai è legislativamente consentito a chiunque di conoscere ogni tipo di documento o di dato detenuto da una p.a. (oltre a quelli acquisibili dal sito web dell'ente, in quanto obbligatoriamente pubblicabili), nello stesso tempo, qualora la tipologia di dato o di documento non possa essere resa nota per il pericolo che ne provocherebbe la conoscenza indiscriminata, mettendo a repentaglio interessi pubblici ovvero privati, l'ostensione di quel fatto e documento sarà resa possibile solo in favore di una ristretta cerchia di interessati (tranne nelle ipotesi in cui è legislativamente escluso l'accesso documentale) secondo le tradizionali e più restrittive regole recate dalla l. 241/1990. Questo requisito sembra essere presente visto che per ciascun documento richiesto è evidenziato il collegamento con una possibile tutela della posizione soggettiva vantata dagli ex dipendenti. L'accesso deve quindi essere consentito.

ACCESSO GENERALIZZATO



TAR Lazio, sez. I, 3 giugno 2017, n. 7592

Art. 5 bis, c. 3, d.lgs. 33/2013 prevede che il diritto di accesso generalizzato è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi quelli previsti dal regolamento governativo e dai regolamenti adottati dalle singole p.a. in attuazione della l. 241/1990. Ebbene, risulta che il d.m. Giustizia n. 115/1996 abbia da tempo individuato le categorie di documenti sottratti all'accesso ex art. 24, c. 2, l. 241/1990, tra cui quella indicata della documentazione attinente ai lavori delle commissioni giudicatrici di concorso, fino all'esaurimento delle procedure concorsuali. Non può condividersi quanto sostenuto dai ricorrenti nella loro memoria, secondo cui tale disposizione si riferirebbe esclusivamente all'accesso di cui alla l. 241/1990, in quanto tale limitazione è esclusa proprio dall'esplicito richiamo all'art. 24, contenuto nell'art. 5 bis, c. 3, d.lgs. 33/2013

ACCESSO GENERALIZZATO



Eccezioni procedurali non scritte (non disciplinate dalla norma ma ricavabili da giurisprudenza, circolare DFP 2/2017 e Linee guida ANAC 1309/2016):

- ❖ Richiesta generica (non consente di identificare l'oggetto della richiesta) → prima di dichiarare inammissibile la richiesta e negare l'accesso si avvia dialogo col richiedente invitandolo a precisare e circoscrivere l'oggetto della richiesta
- ❖ Richiesta di dati o informazioni non esistenti → inevitabilmente diniego motivato
- ❖ Richiesta di dati o informazioni non posseduti/non trasferiti ad altra p.a./ trasferiti ad altra p.a. → ufficio che riceve richiesta deve trasferirla all'ufficio competente della medesima p.a. oppure indicare al richiedente quale è la p.a. competente qualora si tratti di una p.a. completamente differente

ACCESSO GENERALIZZATO



- ❖ Richiesta reiterata da parte dello stesso richiedente (identica a precedente) → p.a. può non rispondere se ha già risposto alla precedente (circolare DFP 2/2017)
- ❖ Richieste manifestamente onerose → considerare il complesso di richieste di uno stesso soggetto in un certo arco temporale (3 o 6 mesi) fino ad una certa soglia da stabilire previamente, al superamento della quale le ulteriori richieste diventano manifestamente onerose. Circolare DFP 2/2017: Nel caso di un soggetto (o più soggetti di uno stesso ente) che presenta più domande in un lasso di tempo ristretto → p.a. può valutare l'impatto cumulativo delle domande sul buon andamento della sua azione e se riscontrata manifesta irragionevolezza dell'onere complessivo → richiesta inammissibile (motivando)
- ❖ Richieste vessatorie o massive (sproporzionate o irragionevoli)

ACCESSO GENERALIZZATO



RICHIESTE VESSATORIE o MASSIVE

- del. ANAC 1309/2016: p.a. deve consentire l'accesso generalizzato anche quando riguarda un numero cospicuo di documenti ed informazioni, salvo che la richiesta comporti un carico di lavoro in grado di interferire con il buon funzionamento della p.a. [necessario che: p.a. motivi; che inammissibilità per richiesta massiva sia interpretata in maniera ristretta solo per i casi in cui la trattazione delle istanze pregiudichi seriamente il funzionamento della p.a.]
- circolare DFP 2/2017: p.a. per non procedere alla valutazione dell'istanza dovrebbe valutare: - l'eventuale attività di elaborazione (es. oscuramento di dati personali) che p.a. dovrebbe svolgere per rendere disponibili i documenti richiesti; - le risorse interne che occorrerebbe impiegare (num. ore di lavoro per unità di personale); - la rilevanza dell'interesse conoscitivo che la richiesta mira a soddisfare [SEGUE...]

ACCESSO GENERALIZZATO



Se trattazione dell'istanza comporta per p.a. un onere tale da compromettere il buon andamento → p.a. deve contattare il richiedente e assisterlo nel tentativo di ridefinire l'oggetto della richiesta entro limiti compatibili con i principi di buon andamento e di proporzionalità → se richiedente non ridefinisce la richiesta → richiesta inammissibile (motivando circa la manifesta irragionevolezza dell'onere che una accurata trattazione della domanda comporterebbe).

ACCESSO GENERALIZZATO



TAR Lombardia, Milano, sez. III, 12 settembre 2017, n. 1951:

Fatto:

il richiedente presenta istanza di accesso civico tesa ad ottenere copia su supporto informatico «di tutte le determinazioni complete degli allegati emanate nel corso dell'anno 2016 da tutti i Responsabili dei servizi»; comune di Broni adotta diniego in quanto la richiesta è «da considerarsi “massiva” e manifestamente irragionevole»; richiedente chiede riesame del RPC; RPC conferma diniego

ACCESSO GENERALIZZATO



Diritto:

Il diritto di accesso non può divenire una causa di intralcio al buon funzionamento della p.a. La valutazione dell'utilizzo secondo buona fede va operata caso per caso al fine di garantire che non venga obliterata l'applicazione dell'istituto ma al contempo non si determini un effetto boomerang sull'efficienza della p.a. Se l'istanza ha ad oggetto "tutte le determinazioni complete degli allegati emanate nell'anno 2016 da tutti i responsabili dei servizi del comune" si tratta di una richiesta massiva che impone un *facere* straordinario in grado di aggravare l'ordinaria attività della p.a. Infatti, per poterle dare corso, la p.a. dovrebbe aprire innumerevoli subprocedimenti per coinvolgere i soggetti controinteressati. Quando l'esercizio concreto del diritto, anche se formalmente rispettoso del dettato normativo, avviene secondo modalità censurabili rispetto a un criterio di valutazione giuridico o extragiuridico e a causa di questa modalità di esercizio si verifica una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio cui è soggetta la controparte → abuso del diritto → rigetto dell'istanza = declinazione del principio di divieto di abuso del diritto e di violazione del principio di buona fede

ACCESSO GENERALIZZATO



TAR Puglia, Bari, sez. III, 31 gennaio 2018, n. 234

Fatto:

il richiedente presenta istanza di accesso civico tesa ad ottenere dall'azienda strumentale del comune di Corato affidataria della gestione della raccolta dei rifiuti, copia relativamente agli ultimi cinque anni dei bilanci societari, dei verbali del CdA relativi agli incarichi assegnati, delle fatture relative a acquisti e vendite, dei contratti di lavoro del personale e dei collaboratori, dei contratti con le agenzie interinali

Diritto:

Merita condivisione il profilo motivazionale relativo alla massa dei documenti richiesti, relativi agli ultimi cinque anni di attività amministrativa. Il diniego opposto – motivato con riferimento alla compromissione del buon andamento della p.a., per il carico di lavoro ragionevolmente ed ordinariamente esigibile dagli uffici – non può ritenersi tout court infondato. [SEGUE...]

ACCESSO GENERALIZZATO



Il diniego di accesso, radicato al buon andamento della p.a., deve ritenersi soggetto ad un onere motivazionale rafforzato. Nel caso di specie, l'istanza di accesso civico generalizzato presentata dal ricorrente effettivamente afferisce ad un numero manifestamente irragionevole di documenti (si pensi soltanto ai cedolini paga degli ultimi cinque anni; alle fatture riguardanti acquisti e vendite degli ultimi cinque anni) per cui il diniego opposto con riferimento alla tutela del buon andamento della p.a., non può ritenersi, in linea di principio erroneo od infondato. Ciò che è mancato, tuttavia, è il dialogo endoprocedimentale che appare ormai un valore immanente dell'azione amministrativa. La circolare DFP n. 2/2017 precisa che qualora la trattazione dell'istanza di accesso civico generalizzato sia suscettibile di arrecare un pregiudizio serio ed immediato al buon funzionamento della p.a., quest'ultima "prima di decidere sulla domanda, dovrebbe contattare il richiedente e assisterlo nel tentativo di ridefinire l'oggetto della richiesta entro limiti compatibili con i principi di buon andamento e di proporzionalità". Il principio del dialogo cooperativo con i richiedenti deve ritenersi un valore immanente alle previsioni della legge istitutiva del FOIA e della finalità di condividere con la collettività il patrimonio di informazioni in possesso della p.a. Deve convenirsi che il diniego all'istanza di accesso civico è illegittimo nei soli limiti sopra evidenziati e come tale va annullato. [Quindi diniego in teoria giusto perché richiesta massiva ma che diventa infondato perché non sufficientemente motivato e pronunciato senza che sia stato esperito il dialogo competitivo]

ACCESSO GENERALIZZATO



TAR Liguria, sez. I, n. 1002/2017

Fatto:

La Società ricorrente gestisce una piscina aperta al pubblico e annesso bar nel porto turistico di Lavagna e, poiché negli ultimi tempi il suo esercizio è stato oggetto di reiterati sopralluoghi della polizia municipale cui ha fatto seguito l'applicazione di sanzioni per violazioni di varia natura, chiede accesso ai verbali relativi alle ispezioni effettuate dalla polizia municipale sia presso i propri locali sia presso la piscina comunale e l'annesso bar gestito da altra società. Comune ha consentito accesso alle relazioni relative ai sopralluoghi effettuati presso i locali della richiedente, ma non a quelli relativi ai locali dell'impresa concorrente perché l'accesso sarebbe in tal caso preordinato ad un controllo generalizzato dell'operato della p.a. La Società ricorre

ACCESSO GENERALIZZATO



Diritto:

Il rispetto delle eccezioni assolute e dei limiti relativi di cui all'art. 5-bis del d.lgs. 33/2013 non è in discussione nel caso in esame, atteso che l'unica ragione sottesa al contestato diniego di accesso fa riferimento all'inammissibile finalità di "controllo generalizzato dell'operato della pubblica amministrazione" perseguita dal privato. Una simile motivazione potrebbe validamente sorreggere, in astratto, il provvedimento di rigetto di un'istanza di "accesso procedimentale" ai sensi della legge n. 241/1990, ma non può frapporsi all'esercizio di un diritto che il legislatore ha riconosciuto proprio "allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali". L'istanza di accesso era concretamente finalizzata a verificare se la polizia municipale avesse effettuato, in un determinato arco temporale, controlli sulle attività commerciali concorrenti analoghi a quelli svolti nei confronti della richiedente. Questo tipo di domanda rientra a pieno titolo nell'ambito delle possibilità di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali consentite dall'accesso generalizzato. Il diniego non può essere giustificato neppure dalla mancata identificazione dei documenti richiesti, poiché la *ratio* dell'accesso generalizzato rende ammissibili anche richieste di tipo esplorativo, concretamente volte a verificare se l'amministrazione abbia formato o meno determinati documenti.

ACCESSO GENERALIZZATO



TAR Lazio, sez. III, 22 giugno 2017, n. 7302

Diritto:

Deve essere accolta la richiesta di accesso civico alle copie dei verbali redatti, dalle autorità competenti, durante lo svolgimento di una prova concorsuale di accesso ad un corso di laurea a numero chiuso. La possibilità di accesso è ammessa sia sui verbali della Commissione che ha valutato la prova, sia sui verbali dei soggetti che, a monte, hanno avanzato la proposta di definizione dei contenuti della prova, nonché di ogni altro soggetto che abbia concretamente curato le modalità di formulazione dei quesiti e dei metodi di correzione. La condizione di estrarre copia degli atti richiesti tramite accesso generalizzato è, in ogni caso, limitata agli atti finali, non potendosi al contrario ritenere accoglibile una domanda di accesso generalizzato agli atti interni, istruttori o endoprocedimentali della medesima procedura concorsuale, giacché tali atti ricadono nella diversa area dell'accesso documentale e, conseguentemente, è necessaria l'evidenza di un legame fra i documenti richiesti e l'interesse che si vuole far valere, senza possibilità di accesso volto al controllo generalizzato dell'operato della p.a.


LE MOTIVAZIONI DI RIGETTO PIU' USATE

(dati dal monitoraggio DFP sui ministeri luglio-settembre 2017)



	FREQUENZA
Richiesta di dati o informazioni non posseduti/trasferita ad altra PA	17
Protezione dei dati personali	15
Richiesta di dati o informazioni non esistenti	14
Richiesta generica (oggetto non identificabile)	10
Richiesta di dati o informazioni non posseduti/NON trasferita ad altra PA	8
Sicurezza pubblica e ordine pubblico	4
Regolare svolgimento di attività ispettive	4
Richiesta vessatoria (sproporzionata o irragionevole)	2
Relazioni internazionali	1
Politica e stabilità finanziaria ed economica dello Stato	1
Conduzioni di indagini su reati e il loro perseguimento	1
Libertà e segretezza della corrispondenza	1
Interessi economici e commerciali di una persona	1
Richiesta eccessivamente onerosa	1

 *ex art. 5-bis d.lgs. n.33/2013*

 *Altre motivazioni*

ACCESSO GENERALIZZATO



- ❑ Procedimento da concludersi entro 30 gg. dalla presentazione dell'istanza: p.a. valuta se ci sono controinteressati e trasmette loro la richiesta (controinteressati = titolari di interessi-limiti privati) → entro 10 gg. i controinteressati possono presentare opposizione motivata all'accesso → entro 30 gg. p.a. decide con provvedimento motivato espresso → p.a. comunica al controinteressato l'accoglimento dell'istanza e non prima di 15 gg. dalla ricezione della comunicazione da parte del controinteressato trasmette al richiedente i dati richiesti (15 gg. servono a controinteressato per presentare eventuale ricorso). Il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso devono essere motivati espressamente con riferimento agli interessi pubblici e privati rilevanti che hanno limitato l'accesso. Principio di proporzionalità: le deroghe non devono eccedere quanto è necessario per raggiungere lo scopo perseguito → se possibile al posto del diniego → differimento o accesso parziale con oscuramento di dati. Motivazione utile: 1) alla p.a. per definire progressivamente proprie linee di condotta ossia precedenti, 2) al cittadino per comprendere ampiezza e limiti dell'accesso generalizzato, 3) al giudice per sindacare le decisioni della p.a. Motivazione necessaria anche in caso di accoglimento dell'istanza soprattutto se coinvolti controinteressati già destinatari di una richiesta della p.a. (che devono poter valutare se presentare ricorso)

ACCESSO GENERALIZZATO



- ❑ In caso di diniego anche solo parziale o di mancata risposta → possibilità di presentare richiesta di riesame al RPCT, che decide con provvedimento motivato entro 20 gg. (se l'accesso è stato negato o differito a tutela della protezione dei dati personali, il RPCT sente il Garante privacy che rende un parere entro 10 gg.; il termine per l'adozione del provvedimento del RPCT è sospeso). Nel caso di regioni e enti locali, oltre alla richiesta di riesame al RPCT, possibilità di ricorso al difensore civico competente per ambito territoriale o, se non costituito, a quello competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore (ricorso da notificare alla p.a. interessata) [tutela inferiore in quelle regioni che non l'hanno istituito]. Il difensore decide entro 30 gg. (se l'accesso è stato negato o differito a tutela della protezione dei dati personali, il difensore sente il Garante privacy che rende un parere entro 10 gg.; il termine per l'adozione del provvedimento del difensore è sospeso). Se il difensore civico conferma il diniego o il differimento istante può solo adire il TAR; se il difensore civico ritiene illegittimo il diniego o il differimento informa il richiedente e lo comunica alla p.a. → se questa non conferma il diniego o il differimento entro 30 gg. l'accesso è consentito. Stessi rimedi (richiesta di riesame al RPCT e ricorso al difensore civico) sono esperibili dal controinteressato nel caso in cui la richiesta di accesso venga accolta contro la propria volontà (difensore civico come in accesso ex l. 241/1990)

ACCESSO GENERALIZZATO



- ❑ Avverso la decisione della p.a. e avverso il provvedimento del RPCT → possibilità di ricorso al TAR regionale competente. Ricorso secondo il rito ex d.lgs. 104/2010 (difesa personale, dimezzamento dei termini, sentenza semplificata, giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo)

Per accesso documentale → CADA quale autorità-organismo terzo;
per accesso civico → nessuna autorità preposta per espressa previsione normativa ma nei fatti ANAC riceve segnalazioni sul mancato adempimento degli obblighi, invita segnalanti a effettuare accesso civico alle p.a., se questi segnalano che anche l'attivazione del titolare del potere sostitutivo non ha ottenuto esito e gli obblighi di pubblicazione non sono stati assolti ANAC attiva la vigilanza ed eventualmente adotta ordini; per accesso generalizzato → nessun organismo competente

ACCESSO GENERALIZZATO



- ❑ Per accesso generalizzato: istanza trattata prima dall'ufficio che detiene il documento e poi (eventualmente) richiesta di riesame al RPCT (una sorta di esercizio di potere sostitutivo pur se non previsto espressamente dalla norma)
- ❑ Se p.a. per alcuni dati, documenti e informazioni, nega diritto di accesso documentale per tutelare un interesse pubblico o privato prevalente nonostante l'istante abbia dimostrato la titolarità di un interesse diretto, concreto e attuale rispetto al documento (posizione soggettiva legittimante) → stesse esigenze di tutela dell'interesse pubblico o privato sussistono nel caso di richiesta di accesso generalizzato. Se è stato concesso un accesso generalizzato non può essere negato per i medesimi documenti un accesso documentale. Diritto di accesso *ex l. 241/1990* ha senso se esiste accesso generalizzato esercitabile da chiunque senza motivare? Sì, perché i limiti per l'accesso generalizzato > limiti per l'accesso documentale (limiti *ex l. 241/1990* + interessi pubblici e privati rilevanti) → p.a. può negare accesso generalizzato per la necessità di tutelare interesse privato alla riservatezza o alla segretezza della corrispondenza; se l'istante motiva la richiesta con la necessità di difendersi, il diritto di difesa che con l'accesso si vuole tutelare è preminente rispetto al diritto alla riservatezza del controinteressato e quindi p.a. autorizza accesso documentale

ACCESSO GENERALIZZATO



Circolare DFP 2/2017: da istruire accuratamente tutte le istanze a prescindere dall'identità del richiedente; necessità di tenere conto della particolare rilevanza delle domande di accesso di giornalisti e organi di stampa o organizzazioni non governative → p.a. deve verificare con la massima cura la veridicità e la attualità dei dati e dei documenti rilasciati, per evitare che il dibattito pubblico si fondi su informazioni non affidabili o non aggiornate

ACCESSO GENERALIZZATO



- Per l'attuazione di accesso civico e accesso generalizzato prevista la clausola di invarianza finanziaria → previsione irrealistica → rischio di adempimento soltanto formale e non sostanziale. Infatti accesso generalizzato → aumenta il carico di lavoro sugli uffici e poiché non vi possono essere assunzioni → rallentamento delle altre attività svolte dagli uffici. In d.lgs. 33/2013 non sono stati previsti sistemi per evitare che p.a. sia costretta a trattare richieste ripetitive o vessatorie

ACCESSO GENERALIZZATO



- Per attuazione accesso generalizzato (riorganizzazione strutture e processi, formazione personale) 6 mesi (in UK 5 anni)
- Accesso generalizzato esercitabile fin tanto che p.a. ha l'obbligo di conservare i documenti (10 anni). Per accesso alle informazioni, la durata è «eterna» nel senso che l'informazione non scade

PUBBLICAZIONE PROATTIVA



Possibilità di pubblicare dati ulteriori. Per individuare quelli effettivamente utili rispetto alle aspettative della collettività di riferimento → p.a. possono analizzare le istanze di accesso civico generalizzato perché i dati più frequentemente richiesti sono quelli di maggiore interesse. Pubblicazione nelle sezioni cui si riferiscono o se non riconducibili alle sezioni da inserire nella sezione “Altri contenuti-Dati ulteriori”

Accesso generalizzato integra trasparenza proattiva (pubblicazione) e reattiva (accesso): p.a. spinte a pubblicare spontaneamente quali “dati ulteriori” documenti, informazioni e dati già richiesti con accesso generalizzato per evitare istanze seriali di accesso (es. Usa, Slovenia)

Mentre pubblicazione obbligatoria non implica bilanciamenti (perché effettuati a monte dal legislatore), pubblicazione facoltativa impone bilanciamento tra interessi contrapposti (esigenze pubbliche conoscitive e interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti meritevoli di protezione)

REGOLAMENTO SULL'ACCESSO



- ANAC invita p.a. ad adottare un regolamento sull'accesso distinto in tre sezioni (accesso documentale, accesso civico, accesso generalizzato): per ciascuna tipologia, passaggi procedurali interni per la gestione delle richieste, uffici competenti a trattare le richieste di accesso (preferibile un solo ufficio che dialoghi di volta in volta con uffici che detengono i dati), procedura per la valutazione delle richieste [nel caso in cui p.a. metta a disposizione modulistica per presentare istanza, invio di richieste secondo modelli diversi non può comportare l'inammissibilità della richiesta]
- Progetto RiformAttiva: una circolare (più snella) per la disciplina dei soli aspetti procedurali per la gestione delle istanze di accesso generalizzato. Preferibile modello di gestione decentrato con un helpdesk di supporto e di verifica dell'evasione delle richieste

MODULISTICA SULL'ACCESSO



- Moduli da mettere a disposizione di richiedenti e controinteressati per richiesta, opposizione, riesame al RPCT, ricordo al difensore civico
- Moduli ad uso interno delle p.a. per il dialogo con richiedenti e controinteressati

Scaricabili in FOIA – Centro nazionale di competenza

REGISTRO DEGLI ACCESSI



- ANAC invita p.a. ad istituire “registro degli accessi”, da pubblicare sul sito, ed aggiornare ogni 6 mesi, con elenco delle richieste di accesso (oggetto, data e esito) → funzionale per il monitoraggio di ANAC sull’accesso generalizzato; utile per le p.a. che pubblicizzano tipologie di documenti, dati o informazioni sui quali è stato consentito l’accesso così i cittadini sanno già materiali che sicuramente possono richiedere oppure no; utile perché consente di armonizzare le decisioni su richieste identiche o simili

REGISTRO DEGLI ACCESSI



Elenco esemplificativo di dati da riportare nel registro degli accessi (circolare DFP 2/2017):

DOMANDA DI ACCESSO

- data di presentazione (Prot. inf.)
- oggetto della richiesta (Prot. inf.)
- presenza di controinteressati (New)
- esito: accoglimento (accesso consentito); rifiuto parziale; rifiuto totale (New)
- data del provvedimento (Prot. inf.)
- sintesi della motivazione (ragioni del rifiuto totale o parziale) (New)

DOMANDA DI RIESAME

- data di presentazione (Prot. inf.)
- esito: accoglimento (accesso consentito); rifiuto parziale; rifiuto totale (New)
- data del provvedimento (Prot. inf.)
- sintesi della motivazione (New)

RICORSO AL GIUDICE AMMINISTRATIVO

- data di comunicazione del provvedimento all'amministrazione (Prot. inf.)
- esito: accoglimento (accesso consentito); rifiuto parziale; rifiuto totale (New)

REGISTRO DEGLI ACCESSI



- utilizzare il sistema di gestione del protocollo informatico (SGPI) per registrare, gestire e trattare le richieste di accesso generalizzato
- pubblicazione periodica del registro mediante estrazione dal SGPI dei dati rilevanti
- necessaria una configurazione (relativamente semplice) del SGPI...

Per ogni richiesta di accesso generalizzato, p.a. crea un fascicolo procedimentale per accogliere tutti i dati generati durante l'esecuzione del procedimento (es. stato, esito, richieste e delle motivazioni, ricorsi). Il fascicolo in questo modo diventa un collettore per tutta la documentazione associata al processo di gestione della richiesta ma anche uno strumento di supporto alla creazione e monitoraggio dello stato della richiesta. Una volta aperto il fascicolo relativo alla richiesta di accesso, questo può essere collegato ad altri o sotto-fascicoli correlati. In particolare, un sotto-fascicolo correlato può essere aperto nelle seguenti ipotesi: • per la notifica a ognuno dei controinteressati, se esistenti, e le eventuali risposte; • per l'eventuale riesame della richiesta di accesso da parte RPCT: • per l'eventuale ricorso al difensore civico e/o al giudice amministrativo

Creazione del registro: scelta dei campi da pubblicare dalla lista dei campi del fascicolo

GRADI DI ADEMPIMENTO DEL FOIA



- Inadempimento intenzionale (manipolazione/mancata archiviazione dei file)
- Antagonismo (ritardo nella risposta; ricorso a limiti ed esclusioni; debole motivazione del rigetto)
- Inadempimento amministrativo (carenza di capacità)
- Adempimento amministrativo (rispetto dei termini; dialogo cooperativo; esito dei ricorsi come guida per future decisioni)
- Attivismo (pubblicazione dei dati ulteriori; ricorso come controllo di qualità dei flussi informativi)

Come migliorare l'adempimento: - enforcement politico; - formazione; - circolazione delle buone pratiche; - rafforzare il coordinamento tra RPCT, OIV, Dirigenti, Responsabile area informatica, Responsabile archiviazione/gestione documentale, Responsabile area comunicazione

DATI SULL'ADEMPIMENTO



Dati ricavati dal monitoraggio svolto dal DFP sui primi 3 trimestri del 2017:

- a) a livello centrale, sono state presentate 792 domande di accesso generalizzato e ne sono state trattate 666 (89% dei casi nel termine di 90 gg.);
- b) di queste ne sono state accolte interamente circa il 45% e parzialmente circa l'11% (dinieghi più ricorrenti per protezione di dati personali, la tutela di interessi economici commerciali, la richiesta eccessivamente onerosa e la sicurezza nazionale);
- c) nel rapporto tra i diversi trimestri, ogni trimestre ha visto un forte incremento delle istanze pervenute rispetto a quello precedente (del 21%, del 37%): crescente consapevolezza, a livello sociale, dell'importanza e delle potenzialità dell'accesso generalizzato;
- d) p.a. locali (maggiore limitatezza del campione di indagine e la minore attendibilità della rilevazione): 2068 istanze, delle quali l'84,6% sono state evase entro 30 gg.; elevatissima percentuale di accoglimento pieno che si aggira intorno al 90% (oltre il doppio della percentuale di accoglimento delle p.a. statali).

DATI SULL'ADEMPIMENTO



Monitoraggio ANAC al 15 gennaio 2018:

Natura dei soggetti richiedenti:

- 27,8% dei casi il richiedente non ha fornito indicazioni sulla propria categoria di appartenenza;
- **11,5%** dei casi associazione;
- 7,9% dei casi associazione di tutela del consumatore;
- 2,6% associazione sindacale;
- **8,3%** dei casi esponente, gruppo, movimento, partito politico;
- **8,2%** dei casi libero professionista;
- 3,6% giornalista;
- 1,6% dipendente pubblico;
- 1,02% dipendente impresa privata;
- 1,4% ricercatore/università

DATI SULL'ADEMPIMENTO



Ambito materiale di riferimento:

- **28,8%** dei casi «Atti e provvedimenti»
- **12,37%** dei casi la richiesta è priva di indicazione
- **9,32%** dei casi «Banche dati»
- 6,99% dei casi «Beni immobili e gestione patrimonio»
- 5,09% dei casi «Personale»
- 3,64% dei casi «Servizi erogati»
- 3,49% dei casi «Organizzazione e funzionamento dei servizi»
- 3,06% dei casi «Contratti»
- 2,47% dei casi «Organi di indirizzo politico»
- 2,33% dei casi «Informazioni ambientali»
- 2,18% dei casi «Rapporti con soggetti controllati, partecipati, vigilati o accreditati»
- 1,75% dei casi le « Risorse finanziarie»
- 1,46% dei casi «Consulenti e collaboratori»

DATI SULL'ADEMPIMENTO



Reazioni delle p.a.:

- l'istanza è stata accolta nel 65,35% dei casi, entro i termini di legge per il 63,18% e con differimento per il restante 2,18%
- l'istanza è stata accolta solo parzialmente in quanto riferita a dati non ostensibili nel 6,11% dei casi
- l'istanza non è stata accolta nel 18,63% dei casi

Richieste di riesame:

- a fronte delle istanze non accolte solo per il 20% è stato richiesto il riesame; le richieste inviate al RPCT sono circa 5 volte quelle inviate al difensore civico

Pubblicazione del registro degli accessi:

- solo il 52% delle p.a. del campione ha pubblicato il registro degli accessi
- con cadenza di pubblicazione - annuale 53% - semestrale 16% - trimestrale 4%

RESPONSABILITA'



Art. 46 d.lgs. 33/2013:

- ❖ inadempimento degli obblighi di pubblicazione e il rifiuto, la limitazione e il differimento dell'accesso civico e generalizzato (salvi casi previsti dall'art. 5-bis) → responsabilità dirigenziale (in termini di eventuale decurtazione della retribuzione di risultato) [necessario inserire la pubblicazione dei dati tra gli obiettivi individuati nell'incarico dirigenziale] + responsabilità per danno all'immagine della p.a.