

Diritto di ACCESSO

10.12.2019

Andrea Crismani

- **EVOLUZIONE LEGISLATIVA**
- • 1990 - legge 241 - attività PA - accesso atti
- • 2000 - legge 150 - informazione e comunicazione
- • 2005 - legge 15 - principi attività PA (imparzialità trasparenza)
- • 2005 - legge CAD-Codice dell'Amministrazione Digitale
- • 2009 - legge 69/2009 - siti web (modifica CAD)
- • 2009 - legge 150/2009 -trasparenza come accessibilità totale - LEA
- • 2012 - legge 83 - amministrazione aperta (art. 18)abr
- • 2012 - legge 190 - delega riordino obblighi pubblicazioni (Prevenzione della corruzione)
- • 2013 - legge 33 - accesso civico
- • 2015 - legge 124/2015 - ridefinizione del 33 alla luce del 190
- • **97/2016 - freedom of act (modifica del 33)**

tipologie di diritto di accesso

In base al combinato disposto della L. 241/90 e del D.Lgs. 33/2013 (c.d. “decreto trasparenza”) così come novellato dal D.Lgs. 97/2016, possiamo individuare le seguenti tipologie di diritto di accesso:

DIRITTO DI ACCESSO DOCUMENTALE

(detto anche **accesso conoscitivo o informativo**) : disciplinato dal Capo V della L. 241/90, ha ad oggetto documenti amministrativi nei confronti dei quali l'istante ha un interesse diretto concreto e attuale. Tale diritto può essere esercitato anche al di fuori di un procedimento amministrativo in corso (in tal senso si parla anche di diritto di accesso extraprocedimentale);

DIRITTO DI ACCESSO PARTECIPATIVO

art. 10 della legge 241/90, è il diritto dei destinatari della comunicazione dell'avvio del procedimento di prendere visione degli atti del procedimento al fine di presentare, all'interno di quel procedimento, memorie e documenti. Esso a differenza di quello precedente può essere esercitato solo nelle more di un procedimento amministrativo;

DIRITTO DI ACCESSO CIVICO

(o **accesso civico semplice**): previsto dall'art. 5, comma 1, del decreto trasparenza, ha ad oggetto quei documenti che le PP.AA. sono obbligati a rendere pubblici a prescindere da un'apposita istanza di accesso;

DIRITTO DI ACCESSO GENERALIZZATO

(o accesso civico generalizzato):

introdotto dall'art. 5, comma 2, del decreto trasparenza, avente ad oggetto tutti quei dati e documenti detenuti dalla pubblica amministrazioni per i quali non sussiste uno specifico obbligo di pubblicazione.

Diritto di accesso documentale

- nozione
- finalità
- ambito oggettivo
- ambito soggettivo
 - - soggetti attivi
 - - soggetti passivi
- procedimento
 - istanza
 - modalita' di definizione
 - procedimento di accesso formale
 - accoglimento: totale o parziale
 - Differimento
 - Diniego
- Tutela
 - Procedimento
- Riservatezza

art. 22 Legge 241/90

L'accesso ai documenti amministrativi,
attese le sue rilevanti finalità di pubblico
interesse, costituisce principio generale
dell'attività amministrativa

**al fine di favorire la partecipazione e di
assicurarne l'imparzialità e la trasparenza**

ACCESSO E PRIVACY

art. 59 dlgs 196/03

1. Fatto salvo quanto previsto dall'*articolo 60*, i presupposti, le modalità, i limiti per l'esercizio del diritto di accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali, e la relativa tutela giurisdizionale, restano disciplinati dalla *legge 7 agosto 1990, n. 241*, e successive modificazioni e dalle altre disposizioni di legge in materia, nonché dai relativi regolamenti di attuazione, anche per ciò che concerne i tipi di dati sensibili e giudiziari e le operazioni di trattamento eseguibili in esecuzione di una richiesta di accesso. Le attività finalizzate all'applicazione di tale disciplina si considerano di rilevante interesse pubblico.

art. 60 Dlgs 196/2003

Quando il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi **è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile.**

Cons. Stato Sez. V, 27/11/2015, n. 5378

In base al combinato disposto degli artt. 24 della L. n. 241 del 1990 e 60 del d.lgs. n. 196 del 2003 (Codice della privacy), quando l'accesso agli atti della P.A. sia strumentale alla tutela di propri interessi in giudizio, l'accesso stesso può essere negato solo in presenza dei c.d. dati supersensibili (stato di salute o vita sessuale) e, in tutti gli altri casi, a meno che non si rientri nei casi di documenti sottratti ab origine all'accesso, l'accesso deve essere consentito (Riforma sent. T.a.r. Sardegna, Cagliari, sez. II, n. 421/2015).

Cons. Stato Sez. IV, 14/05/2014, n. 2472

L'equilibrio tra accesso agli atti della P.A. e privacy è dato dal combinato disposto degli artt. 59 e 60 D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice della privacy) e delle norme di cui alla legge n. 241 del 1990. La disciplina che ne deriva delinea **tre livelli di protezione dei dati dei terzi**, cui corrispondono **tre gradi di intensità della situazione** giuridica che il richiedente intende tutelare con la richiesta di accesso: nel più elevato si richiede la necessità di una situazione di "**pari rango**" rispetto a quello dei dati richiesti; a livello inferiore si richiede la "**stretta indispensabilità**" e, infine, la "**necessità**" (Parziale riforma della sentenza del T.a.r. Lazio, sez. III, 21 ottobre 2013, n. 9036).

I diritto di accesso regolato dalla legge 241 del 1990 è riconosciuto al coniuge, anche in pendenza del giudizio di separazione o divorzio, per accedere alla documentazione fiscale, reddituale e patrimoniale dell'altro coniuge, al fine di difendere il proprio interesse giuridico, attuale e concreto, la cui necessità di tutela è reale ed effettiva e non semplicemente ipotizzata. In particolare, costituiscono oggetto dell'accesso (nella forma della sola visione) anche le "comunicazioni" relative ai rapporti finanziari: gli atti in questione rientrano nell'ampia nozione di documento amministrativo di cui all'art. 22 della legge 7 agosto 1990, nr. 241, trattandosi di atti utilizzabili dall'Amministrazione finanziaria per l'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, ancorché non formati da questa. Quanto ai controinteressati, giova ricordare che la tutela degli interessi economici e della serenità dell'assetto familiare, soprattutto nei riguardi dei figli minori delle parti in causa, prevale o quantomeno deve essere temperata con il diritto alla riservatezza previsto dalla normativa vigente in materia di accesso a tali documenti "sensibili" del coniuge.

Tar Puglia, sez. III, sentenza 31 gennaio 2017, n. 94

?

- il Comune chiede se sia consentito fotografare parti di documenti ammessi all'accesso, a mezzo cellulare con fotocamera, in particolare se detta modalità integri l'esame gratuito previsto dall'art. 25, c. 1, L. n. 241/1990, in materia di accesso documentale.

1. la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, secondo cui "le modalità di accesso previste dalla legge n. 241/90 (artt. 25, c. 1, e 22, c. 1, lett. a), e dal d.p.r. n. 184/2006 (art. 7, commi 5 e 6) fanno riferimento esclusivo alla "visione" o "copia" dello stesso, per cui altre modalità di accesso quali le fotografie del documento richiesto, potrebbero essere consentite solo ove previste da disposizioni regolamentari dell'amministrazione interessata"[1].
2. Alla luce delle considerazioni della Commissione, appare in facoltà dell'Ente prevedere nella propria disciplina regolamentare del diritto di accesso la possibilità di fotografare i documenti di interesse o parte degli stessi, con l'impiego dei mezzi che lo consentono, ivi compreso il cellulare munito di fotocamera.
3. Nel senso della legittimità delle fotografie di documenti amministrativi, quale modalità di accesso riferita alla visione dei documenti, che deve essere gratuita, si è espresso recentemente il Tar Lombardia, Milano, sez. II, sentenza 26 maggio 2016, n. 1100.

?

- i consiglieri comunali hanno diritto di prendere visione del protocollo generale dell'Ente, comprensivo sia della posta in arrivo che di quella in partenza, fatta salva la necessità di non aggravare la funzionalità amministrativa dell'Ente con richieste emulative. La previa visione dei vari protocolli è, infatti, necessaria per poter individuare gli estremi degli atti sui quali i consiglieri potranno esercitare l'accesso vero e proprio.

?

T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. II, 18/02/2013, n. 144

Qualora l'ex moglie di un soggetto che, dopo aver contratto con lei matrimonio ed aver divorziato aveva contratto nuove nozze ed era poi deceduto, presenti istanza di accesso ad una Asl per avere copia della *cartella clinica* dell'ex marito (defunto) al fine di accertare se questi fosse capace di intendere e di voler al momento della prestazione del consenso al secondo matrimonio - avvenuto due giorni prima del decesso – e motivi la richiesta con l'esigenza di valutare la possibilità di proporre un'azione di annullamento del detto matrimonio allo scopo di vedersi poi riconosciuto il diritto all'intera pensione di reversibilità (anziché ad una quota in concorso con il secondo coniuge dell'ex marito), l'Asl è tenuta a consentire l'accesso richiesto.



- **non si può pretendere che l'istante in sede di accesso agli atti indichi specifici dati** (quali il numero di protocollo e la data di formazione di un atto) non in suo possesso, deve in ogni caso rilevarsi che l'Amministrazione, in detta sede, è tenuta a produrre documenti individuati in modo sufficientemente preciso e circoscritto, e non anche a compiere attività di ricerca ed elaborazione degli stessi, atteso che richieste generiche sottoporrebbero l'Amministrazione a ricerche incompatibili sia con la funzionalità dei plessi, sia con l'economicità e la tempestività dell'azione amministrativa, di guisa che la relativa istanza non può essere generica, eccessivamente estesa o riferita ad atti non specificamente individuati (cfr. Cons.Stato, sez. IV, 12 gennaio 2016, n. 68; Tar Lazio, Roma, sez. III, 19 luglio 2017, n.8667).
- **Pertanto è onere della parte individuare esattamente il documento da acquisire nella disponibilità della P.A., non essendo consentita una generica azione volta ad obbligare la P.A. destinataria dell'istanza ad una ricerca di eventuali atti coinvolti nel presupposto procedimento**

Diritto di accesso civico Art. 5, c. 1. d.lgs 33/13

- Nozione
- Differenze con accesso ex l. 241
- Ambito soggettivo
 - Soggetti attivi
 - Soggetti passivi
- Procedimento
 - Fasi
- tutela

Principio generale di trasparenza

- Art. 1. d.lgs 33/13
- La trasparenza e' intesa come accessibilita` totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attivit` amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

Trasparenza (regola) “tutela preferenziale
dell’interesse a conoscere”
Segreto (eccezione)

Civico semplice

- Art. 5 c. 1: L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, **nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione.**

Civico generalizzato

- Comma 2: allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, **chiunque ha diritto di accedere ai dati ed ai documenti detenuti dalle PA, ulteriori rispetto a quelle oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela degli interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-*bis*.**

L'esercizio del diritto di cui ai commi 1 e 2

• :

-non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente.

L'istanza di accesso civico:

- identifica i dati, e informazioni o i documenti richiesti;**
- non richiede motivazione.**

L'istanza può essere trasmessa per via telematica secondo le modalità previste dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, ed è presentata alternativamente ad uno dei seguenti uffici:

- all'ufficio che detiene i dati, le informazioni o i documenti;
- all'Ufficio relazioni con il pubblico;
- ad altro ufficio indicato dall'amministrazione nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale;
- al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, ove l'istanza abbia a oggetto dati, informazioni o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi del presente decreto

Eccezioni assolute (art. 5, bis, co. 3, d.lgs. n. 33/13)

- Segreto di Stato
- Divieti di accesso previsti per legge (incluso art. 24, co. 1, l. n. 241/90)

Eccezioni relative

(art. 5 bis, co.1 e 2, d.lgs. n. 33/13)

- Possa derivare:
 - •a) Pregiudizio concreto ad interessi pubblici;
 - •b) Pregiudizio concreto ad interessi privati
- P.A. deve Verificare cosa fare attraverso il
“bilanciamento” degli interessi in gioco

Diritto di accesso generalizzato Art. 5, c. 2. d.lgs 33/13

- Nozione
- Finalità
- Trasparenza
- Distinzione
- Ambito soggettivo
 - Soggetti passivi
 - Soggetti attivi
- Ambito oggettivo
 - Eccezioni
 - Assolute
 - Relative
- Procedimento
 - Fasi
- Tutela

- Art. 5 c. 2, d.lgs n. 33: allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, **chiunque ha diritto di accedere ai dati ed ai documenti detenuti dalle PA, ulteriori rispetto a quelle oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela degli interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis.**

- Favorire il controllo diffuso su perseguimento fini istituzionali ed uso delle risorse pubbliche

- Con delibera del 28 dicembre 2016, n. 1309 l’Autorità nazionale anticorruzione ha emanato le “Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5, comma 2, del decreto legislativo n. 33/2013” le quali, dopo aver chiarito il distinguo concettuale e terminologico tra accesso civico “semplice” e accesso “generalizzato” affrontano, in un paragrafo specifico la questione della distinzione fra accesso generalizzato e accesso agli atti ex legge 241/1990.

- ANAC: «un diritto di accesso non condizionato dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti ed **avente ad oggetto tutti i dati e i documenti e informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni**, ulteriori rispetto a quelli per i quali è stabilito un obbligo di pubblicazione»

- ANAC delibera n. 1310 del 2016: il testo del decreto dispone che “l’istanza di accesso civico identifica i dati, le informazioni o i documenti richiesti”; pertanto **non è ammissibile una richiesta meramente esplorativa**, volta semplicemente a “scoprire” di quali informazioni l’amministrazione dispone. **Le richieste, inoltre, non devono essere generiche**, ma consentire l’individuazione del dato, del documento o dell’informazione.
- -Richiesta di un **numero di documenti manifestamente irragionevole** – da valutare l’interesse provato con il buon andamento della P.A.
- - escluso l’accesso a fronte di richieste di **reperimento informazioni che non siano già in possesso della P.A.** destinataria della richiesta

- si afferma che “l'accesso generalizzato deve essere anche tenuto distinto dalla disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi di cui agli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 (d'ora in poi «accesso documentale»).
- La finalità dell'accesso documentale ex legge n. 241/90 è, in effetti, ben differente da quella sottesa all'accesso generalizzato ed è quella di porre i soggetti interessati in grado di esercitare al meglio le facoltà - partecipative e/o oppositive e difensive - che l'ordinamento attribuisce loro a tutela delle posizioni giuridiche qualificate di cui sono titolari. [...]
- Mentre la legge n. 241/90 esclude, inoltre, perentoriamente l'utilizzo del diritto di accesso ivi disciplinato al fine di sottoporre l'amministrazione a un controllo generalizzato, il diritto di accesso generalizzato, oltre che quello «semplice», è riconosciuto proprio **«allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico»**.

- T.A.R. Lazio (n. 3742/2017) l'accesso civico (generalizzato e non) e l'accesso ai sensi della legge n. 241 del 1990 **operano sulla base di norme e presupposti diversi.**
- Tenere distinte le due fattispecie è essenziale per calibrare i diversi interessi in gioco, allorché si renda necessario un bilanciamento caso per caso tra tali interessi.
- Tale bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso ex l. n. 241 del 1990 dove la tutela può consentire **un accesso più in profondità a dati pertinenti** e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire **un accesso meno in profondità** (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti), ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) dei dati, documenti e informazioni.

- L'ordinamento ormai è decisamente improntato ad una netta preferenza per la trasparenza dell'attività amministrativa, la conoscibilità generalizzata degli atti diviene la regola, temperata solo dalla previsione di eccezioni poste a tutela di interessi (pubblici e privati) che possono essere lesi/pregiudicati dalla rivelazione di certe informazioni.

Vi saranno dunque ipotesi residuali in cui sarà possibile, ove titolari di una situazione giuridica qualificata, accedere ad atti e documenti per i quali è invece negato l'accesso generalizzato.

- A favore dell'ampiezza che parrebbe essere riconosciuta al diritto di accesso civico generalizzato militano le espressioni contenute nella delibera 1309/2016 laddove si afferma che “la conoscibilità generalizzata degli atti diviene la regola, temperata solo dalla previsione di eccezioni poste a tutela di interessi (pubblici e privati) che possono essere lesi/pregiudicati dalla rivelazione di certe informazioni”. Si consideri, al riguardo, che i limiti che possono circoscrivere il libero esplicarsi del diritto di accesso civico generalizzato sono quelli di cui all'articolo 5-bis del D.Lgs. 33/2013.

- non ammissibile, da un punto di vista di logica giuridica sostanziale, ritenere che si possa dare seguito ad una richiesta di accesso agli atti, formulata ai sensi del D.Lgs. 33/2013, in ordine ai medesimi documenti per i quali la stessa è stata negata, per di più nei confronti dello stesso soggetto, ai sensi della legge 241/1990.

- Un tale comportamento parrebbe, infatti, contrastare con il principio di ragionevolezza cui è improntato il nostro ordinamento giuridico: infatti, se il diniego si è avuto per assenza di interesse, pare non sorretto da alcuna logica giuridica ritenere che la Pubblica Amministrazione sia tenuta a concedere quella medesima documentazione solo perché richiestagli in forza di una diversa norma giuridica che non presenta tra i requisiti di valutazione quello consistente nel possedere una situazione particolarmente qualificata. Piuttosto, parrebbe che il distinguo tra le due forme di accesso risieda nella diversità di documentazione che può soggiacere all'una istanza piuttosto che all'altra. Come affermato nelle linee guida, l'ostensione ex D.Lgs. 33/2013 pare dover riguardare documentazione di natura più ampia, non riferentesi a situazioni specifiche e dettagliate per le quali invece sono richiesti i requisiti di cui alla legge 241/1990.

- ben potrebbe accadere nella prassi che si verificano richieste di ostensione di documenti senza indicazione specifica, da parte del richiedente, della normativa di riferimento: in tale caso sarà compito dell'Ente valutare se una tale istanza ricada nell'una piuttosto che nell'altra normativa e, a tal fine, il principale criterio di demarcazione parrebbe essere quello dell'oggetto della documentazione richiesta che nel caso dell'accesso civico generalizzato deve avere come finalità un controllo diffuso dell'agere amministrativo e non deve, invece, riguardare pratiche specifiche che incidono su posizioni individuali per le quali è necessaria l'osservanza dei requisiti richiesti dalla legge sul procedimento amministrativo.

richiesta massiva

- così come definita dalle Linee Guida adottate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) con determinazione del 28 dicembre 2016, che impone un facere straordinario, capace di aggravare l'ordinaria attività dell'Amministrazione.
- La richiesta di tutte le determinazioni di tutti i responsabili dei servizi del Comune assunte nel 2016 implica necessariamente l'apertura di innumerevoli subprocedimenti volti a coinvolgere i soggetti controinteressati.
- dal novembre 2015 all'agosto 2017 l'odierno ricorrente ha rivolto al Comune 73 richieste di accesso.
- l'istanza di accesso volta ad ottenere "tutte le determinazioni complete degli allegati emanate nel corso dell'anno 2016 da tutti i responsabili dei servizi nell'anno 2016"

il principio di buona fede e il correlato divieto di abuso del diritto.

- Il dovere di buona fede, previsto dall'art. 1175 del c.c., alla luce del parametro di solidarietà, sancito dall'art. 2 della Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, si pone, secondo i più recenti approdi di dottrina e giurisprudenza, non più solo come criterio per valutare la condotta delle parti nell'ambito dei rapporti obbligatori, ma **anche come canone per individuare un limite alle richieste e ai poteri dei titolari di diritti, anche sul piano della loro tutela processuale.**

l'abuso del diritto

- La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare che l'abuso del diritto si configura in presenza dei seguenti elementi costitutivi: "...1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V 7 febbraio 2012, n. 656).

Circolare DFP – n. 2 del 2017

- “.....è preclusa la possibilità di dichiarare inammissibile una domanda di accesso generalizzato per motivi formali o procedurali, salvo quanto specificato di seguito riguardo alla identificazione dell’oggetto della richiesta (§ 3.1) e del richiedente (§ 3.2).”