

Si tratta prevalentemente di istanze tese ad ottenere il riesame avverso il diniego (espreso o tacito) opposto dalle amministrazioni regionali, sub-regionali e dagli enti locali all'accesso ai documenti, ai dati e alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni, ivi comprese le richieste di accesso civico semplice e generalizzato (modello cd. *Foia*) e di accesso ambientale.

Ciò dimostra il gradimento dei cittadini verso tale strumento di informazione e conoscenza, che da un lato costituisce un deterrente per i ricorsi giurisdizionali e, dall'altro, consente di ottenere la documentazione necessaria a soddisfare le diverse pretese conoscitive, in tempi rapidi e senza costi aggiuntivi.

A fronte del provvedimento motivato del Difensore civico circa l'illegittimità del diniego (espreso o tacito) - sia per l'accesso tradizionale che per l'accesso civico (semplice e/o generalizzato) - si è riscontrato quasi sempre un costruttivo ripensamento da parte delle amministrazioni interessate.

Nei casi di richieste di atti in possesso delle Amministrazioni statali periferiche (pratiche di competenza della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri erroneamente trasmesse al Difensore civico) si è provveduto, come da prassi reciproca ormai consolidata, alla trasmissione d'ufficio dei ricorsi presentati al Difensore civico, anche al fine di evitare una inutile duplicazione dei ricorsi, con conseguente rischio di scadenza del termine di decadenza di 30 giorni per la presentazione del ricorso.

Sempre sul piano metodologico, tale buona pratica è stata reciprocamente applicata con l'Ufficio del Garante del Contribuente chiamato a decidere sui ricorsi presentati dai contribuenti in materia di tasse e tributi.

Anche per le problematiche che hanno investito la competenza del Garante dell'infanzia e dell'adolescenza, Prof. Vincenzo Giuliano, si è proceduto di concerto ad effettuare interventi condivisi nel solco della leale e proficua collaborazione che ha caratterizzato i rispettivi mandati.

Sul fronte dei reclami e dei disservizi segnalati nei vari settori di competenza (urbanistica, rifiuti, ambiente, edilizia popolare ecc.) il Difensore civico è intervenuto per sollecitare la conclusione dei procedimenti amministrativi e la concessione dei titoli autorizzativi, nei casi di ritardi non motivati ovvero nelle ipotesi di indebito appesantimento delle procedure di legge.

In tale ambito, merita particolare menzione la cooperazione registrata con gli Uffici del Gestore del servizio idrico integrato, Acquedotto Lucano, e con i funzionari dell'ATER, i quali hanno tempestivamente fornito le informazioni e i documenti richiesti e provveduto, laddove possibile, alla risoluzione delle problematiche segnalate dal Difensore civico.

Nell'ottica del dialogo collaborativo tra le parti, il cittadino è stato sempre informato di tutti i passaggi dell'istruttoria, attraverso l'invio di copia dell'intervento del Difensore civico e degli esiti dell'istruttoria.

A tal fine, sono stati utilizzati gli indirizzi forniti dall'interessato nella segnalazione, prediligendo la trasmissione in formato digitale.

Per tutte le istanze, anche quelle manifestamente infondate, si è cercato di fornire il supporto necessario e le corrette informazioni per interpretare correttamente la normativa emergenziale, peraltro non sempre di facile applicazione.

In mancanza di un contatto di prossimità con gli utenti, si è cercato di sopperire alle esigenze di chiarezza e comprensione attraverso l'ascolto e l'approfondimento del singolo caso, in considerazione dei presupposti, finalità e peculiarità che hanno caratterizzato le disposizioni emanate, sia a livello centrale che locale.

### **3.2 Le principali problematiche affrontate nel corso del 2021**

Numerose le richieste di intervento riguardanti l'area della partecipazione al procedimento amministrativo e del diritto di accesso documentale e civico (semplice e generalizzato), che costituiscono un ampio settore di intervento dell'Ufficio, disciplinato dalla legge n. 241/1990 e dal d.lgs. n. 33/2013.

Il lieve calo delle istanze di riesame dei dinieghi all'accesso ai dati, informazioni e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni regionali (n. 72 ricorsi a fronte dei 93 ricorsi del 2020, -29%) - che era apparso foriero di una maggiore trasparenza da parte delle amministrazioni regionali e sub-regionali - è stato compensato già durante il primo trimestre del 2022, con un significativo incremento di siffatte segnalazioni (sono pervenute al 25 marzo scorso n. 23 ricorsi in materia di accesso e trasparenza).

Sono stati presi in esame vari casi riguardanti la materia del territorio e dell'ambiente, il trasporto pubblico locale, il degrado e la scarsa manutenzione di aree urbane, nonché le problematiche concernenti gli assegnatari di alloggi gestiti dalla Agenzia territoriale per la casa (Ater).

In più del 70% dei casi sono state effettuate raccomandazioni o rilievi nei confronti dell'ente interessato, mentre nel 10% circa dei casi, pur non essendo stati effettuati rilievi, l'interessato è stato comunque orientato in merito agli strumenti di tutela dei propri diritti.

Nel restante 20% circa delle segnalazioni, il richiedente non ha presentato la documentazione necessaria richiesta dall'Ufficio per effettuare la dovuta istruttoria della pratica o le doglianze rappresentate si sono rivelate manifestamente infondate.

In alcuni casi non si è espletata l'istruttoria della pratica in quanto la richiesta di intervento non risultava preceduta dall'esperimento delle vie ordinarie di interlocuzione con l'amministrazione competente, come prescritto dalla legge n. 241/1990.

Si tratta, in linea generale, di istanze non sorrette da una legittima pretesa nei confronti della pubblica amministrazione interpellata o di ricorsi improcedibili, in quanto carenti dei requisiti essenziali previsti dal legislatore statale.

Come già registrato negli scorsi anni, anche nel 2021 sono state presentate alcune istanze (circa il 5% delle pratiche) che l'Ufficio, dopo attenta istruttoria, ha dichiarato non di propria competenza, in quanto concernenti questioni civilistiche, questioni condominiali, questioni bancarie o riguardanti Amministrazioni di altre regioni italiane.

Gli enti destinatari dei principali interventi dell'Ufficio hanno riguardato gli Enti locali territoriali, in particolare per quanto riguarda questioni ambientali o urbanistiche.

Altri Enti destinatari sono stati la Regione e i suoi enti strumentali (Acquedotto lucano, Ater, Ardsu) le strutture ospedaliere nonché le strutture socio-sanitarie (RSA, Case di Cura) ed infine le Amministrazioni periferiche dello Stato (tra cui Inps e Inail), con esclusione di quelle competenti in materia di difesa, sicurezza pubblica e giustizia, ai sensi dell'art. 16 della legge n. 127/1997.

In materia di accesso documentale *ex* legge n. 241/1990, infine, competente a decidere sui ricorsi in sede di riesame avverso il diniego (espreso o tacito) opposto dalle Amministrazioni periferiche dello Stato, è la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi (CADA) istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, a cui le segnalazioni sono state tempestivamente inoltrate.

### **3.3 Le segnalazioni pervenute sulla legittimità del Green Pass**

Con l'entrata in vigore dell'obbligo del *Green Pass* introdotto dal Governo per accedere a numerose attività lavorative e ricreative, sono pervenute agli Uffici del Difensore civico varie segnalazioni (quasi tutte dello stesso tenore), afferenti la legittimità costituzionale della "*Carta verde*", con particolare riguardo al profilo ritenuto discriminatorio da parte di quei cittadini che hanno esercitato la scelta di non vaccinarsi (cd. *No Vax*).

Le istanze sono state inoltrate anche ad altri Uffici di Difesa Civica, in quanto tese ad ottenere l'attivazione della procedura di infrazione nei confronti del Governo Italiano.

Si tratta di note precompilate nelle quali si invita il Difensore civico a sostenere la illegittimità costituzionale del *Green Pass*, spesso accompagnate da una nota del servizio "*Europe Direct*" dell'Unione Europea che, a seguito del reclamo del cittadino, lo indirizza al Difensore civico regionale, in considerazione del fatto che in Italia non è presente il Difensore civico nazionale.

Nei casi segnalati si è rappresentato agli utenti, preliminarmente, che le prospettazioni tese a disconoscere le scelte di politica legislativa (in tali casi sottese alla tutela della salute come interesse della collettività) sono suscettibili del vaglio in via esclusiva della Corte Costituzionale e devoluti - per quanto attiene alla delimitazione degli spazi residuali di competenza delle Regioni e Province autonome - alla competenza del Giudice amministrativo.

Difatti, l'organo specificatamente competente a valutare la legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge è la Corte Costituzionale (art. 134 Cost.),

chiamata a pronunciarsi in ordine alla legittimità costituzionale dei predetti atti in sede di giudizio di legittimità costituzionale in via principale o in via incidentale nel rispetto delle differenziate modalità di accesso (art. 127 Cost.).

Nel vigente contesto normativo, dunque, il Difensore civico svolge mere funzioni di impulso e sollecitazione, quale Garante dell'imparzialità e del buon andamento della Pubblica Amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione, limitatamente alle amministrazioni provinciali, comunali, regionali e sub-regionali, senza poter esercitare poteri sostitutivi, coercitivi o interdittivi, né compete alla Difesa civica il sindacato di legittimità degli atti normativi, peraltro adottati dal legislatore statale in un periodo emergenziale.

Difatti, sin dall'inizio della pandemia da *Sars-Cov2*, il legislatore è stato costretto ad intervenire copiosamente ed incisivamente per fronteggiare l'emergenza epidemiologica, esercitando le competenze di cui agli artt. 32 e 117 della Costituzione, nell'ottica di garantire il supremo ed universale *diritto alla salute* della collettività.

La stessa Corte Costituzionale ha ricondotto la normativa anti-Covid alla competenza esclusiva statale in tema di profilassi internazionale di cui all'art. 117, comma 2, lett. q), comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla.

Secondo il Giudice delle leggi, in materia sanitaria non è ipotizzabile una diversa regolamentazione a livello regionale o provinciale, atteso che *“a fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, ragioni logiche, prima che giuridiche radicano nell'ordinamento costituzionale l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività ...”* (Corte Costituzionale, sentenza n. 37 del 12.03.2021 e sentenza n. 198/2021).

Ne consegue che, durante l'emergenza pandemica - pur riservandosi alle Regioni e alle Province Autonome, spazi di intervento nella fase attuativa e operativa *“riguardanti, ad esempio, l'organizzazione dei servizi sanitari e l'identificazione degli organi deputati al controllo e alle conseguenti sanzioni”* – il legislatore statale è titolato a prefigurare tutte le misure occorrenti con conseguente *“divieto per le Regioni, anche ad autonomia speciale, di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale.”* (Corte Costituzionale, sentenza n. 37/2021).

Nel fornire puntuale riscontro alle segnalazioni pervenute, si è argomentato che l'obbligo del cd. *Green Pass* è stato introdotto dal decreto legge 22 aprile 2021, n. 52 avente ad oggetto *“Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze della diffusione dell'epidemia da Covid-19”* tanto per il settore lavorativo pubblico (art. 9 *quinquies*) che per il settore lavorativo privato (art. 9 *septies*).

In particolare, le citate disposizioni prevedono che al personale delle pubbliche

amministrazioni e a chiunque svolga un'attività lavorativa nel settore privato è fatto obbligo, ai fini dell'accesso ai luoghi di lavoro, *“di possedere e di esibire, su richiesta, la certificazione verde Covid-19 di cui all'articolo 9, comma 2”*.

La suddetta certificazione – secondo quest'ultima disposizione – attesta l'avvenuta vaccinazione o guarigione o l'avvenuta effettuazione di un test antigenico rapido o molecolare con esito negativo al virus, fatti salvi i casi di esenzione alla vaccinazione per specifici casi clinici documentati.

Quanto agli asseriti profili di contrasto con la tutela del diritto alla salute, aventi rilevanza costituzionale ai sensi dell'art. 32 Cost., secondo consolidato indirizzo della giurisprudenza costituzionale *“la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri”*.

Sul punto è copiosamente intervenuto anche il Consiglio di Stato, sostenendo in una sentenza avente ad oggetto l'obbligo per i lavoratori della scuola di munirsi della certificazione verde *“l'asserita priorità del diritto individuale alla salute quale fondamento del rifiuto di vaccinarsi non può avere valore assoluto, allorché sia posto a confronto con l'eguale diritto di una collettività di persone – nella specie gli studenti – il cui diritto a scongiurare possibili contagi ha prevalenza perché espressione di una componente della salute pubblica a fronte del diritto del docente, in ogni caso per nulla negato viste le ammissibili misure alternative al vaccino, e di carattere individuale, per di più da parte di chi ha una responsabilità specifica e rafforzata verso i propri studenti, che costituisce componente essenziale della funzione (se non addirittura missione) di ogni docente.”* (Consiglio di Stato, 30 ottobre 2021, nn. 5950 e 5951).

Anche sotto il profilo dell'asserita *“discriminazione”* in violazione del principio di eguaglianza (art. 3 Costituzione) tra persone vaccinate e persone non vaccinate, è intervenuto il supremo Organo di giustizia amministrativa, sottolineando che *“il lavoratore è abilitato, ove non intenda vaccinarsi, ad ottenere il certificato verde con test differenti quali l'antigenico rapido”*.

Sul punto è stato interessato anche il *Garante per la privacy* che ha aderito alla tesi della valenza non discriminatoria del *green pass*, alla luce del *“dato puramente tecnico secondo cui la lettura con app dedicata esclude ogni conservazione o conoscibilità del dato personale, salvo l'accertamento della autenticità del certificato verde”*; detto elemento assume grande rilevanza a fronte dei casi sempre più frequenti di commercio e falsificazione di certificati verdi contraffatti.

Lo stesso Consiglio di Stato in una pronuncia di rigetto di un ricorso cautelare finalizzato a sospendere l'applicazione del DPCM del 27 giugno 2021 introduttivo dell'obbligo della certificazione verde non ha accolto le doglianze dei ricorrenti, affermando la legittimità del *green pass* e la sua conformità all'ordinamento statale e costituzionale, anche per il profilo che involge il rispetto del diritto fondamentale alla riservatezza dell'individuo.

A tal riguardo i Giudici di Palazzo Spada nell'ordinanza n. 5130 del 20.10.2021 hanno così argomentato: *“i soggetti contrari alla somministrazione del vaccino, nel pieno esercizio dei loro diritti di libera autodeterminazione, non subiscono lesioni del diritto alla riservatezza sanitaria in ordine alla scelta compiuta, dal momento che l'attuale sistema di verifica del possesso della certificazione verde non sembra rendere conoscibili ai terzi il concreto presupposto dell'ottenuta certificazione (vaccinazione o attestazione della negatività al virus)”*.

Il principio ispiratore delle varie pronunce dei Giudici chiamati a decidere sulla legittimità costituzionale della normativa in materia di vaccinazioni, è stato il seguente: *“scongiorare possibili contagi è un diritto collettivo che supera, nel bilanciamento, quello individuale a decidere sulla propria salute”*.

Analogamente, e per le stesse motivazioni, è stato rigettato il ricorso contro il *green pass* presentato da un gruppo di insegnanti: l'interesse del soggetto ad astenersi dalla vaccinazione deve misurarsi con altri interessi pubblici contrapposti, quali quello afferente la salute pubblica a circoscrivere l'estensione della pandemia e l'interesse di assicurare il regolare svolgimento del servizio pubblico essenziale della scuola in presenza.

Secondo il Tar del Lazio, in tali casi deve ritenersi prevalente *“rispetto all'interesse dei docenti che non vogliono sottoporsi al vaccino quello pubblico finalizzato ad assicurare al contempo il corretto svolgimento dell'attività scolastica in condizioni di sicurezza e a circoscrivere il più possibile potenziali situazioni in grado di incrementare la circolazione del virus”* (Ord. cautelare n. 131 del 13.01.2022).

Ed ancora, nelle controversie familiari tra genitori con orientamenti diversi sull'opportunità di vaccinare i figli minorenni tra i 12 e i 18 anni, i Tribunali di Cagliari, Milano, Arezzo, Firenze e molti altri hanno deciso sempre a favore del genitore propenso al vaccino, in quanto nella suddetta fascia di età trattasi di una mera facoltà e non di trattamento sanitario obbligatorio, scelta che può essere esercitata solo con il consenso di entrambi i genitori.

In materia la giurisprudenza si è orientata secondo il principio del *“migliore interesse del minore”*, contenuto nelle Convenzioni internazionali come quella di New York sui diritti del fanciullo del 1989, quella di Strasburgo del 1997 e il Regolamento Ue 1111/2019.

In tali procedimenti è stato ascoltato anche il minore, qualora considerato in possesso di un *“grado di discernimento”* sufficiente a poter manifestare la sua opinione; difatti, nella pronuncia del 20 settembre 2021 il Tribunale di Arezzo così concludeva: *“Ritenuta la necessità e l'urgenza, autorizza la vaccinazione del minore raccomandando alla commissione medica vaccinatrice di raccogliere anche il suo consenso unitamente a quello del padre, con effetto immediatamente esecutivo”*.

In conclusione, le diverse e innumerevoli questioni sollevate a proposito della legittimità costituzionale del *Green pass*, involgono valutazioni di politica governativa,

di esclusiva competenza del legislatore statale, che esulano dal perimetro di competenza del Difensore civico, quale figura di raccordo tra cittadini e pubblica amministrazione, in un'ottica di garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'agire pubblico.

Il fine ultimo della Difesa civica è stato quello di assicurare i cittadini sulla necessità delle scelte di politica sanitaria adottate dal Governo centrale e regionale, misure atte al contenimento del contagio epidemiologico e alla ripresa delle attività economiche che, senza la campagna di vaccinazione di massa, difficilmente avrebbero visto la luce.

### **3.4 Accesso alla graduatoria provvisoria dei medici specialisti elaborata da un'Azienda Sanitaria**

Nel dicembre 2021 veniva pubblicata all'Albo Pretorio dell'ASP, nella sezione "Avvisi e concorsi", la graduatoria provvisoria dei medici specialisti ambulatoriali per l'anno 2022.

Un medico iscritto in graduatoria per la branca specialistica di odontoiatria, graduato con punteggio correttamente attribuito, richiedeva a mezzo *pec* all'Ufficio competente di poter prendere visione ed estrarre copia in forma telematica/informatica, dell'elaborazione cartacea/telematica del punteggio derivante dai titoli accademici dichiarati dai candidati collocati in graduatoria in posizione precedente a quella del ricorrente.

Il Responsabile del procedimento non adottava alcun provvedimento nel termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza, venendosi così a formare la fattispecie del silenzio-rifiuto ai sensi della legge n. 241/1990 e s.m.i..

Il ricorso, dopo approfondita istruttoria del Difensore civico, veniva accolto per le ragioni di seguito esposte.

Il richiedente risultava portatore di un interesse endoprocedimentale diretto, concreto ed attuale all'accesso agli atti della procedura amministrativa in oggetto, previsto e tutelato dagli artt. 7 e 10 della legge 241/1990.

Difatti, secondo principio consolidato della giurisprudenza amministrativa in materia, il partecipante ad una procedura concorsuale o selettiva indetta dalla p.a. ha diritto di accedere a tutti gli atti della stessa, relativi sia alla posizione personale del richiedente, sia a quella degli altri partecipanti - i quali non rivestono neppure la qualifica di controinteressati in senso tecnico - posto che i concorrenti, prendendo parte alla selezione, hanno consentito a misurarsi in una competizione di cui la comparazione dei valori di ciascuno costituisce l'essenza del concorso stesso.

Tali atti una volta acquisiti alla procedura, escono dalla sfera personale dei partecipanti, fatta eccezione per effettive esigenze di tutela afferente la sfera riservata vulnerabile, da valutarsi in concreto, caso per caso (cfr. Tar Toscana, sezione I, 29 aprile 2020, n.518; Tar Lazio, Roma, sez. I - quater, 30 gennaio 2012, n. 1032).

La legittimazione all'accesso deve essere riconosciuta in capo a chiunque possa dimostrare che gli atti richiesti siano idonei a produrre effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, e il diritto di accesso può essere esercitato anche indipendentemente dall'esistenza di una lesione immediata della posizione giuridica del richiedente (cfr. Tar Veneto, sentenza n. 46/2014).

La stessa giurisprudenza della Commissione per l'Accesso ai Documenti Amministrativi istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri è pacifica nel ritenere che il candidato di procedure concorsuali o paraconcorsuali è titolare del diritto di accesso ai relativi atti, quale portatore di un interesse sicuramente differenziato e qualificato, in vista della tutela di una posizione giuridicamente rilevante in esplicitazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito all'art. 24 della Costituzione (cd. accesso difensivo).

La possibilità di accesso, in particolare, è riconosciuta rispetto agli elaborati delle prove, ai titoli esibiti dagli altri candidati, alle schede di valutazione ed ai verbali della commissione, al fine di poter verificare, anche in sede giurisdizionale, la loro regolarità (C.A.D.A. seduta del 7 aprile 2016 e del 6 ottobre 2016).

Infine, la *ratio* dell'istituto dell'accesso ai documenti amministrativi è quella di consentire al richiedente la conoscenza di atti fisicamente individuati o individuabili in maniera precisa e circoscritta, tale da non richiedere alla P.A. un'attività di elaborazione e/o di ricerca di documenti risalenti nel tempo o di emanazione di ulteriori atti.

### **3.5 Accesso agli atti endoprocedimentali: limiti e soccorso istruttorio**

Gli atti sottratti al diritto di accesso sono solo quelli indicati dall'art. 24 della legge n. 241 del 1990 e dalle norme regolamentari di attuazione, con la conseguenza che quando non vi siano ragioni di garanzia della riservatezza di terzi ovvero di ragionevole differimento alla conclusione del procedimento, l'Amministrazione non può utilmente opporre la natura endoprocedimentale degli atti richiesti.

E ciò corrisponde sia alla lettera della legge, che indica come documenti oggetto del diritto di accesso anche gli atti "*interni*", sia alle finalità cui è improntata la normativa in materia, tesa a permettere la partecipazione del privato al procedimento amministrativo anche in via di tutela anticipata dei propri interessi; più in generale, tale diritto ha rilevanti finalità pubbliche, perché realizza il principio importante della stessa attività amministrativa, la cd. *democrazia amministrativa*, fatta di partecipazione, imparzialità e trasparenza.

Eguale è illegittima la limitazione alla sola visione degli atti, atteso che la legge impone alla pubblica amministrazione l'accesso nella forma piena dell'estrazione di copia, e non della semplice presa di visione, al soggetto che abbia interesse a conoscere la documentazione amministrativa per tutelare in sede giurisdizionale i propri interessi.

In linea generale tutti i documenti amministrativi sono accessibili e le esclusioni sono indicate dall'art. 24 della citata legge: *a)* atti coperti da segreto di stato; *b)* inerenti ai

procedimenti tributari; *c*) che attengono all'attività normativa, amministrativa generale, di pianificazione e di programmazione; *d*) atti selettivi psicoattitudinali di terzi; *e*) non è ammesso il cd. controllo generalizzato dell'operato dell'amministrazione e l'interferenza sulla sicurezza dello Stato, sulla sovranità e le relazioni internazionali, sulla politica monetaria e valutaria, sull'ordine pubblico e le investigazioni o indagini di P.G., nonché la contrattazione collettiva.

Nel caso di violazione di un interesse pubblico, l'amministrazione dovrà rifiutare l'accesso senza alcun potere discrezionale; viceversa, nel caso di pregiudizio a un interesse privato, l'amministrazione è chiamata a compiere una delicata operazione di bilanciamento tra gli opposti interessi, facendo applicazione dei *principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza*.

La regola della generale accessibilità dovrà essere temperata, quindi, dalla previsione di eccezioni poste a tutela di interessi pubblici e privati che possono subire un pregiudizio dalla rivelazione generalizzata di talune informazioni, considerati anche alla luce dell'interesse all'accessibilità delle informazioni, dei dati e dei documenti richiesti.

Di conseguenza, la veste di controinteressato non deve essere riconosciuta a tutti coloro che, a qualsiasi titolo, sono nominati o coinvolti nel documento oggetto dell'istanza, ma solo a coloro che – per effetto della esibizione della documentazione – possono subire un pregiudizio concreto agli interessi privati di seguito indicati: *la protezione dei dati personali, la libertà e segretezza della corrispondenza, gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali* (art. 5-bis, comma 2 d.lgs. n. 33/2013).

L'Amministrazione, inoltre, non può assumere - quale unico fondamento del diniego di accesso agli atti – l'opposizione da parte del controinteressato, anche se motivata; spetta ad essa il potere di valutare e bilanciare gli interessi eventualmente contrapposti e decidere l'esibizione della documentazione, anche in caso di opposizione del controinteressato, altrimenti verrebbe vanificata qualsiasi forma di trasparenza amministrativa.

La pubblica amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, anche se formulata dal richiedente in modo generico o cumulativo (ad esempio, senza riferimento ad una specifica disciplina), per cui potrebbe trattare questa richiesta alla stregua dell'accesso civico generalizzato, a meno che l'interessato abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile riferimento alla disciplina dell'accesso documentale (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n.10 del 2 aprile 2020).

Di conseguenza, a fronte di un'istanza di incerta definizione, l'amministrazione ha il dovere di soccorso e di collaborazione con il richiedente; si tratta di un principio generale già previsto per ogni procedimento amministrativo, nel senso che - prima di respingere una richiesta incompleta o non qualificata correttamente dall'interessato - il Responsabile del procedimento deve attivare il cd. *soccorso istruttorio* per

comprenderne l'effettiva pretesa conoscitiva.

Ciò comporta che l'Ufficio è tenuto a richiedere chiarimenti all'interessato, dandogli la possibilità di precisare lo scopo e la finalità pratica sottesa all'istanza e, in ultima analisi, la sua effettiva volontà; tale *modus operandi* della p.a. rappresenta un criterio generale di comportamento alla luce dei principi generali di proporzionalità e di buona fede.

Ciò vale anche in caso di *istanze generiche*, per le quali è indubbio che gli uffici competenti debbano chiedere eventuali chiarimenti circa l'oggetto della richiesta, nonché nelle ipotesi di *istanze massive o manifestamente irragionevoli*, per le quali, è necessario, prima di respingere l'istanza, attivare un dialogo cooperativo con il richiedente al fine di ricondurre l'istanza entro un limite di ragionevolezza.

### **3.6 Accesso agli atti di una procedura di gara: limite alla esibizione dell'offerta tecnica**

Un Comune lucano non ha consentito ad una società partecipante ad una procedura di gara (per l'affidamento del servizio per la redazione e stesura del Piano Intercomunale di Gestione Forestale o strumento equivalente) l'accesso ai documenti amministrativi afferenti "*l'intera offerta tecnica presentata dall'aggiudicataria della gara e valutata dalla Commissione di gara*"; sono trascorsi 30 giorni dalla richiesta di accesso agli atti presentata ai sensi della legge n. 241/1990, senza fornire alcun riscontro, di talché si è formata la fattispecie del silenzio diniego.

La società concorrente si è rivolta all'Ufficio scrivente, affinché in sede di riesame - valutata l'illegittimità dell'inerzia serbata dalla P.A. - assumesse le conseguenti determinazioni.

Preliminarmente giova evidenziare che in materia di accesso agli atti di una procedura di gara si applica l'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016 (cd. Codice dei Contratti pubblici) che così dispone:

- a) al comma 5, in chiave di principio generale, sono escluse dal diritto di accesso quelle "informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali".
- b) al comma 6, in termini di eccezione rispetto al principio generale, che "è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto" (cd. accesso difensivo).

La *ratio* della citata norma consiste nell'escludere dall'accesso quella parte dell'offerta strettamente afferente al *know how* del concorrente aggiudicatario, vale a dire l'insieme del "*saper fare*" costituito, in particolare, dalle competenze e dalle esperienze maturate nel tempo che consentono, al concorrente medesimo, di essere altamente competitivo

nel mercato di riferimento (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6463; sez. V 21 agosto 2020, n. 5167).

Il legislatore ha voluto così evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso non già per prendere visione della stessa - allorché utile a coltivare la legittima aspettativa al conseguimento dell'appalto - quanto piuttosto per giovarsi delle legittime conoscenze possedute da altri al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato.

Sul punto vi è consolidata giurisprudenza amministrativa secondo cui *“è ravvisabile un interesse diretto, concreto ed attuale, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241/1990, e una conseguente legittimazione ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente alla gara, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e quindi allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, purché tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale.”* (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 10 del 2 aprile 2020).

Dunque, in materia di gare e contratti pubblici, il concorrente richiedente l'accesso deve dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, quanto la *“stretta indispensabilità”* degli atti per apprestare determinate difese all'interno di uno specifico giudizio.

In altri termini, l'interessato ha l'onere di provare *“in modo intellegibile il collegamento necessario tra la documentazione richiesta e le proprie difese, attraverso una sia pur minima indicazione delle deduzioni difensive potenzialmente esplicitabili”* (Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2472).

Ciò posto, nel caso di specie, è stato ritenuto legittimo il silenzio diniego opposto dal Comune interessato all'esibizione della documentazione, in quanto la richiesta - pur essendo supportata dalla legittimazione attiva della ricorrente, in quanto titolare di un interesse diretto, concreto ed attuale, in qualità di mandante del Raggruppamento Temporaneo di Professionisti (RTP) partecipante alla procedura di gara - non ha fornito la prova della concreta necessità e, dunque, della stretta indispensabilità dell'utilizzazione della documentazione richiesta (offerta tecnica dell'aggiudicatario) in uno specifico giudizio.

### 3.7 Accesso civico generalizzato agli atti di una procedura concorsuale

In materia di accesso agli atti di una procedura concorsuale o selettiva, il richiedente deve formulare la richiesta ai sensi e per gli effetti degli artt. 22 e ss. della legge n. 241/1990, nell'ipotesi in cui sia titolare di un interesse diretto, concreto ed attuale a prendere visione ed estrarre copia degli atti e documenti richiesti, interesse previsto e tutelato dagli artt. 7 e 10 della citata legge.

Peraltro, la legittimazione all'accesso deve essere riconosciuta solo in capo a colui che possa dimostrare con adeguata motivazione che gli atti richiesti siano idonei a produrre effetti diretti o indiretti nei suoi confronti; in tal caso, il diritto di accesso può essere esercitato anche indipendentemente dall'esistenza di una lesione immediata della posizione giuridica del richiedente (cfr. Tar Veneto, sentenza n. 46/2014).

Difatti, per poter ottenere copia degli elaborati scritti degli altri candidati occorre rivestire la qualità di partecipante alla procedura concorsuale o selettiva indetta dalla p.a.; solo in questa fattispecie si ha diritto di accedere a tutti gli atti della stessa, relativi sia alla posizione personale del richiedente, sia a quella degli altri partecipanti – i quali non rivestono neppure la qualifica di controinteressati in senso tecnico - posto che i concorrenti, prendendo parte alla selezione, hanno consentito a misurarsi in una competizione di cui la comparazione dei valori di ciascuno costituisce l'essenza del concorso stesso.

Sul punto giova richiamare la consolidata giurisprudenza amministrativa che ha più volte evidenziato: *“Tali atti una volta acquisiti alla procedura, escono dalla sfera personale dei partecipanti, fatta eccezione per effettive esigenze di tutela afferente la sfera riservata vulnerabile, da valutarsi in concreto, caso per caso.”* (cfr. Tar Toscana, sezione I, 29 aprile 2020, n.518; Tar Lazio, Roma, sez. I - quater, 30 gennaio 2012, n. 1032).

Viceversa - anche secondo numerosi pareri del Garante della Privacy - non può riconoscersi legittimità all'accesso civico generalizzato avente ad oggetto gli elaborati scritti e/o i *curricula* dei partecipanti ad un concorso pubblico, in quanto essi contengono al loro interno numerosi elementi che sono idonei a individuare le caratteristiche peculiari di ciascun candidato.

In particolare, l'Autorità di controllo ha evidenziato come dagli stessi siano ricavabili alcuni aspetti del carattere del candidato, quali ad esempio la sua preparazione professionale, la sua cultura, la sua capacità di espressione o in generale il suo carattere: ciò in quanto essi sono elementi che vengono valutati durante la selezione dalla commissione esaminatrice.

In alcuni casi, inoltre, da tali elaborati è possibile anche evincere dati qualificabili come *“categorie particolari”* (cd. dati sensibili), in quanto attinenti alle opinioni politiche,

filosofiche o di altro genere del candidato. In considerazione di ciò, l'accesso civico generalizzato ai *curricula* e agli elaborati scritti di un concorso pubblico potrebbe determinare un pregiudizio concreto alla tutela dei dati personali dei candidati.

Pertanto, il Garante Privacy ha espresso il suo parere nel senso della legittimità del rifiuto opposto dalla P.A., al fine di evitare che tali dati diventino di pubblico dominio e possano essere conosciuti e utilizzati da chiunque.

Il Garante ha comunque sottolineato che tale rifiuto non preclude all'istante la possibilità di riformulare la richiesta dei *curricula* e degli elaborati scritti qualora egli abbia un interesse diretto concreto e attuale a prendere visione degli stessi in quanto in possesso di una situazione giuridicamente tutelata da far valere attraverso la visione dei documenti (parere n. 433 del 26 ottobre 2017; parere n. 366 del 7 settembre 2017; parere 7 novembre 2017).

Ciò posto e considerato, atteso che nel caso trattato, non è stata provata la legittimazione attiva del richiedente (*interesse diretto, concreto e attuale*) collegata ad una situazione giuridicamente tutelata, al fine di ottenere “*copia digitale di tutti gli elaborati scritti di tutti i partecipanti al concorso per n.1 Istruttore direttivo contabile Cat. D del 2021*”, e l'istanza è stata così genericamente motivata: “*Segnalare all'autorità giudiziaria anomalie nella valutazione delle prove che dovessero configurare dei reati*”, il Difensore civico non ha accolto il ricorso.

Deve quindi ritenersi che il procedimento di riesame potrà essere attivato entro il termine di decadenza di 30 giorni dalla decisione di prima istanza, così come previsto dalla legge n. 241 del 1990 in materia di accesso tradizionale; decorso tale termine, il Difensore civico dovrà dichiarare irricevibile il ricorso, fatti salvi i casi in cui la tardività appaia incolpevole o comunque giustificata alla luce delle specifiche motivazioni addotte dal richiedente.

### **3.8 Diritto di accesso e diritto di informazione del giornalista**

Un giornalista di una testata lucana si è rivolto al Difensore civico, lamentando la mancata esibizione da parte di un Comune della documentazione afferente le risorse assegnate ad una Associazione sportiva. Sull'istanza di accesso agli atti si è formato il silenzio inadempimento della P.A. per mancato riscontro nel termine di trenta giorni dalla protocollazione della richiesta.

A seguito dell'istruttoria in sede di riesame, il Difensore civico ha ritenuto fondato il ricorso e lo ha accolto per le ragioni di seguito indicate.

Con il Decreto legislativo n. 97/2016 è stato introdotto “l'accesso civico generalizzato” (modello *Freedom of information act* - FOIA) che sancisce il diritto di “chiunque” a ricevere dati, informazioni e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria (c.d. accesso civico

semplice).

L'esercizio del diritto portato da tale tipologia di accesso non è condizionato dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti (l'accesso civico non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente, potendo essere attivato da chiunque) e non necessita di motivazione (*full disclosure*).

Tanto in attuazione del "principio di trasparenza" finalizzato non solo a favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, ma quale strumento di tutela dei cittadini e di promozione della partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e al dibattito pubblico.

Ma vi è di più; il ruolo del giornalista è quello di svolgere una funzione pubblica di informazione, quindi soggetto qualificato non solo perché titolare di un interesse diretto, concreto e attuale ai sensi della legge 241/1990, ma in quanto l'interesse sotteso all'accesso è connesso all'esercizio di una attività di prevalente pubblico interesse (*munus pubblico*) avente lo stesso inquadramento costituzionale del pieno diritto di consultare le fonti pubbliche.

Di conseguenza, il diritto di accesso agli atti e alle informazioni sancito dall'art. 5 del decreto trasparenza rappresenta uno strumento fondamentale per la realizzazione e l'attuazione del "*diritto di informazione*" del giornalista tutelato dalla Costituzione, dai Trattati dell'Unione europea, dalle Convenzioni internazionali e dalla stessa legislazione nazionale.

Ciò in considerazione del fatto che l'attività giornalistica ha, per definizione, una rilevanza sociale e pubblica non assimilabile a quella del comune cittadino, in quanto attuazione della "*libertà di informarsi per informare*": un diritto civico che dovrebbe corrispondere al dovere della P.A. di porre a disposizione della collettività dei beni (le informazioni) di cui tutti possano godere indistintamente.

L'art. 21 della Costituzione assegna alla stampa e agli organi di informazione in generale una fondamentale funzione sociale, strettamente connessa al "*diritto di libera manifestazione del pensiero*"; tale diritto può trovare piena realizzazione soltanto se e nella misura in cui viene garantita ai giornalisti l'effettività dell'accesso ai documenti, alle informazioni e agli atti detenuti dagli uffici pubblici, dovendosi cautelare la sola segretezza degli atti la cui esibizione è vietata dalla legge o da esigenze di tutela della riservatezza dei terzi (divieti di cui all'art. 5-bis del d.lgs. n. 33/2013).

In tali casi l'Amministrazione è tenuta a provare il pregiudizio concreto agli interessi pubblici e privati che possono essere lesi/pregiudicati dalla esibizione dei documenti o dalla rivelazione di certe informazioni, quindi a motivare il provvedimento di diniego. In presenza del diritto di accesso, infine, è immanente il diritto all'estrazione del documento, non potendosi disgiungere la visione del documento dalla sua fisicità analogica (sia pure nella versione digitale).

### 3.9 Completamento del Centro per migranti “Città della Pace”

Il Coordinatore del Gruppo Trasporti del Tavolo Caporalato del Ministero dell’Interno, già Coordinatore dell’Organismo regionale per le politiche migratorie della Basilicata, ha sollecitato, per il tramite della scrivente, l’Ufficio di Presidenza della Giunta Regionale, al fine di giungere all’obiettivo di completamento di un centro di accoglienza per stagionali sito nel Comune di Scanzano Jonico, in Provincia di Matera, denominato “Città della Pace”.

Si tratta di un plesso in località Terzo Cavone destinato all’accoglienza temporanea di migranti e richiedenti asilo, già finanziato con i fondi UE a valere sul “*Pon Legalità 2014-2020 – Integrazione e accoglienza migranti*” per un importo pari a 2 milioni di euro.

Il *Programma Operativo Nazionale (Pon) Legalità* è un piano gestito dal Ministero dell’Interno, nell’ambito delle politiche di coesione. Con una dotazione finanziaria di oltre 692 milioni di euro, opera nelle Regioni meno sviluppate (Basilicata, Calabria, Campania, Puglia e Sicilia) per rafforzare le condizioni di legalità, incentivare la coesione sociale e favorire lo sviluppo economico; per il miglioramento del sistema di accoglienza migranti.

Tre le priorità del *Pon Legalità 2014-2020* vi è quella di rafforzare la P.A. nel contrasto alla criminalità e alla corruzione, nell’ottica di migliorare le condizioni di sicurezza delle aree produttive e di interesse culturale e favorire così l’inclusione sociale e l’economia sociale.

Alla stregua del suindicato programma, su tutto il territorio lucano sono previsti quattro Centri pubblici di accoglienza dei lavoratori stagionali: Boreano/Venosa, Lavello/Gaudiano, l’ex Tabacchificio di Palazzo San Gervasio e il Centro di Scanzano Jonico “Città della Pace”, per un totale di circa 700 posti per attività formative e di accoglienza, anche nell’ottica di arginare e contrastare il grave fenomeno del caporalato e la ghettizzazione dei migranti.

Nell’area del Metapontino, in particolare, la presenza di lavoratori migranti regolari è diffusa e cospicua durante tutto l’anno, a causa dell’intensiva coltivazione di prodotti ortofrutticoli, ragion per cui la suindicata struttura consentirebbe un argine al fenomeno del caporalato nel perimetro della strategia complessiva del *Pon Legalità*.

In tema di immigrazione e accoglienza, la Basilicata si conferma una Regione virtuosa e si candida ad essere, all’esito del completamento del programma operativo, la prima Regione in Italia ad avere attivato sul proprio territorio tutti i Centri pubblici finanziati dall’UE.

Tuttavia, il progetto rischia di arenarsi e di decadere se si protrarrà l’inerzia nell’adozione della delibera di G.R. a conclusione dell’iter burocratico (atto dovuto in ottemperanza al decreto legislativo n. 165 del 2001), determinandosi così un grave

danno al territorio, alla collettività e alla finanza pubblica per la perdita del cospicuo finanziamento UE.

In conclusione, occorre far presto per evitare un grave *vulnus* per l'intera comunità regionale, nell'ottica di garantire condizioni di regolarità lavorativa degli stagionali e l'implementazione di alloggi e servizi in favore di persone che già versano in condizioni di fragilità.