

Per la richiesta d'accesso ai documenti per cui sia cessato il vincolo del segreto di Stato (art. 39, comma 7, della legge 3 agosto 2007, n. 124), l'art. 10, comma 2, del d.P.C.M. 8 aprile 2008, prevede che, ai fini della richiesta di accesso di cui il Presidente del Consiglio dei ministri, sentita l'amministrazione interessata, valuti la sussistenza in capo al richiedente di un interesse diretto, concreto ed attuale collegato all'oggetto dell'accesso, nonché meritevole di giuridico apprezzamento in relazione alla qualità soggettiva del richiedente ed alla finalità per la quale l'accesso sia richiesto.

La disposizione del d.P.C.M. 8 aprile 2008 appare modellata sulla base dei criteri dettati per l'accesso ai documenti amministrativi dalla legge n. 241, del 1990 e più restrittiva rispetto alla previsione dell'art. 39, comma 7, della legge n. 124 del 2007, che prevede la possibilità di richiedere l'accesso a chiunque vi abbia interesse. In particolare, dalla lettera dell'art 10 del regolamento, sembra sussistere in capo al Presidente del Consiglio un potere di valutazione preliminare sulla sussistenza dell'interesse all'accesso.

Sul punto giova rilevare il parere del Consiglio di Stato (Adunanza della commissione Speciale del 5 dicembre 2007, n. 4247/07), reso su richiesta della Presidenza del Consiglio dei ministri relativamente ad alcune disposizioni della legge n. 124 del 2007, tra le quali proprio quella inerente l'individuazione dell'interesse legittimante l'azione di accesso agli atti coperti da segreto di Stato, successivamente alla scadenza del termine di validità del vincolo (art. 39, comma 7). Ad avviso della Consulta, infatti, *“una volta decaduto il vincolo del segreto di Stato, quanto ha formato oggetto di detto vincolo resta assoggettato alla disciplina ordinaria dell’accesso”* e, pertanto, anche la posizione di chi richiede l'accesso agli atti non più coperti dal segreto di Stato deve correlarsi ad un interesse diretto, concreto e attuale, collegato all'oggetto dell'accesso, *“essendo sufficiente che tale interesse si atteggi come meritevole di giuridico apprezzamento in*

relazione alla qualità soggettiva del richiedente e alla finalità per la quale l'accesso sia richiesto”.

Tuttavia non si può trascurare il fatto che, se anche si ritenessero applicabili i principi in materia di accesso, riguardanti la qualificazione dell’interesse del richiedente, la Commissione, pronunciandosi sul rapporto tra diritto d’accesso ex art. 22, della legge n. 214 del 1990 e il diritto di accesso di cui all’art. 39 della legge n. 124, del 2007, ha sottolineato la specialità del procedimento di accesso di cui alla legge n. 124, del 2007 e la conseguente inapplicabilità del termine di cui alla legge generale sul procedimento amministrativo⁵⁵.

La peculiare natura giuridica del diritto di accesso di cui all’art. 39, della legge 124 del 2007 si riflette, quindi, sulla possibilità di applicare alcune disposizioni relative all’accesso ai documenti amministrativi, con particolare riguardo alla tutela in caso di diniego o differimento.

La “specialità” dell’accesso ai sensi degli art. 39, commi 7 e 8, della legge n. 124, del 2007 e dell’art. 10 del d.P.C.M., rispetto a quanto stabilito dalla legge n. 241 del 1990, sarebbe attestata anche dalla circostanza che il segreto di Stato si estende a cose e attività che non necessariamente sono riconducibili alla categoria di documento amministrativo. Inoltre, la decisione di apporre il segreto non rientrerebbe nell’attività amministrativa, ma nell’attività politica e quindi non sarebbe soggetta al sindacato del giudice amministrativo. È dibattuta, peraltro, la natura giuridica della decisione di apporre o opporre le classifiche di riservatezza⁵⁶.

⁵⁵ Decisione resa nell’Adunanza del 7 ottobre 2008.

⁵⁶ La Commissione ha stabilito che non è la qualifica formale con cui l’amministrazione classifica e conserva i documenti, ma è la loro natura oggettiva e la corrispondenza alle specifiche categorie individuate dal legislatore a renderli soggetti o meno al diritto d’accesso (decisione del 7 ottobre 2008).

Da ultimo, si segnala che nel 2008 è stata istituita, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, una Commissione per definire le procedure di accesso alla documentazione per la quale viene a decadere il segreto di Stato ai sensi dell'art. 39, commi 7 e 8, della legge n. 124 del 3 agosto 2007.

8. Osservazioni conclusive

L'attività del 2008 conferma la propensione, già emersa nel 2006 e nel 2007, ad un rafforzamento del ruolo giustiziale della Commissione. Ad una parziale flessione nell'attività consultiva è corrisposto, infatti, un incremento nella decisione di ricorsi.

Il ricorso alla Commissione è stato definito dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa come un ricorso gerarchico improprio. In effetti potrebbe essere definito un ricorso gerarchico improprio "claudicante", perché si presenta come tale soltanto se l'istanza di accesso viene respinta, cioè se la Commissione dà ragione all'Amministrazione. Infatti, se la Commissione conferma il diniego di accesso, l'accendente che vuole ulteriore tutela dovrà proporre ricorso contro la decisione della Commissione di fronte al giudice amministrativo.

Se, invece, la Commissione accoglie il ricorso, essa non ha il potere di definire la lite, concedendo l'accesso, perché l'accoglimento del ricorso comporta soltanto un invito all'Amministrazione al riesame con l'affermazione dell'illegittimità del diniego. Pertanto si tratta non di un atto decisorio, ma di un atto di controllo con invito al riesame nel merito.

In presenza di tale atto, l'Amministrazione ha davanti a sé quattro possibilità: due legittime e due illegittime. Le possibilità legittime sono: adeguarsi alla decisione della Commissione e concedere l'accesso, oppure confermare il provvedimento negativo motivandolo in relazione alle ragioni addotte dalla Commissione a sostegno della sua decisione. La prima delle due possibilità illegittime, invece, che statisticamente sono quelle più frequentemente seguite, è quella di conservare il silenzio. A questo punto, l'accendente può ricorrere al TAR ma, molte volte, purtroppo, si rivolge di nuovo alla

Commissione, che nulla più può fare. L'altra soluzione illegittima è quella di confermare il diniego senza motivare. Tanto però basta perché il TAR successivamente adito annulli il diniego per difetto di motivazione.

Nei rapporti annuali al Parlamento, la Commissione ha sempre rimarcato l'insufficienza dei poteri di cui è dotata: poteri di referto, di vigilanza e di proposta ma non poteri ordinatori, coercitivi e sanzionatori.

Sia prima che dopo la novella del 2005 da questa particolare configurazione dei poteri consegue, pertanto, l'interrogativo sulla natura giuridica della Commissione, poiché dalla sua composizione e dalle sue funzioni essa può essere considerata sia un organo temporaneo della Presidenza del Consiglio dei ministri, sia un Ufficio di diretta collaborazione con il Presidente del Consiglio, nonché, infine, una struttura di raccordo fra Parlamento, Amministrazioni, Governo. Non sono mancati coloro che ne hanno sottolineato la natura di autorità indipendente.

Come fu rilevato già nel primo rapporto al Parlamento ed al Presidente del Consiglio, la Commissione potrebbe essere configurata come autorità indipendente, specialmente se si prendono in considerazione la composizione, che la rende più rappresentativa dello Stato – comunità che non dello Stato – apparato e le funzioni, che postulano una posizione di imparzialità.

Probabilmente la discrasia fra le funzioni attribuite alla Commissione e la sua veste formale deriva dal tempo trascorso fra elaborazione del disegno di legge da parte della Commissione Nigro (primissimi anni 80) – che si ispirò alle suggestioni del modello francese (la CADA – *Commission d'Accès aux Documents*

Administratifs) ed all'*Ombudsman* svedese⁵⁷ – e la data della sua approvazione da parte del Parlamento (inizio del decennio successivo) che tale ispirazione recepì.

Tale periodo di tempo fu, all'epoca, particolarmente significativo, perché al momento dell'elaborazione di studio non era ancora diffuso il modello delle Autorità indipendenti, che sarebbe stato molto più coerente con le funzioni neutrali attribuite alla Commissione.

La novella del 2005 non ha dissipato questa ambiguità, in quanto alla introduzione di innovazioni che potenziano le caratteristiche di neutralità e paragiurisdizionalità delle funzioni attribuite alla Commissione, si accompagnano modifiche che ne depotenziano le caratteristiche di indipendenza ed imparzialità.

Nella prima direzione si muove la norma che attribuisce alla Commissione funzioni paragiurisdizionali o giustiziali con finalità deflattive del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo in materia di accesso. Coerente con tale innovazione appare la modifica della composizione della Commissione, che riduce da quattro ad uno i membri rappresentanti del potere esecutivo e da quattro a due i membri rappresentanti dell'accademia, lasciando invariata la rappresentanza dei poteri legislativo e giudiziario e la competenza alla loro designazione, con conseguente potenziamento delle caratteristiche di neutralità ed imparzialità della Commissione.

Del pari coerente con la finalità così perseguita appare la norma che equiordina (anche se non completamente) la Commissione al

⁵⁷ Tale istituto ha conosciuto agli inizi della seconda metà del secolo scorso un prestigio paragonabile soltanto a quello che il Consiglio di Stato francese aveva avuto nel mondo a cavallo del '900. L'originario modello svedese si colloca trasversalmente attraverso i tre poteri tradizionali: la nomina dell'*Ombudsman* spetta al Parlamento e dunque al potere legislativo, esso però opera con atti di tipo amministrativo, e quindi appartiene formalmente al potere esecutivo, pur svolgendo una funzione che è sostanzialmente giurisdizionale, perché il suo compito è quello di tutelare il cittadino nei confronti degli abusi dell'Amministrazione.

Garante per la protezione dei dati personali (cioè ad una Autorità indipendente) in caso di interferenza fra i relativi procedimenti.

Nella seconda direzione si muovono, invece, le norme che trasferiscono dal Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei ministri la competenza per la nomina dei membri della Commissione ed incardinano la stessa nella struttura burocratica della Presidenza del Consiglio, attribuendo ad un suo Dipartimento la funzione di supporto organizzativo per il funzionamento della Commissione ed al relativo Capo Dipartimento le funzioni di membro di diritto della Commissione. Inoltre, il supporto tecnico-scientifico della Commissione è assicurato da esperti nominati ai sensi dell'art. 29, della legge 23 agosto 1988, n. 400.

In tale quadro, sembra difficile ipotizzare una qualificazione della Commissione diversa da quella di organo della Presidenza del Consiglio dei ministri, privo di ogni garanzia di indipendenza che non sia quella della provenienza e della designazione dei suoi membri di estrazione parlamentare, giudiziaria ed accademica e della onestà intellettuale delle persone fisiche che ne fanno parte.

La novella del 2005 è stata, quindi, un'occasione mancata per una riforma coerente. Le buone intenzioni che la ispiravano sono rimaste incompiute, realizzate solo parzialmente e contraddette da innovazioni che si muovono in direzione opposta.

Comunque, nell'arco della sua attività, la Commissione sembra aver sempre privilegiato interpretazioni estensive del diritto di accesso, in coerenza con una funzione concepita come quella di garante del principio di trasparenza. Nella realtà effettuale, la Commissione, pur senza godere formalmente di piene garanzie di indipendenza e neutralità, ha, quindi, sempre svolto il suo compito in piena libertà e con imparzialità di giudizio.

Tuttavia la totale mancanza di quei poteri coercitivi, sostitutivi e sanzionatori non possono che ridurre la funzione di vigilanza svolta in qualità di “cane da guardia della trasparenza”. Basti pensare al caso emblematico (e non infrequente) dell’accoglimento di un ricorso cui non segue, nei trenta giorni dalla comunicazione all’amministrazione, una conferma motivata dal diniego da parte di quest’ultima, ma non segue nemmeno il consenso all’accesso che, in questo caso, secondo l’ordinamento, sarebbe invece automaticamente consentito. La Commissione non ha alcun potere per imporlo e all’accedente non resta altra via che la denuncia penale ed il ricorso al T.A.R. Il procedimento svolto dinanzi alla Commissione stessa resta, in un certo senso, inefficace, poiché la Commissione non ha che un potere di denuncia nel rapporto annuale al Parlamento ed al Capo del Governo.

Questa situazione ricorda molto da vicino quanto è stato ironicamente scritto da un grande giurista inglese sul *Council on Tribunals*⁵⁸, collegio britannico privo di poteri coercitivi, definito “cane da guardia che può abbaiare, ma non mordere”.

⁵⁸ Il *Council on Tribunals*, organo consultivo in materia di giustizia amministrativa, è stato sostituito con il *Tribunals, Courts and Enforcement Act* nel 2007 dall'*Administrative Justice and Tribunals Council* a cui sono stati attribuiti anche poteri autoritativi oltre che poteri consultivi e di monitoraggio.

VOLUME I

PARERI E DECISIONI

I semestre 2008

PAGINA BIANCA

PLENUM 15 GENNAIO 2008

All’Azienda USL
..... —.....
.....
.....

OGGETTO: Richiesta di parere riguardo il rilascio di cartella clinica.

Con nota in data 19.3.2007, l’Azienda USL ha chiesto il parere di questa Commissione “sul giusto comportamento da adottare” riguardo la richiesta di accesso “ a firma dell’avv., per conto del sig., diretta all’acquisizione della cartella clinica inerente il sig.”.

L’avvocato ha motivato la sua richiesta facendo un generico riferimento ad indagini difensive ex art. 391 quater cpp per conto del sig. “in relazione all’infortunio sul lavoro occorso in data 30.11.2006 al sig. ed al conseguente procedimento presso la Procura della Repubblica di”.

La Commissione ritiene che la richiesta dell’avvocato, così come formulata, sia troppo generica : non si chiarisce il collegamento esistente tra il sig. e il sig. e non si motiva quindi l’interesse all’accesso ai documenti con riferimento specifico alla fattispecie in esame.

In via generale, peraltro, si osserva che, a mente dell’ art. 60 del d.lgs. n. 196 del 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”.

Il diritto di difesa è sicuramente di pari rango rispetto al diritto alla salute e quindi, con riferimento al quesito in esame, l’accesso, in presenza di un’istanza correttamente motivata, è consentito qualora l’acquisizione della cartella clinica sia necessaria per l’esercizio del diritto di difesa del richiedente.

Il Garante per la Protezione dei dati personali ha, peraltro, precisato che “la valutazione sull’istanza di accesso o di comunicazione non deve essere circoscritta al raffronto fra i diritti coinvolti, ma deve basarsi anche sull’ulteriore verifica volta ad appurare -anche ai fini dell’accoglimento solo parziale dell’istanza- se i dati o tutti i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale oggetto di richiesta siano effettivamente “necessari” al fine di far valere o difendere gli equivalenti diritti in sede contenziosa (cfr., art. 16, comma 1, lett. b) d.lgs. 135/1999 ; Cons. Stato Sez. VI n. 2542/2002 e TAR Emilia Romagna-Bologna n. 1207/2001)”.

Lo stesso Garante ha poi specificamente affermato che “a conclusioni analoghe a quelle sopra indicate in tema di “pari rango” deve pervenirsi per il caso in cui la richiesta di accesso o di comunicazione di dati sia formulata dal difensore ai sensi della disciplina sulle investigazioni difensive introdotta dalla legge n. 397/2000 e, in particolare, dell’art. 391-quater del codice di procedura penale. Ciò è confermato espressamente dall’art. 71 del Codice, che ha introdotto questo chiarimento il quale opera a prescindere dalla qualificazione che si intenda assegnare sul piano sistematico alla facoltà prevista da tale art. 391-quater, riguardato alla luce del generale diritto di accesso a documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni” (cfr., Provvedimento a carattere generale del Garante per la Protezione dei

PLENUM 15 GENNAIO 2008

dati personali 9 luglio 2003 [doc. web n. 29832], intitolato ‘Dati sanitari. Provvedimento generale sui diritti di “pari rango”’).

PLENUM 15 GENNAIO 2008

Alla R.A.
.....

Alla sig.ra

OGGETTO: Richiesta di parere della R.A. e della sig.ra

Con note in data 26.7.2007 e 30.7.2007, la R.A. e la sig.ra hanno chiesto chiarimenti sul contenuto del parere di questa Commissione del 11.6.2007 riguardante l'accesso ai documenti "per la pratica".

Nel confermare il contenuto del suddetto parere , si assicura che la Regione coinvolta è l'..... e che la richiesta del citato parere è stata effettuata dalla R.A.

Riguardo il quesito posto sia dalla sig.ra che dalla ditta R.A., si osserva che, peraltro già affermato nella nota del 11.6.2007, la sig.ra ha chiesto l'accesso alla Regione della documentazione, relativa al finanziamento erogato alla sig.ra, nella sua qualità di proprietaria di parte del complesso immobiliare oggetto del restauro, per il quale è stato chiesto il finanziamento stesso.

Sussisteva, quindi, un interesse diretto, concreto ed attuale, ai sensi dell'art. 22 della legge 7 agosto 1990, della sig.ra all'accesso alla documentazione richiesta.

Nel parere summenzionato, peraltro, la Commissione ha osservato che "le Amministrazioni competenti sono tenute a dare comunicazione ai controinteressati delle richieste di accesso che li riguardano e devono aspettare il decorso di dieci giorni dalla ricezione della suddetta comunicazione per provvedere sull'istanza di accesso.

Come è noto, poi, ai sensi dell'art. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990 il diritto d'accesso ai documenti amministrativi prevale sull'esigenza di riservatezza del terzo quando l'accesso venga in rilievo per la cura o la difesa di interessi giuridici del richiedente : se è vero che la sig.ra ha dimostrato di avere interesse alla documentazione richiesta perché l'immobile di cui al finanziamento è in comproprietà con la sig.ra, è anche vero che la giurisprudenza ha più volte sottolineato che l'Amministrazione competente, a tutela della riservatezza dei controinteressati e a prescindere dal fatto che il documento oggetto del diritto di accesso contenga "dati sensibili", è tenuta alla copertura dei dati non utilizzati, come, riguardo la fattispecie in esame, potrebbero essere 'gli estremi del c/c bancario' della R.A.".

Di conseguenza, riguardo il chiarimento richiesto nella nota del 26.7.2007 dalla ditta R.A., e cioè " se in qualità di controinteressata anche la R.A. doveva essere avvisata nei modi e nei termini di legge", si osserva che la risposta al quesito è positiva nel caso in cui risultino consegnati alla richiedente sig.ra documenti riguardanti specificamente la stessa ditta R.A.

Si conferma, infine, con riferimento a quanto rilevato anche dalla sig.ra , quanto già detto nel precedente parere.

"Se è vero che la sig.ra ha dimostrato di avere interesse alla documentazione richiesta perché l'immobile di cui al finanziamento è in comproprietà con la sig.ra, è anche vero che la giurisprudenza ha più volte sottolineato che l'Amministrazione competente, a tutela della riservatezza dei controinteressati e a prescindere dal fatto che il documento oggetto del diritto di accesso contenga 'dati sensibili', è tenuta alla copertura dei dati non utilizzati", come, riguardo la fattispecie

PLENUM 15 GENNAIO 2008

in esame, potrebbero essere, secondo quanto riferito nella richiesta di parere, alcuni dei documenti ed informazioni riguardanti la citata sig.ra

PLENUM 15 GENNAIO 2008

Alla Prefettura di
Ufficio Territoriale del Governo
.....
.....

OGGETTO:Richiesta di parere su istanza di accesso da parte di consiglieri comunali
(rif. prot. N./2007 Area II))

Con nota del 6 luglio 2007 la Prefettura di ha chiesto di conoscere se l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi sia riconosciuto ex art. 43 del d.lgs n. 267/2000 a un consigliere comunale relativamente alle deliberazioni adottate dalla Giunta comunale aventi ad oggetto la concessione di contributi a persone bisognose, ad enti e associazioni (la richiesta è formulata con riferimento a una fattispecie relativa al Comune di).

In termini generali, la Commissione ha già avuto modo di affermare come le richieste formulate dai consiglieri comunali rientrino nelle facoltà di esercizio del loro *munus*, che consente di ottenere dagli uffici tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato.

Secondo l'orientamento costante della giurisprudenza del Consiglio di Stato, il diritto di accesso del consigliere comunale non riguarda soltanto le competenze amministrative dell'organo collegiale, ma, essendo riferito all'espletamento del mandato, anche l'esercizio del *munus* di cui egli è investito in tutte le sue potenziali implicazioni al fine di una compiuta valutazione della correttezza e dell'efficacia dell'operato dell'amministrazione comunale.

Da un così ampio riconoscimento del diritto di accesso in capo ai consiglieri comunali deriva agli stessi la libertà nell'esercizio del medesimo, sotto il profilo delle motivazioni: ciò perché ai sensi degli artt. 24, legge 27 dicembre 1985, n. 816 e 25 legge 7 agosto 1990, n. 241, il consigliere comunale che richieda copia di atti in rapporto alle sue funzioni non è tenuto a specificare i motivi della richiesta, né l'interesse alla stessa come se fosse un privato, perché diversamente gli organi di amministrazione sarebbero arbitri di stabilire essi stessi l'estensione del controllo sul loro operato.

In particolare, il Consiglio di Stato individua la situazione giuridica in capo ai consiglieri comunali utilizzando l'espressione "diritto soggettivo pubblico funzionalizzato", vale a dire un diritto che "implica l'esercizio di facoltà finalizzate al pieno ed effettivo svolgimento delle funzioni assegnate direttamente al Consiglio comunale". Pertanto, "ogni limitazione all'esercizio del diritto sancito dall'art. 43 interferisce inevitabilmente con la potestà istituzionale del consiglio comunale di sindacare la gestione dell'ente, onde assicurarne – in uno con la trasparenza e la piena democraticità – anche il buon andamento".

Ciò non esclude, peraltro, che anche il "diritto all'informazione" del consigliere comunale sia soggetto al rispetto di alcune forme e modalità: in effetti, oltre alla necessità che l'interessato alleghi la sua qualità, permane l'esigenza che le istanze siano comunque formulate in maniera specifica e dettagliata, recando l'esatta indicazione degli estremi identificativi degli atti e dei documenti o, qualora siano ignoti tali estremi, almeno degli elementi che consentano l'individuazione dell'oggetto dell'accesso.

Di recente, poi, il Consiglio di Stato, Sezione IV, con sentenza 21 agosto 2006, n. 4855, ha rilevato che "tra l'accesso dei soggetti interessati di cui agli artt. 22 e seguenti

PLENUM 15 GENNAIO 2008

della legge n. 241 del 1990 e l'accesso del Consigliere comunale di cui all'art. 43 del decreto legislativo n. 267 del 2000 sussiste una profonda differenza: il primo è un istituto che consente ai singoli soggetti di conoscere atti e documenti, al fine di poter predisporre la tutela delle proprie posizioni soggettive eventualmente lese, mentre il secondo è un istituto giuridico posto al fine di consentire al consigliere comunale di poter esercitare il proprio mandato, verificando e controllando il comportamento degli organi istituzionali decisionali del Comune. Da ciò la conseguenza, che è una conseguenza necessitata, che al consigliere comunale non può essere opposto alcun diniego (salvo i pochi casi eccezionali e contingenti, da motivare puntualmente e adeguatamente, e salvo il caso – da dimostrare – che lo stesso agisca per interesse personale), determinandosi altrimenti un illegittimo ostacolo al concreto esercizio della sua funzione, che è quella di verificare che il Sindaco e la Giunta municipale esercitino correttamente la loro funzione”.

Per quanto riguarda l'esigenza di garantire il diritto alla riservatezza dei terzi che sono menzionati nella delibera, è sufficiente ricordare che il Consigliere comunale, da una parte, ha l'obbligo di utilizzare le notizie esclusivamente ai fini dell'espletamento del proprio mandato e, dall'altra, è tenuto al segreto d'ufficio, non potendo divulgare le informazioni delle quali è venuto a conoscenza nell'esercizio del mandato stesso.